

CUADERNOS DE LA FUNDACIÓN

2011
Junio
20

Reflexiones en torno a la
Reforma de la
Negociación Colectiva

Ramón Górriz

Antonio Baylos

Francisco José Gualda

Miguel A. Falguera



Fundación 1º de Mayo | Centro Sindical de Estudios
C/ Arenal, 11. 28013 Madrid. Tel.: 913640601. Fax: 913640838
www.1mayo.ccoo.es | 1mayo@1mayo.ccoo.es

Informes de la Fundación. ISSN 1989-5372

Con esta reforma de la negociación colectiva se incrementa el poder empresarial

Ramón Górriz

Secretario confederal de Acción Sindical de CCOO

El Decreto-Ley 7/2011 de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva que había aprobado en el Consejo de Ministros, y que entró en vigor el 11 de Junio, fue convalidado por el Parlamento, prácticamente en tiempo de prórroga.

Para conseguir el Gobierno la abstención de CIU y PNV, que habían avanzado un no rotundo a la convalidación como proyecto de ley, el Gobierno del Partido Socialista tuvo que aceptar el empeoramiento del decreto, antes de iniciarse el debate, introduciendo modificaciones pactadas con los grupos nacionalistas, en las que se recoge, la preferencia de los convenios autonómicos sobre los convenios estatales y la inclusión de medidas contra el absentismo laboral, la inclusión en el preámbulo de una orientación para que los salarios se vinculen voluntariamente a la productividad; aumentar la flexibilidad del 5%,...

Como habíamos hecho saber los sindicatos, el Decreto –Ley, aprobado por el Gobierno, incrementa el poder empresarial en perjuicio de los derechos de los trabajadores, y el trámite parlamentario ha de conllevar un mayor empeoramiento de la reforma aprobada por el Gobierno.

El proyecto incide en los aspectos más regresivos en materia de negociación colectiva, envía mensajes a los mercados financieros y a las instituciones europeas; y tanto por el método empleado como por los contenidos pone al descubierto la debilidad y la escasa insolvencia, así como la falta de credibilidad del Gobierno.

POR QUÉ ROMPIÓ LA CEOE

La CEOE ha roto en el último momento la posibilidad de acuerdo para la reforma de la negociación colectiva. Desdiciéndose de los avances logrados en el proceso de negociación, llevados a cabo durante más de tres meses. CEOE ha tumbado el Acuerdo que se había construido, siguiendo las orientaciones que emanan de la Unión Europea (gobernanza económica, pacto por el Euro, estabilidad presupuestaria y prioridad absoluta de reducción del déficit, planes de ajuste para el rescate financiero de la deuda soberana,..) y; que están provocando el empeoramiento drástico de las condiciones de vida de los trabajadores y trabajadoras en la mayoría de los países europeos, la reducción de los derechos laborales y la protección social y el aumento del desempleo.

Todas estas orientaciones rezuman políticas conservadoras y ultraliberales cuyo objetivo es debilitar la negociación colectiva, reducir los salarios y las condiciones laborales de los trabajadores.

Los documentos de las organizaciones de la CEOE, como la CEIM, no se diferencian nada de las propuestas neoliberales, y no hacen sino profundizar en la vía de incrementar el poder discrecional del empresario y debilitar el sindicalismo.

Desde hace varias décadas, el sindicalismo confederal viene reiterando la necesidad de modernizar la negociación colectiva, de compatibilizar la capacidad de las empresas de adaptarse a los cambios con los derechos de los trabajadores, de desjudicializar la negociación colectiva, de asentar en la negociación de los convenios a los auténticos sujetos legitimados, las organizaciones empresariales y los sindicatos representativos y más representativos, otorgando mayor papel a las Comisiones Paritarias y a los mecanismos extrajudiciales de mediación y arbitraje.

Por recordar los últimos acuerdos donde las organizaciones empresariales y los sindicatos, habían comprometido la reforma de la negociación colectiva, citar el Acuerdo por el Empleo y la Negociación Colectiva en Febrero de 2010, y el Acuerdo Social y Económico del 2 de Febrero de 2011.

En el ASE, se acordaban los criterios básicos que debían recoger el Acuerdo de Reforma de la Negociación Colectiva (mejorar la estructura y vertebración de los convenios, la legitimación empresarial y sindical, la flexibilidad interna, la innovación y adaptación de los contenidos, la gestión de los convenios, el papel de los sindicatos en las PYMES, los derechos de participación sindical en la organización del trabajo).

La CEOE ha puesto por delante del interés general, su cohesión interna y la vuelta al pasado más reciente, con sus reivindicaciones de siempre, sobre la flexibilidad interna, el descuelgue, las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, sobre las comisiones paritarias y los sistemas de solución extrajudicial, la vigencia de los convenios y la legitimación de los sujetos negociadores. Sus propuestas van dirigidas a incrementar el poder empresarial o lo que es lo mismo a tomar las decisiones unilaterales que urja el empresario, con tal de impedir la negociación colectiva, devaluar los salarios y el papel de los convenios y evitar el papel de los sindicatos para garantizar las condiciones salariales y los derechos de los trabajadores y trabajadoras.

El Gobierno aprobó en Consejo de Ministros el decreto de la reforma, en el que asume las principales demandas de las organizaciones empresariales.

El Gobierno, en el Consejo de Ministros, modificó gravemente el documento que presentó a los interlocutores sociales, el día anterior. Esta misma situación se produjo con la ley de la Reforma Laboral de 2010. Esta forma de proceder esconde la debilidad del Gobierno y su dependencia de los poderes económicos y financieros.

El decreto aprobado por el Gobierno no es equilibrado, tal y como viene manteniendo el Ministro de Trabajo. El punto de equilibrio estaba en el Acuerdo fallido, de manera que el decreto sólo podía ser la copia del acuerdo negociado, que bien conocía el Ministro de Trabajo. No es el decreto aprobado, ya que este inclina la balanza hacia las exigencias maximalistas de los sectores neoliberales y más conservadores de la CEOE.

El decreto del Gobierno está lejos de lo que eran las bases del acuerdo que se había establecido en la negociación y, además fuerza la opción del arbitraje obligatorio a sabiendas de la inconstitucionalidad de la medida y del rechazo de ambas partes a la imposición legal de dicho arbitraje.

CCOO rechazamos el descuelgue de contenidos básicos de los convenios sectoriales a

través de los convenios de empresa y de grupo y / o agrupación de empresas a los que se les otorga prevalencia sobre el contenido del convenio sectorial, descuelgue que ya no esta motivado por la existencia de condiciones económicas adversas para las empresas incluidas en un convenio sectorial ni limitado a condiciones económicas pactadas y a la duración del convenio, sino por la simple existencia de un ámbito negocial prevalente.

Frágil resulta la memoria del Gobierno e igual objeción nos produce que se siga dando aire a los convenios “franja”, ámbito donde se dirimen los intereses más corporativos, que llegado el caso, no dudan en convertir un conflicto laboral en un conflicto social.

La modificación en materia de estructura, puede provocar una atomización de la negociación colectiva, que repercutirá a favor de la flexibilidad interna impuesta por el empresario, además de una dispersión salarial y una caída del convenio del sector. La prevalencia por ley del convenio de empresa va a dificultar un salario sectorial ordenado.

En el decreto el convenio colectivo sectorial que pierde relevancia en este nuevo esquema es el de ámbito provincial, que salvo que el convenio estatal o autonómico lo impidiera pierde rango y ámbito de competencia respecto al convenio de empresa.

Ahora con la concesión a los grupos nacionalistas de la prevalencia del convenio autonómico, no hace sino aumentar más y profundizar en esa senda, además de aumentar la segmentación del mercado laboral que ya imponen los convenios provinciales.

La negociación a nivel de empresa para permitir una mejor adaptación de las condiciones laborales a la situación de las mismas, sin el respeto al marco sectorial estatal, generará directamente la desigualdad, la segmentación y la reducción de cobertura de la negociación colectiva.

Habrà muchas empresas sin convenio, y miles de trabajadores y trabajadoras, que sólo tendrán la protección del escaso Salario Mínimo Interprofesional y los derechos individuales que recoge el Estatuto de los Trabajadores.

De aquí la importancia que damos el sindicato al papel de las Comisiones Paritarias, incluso allí donde no había representación sindical.

La apuesta del Decreto-ley en materia de estructura va a generar un grave quebranto para la cohesión de las empresas, produciéndose una carrera competitiva por quien, entre ellas, más debilitan las condiciones de trabajo.

El Decreto-ley, aumenta el poder discrecional del empresario en materia de flexibilidad interna (distribución del tiempo de trabajo y jornada, movilidad funcional, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial) sin mejorar la participación de los trabajadores y las competencias de las comisiones paritarias no quedan establecidas de facto en la norma legal, como si sucede con otros elementos regresivos.

Así mantiene inalterable la figura de las comisiones “ad hoc” aprobadas en la Ley de Reforma Laboral de 2010, para negociar la inaplicación de un convenio sectorial, en detrimento de la comisión paritaria del sector.

En cuanto a la dinamización de la negociación colectiva, la ultraactividad, la posición sindical es más coincidente con el decreto. Se salva la eliminación de la negociación colectiva a cualquier nivel, protegiendo los derechos de los trabajadores, pero no se olvide, también garantiza la eficiencia organizacional de la empresa.

El Gobierno, debería haber seguido la tradición europea de no inmiscuirse en el terreno

de la autonomía de las partes. La urgencia de legislar tiene que ver con lanzar un guiño a los mercados financieros, y con su debilidad parlamentaria. El Decreto ni agiliza ni va a dinamizar la negociación colectiva.

Esta comprobado el escaso éxito de las reformas laborales que no parten de un acuerdo entre los interlocutores sociales. Esta no va a ser menos, y sus efectos al igual que la Reforma laboral, de la que es una continuidad, demostrarán su ineficacia, y la posibilidad real de convertirse en papel mojado.

CCOO sabemos que la situación de la negociación colectiva va a ser más compleja y difícil. Pero también estamos convencidos que hay que modernizar la negociación colectiva, en el sentido que venimos defendiendo.

La negociación es un elemento clave de las relaciones laborales, al regular las condiciones de trabajo, se esta influyendo en las condiciones de vida, y por tanto, en la política y en la cohesión social.

Ahora, se trata de explicar en los centros de trabajo, los contenidos del decreto y de sus efectos para la negociación de los convenios, explicación que debemos vincular al estado actual de la negociación de los convenios, dando respuesta a la reforma a través de ellos, sin descartar ninguna medida, entre ellas movilizaciones unitarias con UGT.

A la vez, estableceremos contactos con todos los grupos parlamentarios para explicar nuestra posición y promover mejoras al texto, a sabiendas del margen que existe para el empeoramiento de este.

También hay que recomponer una parte del diálogo con CEOE. El decreto necesita de un Acuerdo Interconfederal, para su puesta en marcha.

El empleo es el principal problema, la situación a la que se ha llegado no se resuelve con retoques cosméticos de las formulas de contratación y requiere una política fuerte, pensando en el empleo joven y buscando el cambio profundo en la realidad presente.

Mientras, hay que defender los derechos de los trabajadores, empresa a empresa, convenio a convenio, y reforzar el apoyo sindical, sobretodo, a todos los trabajadores y trabajadoras de las pequeñas y medianas empresas.

La CEOE y la CEPYME han roto el acuerdo para la Reforma de la negociación colectiva. El Gobierno ha cedido al chantaje de las organizaciones empresariales. Han apostado por el conflicto social. ♦

En la onda de las reformas estructurales: la negociación colectiva colonizada desde la unidad económica empresarial

Antonio Baylos

Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Castilla-La Mancha

El Boletín Oficial publica el sábado 11 de junio un nuevo Decreto – Ley que procede a reformar de manera amplia el sistema legal de negociación colectiva. Con una Exposición de Motivos excepcionalmente larga – seis páginas y media del diario oficial – y siete artículos en los que se contienen las reformas más importantes del Estatuto de los Trabajadores relativas a la regulación de los convenios colectivos, es un texto importante que será convenientemente analizado en detalle por estudiosos, profesionales y académicos. Lo que a continuación se inserta es tan sólo una reflexión sobre algunos aspectos generales de la misma, una intervención legal de la que se ha dicho que es equilibrada, que tiene carácter urgente y de “suplencia” del acuerdo entre los interlocutores sociales.

Lo primero que se escucha sobre este texto legal es que lleva a cabo una “intervención equilibrada” en materia de negociación colectiva. Emplear esa noción en términos de valoración política suele corresponderse con la de “equidistancia” entre posiciones enfrentadas. En este caso, se trataría de encontrar el “punto medio” entre las reivindicaciones sindicales y las patronales que se acercaron hasta casi poder pensar en la conclusión de un acuerdo, que no pudo llevarse a cabo por el replanteamiento de temas ya cerrados en la negociación ante las presiones de una parte de la asociación empresarial y de sectores económicos de gran influencia y poder. El punto de equilibrio estaba por tanto ya logrado en el principio de acuerdo fallido, de manera que la norma estatal no tenía que ser sino “la fotocopia” de éste, como expresivamente manifestó un alto exponente del Ministerio de Trabajo. Naturalmente no ha sido así, y el texto aprobado ha buscado la equidistancia a partir de otras coordenadas, la del acuerdo no realizado en un extremo y en el otro las exigencias de los sectores más rígidos de la patronal. Por eso los medios de comunicación han señalado que el gobierno ha incorporado al final una buena parte de las peticiones de la CEOE – CEPYME, quienes sin embargo consideran la norma “insuficiente”. Una simetría inexistente que no logra la armonía pretendida, a lo que parece.

Se dice que la norma es una “intervención urgente”. Y ello en un doble sentido, como justificación de la fórmula legislativa y como exigencia inmediata de los mercados financieros y las autoridades del Euro. Como fórmula legislativa, y por mucho que se empeña la exposición de motivos en justificar la situación de extraordinaria y urgente necesidad, es evidente que tal urgencia no existe, y que la norma conculca de manera decidida el art. 86 de la Constitución española. Una rápida comparación con la jurisprudencia del Tribunal constitucional español, y la declaración de inconstitucionalidad del RDL 5/2002 por la STC 68/2007, de 28 de marzo, permite comprobar la carencia de urgencia en este supuesto y en consecuencia la violación de la norma constitucional referida. La incapacidad de un gobierno en minoría parlamentaria - que tiene que sufrir el irresistible ascenso en términos de poder local y autonómico de la oposición conservadora - para poder tramitar con ciertas posibilidades de éxito esta reforma a través del procedimiento ordinario de elaboración de las leyes. No conviene por consiguiente alegar la urgente necesidad para encubrir la extrema dificultad de llegar a compromisos parlamentarios.

La otra urgencia, sin embargo, la de los mercados financieros mediante el compromiso adicional que el gobierno ha realizado también ante los guardianes del euro, es ciertamente causa y efecto de esta regulación, que resulta así más urgida que urgente. Lo fue en la promesa realizada en la Ley 35/2010 de proceder en un plazo breve, luego ampliado en febrero de 2011 tras el principio de acuerdo alcanzado entre los sindicatos y la patronal, a una reforma legal del sistema legal de negociación colectiva. Al fracasar el compromiso bilateral al que habían llegado las representaciones institucionales de empresarios y trabajadores, el gobierno ha recuperado una reforma que busca ante todo “agilizar y dinamizar” –expresiones ambas continuamente repetidas como una jaculatoria en la Exposición de Motivos – la negociación colectiva. Desde hace bastante tiempo se sabe que en la ordenación de las relaciones laborales, el significado real de las palabras no concuerda con su contenido semántico, de manera que “agilizar y dinamizar” significa en la realidad imponer y facilitar la flexibilidad interna que libera a la empresa de aplicar los controles y orientaciones de la negociación colectiva sectorial sobre tales condiciones de trabajo y de empleo. En la Exposición de Motivos de la norma, este objetivo es un compromiso ineludible alcanzado ante Bruselas (y Frankfurt) lo que implica que forma parte de las exigencias de alteración radical de las relaciones de poder en las relaciones de trabajo y la debilitación sindical que exige la “nueva era” post- crisis. El gobierno rescata esta exigencia, sin que sin embargo pareciera que actualmente la actividad especuladora de los mercados financieros sobre el endeudamiento de España como país tuviera como elemento de contraste la reforma del sistema de negociación.

Se mantiene asimismo que es una intervención “de suplencia” de la actividad de diálogo social entre sindicatos y asociaciones empresariales. Con esa expresión se quiere expresar el respeto hacia la autonomía colectiva de las acciones legislativas que la regulan, suministrando reglas únicamente “en defecto” de las que autónomamente se hayan podido dar los interlocutores sociales. Al no haber podido las partes que firmaron el protocolo de acuerdo en febrero de 2011 concluir un pacto sobre las líneas generales de reforma de la ley, el RDL 7/2011 vendría a remplazar este impulso autónomo como forma de completar los déficits del diálogo social y de promover la propia negociación colectiva como proceso de regulación de las condiciones de trabajo y de empleo. Lamentablemente sin embargo la norma no puede en modo alguno ser considerada como un ejemplo de promoción desde la esfera normativa pública de la autonomía colectiva, sino como una intervención de contención de intenciones y de orientación de la negociación colectiva hacia objetivos pre-ordenados e impuestos desde el exterior de las prácticas de negociación. En efecto, lo que realmente caracteriza a la norma es

la desconfianza hacia la capacidad autónoma de regular los mecanismos de administración de conflictos generados en los procesos de negociación y la compulsión legal hacia determinados fines funcionales a la recuperación del excedente empresarial ampliando los márgenes de disponibilidad de la fuerza de trabajo. Cualquiera que lea el impresionante catálogo de imposiciones que se describen en el llamado “contenido mínimo” de los convenios en la nueva redacción del art. 85 ET, se dará cuenta de ello. Sospechando que la negociación material de los convenios colectivos tiene su propia tradición en la que la estabilidad del convenio se apoya en la capacidad del conflicto para asegurar condiciones de trabajo y de empleo, restringe temporalmente esta interrelación huelga-convenio, desplaza el terreno de la mediación del desacuerdo a un órgano interno como la comisión paritaria, e impone la obligación de negociar instrumentos de arbitraje para solventar definitivamente el conflicto, que la Disposición Adicional 1ª parece querer hacer obligatorio mientras no se pacten éstos entre las partes, generando serias dudas sobre su constitucionalidad. Y, en cuanto a los contenidos negociales, no se escoge la vía hasta ahora privilegiada de enunciar en el número 2 del art. 85 algunos objetivos específicos que la negociación colectiva “puede” abordar de forma específica más allá de la cláusula general de materias del número 1 del mismo artículo; se incluye como contenido “mínimo” – es decir, obligatorio – que los convenios colectivos – ¿de cualquier nivel? – deben establecer medidas “para contribuir a la flexibilidad interna en la empresa”, de las que la norma suministra dos ejemplos que resultan así de obligada inclusión en cualquier convenio. No hay supletoriedad de la norma estatal en la negociación colectiva, sino, como en su precedente Ley 35/2010, imposición forzada de un modelo de negociación contrariando las prácticas y el desarrollo de la negociación colectiva hasta el momento dominantes en España.

Porque lo que el RDL 7/2011 lleva a cabo es un proceso de colonización de la negociación colectiva desde la exaltación de la unidad económica empresarial, esto es, de la capacidad unilateral de determinación por el empresario – simple o complejo – de los elementos esenciales del proyecto contractual, no sólo de su ejecución concreta en el desarrollo de la prestación laboral. Salario y tiempo de trabajo de una parte y estructuración general de la profesionalidad a través de la clasificación profesional estaban reguladas con alcance general en el sector – estatal, autonómico, o, en gran medida, provincial –, siendo mejoradas o precisadas en los convenios de empresa. Fijado el proyecto contractual en el convenio sectorial como norma mínima, la ejecución concreta de la prestación de trabajo entraba dentro de la organización del trabajo dirigida por el empleador, y en este dominio se expandían, mediante la incentivación cada vez mayor de la norma laboral, la flexibilidad y la discrecionalidad empresarial, dentro del cual se insertaba la figura del acuerdo de empresa modificadorio del convenio de sector ante las circunstancias concretas de la producción, la innovación tecnológica o la situación cambiante del cuadro económico.

Lo que ahora realiza el RDL 7/2011 es un cambio de registro, al romper de hecho la regla de la prohibición de concurrencia de convenios y establecer la “preferencia aplicativa” de los convenios de empresa sobre los convenios de sector en un catálogo de materias entre las que destaca el salario y el tiempo de trabajo. La Exposición de Motivos quiere explicar esta opción señalando que la disminución de salarios por debajo del mínimo convencional del sector, o la ordenación diferenciada y más gravosa para el trabajador del tiempo de trabajo que el fijado en la rama de producción disuadirá al empresario de utilizar los mecanismos de extinción de contratos a los que parecen ser tan propensos los empleadores como forma de “adecuación” a las fluctuaciones del mercado. Se trata de una opinión que hay que enlazar con los objetivos plasmados en la Ley 35/2010, donde el abaratamiento y facilitamiento del despido ocupaba un lugar central al lado de los mecanismos de “flexibilidad interna”. La previsión de la empresa

como espacio normativo preferente se une al deslizamiento en la norma hacia la sindicalización de las representaciones de los trabajadores en el mismo, en donde se ha precisado una regla que favorece la legitimación para negociar de secciones sindicales representativas de “un grupo de trabajadores con perfil profesional específico”, lo que previsiblemente cooperará a la fragmentación de la empresa como unidad de contratación general, disolviéndose en varios convenios con segmentos de trabajadores – cualificados y no cualificados – como forma de fraccionamiento salarial y de segmentación de trabajadores añadida a las brechas salariales ya existentes en razón de género y edad, y en la división entre estables y precarios.

En este contexto, sin embargo, el propio gobierno y sus comentaristas más elogiosos oponen un argumento que denota la falsa conciencia del legislador. Es decir, que a la vez que el RDL 7/2011 apuesta por la colonización de la autonomía colectiva por la autoridad privada de las empresas y grupos de empresas, da instrucciones cruzadas permitiendo una regulación diferente por parte de los sujetos más representativos a través de los Acuerdos Interprofesionales y sectoriales del art. 83 ET. De esta manera, afirmando que éstos son “el centro de gravedad del sistema” remite a la “receptividad” de los interlocutores sociales la plena consecución de los “objetivos” de la reforma. En otros términos, remite a la capacidad de los sindicatos de reforzar o modificar ese esquema mediante la apertura de procesos de negociación, tanto en materia de solución de conflictos – con problemas de constitucionalidad en el caso de los arbitrajes de evitación de la prolongación de la vigencia temporal pactada del convenio colectivo después de su fecha de extinción – como en delimitación de la articulación de la estructura de la negociación colectiva y de las “preferencias aplicativas”. El argumento no es consecuente con las condiciones materiales de la normatividad dada ó pre-ordenada en la norma, que se orientan directamente hacia la preferencia del espacio regulativo de la unidad empresarial, la pérdida real de eficacia y de vinculabilidad general de los convenios de sector, el acotamiento del conflicto y su debilitación en la renovación de los convenios. La conclusión es que el poder público se desresponsabiliza del resultado final en aras al respeto a la actuación que compete a los actores sociales, lanzando el mensaje - nada subliminal - de que de todo ello, unido a la intensificación de las “flexibilidades” interna y externa en la Ley 35/2010, debe exigirse responsabilidad al sindicato, en sus acciones y omisiones, a partir de la reforma “equilibrada”, “urgente” y “de suplencia” de la negociación colectiva.

¿Cómo enlazar este texto normativo con el proceso en marcha de impulsar una Iniciativa Legislativa Popular para el empleo estable y con derechos en torno a la cual los sindicatos han logrado reunir un millón de firmas? La propuesta sindical es expresión de un proyecto alternativo que se presenta con plena legitimidad democrática y social como respuesta a la salida de la crisis. En él, la posición del sistema de negociación colectiva, tal como ha venido construyéndose en estos últimos treinta años, ocupa un lugar decisivo, aunque la(s) reforma(s) laboral(es) hayan desplazado el foco hacia la intervención legislativa. Por eso recuperar en la explicación de la propuesta de la ILP un sentido de la negociación colectiva de ordenación real de las relaciones laborales desde el sector a través de la determinación básica y con carácter mínimo de las condiciones de trabajo y de empleo y la dirección de los procesos decisionales en la empresa con la participación de la representación de los trabajadores, es especialmente importante para entender en ese contexto el verdadero sentido de la reforma de la negociación colectiva que impone el RDL 7/2011 y afrontar seriamente la narrativa mistificadora que sobre este tema ofrecen tanto el gobierno y sus asesores, como la derecha política y económica y su referente organizativo de la CEOE-CEPYME. ◆

No es eso: doce apuntes sobre la Reforma de la Negociación Colectiva

Miguel A. Falguera

Magistrado del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña

1. Si algo caracteriza nuestro modelo de convenios colectivos es lo que podríamos denominar “desvertebración”. Desvertebración en sus ámbitos concurrentes, en tanto que en España se hallan en vigor, más o menos, seis mil unidades de negociación (de hecho, no sabemos cuántas), sin que en general sean apreciables reglas de concurrencia. Desvertebración respecto a sus objetivos, pues no es apreciable ningún intento de tratamiento unitario de la negociación colectiva para articular políticas y finalidades concretas. Y desvertebración, al fin, en cuanto a su relación con la Ley, pues el actual sistema ha rechazado implícitamente cualquier intento de autorregulación substantiva y alternativa ante el Estado, convirtiendo los convenios en una especie de desarrollo “reglamentario” de la Ley laboral.

El patrón vigente se ha desarrollado en aluvión a partir de la matriz franquista. Y cabrá recordar que en la etapa previa a la ominosa dictadura, la negociación colectiva se desarrolló “desde abajo” (a través de los incipientes acuerdos de finales del siglo XIX y XX y las bases de trabajo de la Dictadura de Primo Rivera y la IIª República). Sin embargo, el régimen surgido de la Guerra Civil impuso un modelo surgido “desde arriba” –las Reglamentaciones y Ordenanzas-. En el actual sistema constitucional no se quebrantó esa lógica del período anterior: la única diferencia fue, a la postre, que las condiciones infralegales ya no las imponía el Estado, ni directamente, ni por delegación, sino que las fijaban –con sometimiento a la Ley- los agentes colectivos. No se puso encima de la mesa ni los ámbitos de negociación, ni la vinculación con la Ley. Como tampoco se produjo ninguna ruptura apreciable respecto a los contenidos esenciales en el ámbito contractual: de hecho, aún son numerosos los convenios que en algunos aspectos reguladores remiten a las Ordenanzas.

De esos polvos surgieron estos lodos. El cambio del modelo productivo, de los instrumentos de producción, del sistema de organización del trabajo y de la empresa y de la conformación del colectivo asalariado, que delimitan el paradigma de la flexibilidad, en relación a esa inercia anterior –de lógica fordista- significó que los convenios colectivos –y obsérvese que, por lo que luego diré, no hablo de “negociación colectiva”- fueran incapaces, en general, de regular lo nuevo. En primer lugar porque su articulación interna obedece a un patrón vertical (el convenio de industria sectorial), ajeno a

una realidad horizontal, basada en la homogeneidad del tipo de producción y no en cómo se produce. En segundo lugar, porque no existen reglas claras de concurrencia y articulación interna –qué se negocia en qué ámbito–, pese a que la Ley lo permitía, lo que comportó una evidente asincronía entre los distintos niveles. En tercer lugar, porque se delegó en la Ley y no en la concertación social la regulación de “lo nuevo”. Y, por último –aunque desde mi punto de vista esencial– porque la necesidad de negociación de miles de convenios cada año en un modelo basado en la representatividad, que no en la representación, comportó una evidente pobreza de contenidos: es imposible con los pocos medios con que cuentan los sindicatos readecuar los contenidos de seis mil unidades en forma constante.

En todo caso, cabrá indicar que esas cifras son engañosas. En efecto, pese a que existen miles y miles de convenios vigentes, el hecho cierto es que más del noventa por ciento de los trabajadores rigen sus condiciones contractuales por los sectoriales. Es decir: aunque hay muchas normas colectivas, la disincronía cuantitativa tiene como origen –al margen de los ámbitos desestructurados sectoriales– los convenios de empresa. Y éstos, mal que bien, son evidentes instrumentos útiles para la negociación de la flexibilidad, por su adaptación al centro de trabajo.

Es, en efecto, en el ámbito sectorial dónde reside el problema. Hallaremos, así, “microsectores”, que emplean a muy pocos trabajadores. Y, por el contrario, “macrosectores” que abarcan múltiples actividades, englobando a cientos de miles de asalariados, sin que en general, en este último caso el convenio observe ninguna regulación diferenciadora entre subsectores o tipos de empresa. A lo que cabe añadir un fenómeno concurrente: el convenio es una foto fija que se toma cada “x” años –cada vez más–, sin que exista un mecanismo de adaptación dinámica, de negociación permanente, que permita la adaptación constante del convenio a la realidad. Es ése un papel que deberían jugar las comisiones paritarias y que, en la práctica y en general, dista años luz del mentado paradigma (lo que, en parte, es debido al encorsertado modelo al que las ha limitado la jurisprudencia)

2. Al convenio se le pide mucho, que lo arregle todo. Incluso, últimamente, que sea un instrumento para la creación de empleo –como si éste tuviera su origen en la norma y no en la situación económica–. Sin embargo, habrá que recordar que, a la postre, su finalidad última es diversa y compleja. Por un lado, es un instrumento de autorregulación de las condiciones contractuales. Por otro, es un mecanismo de paz social, como renovación periódica del pacto welfariano. Asimismo, se constituye como una herramienta de regulación de la competencia –tanto en relación a los propios trabajadores, como, en el ámbito sectorial, respecto a las empresas, evitando el dumping social–. En definitiva, el convenio es esencialmente la regulación del modelo de relaciones laborales aplicable en el sector o en la empresa. Y, en principio, ese modelo se adecua a las características del modelo productivo vigente en su ámbito material. Es obvio, en consecuencia, que en un sector basado esencialmente en la gestión de la mano de obra, con escaso valor añadido, las condiciones contractuales serán “bajas”, mientras que en otros claramente tecnificados, con alta especialización, ocurrirá todo lo contrario. De ahí que difícilmente puedan extraerse conclusiones generales basadas en estadísticas, si no se diferencia cada realidad productiva. Se olvida por los apologetas del dogma neoliberal que en un sistema productivo basado esencialmente en sectores como la construcción, el turismo y la subcontratación –que resultan difícilmente exportables a otros países– la flexibilidad a ultranza comporta precariedad –que no flexibilidad–. La flexibilidad bien entendida –por tanto, la que es bidireccional y no se basa únicamente en motivos productivistas, sino también en el reconocimiento de derechos para los asalariados– es

propia de un sistema productivo con alto valor añadido. Claro que en los países septentrionales europeos las empresas tienen más flexibilidad organizativa... pero también los asalariados gozan de mayores expectativas de estabilidad en el empleo, de ejercicio de la flexibilidad horaria y prestacional por causas personales, sociales, formativas o de conciliación con la vida laboral, así como de mayores salarios.

La realidad productiva y contractual del convenio del metal de Baden-Wutemberg –si es que existe y no es estatal- es difícilmente comparable con la del sector de la hostelería de Málaga, por poner un ejemplo. Ni los salarios serán equiparables, ni tampoco deben serlo los mecanismos de flexibilidad. Repito: la apología de la flexibilidad como modelo de organización del trabajo que obvie las condiciones productivas de cada país o sector no es tal: es precariedad. Es decir, la inversión de rentas –y poderes- a favor de los más poderosos, lo que dista ciertamente, de los mandatos constitucionales.

Y a todo ello debe añadirse otra perspectiva concurrente: en la realidad española tiene un peso esencial la pequeña y pequeñísima empresa. Por tanto, difícilmente se puede pretender una detracción de la centralidad del convenio sectorial. Romper el actual equilibrio –con el peso significativo de dicho ámbito- determina, al fin, una loca carrera hacia la subindiciación salarial, pero también la pérdida de instrumentos de regulación de la competencia entre las empresas y, en consecuencia, la posible generalización del dumping social.

3. En ese marco se ha convertido en un tópico en este país afirmar que nuestro sistema de negociación colectiva, por sus características esencialmente sectoriales, impide la adaptación a la flexibilidad, a lo que se suma la rigidez de los contenidos. Es ése un mantra que se repite incansablemente por los teóricos neoliberales y que hallaremos en múltiples informes de organismos académicos, “think tanks” vinculados con entidades financieras, políticos de babor y estribor y organismos económicos internacionales.

Veamos críticamente ese aserto. En primer lugar: es cierto, sobre el papel, que una regulación universal, sin diferenciaciones y sin marcos de disponibilidad inferior, de las condiciones de trabajo es difícilmente compatible con la flexibilidad productiva. Ello es así porque ésta surge en el centro de trabajo, y las necesidades de adaptación son distintas en cada empresa. Ahora bien, ese apotegma no puede llevar al absurdo, por generalización. Habrá sectores en los que la flexibilidad –bien entendida y, por tanto, no precarizante- será prácticamente anecdótica. O, en otros, será lógico considerar que la flexibilidad –que sí concurre- tiene características comunes entre todas las empresas. De ahí que no existan reglas generales: habrá que estar a las características de cada ámbito –tipo de producción, reglas de competencia, modelo de empresa-. Lo que sirve para un sector, puede resultar inútil –o precarizante- en otro. Nada tiene que ver las características empresariales y de producción de la industria química con la limpieza urbana. Y cabrá señalar que eso también es nuevo: rompe el esquema único y uniformizante del taylor-fordismo.

En consecuencia, difícilmente la Ley, que es general por definición, puede regular esa diversidad. En puridad, deberían ser los agentes sociales los que regularan, en forma distinta, esa diversidad. Y, ciertamente –salvo algunas puntuales excepciones- éstos no han sabido hasta la fecha estar a la altura. Dicho lo cual, cabrá negar que –como se afirma por los sesudos analistas antes referidos- la culpa sea únicamente de los sindicatos, por sus posturas rígidas. Habrá que recordar que un convenio es un, también, un contrato. Pues bien, ¿qué ha estado haciendo la patronal a lo largo de estos años, siendo sus representados lo que, en definitiva, más dificultades tenían para gestionar la adaptación a lo nuevo? Es fácil responder: la patronal ha estado abrogando por la re-

versión de poderes en el centro de trabajo –es decir, reclamando la precarización y la distribución negativa de rentas-, obviando un concepto neutro de flexibilidad –bidireccional- que redundara en beneficio de la productividad y de la mejora del modelo productivo. Hace escasos días, aún podíamos asistir a manifestaciones de prebostes de la CEOE abogando por el llamado “contrato único”, acausal y sin control judicial de salida. Nada que ver con una modernización del marco de relaciones laborales que favorezca la productividad bien entendida.

Con todo, estoy dispuesto a aceptar pulpo como animal de compañía. Y, por tanto, que el modelo esencialmente sectorial vigente en España tiene dificultades para la adaptación a la flexibilidad del centro de trabajo. Ahora bien, no acepto que las condiciones de regulación de ésta en la negociación colectiva sean rígidas. En primer lugar porque existen casi cinco mil convenios de empresa, grupo o ámbito inferior: y es obvio que si ahí no se pactan los mecanismos de flexibilidad, el empleador debería empezar a pensar en despedir al responsable de recursos humanos. En segundo lugar, porque se obvia que la Ley permite la ruptura de la eficacia del convenio sectorial desde 1994 –al margen de las reformas más recientes a las que luego me referiré-, bien sea a través de la modificación de las condiciones de trabajo del art. 41 del Estatuto de los Trabajadores, bien a través de las cláusulas de descuelgue salarial. En tercer lugar, porque nadie –nadie- sabe qué condiciones de flexibilidad se están pactando en los mil y pico convenios sectoriales: no existen bases de datos al respecto, ni estadísticas, ni estudios universales. Lo único que conocemos de ese magma son los incrementos retributivos y de jornada, pero no los concretos aspectos de regulación de la flexibilidad. Habrá que preguntar, por tanto, sobre qué bases se afirma por los sesudos expertos que realizan todos los informes referidos que nuestro modelo es rígido.

Sin embargo, uno tiene un vicio inconfesable: cada día leo los convenios colectivos que se publican en el ámbito de Cataluña. Y, ciertamente, tengo la intuición –que en algunos casos, puedo concretar en cifras y porcentajes- que los convenios sectoriales no están a la altura de los nuevos tiempos. Ahora bien, y esto es lo esencial, una cosa es que los convenios no cumplan sus funciones de adaptación necesaria; otra muy distinta, que no lo haga la negociación colectiva. Y ello es así porque existen cientos de miles de acuerdos o pactos de empresa, propios e impropios, formales o informales, que regulan la flexibilidad en los grandes, medianos, pequeños y pequeñísimos centros de trabajo. Y aquí sí que nada sabemos de sus contenidos, porque no se publican en parte alguna y no existe control de legalidad de tipo alguno.

Precisamente porque el convenio colectivo no ha estado a la altura, la realidad ha determinado una regulación de la flexibilidad por otras veredas: claro que la flexibilidad se ha venido regulando, pero a través de la válvula de escape de esos pactos. Repito: ¿en qué se basan los analistas neoliberales para afirmar que nuestro modelo de negociación colectivo es rígido si desconocemos todos lo que ahí se está acordando? Pues bien, cabrá recordar que esos acuerdos empresariales tienen evidentes y conocidos problemas jurídicos, en tanto que la Ley los regula tangencialmente, obviando aspectos esenciales como su sometimiento o no al convenio o su propia naturaleza, lo que ha dado lugar a una oscilante jurisprudencia al respecto que considero inadecuada al nuevo paradigma. Y lo que es más grave: los propios convenios colectivos han obviado cualquier regulación específica y cualquier capacidad de control de dichos pactos.

4. Tras el fracaso de la concertación social –por la espantá patronal ante un previsible cambio de gobierno más proclive a sus intereses: siempre pensando en clave de poder y no de productividad- se ha publicado el R Decreto-Ley 7/2011, validado esta semana por el Congreso. No voy aquí a hacer un análisis pormenorizado de sus contenidos, en-

tre otras cosas porque es obvio que en su tramitación parlamentaria existirán modificaciones significativas –a peor-. Pero sí me interesa centrarme en los elementos básicos del modelo –que probablemente, resultará intocado en sus trazos fundamentales, máxime cuando ha contado con un cierto consenso con patronal y sindicatos-.

Pues bien, la Exposición de Motivos de la Ley es nítida en cuanto a esa configuración básica. Se afirma, en primer lugar que un objetivo central es la lucha contra lo que se califica de “atomización” y la “desvertebración” de la negociación colectiva. Un segundo bloque de problemática concurrente se sitúa en la ya referida dificultad de adaptación al cambio productivo. No pudo dejar de reproducir aquí –por la elocuencia de los fines- el contenido de la mentada Exposición de Motivos: “Nuestro modelo de convenios colectivos tiene dificultades para ajustar con prontitud las condiciones de trabajo presentes en la empresa a las circunstancias económicas y productivas por las que atraviesa aquélla en los diferentes momentos del ciclo o de la coyuntura económica. En no pocas ocasiones ello dificulta la adopción de medidas de flexibilidad interna en la empresa, esto es, la modificación de aquellas condiciones de trabajo aplicables a las relaciones laborales. Esto conduce a que, a diferencia de lo que sucede habitualmente en otros países, los ajustes no se produzcan incidiendo sobre los salarios o sobre la jornada de trabajo, sino a través de la adopción de medidas de flexibilidad externa, más traumáticas, como los despidos, produciendo un fuerte impacto en nuestro volumen de empleo y en un mercado de trabajo como el español tan sensible al ciclo económico”. Y estas dificultades de adaptación al cambio se cohonestan –aunque es obvio que se trata de realidades diferenciadas- con el tiempo que se tarda en negociar un nuevo convenio, una vez el anterior ha perdido la vigencia. Y, finalmente, se termina el diagnóstico con la referencia a las reglas de la legitimación de las partes, haciéndose un especial hincapié en la problemática derivada al respecto por la descentralización productiva, y, tangencialmente, el papel de las comisiones paritarias.

En definitiva, una valoración general similar, por no decir idéntica, a la realizada por los agentes sociales en el Acuerdo Social y Económico para el Crecimiento del Empleo y la Reforma de las Pensiones, de 2 de febrero. Y una valoración que comparto.

5. Pues bien, ¿qué medidas se formulan al respecto? Empezando el análisis por la falta de articulación o “desvertebración” de la negociación colectiva, cabrá indicar que el RDL 7/2011 opta por delegar en los acuerdos interprofesionales o los convenios sectoriales estatales o de Comunidad Autónoma la posibilidad de estructuración de los ámbitos “menores” y la determinación de las reglas de concurrencia. La novedad aquí –en relación al modelo anterior- es que se niega esa capacidad de articulación a los convenios provinciales –que son la inmensa mayoría de las normas superiores a la empresa- u otros ámbitos sectoriales. Y de otra parte, el reconocimiento como hecho autónomo de los convenios de Comunidades Autónomas, muy presentes en Cataluña pero de escaso peso específico en otros territorios. Desde la reforma de 1994 –y la hermenéutica del TS- un convenio sectorial de ese ámbito o, especialmente, provincial no tenía porqué “someterse” al estatal (aunque éste contemplara reglas claras de jerarquía “centralizantes”), salvo en las concretas reglas de mínimos del art. 84 ET (es decir, período de prueba, modalidades de contratación, grupos profesionales, régimen disciplinario y “normas mínimas” de prevención de riesgos y movilidad geográfica) y además podía establecer reglas de concurrencia propias-. La ley, ahora –y al margen de los acuerdos interprofesionales- “somete” los acuerdos provinciales a los estatales y los de Comunidad Autónoma, de tal manera que sólo estos últimos –y con limitaciones- podrán apartarse de lo pactado en aquéllos. La estructura y las reglas de concurrencia, pues, se centralizan, aunque permitiendo una disponibilidad en las Comunidades Autónomas.

Con todo, en materia de articulación la gran novedad surge en la regulación de los convenios de empresa, en tanto que aquí concurre también un elemento central de la adaptación a la flexibilidad. La regla anteriormente vigente comportaba: a) que no pudieran negociarse éstos mientras estuviera en vigor un convenio sectorial (lo que también era postulable de los provinciales y de Comunidad Autónoma); y b) que no pudieran apartarse de las reglas de concurrencia –y los contenidos contractuales allí observados– y articulación de los convenios sectoriales. En el nuevo sistema, parece –aunque el redactado no es claro– que nada impide la negociación de un convenio de empresa, aunque el sectorial esté en vigor. Y, además, permite que, salvo prohibición expresa de éste –incluyéndose ahora, los provinciales– también el convenio de empresa se aparte de los contenidos allí pactados–, en una amplia retahíla de aspectos como el salario, la retribución de las horas extras, tiempo de trabajo –salvo jornada–, encuadramiento profesional, modalidades de contratación y la conciliación de la vida laboral y familiar. La voluntad del legislador es aquí clara: imponer la disposición en el ámbito de la empresa de los elementos centrales de la flexibilidad.

La nueva jerarquía de ámbitos negociales que se diseña en la reforma no deja de ser compleja y presentar varios problemas técnicos. Así, parece obvio que los acuerdos interprofesionales, los convenios colectivos sectoriales estatales y los de Comunidad Autónoma podrán establecer reglas abiertas o cerradas de concurrencia, de tal manera que si se opta por la técnica de ámbitos reservados –es decir, otorgar competencias sobre determinados contenidos contractuales a cada nivel concreto– regirán en todo caso las mismas y no podrá disponerse en los convenios de empresa –lo que ya existía– y los provinciales –lo que es nuevo–. Sin embargo, entre esos tres niveles superiores existe también jerarquía, en tanto que el convenio de Comunidad Autónoma –que ya no el provincial– queda sometido al sectorial estatal en los contenidos mínimos del art. 84 antes vigentes –ya referenciados– a los que se incluye ahora, como novedad significativa, la duración máxima de la jornada. En todo caso, cabrá indicar que el contenido del art. 83.2 en relación al 84.2 no deja claro si el convenio de Comunidad Autónoma podrá establecer reglas propias, diferentes a los de los estatales, en estos supuestos. Previsión de sometimiento que probablemente no soportará la tramitación parlamentaria, en tanto que –como ya ocurrió con la reforma de 1994– los partidos nacionalistas catalán y, especialmente, vasco han puesto determinadas condiciones para la formación de la mayoría parlamentaria precisa, como aparece en estos días en los medios de comunicación.

Por su parte, en los convenios de empresa –salvo prohibición empresa de los ámbitos superiores– podrán negociarse en todo momento los elementos centrales de la flexibilidad –salario, tiempo de trabajo excepto jornada, encuadramiento, modalidades de contratación temporal y esa extraña referencia a los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar–.

Es obvio que los grandes perdedores son los convenios provinciales –reitero: los que afectan a la inmensa mayoría– que quedan emparedados entre los estatales y de Comunidad Autónoma –sin que puedan ahora apartarse de las reglas de concurrencia que éstos observen– y los de empresa –que no se ven sometidos a los elementos de flexibilidad que allá se contemplan–. Nos hallamos, por tanto, ante lo que podríamos caracterizar como un “efecto acordeón”: el legislador opta por dotar de altos poderes centralizantes a los sindicatos y patronales estatales y de Comunidad Autónoma –reitero: sin reglas claras entre ambos niveles– y claramente descentralizantes a los de empresa. En medio, los convenios provinciales, que ven disminuida su capacidad de regulación de las condiciones contractuales. Es decir, el legislador se “fía” de las cúpulas sindicales y patronales, pero no de sus respectivas organizaciones territoriales (aunque cabrá

indicar que, en definitiva, han sido aquéllas las que, a la postre, han diseñado el modelo) Y en el ámbito de empresa, práctica “barra libre” para la negociación de la flexibilidad.

Se ha señalado al “malo de la película”: los convenios provinciales. Y ése es, desde mi punto de vista, un evidente error conceptual. En primer lugar, porque hay muchos sectores en los que no existe convenio estatal y sí provincial. Y algunos de ellos significativos, como el de oficinas y despachos, buena parte del comercio y alimentación, sanidad, etc. En segundo lugar, porque si bien es cierto que en algunos aspectos de la flexibilidad los convenios estatales son más receptivos que los de ámbito inferior (verbigracia, modelo de encuadramiento profesional) no ocurre lo mismo con otros, como la regulación de la distribución irregular de la jornada, la movilidad funcional o la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (al menos, comparando la realidad que conozco, Cataluña, respecto a los convenios estatales).

Por otra parte: ¿Es lógica la “barra libre” a los convenios de empresa? Veamos: es perfectamente comprensible que una concreta empresa tenga un evidente problema de adaptación a la flexibilidad ante determinados contenidos del convenio sectorial, como el sistema de encuadramiento o el horario. Ocurre, sin embargo, que esos problemas hasta ahora se soslayaban a través de los pactos de empresa, tal y como previamente se ha indicado. Pero el nuevo modelo obvia esa concreta –lógica- problemática y abre las puertas al campo. En otras palabras: nada impide que una empresa, si cuenta con la connivencia de los representantes de sus trabajadores (que en las pequeñas empresas pueden ser, fácilmente y por la lógica resultadista de las elecciones sindicales, el encargado y dos primos del empleador), entre en una dinámica de dumping social, con práctica de subindiciación salarial. O que, en sectores muy armónicos –p. e.: banca, cajas de ahorros, oficinas de viajes, etc- los convenios de empresa permitan saltarse las reglas de competencias en materia de horarios. La libertad prácticamente absoluta de negociación en las empresas, sin sometimiento a reglas claras vinculadas con la adaptación a la flexibilidad, conlleva, en definitiva, la ruptura de determinados códigos de no concurrencia desleal en concretos aspectos contractuales, básicos para los trabajadores. Y, es obvio, que en los actuales momentos esa lógica –“ad nutum”, sin motivación- puede comportar importantes pérdidas de derechos de los mismos. A lo que cabrá añadir, asimismo, que no se acaba de entender porqué se universaliza, sin tener en cuenta las singularidades de cada sector. ¿Es qué acaso el modelo único de convenio estatal de la química o el textil, por poner algún ejemplo, no funcionaba relativamente bien –al menos en comparación con otros sectores?

Es cierto que los convenios estatales o de Comunidad Autónoma podrán establecer reglas impeditivas de disponibilidad en la empresa. Pero no lo es menos que se ha abierto la Caja de Pandora y que los posibles escenarios futuros son impredecibles – máxime cuando la ley presenta huecos hermenéuticos-. Es más: mientras no se re-negocien los convenios estatales actualmente en vigor, nada impedirá que en el ámbito de la empresa se pongan las piezas de puzzle correspondiente, ganando el ámbito negocial. Una cosa es adaptar la flexibilidad a su ámbito natural, la empresa. Y otra, universalizar la disponibilidad del convenio sectorial en sus elementos básicos conformadores de la igualdad y la no competencia. Algo sobre lo que los sindicatos deberían reflexionar, porque no únicamente se abren las puertas a la posible precarización de las condiciones contractuales; es que, además, se corre el serio peligro de pérdida de su propia capacidad de negociación y, por tanto, de su poder en el sector.

6. Al margen de los aspectos relativos a la estructura de la negociación colectiva que en buena medida afectan también a la flexibilidad interna –tal y como se acaba de ver-, el RD Ley 7/2001 establece asimismo mecanismos singulares en cuanto a este último aspecto, como por ejemplo la inclusión como contenido mínimo del convenio de la adopción de medidas al respecto, con especial referencia al porcentaje máximo y mínimo de jornada de trabajo que podrá distribuirse en forma irregular a lo largo del año, imponiendo un mínimo –de no regularse- del cinco por ciento; o a los procedimientos y los períodos temporales y de referencia para la movilidad funcional en la empresa. Lo que debe ser completado con las previsiones de intervención de las comisiones paritarias en determinadas materias, que luego se referirán.

7. En materia de procedimiento formal de la negociación, cabe indicar que la peculiar conceptualización legal de la flexibilidad por parte del empleador, que incluye las reglas de denuncia y duración de las negociaciones una vez efectuada aquélla, tiene también una nueva regulación. Así, la nueva normativa prevé las siguientes novedades en relación con el contenido mínimo del convenio del art. 85.1 ET –en cláusulas que en su mayor parte se reiteran en el art. 89, para el caso que se omita ese contenido mínimo-: a) concreción de un plazo mínimo de denuncia del convenio de tres meses antes de su pérdida de vigencia, salvo pacto en contrario; b) obligación de regular en el convenio el plazo máximo para el inicio de las negociaciones que, si no hay disponibilidad específica, no deberá superar el que –sin concreción- se contempla en el art. 89.2 ET; c) también el convenio deberá establecer como requisito mínimo el plazo máximo de duración de las negociaciones, que –salvo cláusula en contrario- no podrá superar los ocho o catorce meses en función de si el convenio anterior ha tenido una eficacia temporal inferior o superior a veinticuatro meses, respectivamente; d) la adhesión o sometimiento a los mecanismos autocompositivos para el caso que se supere el mentado plazo de negociación. Y, asimismo, el art. 86 ET determina que los acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos deben establecer mecanismos de composición de las divergencias entre las partes si el período de negociación máximo –legal o convencional- ha finalizado sin acuerdo, con expresa referencia a la posibilidad de sometimiento a arbitraje –cuya eficacia se equipara, lógicamente, al propio acuerdo entre las partes-, proveyéndose incluso –en cláusula de dudosa constitucionalidad- que si no existe dicho acuerdo previo, “se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio”.

Por otra parte, y en el mismo terreno de las reglas procedimentales para la negociación del nuevo convenio, se elimina la absurda diferenciación entre cláusulas normativas y obligaciones respecto al período de ultractividad. Ahora lo que claramente pierde vigencia –lo que es lógico en línea con la legislación comparada- son específicamente los pactos de paz social, de renuncia a la huelga. Y en el marco de regulación de la ultractividad del convenio –el auténtico yu-yu de los neoliberales- se mantiene, sustancialmente, el marco anterior –en relación a la reforma de 1994-: es decir, salvo acuerdo en contrario el convenio mantiene su vigencia hasta la renovación, aunque se permiten acuerdos parciales de modificación a lo largo del íter negociador.

Asimismo, y desde otra perspectiva, se reconoce el derecho de conformación de cada banco y el criterio de adscripción proporcional por representatividad en el art. 88.1 ET (lo que no es nuevo, pues era jurisprudencia consolidada), las atribuciones del Presidente de la comisión negociadora –con el añadido, sobrante, que no tendrá voto, pero sí voz- y se amplía –de doce a trece- el número de miembros máximo de cada banco. También es novedosa la unificación de los actos de denuncia del convenio anterior y de comunicación a la contraparte del inicio de negociaciones, en el nuevo redactado del art. 89.1 ET.

8 En cuanto a la nueva regulación de las legitimaciones negociales, cabrá indicar como novedad significativa el efectivo reconocimiento formal de los grupos de empresa como marco específico de negociación. A dichos efectos –al margen de aplicárseles a los convenios ahí obtenidos las reglas de concurrencia antes analizadas- se regula en forma expresa el régimen de legitimaciones –en relación a los convenios sectoriales, lo que viene a reemplazar la técnica mixta impuesta, no sin críticas doctrinales, por la jurisprudencia-. Es más, en este terreno aparece una novedad tan o más importante –que, de hecho, se enmarca más en la cuestión relativa a los ámbitos de negociación-: se viene a regular en idénticos términos –con sometimiento, por tanto, al marco sectorial- la posibilidad de pactar convenios que “afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación”; por tanto, un resquicio –aunque insuficiente- para romper la lógica vertical fordista sobre los ámbitos ordinarios de negociación. Sin embargo, no deja de ofrecer dudas en este punto la genérica referencia a la “representación de las empresas”, sin mayores concreciones, que se contempla en el art. 87.3 b) ET.

Otra novedad importante –en la que no dudo que las filípicas continuadas del responsable de este blog han tenido alguna influencia- es el reforzamiento del papel de las secciones sindicales en la negociación de los convenios de empresa. De esta manera, serán éstas las que –si tienen la legitimación suficiente- acordarán tomar en sus manos en forma directa las negociaciones, lo que somete –al menos, respecto a la toma de decisión- a los organismos unitarios a un cierto papel subordinado. Una lógica similar se ha seguido en los cambios experimentados en los arts. 40 –movilidad geográfica-, 41 –modificación sustancial de las condiciones de trabajo- y 51 –despidos colectivos- ET, respecto a la negociación en el período de consultas.

También los convenios franja experimentan algunos cambios en esta materia, facilitándose, en general, su plasmación, al desaparecer el requisito de previo acuerdo expreso por parte de la mayoría de las personas afectadas –aunque deberán elegir qué secciones sindicales les representan- y el de reconocimiento por parte de la empresa.

Por otra parte, el vacío y las dudas legales que se derivaban de la legitimación empresarial para la negociación de los convenios de empresa en el anterior texto legal –y que había dado lugar a varias y recientes sentencias del TS, declarando el carácter extraestatutarios de algunos de ellos- vienen en parte a solventarse. Así, además de la regla de legitimación “histórica” (diez por ciento de empresarios asociados y, desde 1994, que representaran idéntico porcentaje de trabajadores ocupados) se complementa ahora con otras dos reglas: a) la inclusión de las patronales que den empleo a un quince por ciento de asalariados del sector; y b) la representación por irradiación de las grandes patronales en caso que no exista representatividad suficiente por parte de ninguna asociación patronal.

Este último criterio de irradiación impropia es reconocido en forma expresa también para los sindicatos, estableciéndose, además, las reglas de distribución de miembros de la comisión negociadora.

9. También se articula en la Ley un nuevo papel de las comisiones paritarias. En esta materia el RD Ley desarrolla en forma ciertamente extensa el contenido mínimo que debe contener al respecto el convenio, superando el limitado redactado hasta ahora en vigor. Así, los convenios deberán establecer, en primer lugar, un redactado relativo a los términos y condiciones para el conocimiento de los mecanismos de interpretación del convenio, lo que, en definitiva comporta una mayor exigencia reguladora, que supera el genérico texto legal anterior. En segundo lugar, se observa la posibilidad de mo-

dificar el contenido del convenio a lo largo de su vigencia por la propia comisión paritaria –aunque con la lógica previsión de que, en este caso, deberán incluirse en la misma a dichos efectos a las organizaciones no firmantes pero con suficiente representatividad-: es éste, sin duda, un cambio trascendente, que viene a romper la limitada capacidad de intervención que al respecto se había indicado por la jurisprudencia. En tercer lugar, el convenio deberá establecer los términos y condiciones aplicables para el conocimiento y resolución de las discrepancias surgidas en los períodos de consultas en materias de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial (aspecto ciertamente novedoso, en tanto que parece obligar a la paritaria a intervenir en estas materias), lo que se conecta –en cuarto lugar- con los mecanismos de intervención en el caso de inexistencia de representación de representantes de los trabajadores. Y en quinto lugar, se establece la necesidad de regular los procedimientos y plazos de actuación de la comisión de paritaria para garantizar la rapidez y efectividad de su actuación y la salvaguarda de los derechos de los afectados, con especial singularidad respecto a cómo se solucionan las discrepancias en su seno, con sometimiento en su caso a los sistemas extrajudiciales.

Por otra parte, el art. 91 ET sufre una especial modificación: se refuerza ostensiblemente el papel de interpretación del convenio colectivo por parte de la comisión paritaria, que ahora claramente pasa a ser el organismo principal –y no subordinado, como parecía del texto vigente hasta la fecha- de dicha actividad. Es más: ese trámite de autorregulación resulta ahora –ex lege- necesario para acceder a los sistemas de autocomposición, de conformidad con el nuevo redactado del art. 91.3 ET. En todo caso, no deja de llamar la atención que se haya perdido la oportunidad de abrogar de una vez por todas la singular figura, de origen franquista, del conflicto colectivo de interpretación en sede judicial. No deja de ser sorprendente que las partes que han firmado un contrato se dirijan a un juez para que les diga cómo interpretar lo que ellas mismas han suscrito unos pocos meses antes.

10. Finalmente –en cuanto al análisis del RDL 7/2011, por lo que hace a la negociación colectiva- cabrá indicar un logro ciertamente significativo: la substitución de la caduca Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos por el Consejo de Relaciones Laborales y Negociación Colectiva, al que se atribuyen, entre otras competencias, las relaciones con el SIMA, la elaboración de estadísticas sobre contenidos negociales –aunque en buena medida se siguen observando parámetros productivistas-formales-, la realización del –necesario- mapa de la negociación colectiva, etc. No deja de ser criticable que no se haya observado en forma expresa la necesidad de elaborar una base de datos que contenga las regulaciones convencionales de la flexibilidad.

11. Las sensaciones que me produce esta reforma laboral no dejan de ser contradictorias. En efecto, si se limita la valoración al contenido meramente formal cabrá indicar que la nueva regulación sobre aspectos como la negociación en los grupos de empresa o entidades empresariales asimiladas, la nueva potenciación indirecta de los sistemas extrajudiciales, la mayor seguridad jurídica del procedimiento de negociación, la atribución de mayores competencias negociales a las secciones sindicales y a las comisiones paritarias, la cobertura de algunos vacíos respecto a las legitimaciones de negociación, el mantenimiento de la ultractividad –de momento, con la que está cayendo- o la creación del Consejo de Relaciones Laborales y Negociación Colectiva, ha de ser forzosamente positiva.

Ahora bien, debe señalarse que, a la postre, buena parte de esos contenidos novedosos no tenía porqué ser desarrollados por Ley alguna: bastaba con un acuerdo inter-

profesional. Es cierto que el art. 37.1 de la Constitución contempla que la Ley garantizará el derecho a la negociación colectiva. Pero no lo es menos que resulta absurdo que papá-Estado tenga que venir a decirles a los agentes sociales en qué período deberá constituirse la comisión negociadora, la duración de la negociación o el número máximo de miembros de cada banco, por poner algunos ejemplos. Sin duda que los efectos de un convenio y otras cuestiones conexas –como, por ejemplo, las legitimaciones necesarias- requieren la intervención del Parlamento, en tanto que no afectan únicamente a patronal y sindicatos, sino a los ciudadanos en general. Sin embargo, cómo se negocia, dónde se negocia, qué se negocia y la reglas de concurrencia entre lo que se negocia deberían ser un ámbito exclusivo y excluyente de la autonomía colectiva, dentro de los límites fijados por la heteronomía (entendida aquí como interés público).

Por tanto, cabrá colegir que el RDL 7/2001 no es nada más que la constatación de un fracaso: el de los agentes sociales que tras casi treinta y cinco de práctica de negociación bajo el actual modelo constitucional son incapaces de autorregular, por ellos mismos, las reglas, contenidos y prácticas de los convenios (máxime cuando llevamos un montón de sucesivos acuerdos interconfederales de negociación colectiva, sin efectividad real). Empezaba estas reflexiones constatando la incapacidad del actual sistema de negociación para superar el papel delegado de la Ley –en lógica de orígenes franquistas- en el ejercicio del potente instrumento que es la negociación colectiva: la norma aquí analizada es un buen ejemplo de esa tendencia. Desconozco el intrínquilis de la concertación social fallida; mas, en todo caso, lo que debería haberse exigido es eliminar del Estatuto de los Trabajadores todos esos aspectos básicamente procedimentales y su sustitución por un acuerdo interprofesional. Y mucho me temo –aún con el riesgo de hablar sin conocimiento de causa- que ello nunca fue así.

12. Con todo, resulta evidente que esa intervención legislativa –en los términos expuestos en el apartado anterior- podría haberse producido hace décadas, en tanto que la inexistencia de normas procedimentales, las dificultades de determinación de ciertos ámbitos de negociación, los problemas hermenéuticos de las legitimaciones de negociación en determinados supuestos, las reglas de concurrencia o la ineficacia y problemática dispositiva de las comisiones paritarias, han venido siendo denunciadas por múltiples autores desde hace muchos años.

Por tanto, resulta evidente que la intervención legislativa en estos puntos es incidental. El objeto esencial de la reforma del modelo de negociación colectiva –como la propia Exposición de Motivos del RDL reconoce- es la adaptación de los convenios a los nuevos retos de la flexibilidad interna en las empresas.

Y es aquí donde me surgen las dudas y de dónde deriva mi valoración negativa. De entrada, cabrá reiterar –cómo he dicho anteriormente- que aunque es cierto que los convenios colectivos en general han sido renuentes a regular el nuevo modelo productivo y de organización de la empresa, no pueden existir aquí reglas generales, en tanto que dicha flexibilidad ni es universal en todos los sectores, ni tiene las mismas características en cada empresa. Por tanto, deberá estarse a una regulación a medida, en tanto que el modelo pret-a-porter del fordismo –aunque es cierto que éste tampoco era universal, como me reprocha siempre mi buen amigo Ramon Alós en mis análisis-, de talla única, ya no sirve en muchos supuestos. Lo que no quiere decir que sí sea útil en algunas empresas o sectores.

No puede obviarse, en consecuencia, que la regulación de la flexibilidad no puede ser única, ni universal: dependerá de qué se produce, de cómo se produce, del tipo de empresa, del modelo de actividad, de la conformación del colectivo de asalariados... Por

eso, la Ley no puede imponer parámetros únicos. Y la Ley sólo puede imponer un modelo uniformizante, por definición.

El papel de adaptación a lo nuevo de las relaciones laborales correspondía, en exclusiva, a la negociación colectiva, que es, también por definición, diversa. Y es obvio que los convenios, hasta ahora, no han estado a la altura del embite. Las consecuencias de esa omisión son conocidas: de un lado, la potenciación de la autonomía decisoria del empleador. Por otro, y más significativo, la proliferación indeterminada y generalizada de pactos y acuerdos de empresa que nadie controla y nadie conoce.

Desde mi punto de vista lo aconsejable hubiera sido alejar al legislador de la regulación convencional de la flexibilidad. Y, por tanto, que los agentes sociales hubieran sido capaces de establecer, por un lado y a nivel confederal, los criterios generales de adaptación de las relaciones laborales a la flexibilidad, entendiendo por tal la de carácter bidireccional, lo que debería haber significado alejarla de una noción meramente productivista, e integrarla también en el acerbo contractual de los trabajadores –básicamente, disponibilidad sobre el tiempo de trabajo, movilidad funcional y ejercicio de derechos de conciliación de la vida laboral y familiar-. Y luego, en el ámbito sectorial, deberían haberse adaptado esos parámetros generales a la realidad del sector, permitiendo su concreción, reglada en el convenio y controlada y fiscalizada por la comisión paritaria, en los pactos y acuerdos de empresa. Por tanto –en relación a este último nivel, de empresa- la “legalización” convencional de esos acuerdos y pactos, que ya existen. Y si alguien considera –como he oído en varias ocasiones- que ese desiderátum es irrealizable, cabrá recordar que ése es el modelo del convenio general de químicas.

Con ese modelo alternativo se habría: a) concretado con carácter general la regulación de la flexibilidad y sus límites; b) adaptado la misma a cada realidad; c) potenciado el poder del sindicato; y d) resituado en clave de poder autónomo la negociación colectiva.

Es obvio que la alternativa ha sido otra: sin establecer qué es la flexibilidad, sus contenidos y sus límites, se ha abordado únicamente el instrumento regulador, con carácter general. Se ha buscado como culpable al pobre y digno convenio sectorial provincial, sin diferenciar entre sectores o tipos de empresa. Y ello comporta, al fin, que el debate sobre la regulación de la flexibilidad tenga más visos de discusión sobre la distribución de poder en el interno de los agentes sociales que de otra cosa.

Y, por otro lado, se potencian los convenios de empresa. Es decir, que si hasta ahora teníamos seis mil convenios es probable que de aquí poco su número se incremente... Pero es que, además, ese modelo meramente instrumental está condenado al fracaso. Porque la flexibilidad, como tantas veces he afirmado, está en la empresa y la ley permite ahora una doble adaptación a la misma: la del convenio empresa y, muy especialmente, los mecanismos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, del art. 41 ET, que tras la reforma de la Ley 35/2010 permiten una disposición prácticamente universal del contenido del convenio sectorial –salvo jornada- y con una limitada intervención judicial en sus causas, si hay acuerdo.

Una pregunta para el hipotético lector que haya llegado hasta esta parte de mis locas disquisiciones: si usted fuera empresario y tuviera problemas de adaptación a la nueva realidad productiva ¿por qué optaría? ¿Por pactar con el comité de empresa –o con los delegados elegidos por los propios trabajadores que en una pequeñísima empresa podrá fácilmente controlar- apartarse del convenio sectorial en aquello que le interesa, en un plazo máximo de quince días y sin mayores formalismos o subscribiendo un pacto de empresa que nadie controla? ¿O por negociar un convenio, contratando abogados, Presidentes, en un plazo de meses, con formalismos, levantando actas, con tramitación

administrativa, con control de legalidad y con publicación en el diario oficial correspondiente?

Creo que la respuesta por la primera opción es obvia. Por eso estoy convencido –y ojala me equivoque- que la reforma está condenada al fracaso. Porque el problema no está en la Ley. El problema está en el contenido de los convenios y sus mecanismos de desarrollo. Y eso –por lógica democrática- no puede suplirlo el legislador, por muy cargado de buenas intenciones que esté.

O hay un cambio de orientación en la lógica negocial de sindicatos y patronales –lo que conlleva un cambio en sus estructuras organizativas- o la adaptación “a lo nuevo” seguirá sin desarrollar todas sus potencialidades, tanto en relación a la productividad, como respecto al nuevo poder del sindicato –ergo, del Derecho del Trabajo- en el nuevo paradigma. ♦

Alcance de la Reforma de la Negociación Colectiva por el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio

Francisco José Gualda Alcalá

Gabinete de Estudios Jurídicos de CCOO

SUMARIO:

- I. Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios. (art. 1).
 1. Los Acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico.
 2. Los convenios sectoriales de ámbito estatal o autonómico.
 3. El refuerzo de la ordenación de la negociación colectiva frente a los convenios de ámbito superior a la empresa.
 4. La preferencia aplicativa del convenio de empresa.
- II. Contenido y vigencia de los convenios colectivos. (art. 2)
 1. La denuncia del convenio.
 2. Plazo máximo de negociación.
 3. Funciones de la comisión paritaria.
 4. Potenciación de la flexibilidad interna de la empresa.
 5. Vigencia de los convenios colectivos y prórroga de su contenido regulador.
 - a. El mantenimiento de la vigencia del convenio colectivo, tras el agotamiento de su plazo de duración.
 - b. La pérdida de eficacia vinculante de las cláusulas de renuncia a la huelga durante la vigencia del convenio, tras su duración pactada.
 - c. La posibilidad de adoptar acuerdos parciales, durante el transcurso del proceso negociador.
 - d. La inclusión de un arbitraje obligatorio una vez agotada la duración de la negociación.
- III. Legitimación para la negociación de los convenios colectivos. (art. 3)
 1. Convenio de grupo de empresas o de pluralidad de empresas.
 2. Convenios franja.
 3. Legitimación empresarial en los convenios sectoriales.
 4. Comisión negociadora.
- IV. Tramitación de los convenios colectivos (art. 4)
- V. Aplicación e interpretación del convenio colectivo. (art. 5)
- VI. Flexibilidad interna negociada. (art. 6)
 1. Intervención de la comisión paritaria en la modificación del convenio colectivo sectorial, por acuerdo de empresa.
 2. La nueva regulación del descuelgue salarial.

El objeto de este estudio es realizar una primera aproximación al contenido del RDL 7/2011, publicado en el BOE del día 11 de junio, y que entra en vigor el día siguiente de su publicación. Seguimos los temas que trata el propio RDL, y realizamos consideraciones sobre los aspectos que mayor alcance práctico tienen. Son una notas que permiten una aproximación a los contenidos prácticos de la reforma legal, con una clara intención de poner en evidencia las incertidumbres que genera, pero también la necesidad de reconstruir elementos para preservar la lógica y eficacia del sistema de negociación colectiva.

I. ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONCURRENCIA DE CONVENIOS. (ART. 1).

La ordenación de la estructura de la negociación colectiva, así como las reglas de concurrencia entre convenios, es una materia que se encomienda, de forma preferente, a la negociación colectiva, a través de dos instrumentos específicos: los acuerdos interprofesionales, y los convenios sectoriales de ámbito estatal o autonómico.

En la versión anterior del ET esto correspondía en exclusiva a los acuerdos interprofesionales suscritos por organizaciones sindicales o empresariales más representativas de ámbito estatal o autonómico. Ahora se amplía esa capacidad ordenadora a los convenios sectoriales de ámbito estatal o autonómico.

Sin embargo, no sucede lo mismo con los convenios provinciales, que quedan de esa forma desprotegidos frente al convenio de empresa, al que se le otorga preferencia aplicativa sobre prácticamente todas las materias. Esta es una de las principales novedades de la reforma legal, que incorpora la preferencia del convenio de empresa sobre el convenio provincial sectorial, sin darle oportunidad al convenio provincial para impedir la inaplicación de sus contenidos a nivel de empresa.

Si pueden impedir ese efecto los convenios sectoriales de ámbito estatal o autonómico, como vamos a ver, pero la reforma plantea un importante problema de ámbito temporal, en la medida que pueda afectar a los convenios actualmente vigentes. Es una cuestión sobre la que hay que apurar las posibilidades de interpretación para evitar una pérdida de eficacia de la negociación sectorial provincial sin que previamente se hubieran diseñado los mecanismos de articulación y ordenación de la negociación a nivel estatal o autonómico.

Analizamos estas cuestiones.

1. Los Acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico.

El art. 83 del Estatuto viene a reiterar, en esencia, lo que establece la actual redacción, al posibilitar a los convenios y acuerdos interprofesionales llevar a cabo la ordenación de la estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia de convenios. Suprime la alusión a las normas sobre complementariedad de las respectivas unidades de negociación, lo que era una mera reiteración pues la alusión a la estructura y concurrencia implica una plena capacidad por tales acuerdos de ordenar la capacidad de regulación por los distintos convenios que puedan negociarse en el respectivo ámbito.

2. Los convenios sectoriales de ámbito estatal o autonómico.

La principal novedad que introduce el RDL es habilitar a los convenios sectoriales de ámbito estatal o autonómico para ordenar la estructura de la negociación colectiva. No sólo supone ampliar los instrumentos para ordenar la negociación colectiva, sino también los sujetos que pueden hacerlo. Ya no se limitan a los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas, sino también a la organizaciones de ámbito estatal o autonómico que tengan la mayoría negociadora en el ámbito sectorial correspondiente.

Por tanto, cualquier convenio sectorial de ámbito estatal o autonómico tiene capacidad para ordenar la negociación colectiva, fijando reglas que serán preferentes a las normas del propio ET, tanto a la hora de fijar el reparto de materias, como a la hora de resolver los conflictos que puedan plantearse entre convenios incluidos en ese sector de ámbito inferior. Por ejemplo, podría decir que el convenio de ámbito provincial tendrá prioridad frente al convenio de empresa en determinadas materias, corrigiendo los criterios del art. 84.2 ET que luego veremos.

No obstante, la norma no clarifica como se ordena la estructura de la negociación colectiva en caso de conflicto entre los acuerdos interprofesionales y los convenios sectoriales. Sería posible un conflicto, cuya resolución, a falta de previsión legal concreta, no puede ser considerar que los acuerdos interprofesionales y los convenios sectoriales están al mismo nivel y que el anterior, o el posterior, tiene preferencia. Consideramos que deberá garantizarse que estos convenios o acuerdos sectoriales deberán respetar lo acordado en los acuerdos interprofesionales referidos en el párrafo anterior.

Sin embargo no faculta a los convenios provinciales para ordenar la negociación colectiva, por lo cual estos convenios provinciales sí pueden ser objeto de sustitución generalizada en las materias a que se alude en el art. 84.2 por parte del convenio de empresa.

3. El refuerzo de la ordenación de la negociación colectiva frente a los convenios de ámbito superior a la empresa.

Hasta ahora, el punto más débil que tenían los acuerdos interprofesionales para ordenar la estructura de la negociación colectiva era la capacidad que se le atribuía a los convenios de ámbito superior a la empresa (por ejemplo, sectoriales provinciales) para poder apartarse de lo regulado en el acuerdo interprofesional. El art. 84.2 regulaba esa posibilidad, como una excepción importantísima a la prohibición de concurrencia, y la doctrina del TS vino a concluir que también podían apartarse de lo establecido en los convenios y acuerdos a que se refiere el art. 83. Sólo exigía una mayoría reforzada para suscribir el convenio provincial, equivalente a la que hace falta para constituir la comisión negociadora, y que no afectara a determinadas materias que se consideraban básicas y en las que debería tener prioridad lo establecido en el ámbito intersectorial o sectorial (período de prueba y modalidades de contratación, salvo la adaptación al ámbito de la empresa, grupos profesionales, régimen disciplinario y nomás mínimas en materia de prevención de riesgos laborales).

Las novedades las podemos sintetizar en tres aspectos:

a. Con la reforma, la capacidad para ordenar la negociación colectiva por los acuerdos interprofesionales y los convenios sectoriales estatales o autonómicos, se refuerza, pues ya no es posible que en un ámbito sectorial inferior se introduzcan previsiones que tengan preferencia, a diferencia de lo que venía sucediendo en el art. 84.3 respecto de los convenios de ámbito superior a la empresa cuando se suscribían por mayorías refor-

zadas para integrar la comisión negociadora. Ahora estos convenios no pueden desarticular la estructura de la negociación colectiva fijada por los acuerdos y convenios regulados en el art. 83.2.

b. Por otra parte, la alusión al convenio de ámbito superior a la empresa se reduce en favor, exclusivamente, del convenio de comunidad autónoma. De esta forma, el convenio provincial no puede afectar a lo establecido en los convenios de ámbito superior, estatal o autonómico.

c. En cuanto a las materias que no pueden venir afectadas, se amplían notablemente: el período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica.

4. La preferencia aplicativa del convenio de empresa.

Hemos visto que se han dotado de importantes instrumentos para fortalecer la ordenación de la negociación colectiva a través de acuerdos interprofesionales y de convenios sectoriales. Sin embargo, por contra, se ha incorporado un mecanismo que justamente va en dirección contraria, como es el reconocimiento de lo que se llama preferencia aplicativa del convenio de empresa sobre lo establecido en los ámbitos sectoriales. Esto tiene toda una serie de efectos prácticos de enorme trascendencia, y además, plantea una variedad de problemas aplicativos que pasamos a examinar.

1. El art. 84 supone una modificación completa de la prohibición de concurrencia de convenios. Establece en el párrafo 2º la **preferencia del convenio de empresa** frente a lo que establezca el convenio sectorial en toda una serie de materias. Lo primero que hay que destacar es que esto es así salvo que el convenio sectorial o el acuerdo interprofesional de ámbito estatal o autonómico (83.2 ET) establezcan unas reglas distintas, como por ejemplo que el convenio de empresa no tendrá esa preferencia aplicativa. Por tanto la preferencia del convenio de empresa solo operaría si no existe acuerdo interprofesional o convenio sectorial estatal o autonómico en ese ámbito que impida esa preferencia. No así el convenio de ámbito provincial, que no tiene capacidad reguladora para impedir la preferencia del convenio de empresa.

También sería posible, a la inversa, que los acuerdos y convenios del art. 83.2 amplíen las materias en las que pueda tener preferencia el convenio de empresa.

2. Al convenio de empresa se le equipara los convenios de **grupos de empresas o de pluralidad de empresas**, aspectos éstos que deberían de ser objeto de precisión pues no hay un concepto jurídico que lo clarifique. En la versión publicada del RDL la alusión a la pluralidad de empresa exige que estén vinculadas por razones organizativas o productivas, con lo que no es posible una asociación meramente voluntaria de empresas para disponer de un convenio pluriempresarial.

3. En cuanto a las **materias** en las que se le da preferencia al convenio de empresa se encuentran elementos esenciales de la relación laboral como son los siguientes:

- 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.

Se amplía con ello la actual regulación del descuelgue de los contenidos establecidos en los convenios sectoriales, pues no se exige ninguna causalidad, no se exige ningún programa de convergencia en el descuelgue salarial y se incluyen medidas de conciliación que no entran dentro de lo que son condiciones de trabajo. Además al convenio de empresa se le atribuyen funciones en su relación con el convenio sectorial que son mayores que las materias que el convenio autonómico puede disponer frente al convenio estatal, lo que puede plantear una cierta incongruencia.

a. La materia salarial comprende la cuantía del salario base y los complementos salariales, aunque no la regulación de la estructura del salario, donde sigue operando la preferencia por el convenio sectorial. Aunque es cierto que la capacidad de fijar la cuantía no tiene límites, por lo que la supresión de partidas salariales se puede hacer no reconociendo cuantía alguna. En la práctica, puede hacer que la flexibilidad retributiva es completa a nivel de empresa.

Sin embargo, consideramos que una regulación que al fijar la cuantía de los salarios en realidad está adoptando una estructura retributiva distinta, por ejemplo, en la ponderación del valor que tiene el salario base, los complementos de cantidad o calidad, privando a algunos de esos componentes de efectos prácticos relevantes, implica extralimitar el ámbito del que dispone el convenio de empresa por esta vía.

Además, sólo se alude a los complementos salariales, por lo que la regulación de las dietas, compensaciones, suplidos, o complementos extrasalariales no pueden ser objeto de regulación a nivel de empresa que tenga prioridad aplicativa, salvo el caso de que impliquen una mayor compensación al trabajador, pues el principio de norma más favorable sigue operando en este punto.

Esto mismo se aplica a la retribución de las horas extras, aunque en su cuantía el convenio de empresa no es libre pues tiene que respetar el mínimo legal equivalente al valor de una hora ordinaria. Lo mismo se reconoce respecto del abono del complemento de turnicidad. No se menciona el complemento salarial vinculado a otras condiciones de trabajo, como nocturnidad, o toxicidad, penosidad o peligrosidad, por lo que una interpretación a sensu contrario del ET impediría que estos otros complementos puedan ser modificados a la baja por el convenio de empresa.

En definitiva, la capacidad del convenio de empresa para fijar la estructura del sistema retributivo es limitada pues debe respetar la tipología de complementos retributivos fijados a nivel sectorial, incluido el convenio de empresa, hasta el punto de no poder hacer perder a dicha estructura su configuración y caracteres propios. Opera, eso si, al fijar el importe de las partidas salariales, tanto del salario base como de los complementos vinculados a la situación o resultados de la empresa, como pluses de productividad, incentivos, bonus, etc...

En relación con los complementos vinculados al puesto de trabajo, la alusión expresa a la turnicidad cuestiona que otras partidas puedan ser objeto de plena capacidad reguladora por el convenio de empresa, y entendemos que existen argumentos para sostener que no puede ofrecer una regulación a la baja.

b. No se incluye la materia relativa a la jornada de trabajo, entendida como número de horas de trabajo dentro del periodo de referencia, aunque sí el horario y la distribución del tiempo de trabajo. Si el convenio sectorial fija la jornada en cómputo semanal, se puede plantear si la distribución del tiempo de trabajo faculta al convenio de empresa a efectuar una distribución distinta, lo que parece posible dentro del concepto tan amplio de distribución de tiempo de trabajo.

c. En materia de vacaciones, no se incluye la duración, sino sólo la planificación anual, de lo que cabe efectuar una interpretación que lo limite a su concreción en el calendario, pero no la cuantificación de la duración de las vacaciones. Por tanto, la duración de las vacaciones la puede realizar plenamente el convenio provincial.

d. Igualmente se incluyen todo un conjunto de medidas para favorecer la conciliación la vida personal, familiar y laboral. Aunque alude a medidas para favorecer la conciliación, no se exige en la letra de la ley, que sean más beneficiosas que en el convenio sectorial, lo que pone en riesgo el papel del convenio sectorial como regulador de garantías mínimas en esta materia. Ni siquiera sucede, como en las vacaciones, que se tengan que respetar la duración de los permisos, licencias, excedencias, o medidas similares previstas en el convenio sectorial. Sólo una interpretación correctora de la norma puede implicar que el papel del convenio de empresa es preferente en la medida que adopta medidas que favorecen las que viniera regulando el convenio sectorial, aspecto éste que no debemos descartar, pues la propia finalidad de la norma, facilitar la adaptación de las condiciones laborales a la empresa, no justifica la mejora de la competitividad por la vía de la reducción de las medidas de conciliación que rigen en el sector. Si son medidas que favorecen la conciliación, implícitamente se está estableciendo que han de ser más favorables que las del convenio sectorial, sin perjuicio de que su valoración se pueda hacer en conjunto y no mediante la selección individualizada de medidas concretas. Por tanto, entendemos que sólo cuando el convenio provincial incorpore medidas de conciliación más favorables que el convenio sectorial tendría preferencia aplicativa.

e. Se incluyen otros aspectos, como es la adaptación del sistema de clasificación profesional, y la adaptación de las modalidades de contratación. Aquí si es claro que el convenio de empresa no tiene soberanía reguladora frente al sectorial, pues la adaptación sólo debe permitir el desarrollo o ejecución de la medida fijada en el convenio sectorial a las peculiaridades de la empresa, pero sin afectar realmente al contenido de sus determinaciones. Por ejemplo, especificar que puestos corresponden a las categorías del convenio sectorial, pero sin alterar la configuración de las categorías que regula el convenio sectorial, incluido el provincial. Además, en materia de contratación sólo opera en el ámbito que las normas legales reconocen directamente al convenio de empresa, por lo que el alcance del art. 84.2 en este punto no tiene significado propio.

4. La preferencia aplicativa es una regla para resolver conflictos de concurrencia entre convenios. Su aplicación genera situaciones que conviene destacar para comprender el alcance de la reforma legal.

Es una regla que opera cuando el conflicto ha surgido. No tiene un alcance preventivo, como sería distribución de materias previamente establecidas, sino que se aplica cuando el convenio sectorial ya regula una materia un posteriormente, el convenio de empresa irrumpe y ofrece una regulación alternativa.

Es indiferente que sean condiciones de trabajo o retributivas superiores o inferiores, pues la norma prescinde de la regla que prima al convenio más favorable. Aunque el convenio de empresa ofrezca una solución más peyorativa para los trabajadores, como salarios a la baja, tendrá preferencia sobre el convenio sectorial. Sin embargo, ya he-

mos visto las importantes correcciones que cabe efectuar a la posibilidad de que el convenio de empresa pueda disponer a la baja de condiciones de trabajo.

5. La atribución de preferencia aplicativa al convenio de empresa tiene efectos prácticos sobre los convenios sectoriales. Sin embargo, como hemos visto, los acuerdos interprofesionales y los convenios sectoriales estatales o autonómicos pueden imponer reglas de estructura y concurrencia distintas.

Esto genera dos importantes efectos prácticos:

a. La primera cuestión es la forma en que el convenio sectorial puede imponer unas reglas de preferencia aplicativa distintas al convenio de empresa, y en concreto, si exige que se realice de forma expresa, nominativa y concluyente, de forma que si no fijan de forma terminante unas reglas al respecto, la mera regulación de una materia en un convenio sectorial estatal o autonómico puede ser desconocida por el convenio de empresa.

Otra opción interpretativa es que habrá que valorar la intención de los negociadores más allá de las palabras usadas, de modo que si una materia se ha regulado a nivel sectorial, ello presupone que no se ha querido otorgar capacidad al convenio de empresa para establecer una regulación distinta, o al menos, perjudicial para los intereses de los trabajadores. Ello permitiría entender que la ordenación por los convenios sectoriales de su preferencia frente al convenio de empresa no sólo puede hacerse de manera expresa, sino también implícita, de conformidad con la voluntad de los negociadores.

b. Sin embargo, parece claro que no puede impedir la preferencia aplicativa del convenio de empresa el convenio de ámbito provincial. Sólo será preferente si en ese sector existe convenio estatal o autonómico que le atribuya preferencia aplicativa. De esta forma, nos encontraremos con que el convenio de empresa puede llevar a cabo una sustitución generalizada tanto salarial como de condiciones de trabajo y medidas de conciliación, sin exigirse causalidad ni intervención alguna de la comisión paritaria de ese convenio provincial. El desmantelamiento del sector provincial es una realidad que puede producirse a favor de la negociación de empresa.

c. Otra cuestión esencial es determinar el alcance temporal de la reforma legal, y en concreto, si la preferencia aplicativa del convenio de empresa opera sobre los convenios sectoriales actualmente vigentes al tiempo de entrar en vigor el RDL, o si por el contrario, sólo afectaría a los convenios colectivos sectoriales que se suscriban tras su entrada en vigor.

Sólo existe una disposición transitoria relativa a la aplicación temporal de las normas contenidas en el anteproyecto (DT1^a), pues la segunda se refiere a la actuación transitoria de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. En la DT1^a se fijan dos reglas que realmente no agotan todos los problemas que pueden plantear la aplicación temporal del conjunto de las normas, por lo que existen problemas importantes que simplemente no han sido abordados en la norma transitoria y pueden originar importantes situaciones de conflicto.

En primer lugar se alude a las normas relativas a legitimación para negociar y a la flexibilidad interna. Otra medidas transitoria se refiere a las reglas relativas a los plazos de denuncia, de inicio de negociaciones y de duración de la negociación, que se aplicará a los convenios cuya vigencia pactada termine a partir de la entrada en vigor de la propia ley. Esto significa que todos los convenios actualmente en vigor se registrarán en cuanto al plazo para denuncia, inicio y duración de las negociaciones por la nueva ley.

cho transitorio, como son las reglas relativas al contenido de los convenios colectivos establecidas en el art. 85.3, que serán de aplicación a los convenios colectivos que se suscriban con posterioridad a la entrada en vigor del RDL.

Sin embargo no se regula expresamente si el resto de los contenidos de la ley se aplican a los convenios en vigor.

Con arreglo a las dos reglas que hemos visto es evidente que no hay ninguna previsión sobre el grado de eficacia del Decreto-Ley sobre los convenios colectivos actualmente vigentes al margen de las pocas reglas que hemos visto anteriormente, las primeras de las cuales (legitimación y flexibilidad interna y contenido) se aplican a los futuros procesos negociadores que se inicien a partir de ahora, lo mismo que las relativas a la denuncia y duración del proceso negociador. Estas cuestiones sí son aclaradas en la DT1, es decir las relativas a la ordenación de los procesos negociadores pero no como se ven afectados los actuales convenios colectivos por las previsiones contenidas en el RDL.

En consecuencia, el art. 84.2 establece una nueva ordenación de la concurrencia de convenios y atribuye prioridad aplicativa al convenio de empresa sobre toda una serie de materias incluyendo cuantías salariales, distribución del tiempo de trabajo, clasificación profesional y medidas de conciliación. Pues bien cabe plantear si esto afectará a todos los convenios sectoriales actualmente vigentes, que se puedan ver desplazados por los convenios de empresa que se negocien a partir de la entrada en vigor del Decreto-Ley.

Estos puntos no están regulados en el texto legal y son esenciales para evitar problemas de inseguridad jurídica. Nuestro criterio es que sólo deberían de afectar a los convenios colectivos que se negocien a partir de la entrada en vigor del decreto ley. Es necesario respetar las reglas vigentes en el momento de la negociación dado que son expresivas del equilibrio de intereses que se recoge en dicha negociación, pues de lo contrario se alterarían los contenidos de los convenios colectivos y podrían generar un problema de pérdida de eficacia vinculante si se alterarían forma sustancial. Hay que partir que solo puede calificarse de excepcional la posibilidad de que una ley afecte a los convenios colectivos en vigor y aunque en ocasiones lo pueda hacer, con tal de que no establezca un efecto retroactivo en perjuicio de derechos individuales o colectivos, no debe de suponer una ruptura del equilibrio negociador que podría acarrear una pretensión de inaplicación de todo o parte de contenido de los convenios colectivos actualmente vigentes al haber variado las circunstancias en las que se alcanzó dicho acuerdo.

Es cierto que el RDL no contempla estos efectos, pero tampoco es expreso a la hora de descartarlos, y una interpretación sistemática si bien puede conducir a opciones interpretativas muy variadas, pues no hay un principio ordenador congruente, no es descartable en absoluto que tal y como aparecen regulados los efectos temporales del decreto ley dichas consecuencias se puedan poner en marcha. Será una cuestión esencial que tendrá que resolver la doctrina judicial, si ante el legislador no lo clarifica, incluyendo la tramitación como proyecto de ley.

II. CONTENIDO Y VIGENCIA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS. (ART. 2)

1. La denuncia del convenio.

En el apartado d) del art. 85.3 se fija un plazo mínimo de denuncia de los convenios, de tres meses antes del fin de su vigencia, salvo pacto en contrario. Esto da estabilidad al proceso de negociación en la medida que si no se denuncia con la antelación de tres meses operaría la renovación del contenido íntegro del convenio colectivo. Además, el nuevo art. 89.1 impone una denuncia constructiva, es decir, con indicación de la legitimación y materias objeto de negociación, y hace que la denuncia sea simultánea al inicio de la nueva negociación, a partir de cuyo momento empieza el nuevo proceso negociacional.

2. Plazo máximo de negociación.

En el apartado f) se fija el plazo máximo para la negociación de un nuevo convenio, En la primera versión del anteproyecto se aludía a veinte meses a contar desde su denuncia. En el texto vigente, dice que *“Salvo pacto en contrario, este plazo será de ocho meses cuando la vigencia del convenio anterior hubiese sido inferior a dos años o de catorce meses en los restantes convenios, a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia.”*

Además se sustituye la alusión al inicio del plazo con el momento de la denuncia, por la referencia a la fecha de la pérdida de la vigencia, lo que es mucho más racional y evita consumir el plazo de negociación durante el período en que el convenio anterior sigue vigente.

En cuanto al desarrollo del inicio de las negociaciones, se establece en el art. 89.2 que Denunciado un convenio, en ausencia de regulación en los convenios colectivos de acuerdo con el artículo 85.3, se procederá conforme a lo dispuesto en este apartado. *En el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación, se procederá a constituir la comisión negociadora; la parte receptora de la comunicación deberá responder a la propuesta de negociación y ambas partes establecerán un calendario o plan de negociación, debiéndose iniciar ésta en un plazo máximo de quince días a contar desde la constitución de la comisión negociadora. El plazo máximo para la negociación de un convenio colectivo será de ocho meses cuando la vigencia del convenio anterior hubiese sido inferior a dos años o de catorce meses en los restantes convenios, a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia.»*

3. Funciones de la comisión paritaria.

Se atribuye al convenio la posibilidad de regular la comisión paritaria con arreglo a estos caracteres, que van más allá de la función de interpretar y aplicar el convenio.

1.º Intervención en los conflictos de aplicación e interpretación de los convenios colectivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 91. Como luego se verá, lo más llamativo es que la intervención de la comisión paritaria en los conflictos colectivos jurídicos de interpretación o aplicación del convenio es preceptiva ex lege, y no depende de que el convenio pueda o no establecerlo.

2.º El desarrollo de funciones de adaptación o, en su caso, modificación del convenio

durante su vigencia. En este caso, deberán incorporarse a la comisión paritaria la totalidad de los sujetos legitimados para la negociación, aunque no hayan sido firmantes del convenio, siendo exigible la concurrencia de los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta Ley para que los acuerdos de modificación posean eficacia general. Se contemplan las funciones de la comisión paritaria incluyendo las de adaptación o en su caso modificación del convenio durante su vigencia. En realidad atribuir funciones modificativas a la comisión paritaria es convertirla en comisión negociadora y las exigencias de legitimación son insoslayables desde el punto de vista constitucional por lo que habría que recomponerla completamente. Así lo hace el texto del RDL al incorporar a los sujetos legitimados no firmantes. Y sin embargo esta fórmula es en realidad totalmente redundante pues la composición de la comisión negociadora afecta a todos los sujetos, que pueden variar en su número o integrantes.

3.º En materia de modificación de condiciones fijadas en el convenio colectivo y descuelgue salarial por acuerdo de empresa se atribuyen dos funciones a la comisión paritaria: a. Fijar la resolución de las discrepancias tras la finalización del periodo de consultas, lo que equivale a una suerte de arbitraje obligatorio por parte de la comisión paritaria, como vemos en el lugar correspondiente, y b. Intervención que regule el convenio cuando no exista representación de los trabajadores en la empresa. Con ello parece que se le está permitiendo sustituir o modificar la intervención de los representantes designados por los propios trabajadores, lo que puede ser positivo.

4. Potenciación de la flexibilidad interna de la empresa.

Mayor complejidad tienen los contenidos del convenio colectivo que contribuyen a mejorar la flexibilidad interna de la empresa, artículo 85.3.i).

a. Se alude en primer lugar a la jornada irregular que a falta de pacto se reconoce en un 5 por 100. Esto supone admitir la implantación de la jornada irregular sin acuerdo o pacto o convenio. Afecta a la ordenación de la jornada que hacen todos los convenios colectivos, y plantea el problema en caso de que el convenio regule la jornada pero de forma regular, y se pueda plantear si el 5 por 100 sería aplicable o no. Más bien parece decir que el convenio puede excluir la aplicación del porcentaje pero si no se pronuncia sería un efecto legal. En la práctica se supone que la negociación colectiva agota la materia, disponiendo sobre si la jornada es regular o irregular por lo que no tendría efectos prácticos. Más discutible podría ser considerar que la jornada irregular es un contenido necesario, que el convenio debe de fijar en algún umbral, y que si no lo hace se aplicará el 5 por 100.

b. También se alude a los procedimientos de movilidad funcional en la empresa. Podría parecer que estamos ante una deslegalización de lo que establece el art. 39 y 41 del ET en materia de movilidad funcional. Se podrían sobrepasar los plazos para la movilidad a categorías inferiores, y prescindir del periodo de consultas para la movilidad de carácter colectivo. En todo caso el propio sistema de categorías profesionales y las funciones las ordenan los convenios colectivos con lo cual el que el propio convenio colectivo pueda disponer completamente sobre estas materias guarda congruencia. Además si se reconoce al convenio esta capacidad ordenadora puede estar reduciendo la operatividad del art. 39 y 41 y por tanto ofrecer una ordenación que preserve al propio convenio colectivo frente al acuerdo de empresa.

En relación con los contenidos de los convenios colectivos regulados en el art. 85.3, incluyendo las funciones de la comisión paritaria, dado que exige que se incorporen a los convenios colectivos parece lógico que sólo afecte a los que se negocien con posterior-

ridad. El problema puede surgir en relación con algún contenido como es el porcentaje de jornada distribuida irregularmente a lo largo del año y que salvo pacto en contrario se fija en la ley en el 5%. Al no contener los convenios actuales ninguna medida al respecto sería operativo el porcentaje de jornada irregular establecido.

5. Vigencia de los convenios colectivos y prórroga de su contenido regulador.

En el art. 86.3, en materia de vigencia de los convenios colectivos se establece un sistema por el cual se vienen a conjugar dos principios:

- El mantenimiento de la vigencia del convenio colectivo, más allá de la duración inicial pactada entre las partes, durante todo el proceso negociador, e incluso, una vez agotado éste, si no se suscribe un nuevo convenio o no se utiliza un procedimiento de solución del conflicto que sea eficaz.
- La inclusión de mecanismos para solucionar el conflicto durante el proceso negociador, acudiendo a un arbitraje obligatorio para solucionar las discrepancias que las partes puedan tener. Si bien su inclusión se condiciona a que lo establezcan los acuerdos interprofesionales, de modo transitorio el RDL incorpora un arbitraje obligatorio hasta que se adapten los acuerdos interprofesionales que regulan los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos.

a. El mantenimiento de la vigencia del convenio colectivo, tras el agotamiento de su plazo de duración.

Se ha dejado resuelta el mantenimiento de la vigencia del contenido del convenio tanto durante el proceso negociador, como una vez agotado éste, si las partes no se hubieran sometido a algún procedimiento de solución de conflictos. Con ello se garantiza la prórroga del contenido regulador del convenio en su totalidad, hasta que se suscriba un nuevo convenio, sin que pueda existir riesgo de vacío de regulación.

Llamamos la atención de que la norma no alude a la prórroga del convenio en este punto, sino al mantenimiento de su vigencia. No es irrelevante pues la prórroga es un efecto legal que no se equipara íntegramente al período de vigencia del convenio. Dos supuestos cabe recordar que la solución no es la misma durante la situación de vigencia que la situación de prórroga:

1. La existencia de la prohibición de concurrencia. Una vez vencida la vigencia, y durante la prórroga, la doctrina judicial ha venido limitando en muchas ocasiones la prohibición de concurrencia, hasta el punto de permitir otro convenio negociado que incide en un ámbito que viene regulado por un convenio sujeto a prórroga. Esa construcción ya no puede mantenerse, y más allá del plazo pactado se mantiene la vigencia a todos los efectos, incluyendo la plena operatividad de la prohibición de concurrencia. Sólo cuando se hubiera abandonado la unidad de negociación cesará esa prohibición.
2. En caso de sucesión de empresa, los trabajadores mantienen las condiciones pactadas en el convenio de origen mientras dura su vigencia, lo que impide que se aplique un convenio de la empresa cesionaria si fuera a la baja. No obstante, la doctrina judicial ha rechazado esta garantía en caso de convenio prorrogado, a partir de cuyo momento entra a regir el convenio de la empresa cesionaria. Tampoco esta conclusión se puede sostener ahora, pues ya no hay prórroga, sino plena vigencia del convenio más allá de su plazo legal.

No obstante, en relación con los acuerdos parciales, si alude al término de prórroga del convenio, lo que puede dar a entender el mantenimiento de dicha institución, como algo distinto a la plena vigencia del convenio.

b. La pérdida de eficacia vinculante de las cláusulas de renuncia a la huelga durante la vigencia del convenio, tras su duración pactada.

Se alude al derecho de huelga para impedir las restricciones a partir del momento de la denuncia, por lo que durante el transcurso del proceso negociador, incluso antes de que venza el anterior, es susceptible de ejercitarse el derecho de huelga de cara a la negociación del nuevo convenio.

Pero debería aclararse, y no se hace de forma concluyente, este mismo aspecto en relación con los laudos arbitrales tras un arbitraje vinculante, de modo que el laudo a pesar de tener la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos no deben impedir el ejercicio del derecho de huelga para lograr su modificación a través de un nuevo acuerdo, pues de lo contrario se introduciría una restricción indebida al derecho fundamental, pues no ha habido acuerdo ni garantizado la paz social con lo que no se puede equiparar el laudo a estos efectos al convenio colectivo.

Por otra parte se establece que el no sometimiento a los procedimientos supone la vigencia del convenio colectivo, de modo que si no se pide el arbitraje por ninguna de las partes, se garantiza la vigencia del convenio colectivo.

c. La posibilidad de adoptar acuerdos parciales, durante el transcurso del proceso negociador.

Se contempla la posibilidad de que el proceso negociador alcance acuerdos parciales, para la modificación de todos o algunos de los contenidos prorrogados. No deja de ser reiterativo pues tales acuerdos se pueden adoptar antes del vencimiento del convenio, durante su vigencia, como se trata al analizar las funciones de la comisión paritaria.

d. La inclusión de un arbitraje obligatorio una vez agotada la duración de la negociación.

Una vez agotado el proceso negociador, se recoge expresamente la solución de la controversia por un arbitraje. La fijación del arbitraje se lleva a cabo de dos formas:

En primer lugar, y como regla general, le corresponde fijar dicho recuso al compromiso de acudir a un arbitraje a los convenios interprofesionales.

Según el art. 86.3: Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, se 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 artículo 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. Además, se contempla como contenido del convenio la adhesión a los sistemas de solución de conflictos, salvo que los mismos ya fueran de eficacia directa.

Si no existe acuerdo interprofesional que contemple el arbitraje, en principio, no opera el mismo con carácter obligatorio.

Dice el art. 86.3 que *“En defecto de pacto, cuando hubiera transcurrido el plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo y las partes del convenio no se hubieran sometido a los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo.»*

Por tanto corresponde a los acuerdos interprofesionales establecer o no el arbitraje, y en su caso, el carácter obligatorio o voluntario en cuanto a su sometimiento.

Sin embargo, a ese esquema se ha introducido en el texto definitivo del RDL una previsión que no aparecía en el anteproyecto, como es que hasta que se negocien los acuerdos interprofesionales, las partes deberán someterse a un arbitraje.

Se trata de una medida excepcional, y hasta que se adapten los respectivos acuerdos y convenios de solución extrajudicial de conflictos para incluir la alusión a un arbitraje, directamente se impone el arbitraje en disposición adicional primera, según la cual: *“Hasta tanto los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado anterior establezcan los procedimientos previstos en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada al mismo por este real decreto-ley, en caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora y transcurrido el plazo máximo de negociación de los convenios colectivos, las partes se someterán a un procedimiento de arbitraje”.*

Con ello cabe plantar si estamos ante un arbitraje obligatorio establecido ex lege. Por de pronto, no se califica a dicho arbitraje como obligatorio, y no cabe descartar interpretaciones correctoras que mitiguen el alcance obligatorio de dicho mecanismo.

En todo caso, no afecta en absoluto a la tutela judicial efectiva, ya que no resuelve un conflicto jurídico. Cabría plantear si es o no una restricción desproporcionada a la negociación colectiva. Dado que es la medida que tiene un alcance temporal ante la falta de incorporación en los acuerdos interprofesionales. Se han alzado voces cuestionando su constitucionalidad, aunque la doctrina de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo lo aceptan una vez agotado el proceso negociador y cuando las posturas de las partes descartan la posibilidad de un acuerdo. Además, el derecho a la negociación colectiva es un derecho de fuerte configuración legal y puede ser razonable una medida que ante los bloqueos de negociación se acuda de forma preferente mediante medios de autocomposición o heterocomposición, frente al abismo que supone la pérdida de vigencia del convenio.

Además, el arbitraje no tiene plena capacidad reguladora, equivalente a la negociación colectiva, pues sólo se puede pronunciar en el espacio que queda a las discrepancias de las partes mantenidas durante el proceso negociador, siendo el prototipo, la diferencia en la revisión salarial.

Si podría ser desproporcionado, entendemos, si una de las partes negociadoras no hubiera cumplido con su deber legal de negociar de buena fe, en cuyo caso el arbitraje no podría operar como mecanismo para impedir la efectividad del derecho a la negociación colectiva.

Por otra parte plantea otros problemas. El laudo no debe impedir el recurso al derecho de huelga si no es aceptado por las partes, pues no estamos en un acuerdo fruto de la negociación colectiva. Por ello también cabría plantear si continúa o no el deber de negociar si alguna de las partes lo insta y no hubiera aceptado expresamente el laudo.

III. LEGITIMACIÓN PARA LA NEGOCIACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS. (ART. 3)

1. Convenio de grupo de empresas o de pluralidad de empresas.

En el art. 87. se lleva a cabo la ordenación de la negociación a nivel de grupo de empresas, pero no se define lo que se entienda por grupo de empresas. También se alude a la pluralidad de empresas, con lo que la definición de un grupo puede ser irrelevante al ser suficiente la vinculación organizativa y productiva. La aplicación de las reglas sectoriales implica excluir a los sindicatos con menos del 10% de los órganos representativos, así como a las candidaturas independientes salvo que en si misma tenga ese porcentaje sin acumular otras.

La preferencia de las secciones sindicales es positiva, aunque no se regula la intervención de los sindicatos, por lo que se puede cuestionar la jurisprudencia que admite a los sindicatos como sujetos negociadores a nivel de empresa. Lo mismo se hace en el art. 40.2 en movilidad geográfica y en el art. 41.4 en modificación sustancial de condiciones de trabajo, y en el art. 51.2 en el expediente de despido colectivo lo que implica su aplicación también a la suspensión de contratos y reducción de jornada por las mismas causas.

2. Convenios franja.

En relación con el convenio franja, en el anteproyecto se evitaba la representación ad hoc de grupos específicos de trabajadores y se remite a las reglas sectoriales, curiosamente, y no a las de empresa. Sin embargo en el RDL se recupera la negociación de convenios franja por organizaciones sindicales designadas por los trabajadores, que pueden ser muy distintas de las que tienen mayorías, o incluso representación a nivel del conjunto de la empresa, lo que es muy criticable.

3. Legitimación empresarial en los convenios sectoriales.

En el art. 87.3 se facilita la legitimación empresarial de los convenios sectoriales, para atribuírsela a las organizaciones con representación del 10% de las empresas e igual número de trabajadores, como hasta ahora, pero se amplía en dos supuestos.

a. Por una parte, cuando aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15 por ciento de los trabajadores afectados. Por lo que ni siquiera tienen que acumular los dos criterios, como sucede con las organizaciones empresariales del sector en cuestión.

b. Cuando no existan asociaciones empresariales con la suficiente representatividad, se reconoce legitimación a 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.

Puede ser problemático que se entienda por ausencia de representación empresarial. No puede identificarse con las que tienen legitimación inicial para formar parte de la comisión negociadora según el art. 87.3, sino con la mayoría necesaria para constituir la comisión negociadora de conformidad con el art. 88.2. Si esto no se aclara, la existencia de una asociación patronal con el 10% de empresas y trabajadores podría impedir que entrara en juego la legitimación empresarial a nivel estatal, cuando no es posible constituir la comisión negociadora.

4. Comisión negociadora.

En el art. 88 se corrige un reparto de puestos en función de la representatividad, al admitir la capacidad de los negociadores para fijar esta composición, y esto evita introducir nuevos problemas de legalidad a la actuación de la comisión, a pesar de que las mayorías se obtengan en los acuerdos.

La alusión en el núm. 2 a los sectores sin órganos de representación de los trabajadores pone en evidencia la incongruencia de que si existe un solo delegado de personal en un sector, el sindicato de ese delegado integra en exclusiva la comisión negociadora y la mayoría para tomar acuerdos.

Además, se aclara que puestos se les asignan a estos sindicatos, pues no es válido el reparto según su representatividad en el sector, que no la tienen. Se establece en proporción a su mayor representatividad estatal o de comunidad autónoma, según el ámbito territorial de la negociación.

IV. TRAMITACIÓN DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS (ART. 4)

En el art. 89.1 se vincula la denuncia de un convenio con el inicio de la negociación. En un mes desde la comunicación, que es desde la denuncia, se tiene que constituir la comisión negociadora. Pero si no se constituye, el plazo para concluir la negociación comienza desde la denuncia, cuando ya hemos señalado que debería remitirse a la finalización de la vigencia.

V. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO. (ART. 5)

En el art. 91.3 se introduce la obligación de acudir siempre a la comisión paritaria antes de iniciar los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, en los conflictos de interpretación o aplicación del convenio.

En el art. 91.4 se atribuye a los acuerdos de la comisión paritaria en estos conflictos el mismo valor de los convenios colectivos, lo que están en contradicción con la previsión de que ello exige la mayoría negociadora correspondiente, que no siempre reúne la comisión paritaria según el 85.3.h.2º). En realidad, los sistemas de solución extrajudi-

cial –y esto es uno de ellos- tienen el valor de convenio colectivo cuando la partes que los suscriben tienen legitimación negociadora plena a tales efectos. Esto es incoherente con la regulación de la comisión para adoptar decisiones que implican la modificación del convenio, que si se piden por la vía de un conflicto de interpretación o aplicación, tiene valor de convenio sin más. La comisión paritaria difícilmente puede ser una excepción ya que implica atribuir efectos de convenio si no tiene legitimación negociadora. Habría que establecer que los acuerdos de la comisión paritaria tendrán la eficacia que correspondan a su naturaleza.

En realidad lo que la norma tiene que hacer es reconocer la preponderancia de la interpretación del convenio efectuada por la comisión paritaria, que será vinculante a los órganos judiciales respecto del alcance del convenio, salvo que incurra en infracción de norma de rango superior. Además, tendrá naturaleza de convenio colectivo cuando la comisión paritaria hubiera actuado reuniendo la legitimación necesaria para suscribir acuerdos en el ámbito correspondiente.

En el art. 91.5, referido a los conflictos individuales en el ámbito extrajudicial, se sigue sin precisar que partes han de ser las que se sometan a ellos, es decir, si son la partes que negocian los acuerdos extrajudiciales, o son las partes del conflicto individual, empresario y trabajador. Esta última interpretación es la mayoritaria y es el principal obstáculo para que se puedan asumir los conflictos individuales por los procedimientos voluntarios de solución de conflictos. El trabajador tiene libertad para acudir al servicio administrativo, y lo que es más grave, la empresa puede rechazar la solicitud del trabajador y obligar a repetir la mediación ante el servicio administrativo, cuando no tiene ninguna justificación dado que su voluntariedad se expresa aceptando o no el acuerdo o el compromiso arbitral, pero no el mecanismo de solución extraprocésal que tiene una dimensión colectiva.

Habría que sustituir la alusión a las partes por la alusión a los acuerdos o convenios que los hubieran establecido así lo dispusieran.

VI. FLEXIBILIDAD INTERNA NEGOCIADA. (ART. 6)

1. Intervención de la comisión paritaria, a modo de arbitraje obligatorio, en la modificación del convenio colectivo sectorial, por acuerdo de empresa.

En relación con el artículo 82.3, se alude a la intervención de la comisión paritaria en caso de descuelgue salarial, y el art. 41.6 en caso de modificación de condiciones fijadas en convenio colectivo.

En concreto, en caso de desacuerdo durante el período de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión Paritaria del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse. Si la comisión no concluyera con acuerdo, las partes podrá acudir a los sistemas de solución de conflictos establecidos en los acuerdos interprofesionales.

Por tanto, tanto la empresa como la representación de los trabajadores pueden encomendar la decisión de modificar el convenio, o aplicar el régimen salarial a la comisión paritaria, y la misma puede pronunciarse en términos vinculantes, a modo de un arbitraje obligatorio.

Aunque es un avance importante, no por ello la comisión recupera el control para determinar la modificación del convenio, ya que si el acuerdo de empresa puede operar

al margen de la intervención de la comisión, que ni siquiera interviene mediante la emisión de un informe previo.

2. La nueva regulación del descuelgue salarial.

Es importante el cambio que se hace de la regulación del descuelgue salarial, aspecto éste que no estaba contemplado en el anteproyecto.

a. Se fija como causa para el descuelgue la siguiente regulación: *“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.”*

Es novedosa la alusión a la disminución persistente del nivel de ingresos, lo que con anterioridad no aparecía en la Ley 35/2010 de reforma laboral. También aparece la novedad de la afectación negativa de la situación y perspectivas económica de la empresa, lo que con anterioridad no se definía como operaria dicha afectación.

No puede decirse que se corrijan los elementos sustanciales del descuelgue, pero se acota con alguna mayor precisión el supuesto en el que opera.

b. La comisión paritaria, además, está facultada para resolver las discrepancias de las partes a la hora de adoptar el descuelgue. Su intervención es similar a un arbitraje obligatorio dado que si lo solicita cualquiera de las partes, su decisión es vinculante.

Si el convenio ha dado facultades a la comisión paritaria para decidir el descuelgue, su decisión no sería recurrible. En caso contrario cabe plantear si su decisión implica la presunción de causa, en una posición equivalente al acuerdo con los representantes de los trabajadores en la empresa. Su decisión es un acuerdo colectivo y no parece razonable que tenga una posición inferior al menor acuerdo con los representantes de los trabajadores y el empresario. La comisión paritaria tiene el mismo margen que el acuerdo de descuelgue, al tener que incluir la totalidad de los contenidos, incluida la programación de convergencia.

En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse. A falta de acuerdo ante la comisión paritaria se contempla la utilización de los mecanismos de solución extraprocesal que contemplen los acuerdos interprofesionales, incluyendo un arbitraje obligatorio.

Esto se complementa con la posibilidad de que el convenio sectorial orden la intervención de la comisión paritaria para el descuelgue salarial o la modificación del convenio en las empresas sin representación.

También se reitera que el acuerdo deberá ser notificado a la Comisión paritaria del convenio colectivo, sin exigir ninguna propuesta de la representación sindical o de la empresa. ♦