Monografías de Temas Laborales

Reformas estructurales y Negociación Colectiva

XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales

Monografías de Temas Laborales

Dirección

Ángel Javier Gallego Morales
Jesús Cruz Villalón
Sebastián de Soto Rioja

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

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES, 2012

© Los autores, 2012

ISBN:

Producción: Germán López, Servicios gráficos

Depósito Legal:

Monografías de Temas Laborales

Reformas estructurales y Negociación Colectiva

XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales

Francisco J. Prados de Reyes
Coordinador

50

JUNTA DE ANDALUCIA
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
CONSEJERÍA DE ECONOMÍA, INNOVACIÓN, CIENCIA Y EMPLEO

ÍNDICE

PRESENTACIÓN 15
Francisco J. Prados de Reyes

PRIMERA PONENCIA

Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012. 19
Jesús Cruz Villalón

COMUNICACIONES

El nuevo espacio de los convenios de empresa en la estructura convencional 77
Mª Carmen Aguilar del Castillo y Esperanza Roales Paniagua

La nueva configuración jurídica del descuelgue salarial 93
José Antonio Fernández Avilés

La regulación legal de las competencias de las comisiones paritarias: más que un viaje de ida y vuelta 127
Margarita Miñarro Yanini

SEGUNDA PONENCIA

Negociación colectiva y reforma del sistema de protección social 145
Jaime Castiñeira Fernández

COMUNICACIONES

Las cláusulas convencionales de jubilación obligatoria tras la Ley 27/2011 . . 181
Miguel Ángel Almendros González

Jubilación forzosa y extinción del contrato: ¿un 'término' en un contrato indefinido?. 195
Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz

Extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación 201
Manuela Durán Bernardino

Representación en la empresa y sistema de supervisión y control de los planes de pensiones del sistema de empleo: estado de la cuestión tras la STC 128/2010 y la Ley 27/2011 213
Juan Antonio Fernández Bernat

Jubilacion parcial y contrato de relevo 227
José Manuel López Gómez

Nuevo marco normativo de la jubilación y funcionalidad de la obligación de cotizar en la negociación colectiva 243
Ramón López Fuentes

El papel de la negociación colectiva andaluza en la protección de la víctima de violencia de género 257
Teresa Velasco Portero

TERCERA PONENCIA

Negociación colectiva y sistemas de solución de conflictos. 269
Eva Garrido Pérez

COMUNICACIONES

Algunas notas sobre el papel de los sistemas extrajudiciales en los procesos de inaplicación de convenios estatutarios 317
Fco. Javier Calvo Gallego

Las comisiones paritarias y las facultades negociadoras convencionales tras el trienio reformador 347
Iluminada R. Feria Basilio

El renovado papel de las comisiones paritarias de los convenios colectivos: algunos apuntes 359
María Teresa Igartua Miró

Presentación

Durante los días 17 y 18 de Noviembre de 2011 se celebraron las XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, bajo el título general de "Reformas estructurales y Negociación Colectiva". La cita, anual desde sus comienzos, fue en la ciudad de Ronda (Málaga), según aconsejaba la favorable experiencia obtenida en la edición anterior; y, el formato, a salvo las correcciones también aconsejadas por los resultados de ediciones anteriores, coincidente en lo esencial con el que tradicionalmente ha venido informando las sucesivas celebraciones de este evento.

Lejos de satisfacciones formalistas amparadas posiblemente en el solo hecho de la efemérides cronológica –treinta años consecutivos celebrando estas Jornadas y editando sus resultados–, legítimo resulta en este momento destacar la solidez, nivel de aceptación y amplio reconocimiento científico obtenido por estas Jornadas a lo largo de sus treinta años de existencia; y, ello, no solo en el ámbito geográfico de su organización sino también en el conjunto de las aportaciones que en todo momento han venido contribuyendo a la construcción científica del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en nuestro país y al conocimiento de su evolución.

Precisamente la permanencia y regularidad alcanzadas han permitido disponer de una sede estable y rigurosa desde la que mantener de modo permanente una actitud de observación y análisis crítico sobre la evolución de nuestros sistemas de relaciones laborales y de protección social. Evolución que, no exenta de cierta frecuencia en su acontecer, ha incorporado en los últimos tiempos tan importantes cambios, adaptaciones incluso transformaciones que han llegado a afectar a la propia esencialidad del sistema bajo argumentaciones amparadas bien en exigencias de homogeneización con modelos cercanos, bien –por cierto que con cierta recurrencia ya-, en imperativos que se hacen de las situaciones de emergencia económica; y, en no pocas ocasiones, por ambos motivos. En cada caso, los

presupuestos para el debate, el análisis normativo y los resultados de la reflexión testimoniaron en la edición de cada una de las obras que han precedido a esta –y que deseamos le sigan–, la atención científica que a través de este tipo de encuentros se ha venido proyectando sobre cuantas cuestiones han protagonizado en cada momento el cambio normativo y centrando la atención y el interés social.

Y, desde ese propósito, especialmente significativo es el caso de la edición que hoy prologamos. Los contenidos de esta obra ofrecen los resultados de la reflexión y el análisis jurídico de las transformaciones más recientes, sin duda las más trascendentes y las de mayor significación política de las –ya numerosas– reformas introducidas en nuestros sistemas laboral y de seguridad social. Ciertamente que la cercana cronología en la sucesión de las últimas reformas dejaba inicialmente escaso margen para la experimentación de sus consecuencias e incluso para el ejercicio de la reflexión científica. Sin embargo, el momento en que la presente edición se prepara, no solo disponemos de la perspectiva necesaria para intentar un balance técnico y jurídico de la situación, sino que, en la mayor parte de sus contenidos, los textos que se transcriben incorporan los resultados de oportunos ejercicios de conjugación entre las diversas trasformaciones, revisiones y adaptaciones sucesivamente operadas en nuestros sistemas de relaciones laborales y de protección social.

A partir del título genérico acordado para esta XXXª edición de las Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, ("Reformas estructurales y Negociación Colectiva") la selección de las materias que habrían de ser objeto de debate a través de las tres Ponencias que estructuraron su desarrollo, giró en torno a aquellas instituciones cuya regulación habría de tener un valor determinante en la conformación e identidad de los modelos de relaciones laborales y de protección social. En otras palabras, se trataba de abordar los tratamientos de emergencia aplicados a instituciones esenciales para la definición e identificación de los respectivos modelos laboral y de seguridad social. Y, desde este punto de vista, la temática derivaba necesariamente hacia el protagonismo de la autonomía colectiva, en su función –a veces circular- tanto reguladora como de composición del conflicto, y al debate sobre su intervención a raíz de la reforma del sistema de pensiones en España. Tales cuestiones no solo sintetizaban los centros de interés en la proyección de las reformas sino que, al mismo tiempo, su esencialidad y trascendencia se convirtieron en el exponente más demostrativo para la visibilidad de los objetivos de alcance que inspiraron las profundas transformaciones introducidas en nuestros respectivos sistemas.

De acuerdo con ello, las Ponencias presentadas fueron "La reforma de la negociación colectiva y su papel en las relaciones laborales", presentada por el Prof. Dr. Cruz D. Jesús Cruz Villalón, Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla; la segunda, con el título "Negociación colectiva y reforma del sistema de protección social", a cargo del Prof. Dr. D. Jaime Castiñeira Fernández de la Universidad de Sevilla; y, la tercera, sobre "Negociación colectiva y

sistemas de solución de conflictos", a cargo de la Prfª. Dra. Dª. Eva Garrido Pérez, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cádiz. Las tres Ponencias sentaron las bases para un acercamiento a los aspectos que han protagonizado la reforma en cada una de sus respectivas materias, así como la incidencia de los nuevos planteamientos normativos en la reordenación jurídica de los sistemas laboral y de protección social.

Con esta metodología se ofrecieron respuestas, de un lado, sobre la propia configuración de los instrumentos negociadores en cuanto que ejes definitorios y determinantes de la propia identidad del modelo de que se considere; cuestión de especial relevancia tras el fortalecimiento de la idea de centralidad de la empresa, tanto en la argumentación de las decisiones empresariales como en la definición de los espacios reguladores hoy remanentes al convenio colectivos. De otro lado, sobre la capacidad de gestión colectiva atribuida a los instrumentos negociadores y su proyección tanto respecto de la revisión o ampliación de los alcances del sistema de pensiones, de particular incidencia en el ámbito empresarial y las modalidades existentes, como respecto de la interacción existente entre procesos de negociación y medios de solución extrajudicial del conflicto, de renovada trascendencia al añadir a su función reguladora la de actuar, con frecuencia, como último espacio antes de la intervención externa, incluida la de la propia norma. Tales contenidos dejaban perfilada la problemática no solo de los planteamientos jurídicos deducibles de la nueva regulación legal sino también y de manera mucho más trascendente, la descripción de los nuevos senderos que previsiblemente diseñaran el ejercicio de la acción colectiva y los espacios reservados para su intervención. Un aspecto, quizás el más significativo de los que mejor evidencian la esencialidad de los cambios –y es claro que no solo morfológicos- del sistema laboral y de protección social en nuestro país y sobre el que de manera muy fundamentada insistieron las respectivas ponencias.

El interés de los temas y la complejidad de los perfiles que presentan tuvieron también un magnífico exponente en el número de comunicaciones presentadas y la diversidad de temas abordados. Espacios negociales y eficacia de los convenios colectivos; mecanismos de intervención negociada en los sistemas de jubilación u modalidades de esta; y, concurrencia entre negociación colectiva y sistemas de solución extrajudicial de los conflictos de trabajo, en particular, ante decisiones empresariales de efectos colectivos en conexión con el papel reservado a las Comisiones Paritarias de los convenios colectivos; todas ella fueron cuestiones aludidas en el marco de la extensa problemática abordada por las diferentes comunicaciones presentadas a las Jornadas. Innecesario resulta dar más noticia aquí sobre estos trabajos y su proyección científica cuando la expresividad de sus contenidos, recogidos en este volumen, sin duda ha de proporcionar la información más exacta acerca de la problemática planteada y las observaciones jurídicas que deduce.

Su autoría, de procedencia no solo andaluza sino también de otras Universidades españolas -a cuyos investigadores interesados es ya tradición incorporar al elenco de participantes en las Jornadas-, revela la calidad científica de los trabajos aportados. Tres de ellas, cumpliendo también con la tradición del reconocimiento fueron premiadas por el Comité Científico nombrado para esta edición de las Jornadas. La entrega de premios tuvo lugar en el acto de clausura otorgándose el primer premio al trabajo presentado por Dª Iluminada del Rocío Feria Basilio, de la Universidad de Huelva, con el título "Las comisiones paritarias y una reforma de la negociación colectiva en aras del dinamismo y la flexibilidad"; Un primer "accésit" fue para D. Miguel Almendros González, de la Universidad de Granada, por su comunicación sobre "Incidencia de la reforma en las cláusulas convencionales de jubilación forzosa"; y el segundo, para Dº Margarita Miñarro Yanini, de la Universidad Jaume I de Castellón, por su comunicación titulada "Algunas notas acerca de la multifuncionalidad de las comisiones paritarias a la luz del reformado contenido mínimo de los convenios colectivos". En el acto también fue entregado el premio "Tesis Doctorales" del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en esta edición otorgado ex aequo a Dª. María del Carmen Aguilar del Castillo y Dª Rosa María Vallecillo Gámez.

Finalmente, no queremos concluir esta presentación sin expresar nuestro sincero agradecimiento al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales por el patrocinio que ha prestado para la celebración de estas Jornadas y que tradicionalmente, desde su primera edición, ha venido prestando a las Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales y al iuslaboralismo andaluz. Y a su Presidenta, Dª Mercedes Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer cuyo entusiasmo e interés en la continuidad de estas reuniones han sido un motivo aliento para todos nosotros y buena prueba del interés científico que ha justificado siempre la celebración de estos eventos. También hemos de manifestar el agradecimiento de todos nosotros al personal del CARL cuyo apoyo y eficacia, forma parte inseparable de las razones que avalan el éxito de las Jornadas. Y, desde luego que también hacemos una expresión de gratitud hacia quienes con su participación, de una u otra forma y en esta u otras ocasiones, han contribuido al éxito de estas Jornadas.

Todo ello explica el deseo y la esperanza –imbatible, siempre- de que esta presentación no sea más que un antecedente de posteriores y sucesivas ediciones de las Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales.

Francisco Javier Prados de Reyes
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

Primera Ponencia

TEXTO Y CONTEXTO DE LAS REFORMAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA 2011 Y 2012*

Jesús Cruz Villalón
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

ÍNDICE

1. CENTRALIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
2. RELEVANCIA DE LAS REFORMAS
3. AUSENCIA DE ACUERDO DE CONCERTACIÓN E INTERVENCIÓN GUBERNAMENTAL
4. UNA PRIMERA VALORACIÓN DE CONJUNTO
5. LAS TÉCNICAS JURÍDICAS DE LAS INTERVENCIONES REFORMADORAS
6. EL ABANICO ESENCIAL DE CONTENIDOS REFORMADOS
7. ESTRUCTURA NEGOCIAL: PRIMACÍA DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA
8. EFECTIVIDAD DEL DESCUELGUE DE CONDICIONES PACTADAS
9. DESBLOQUEO NEGOCIAL: INICIO DEL FIN DE LA ULTRAACTIVIDAD
10. INCIPIENTES LÍMITES A LO NEGOCIABLE
11. CLARIFICACIÓN DE LOS SUJETOS NEGOCIALES: LA ACENTUADA GESTIÓN SINDICAL

* El presente trabajo se ha efectuado en el marco del proyecto de investigación "Impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante e instrumento de contención", Ministerio de Ciencia e Innovación (DER 2011-27612).

1. CENTRALIDAD DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Después de más de tres décadas de experiencia en el desarrollo de nuestro sistema democrático de relaciones laborales, se constata con plena nitidez cómo la negociación colectiva ha ido adquiriendo progresivamente un papel decisivo en el desarrollo de las relaciones laborales y, por tanto, en la gestión cotidiana de las empresas[1]. De un modelo inicial de partida, donde la intervención legal era central en la fijación de las condiciones de trabajo, un proceso paulatino en el doble sentido de repliegue del intervencionismo estatal y de profundización en los contenidos de los convenios colectivos, se ha desembocado en el panorama actual de muy fuerte impacto de lo negociado a través del complejo sistema de convenios colectivos en nuestro país. Concluyó finalmente el proceso de progresiva desaparición de las Ordenanzas y Reglamentaciones de Trabajo, como normas reglamentarias aprobadas por el Ministerio de Trabajo durante el franquismo que con minuciosidad y amplísima red fijaban las concretas condiciones de trabajo en cada sector productivo incluso en las grandes empresas, con lo que se cubría en el pasado por parte de la Administración el papel que por esencia le debía corresponder a los convenios colectivos. Con esta desaparición de las Ordenanzas Laborales se otorga al convenio colectivo el espacio cuasi monopolístico en la adaptación del régimen general a las peculiaridades de cada sector, incluso de cada empresa. En

---

[1] Con carácter general, cfr. AA. VV. (F. Valdés Dal-RÉ y J. Lahera Forteza), Manual jurídico de negociación colectiva, La Ley, Madrid 2008. T. Sala Franco y J. Lahera Corteza, La reforma de la negociación colectiva, en AA. VV., Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol Montesinos, Tirant lo blanch, Valencia 2010. C. Martínez Moreno, Algunas propuestas para una eventual reforma del sistema de negociación colectiva, en UGT, Anuario de relaciones laborales en España, Madrid 2010. F. Valdés Dal-Ré, Por una reforma estatutaria de la negociación colectiva, Relaciones Laborales, nº 10 (2010). M. Falgueras i Baró, La reforma de la negociación colectiva ¿para qué?, Revista de Derecho Social nº 53 (2011). E. González Posadas Martínez, La reforma de la negociación colectiva, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social nº 25 (2011). AA. VV. El régimen jurídico de la negociación colectiva en España. Estudios en homenaje al profesor Sala Franco (coord. F. Pérez de los cobos y J. M. Göerlich), Tirant lo blanch, Valencia 2006.

paralelo, la regulación estatal general, emblemáticamente el Título I del Estatuto de los Trabajadores, ha ido progresivamente orientándose hacia una fijación más imprecisa de las condiciones de trabajo, con reiteradas previsiones de carácter supletorio frente a lo que sucesivamente pueda abordar la negociación colectiva, incluso directamente en ocasiones ha acudido a fórmulas de desregulación a favor del protagonismo del convenio colectivo, por vía de remisión expresa a su regulación a través de la negociación colectiva.

En paralelo a ello, el mapa de la negociación colectiva se ha ido completando intensamente, tanto en la perspectiva subjetiva como en la objetiva. Desde el punto de vista subjetivo, cabe apreciar cómo la negociación colectiva ha alcanzado tasas muy elevadas de cobertura, en términos tales que aproximadamente el 80 % de los trabajadores ocupados tienen un convenio colectivo de referencia, lo que supone que se les aplican automáticamente las condiciones fijadas en el correspondiente convenio colectivo. A pesar de la estructura empresarial de nuestra economía, donde se aprecia una muy fuerte presencia de microempresas, y a pesar de la enorme dispersión de la estructura de la negociación colectiva, con un modelo que para algunos llega a calificarse peyorativamente con el término de "atomización", lo cierto es que el modelo implantado a partir de la aprobación de la primera versión del Estatuto de los Trabajadores en 1980 ha tenido como primer elemento positivo el de lograr esa muy alta tasa de cobertura, que manifiesta ese papel central del convenio dentro de nuestro sistema de relaciones laborales. El triple juego de una extensa red de convenios colectivos sectoriales, de la eficacia general del convenio colectivo, así como de la regla de la ultraactividad es el que ha permitido este resultado de muy amplia tasa de cobertura de la negociación colectiva.

Desde el punto de vista objetivo, los convenios colectivos, aunque haya sido con lentitud y de manera desigual según características de cada unidad negocial, han ido respondiendo efectivamente al reto que sucesivamente le ha planteado el legislador estatal, a resultas de su repliegue, de modo que han ido ocupando un espacio real en la regulación de las condiciones de trabajo, cuando menos en los parámetros básicos que les corresponde atender. Tan es así, que actualmente lo establecido en los convenios colectivos constituye en la práctica el régimen de condiciones de trabajo aplicable al conjunto de los trabajadores y empresas, lo que supone de hecho una capacidad de impacto mucho más directa y trascendente de lo que con carácter general viene a establecer la legislación laboral estatal. En particular, la evolución de los salarios en el conjunto del mercado de trabajo, su conexión con la inflación y la productividad empresarial, dependen casi en exclusiva de lo que se pacte a través de los convenios colectivos; dado el papel residual del salario mínimo interprofesional y de la imposibilidad de que desde los poderes públicos se marquen pautas obligatorias en materia de rentas salariales para el sector privado, más allá de las que pueda fijar para el sector público y pueda intentar orientar a través de canales estrictamente políticos, la negociación colectiva acaba siendo la que marca los criterios imperativos de evolución de los salarios en el

conjunto de nuestras empresas. De igual forma, la casi ausencia de prescripciones imperativas en materia de estructura salarial, los componentes del salario, aunque muy dependientes de los diseños asentados históricamente, son predeterminados con total libertad por parte de los correspondientes convenios colectivos. Otro tanto sucede con la regulación del tiempo de trabajo, tanto en lo que se refiere a la cantidad de la jornada de trabajo como a la distribución del horario de trabajo; más allá del obligado respeto a los topes máximos legales en materia de jornada de trabajo, resulta bien intenso el margen de actuación del convenio colectivo, particularmente en orden a introducir elementos de flexibilidad en su distribución así como en su relación con la conciliación de las responsabilidades profesionales y familiares. Asimismo, al remitirse la regulación estatal a la negociación colectiva a los efectos de establecimiento del régimen de clasificación profesional, ésta es tarea asumida plenamente por los convenios colectivos, de lo que deriva como efecto reflejo que el campo de juego de la movilidad funcional venga en gran medida predeterminado por los propios convenios en el momento de diseñar el modelo propio de clasificación profesional. En suma, la negociación colectiva fija los márgenes de flexibilidad interna en la empresa, así como la organización del trabajo que permite o dificulta la conciliación laboral y familiar. Otro tanto podría decirse respecto del régimen de ejercicio del poder disciplinario en la empresa, de las medidas complementarias de Seguridad Social, de los criterios de adaptación de las diferentes modalidades de contratación temporal y un bien largo etcétera.

Visto desde el punto de vista más estructural, resulta oportuno resaltar igualmente el hecho de que el desarrollo de la negociación colectiva constituye el empeño y la actividad por excelencia de las organizaciones sindicales y empresariales, de modo que el devenir de la misma determina a la postre el rol de tales entidades en nuestro sistema de relaciones laborales. A pesar de constituir esto último una manifiesta evidencia, conviene resaltarlo, por cuanto que a veces pasa algo inadvertido; a la vista de la mayor trascendencia pública de otras funciones de las organizaciones sindicales y empresariales, particularmente en el ámbito del desarrollo del diálogo social, a veces tiende a pasar más inadvertido el intenso esfuerzo y la notable dedicación de estas organizaciones respecto de la tarea protagonista que le viene encomendada cotidianamente en materia de negociación colectiva y, de ahí, la insistencia en la trascendencia de este rol central de los negociadores sindicales y empresariales.

2. RELEVANCIA DE LAS REFORMAS

En sus líneas generales nuestro actual sistema de negociación colectiva, desde su implantación a principios de la década de los años ochenta, ha funcionado razonablemente bien, aportando elementos positivos respecto de lo que constituían sus responsabilidades principales. Cuando se aborda una reforma legal sobre materia de esta centralidad, sobre todo cuando emergen propuestas de modificación en

profundidad del modelo imperante, a resultas de un enfoque que acentúa en demasía los elementos negativos o problemáticos del desarrollo de nuestra negociación colectiva, conviene arrancar por un diagnóstico más completo y equilibrado, que sea capaz con la suficiente objetividad de ponderar los pros y los contras del modelo imperante hasta el momento presente. Por ello, desde esa perspectiva, entiendo que es de justicia arrancar resaltando las bondades del modelo, al extremo de que la experiencia acumulada a lo largo de estos últimos 30 años manifiesta más luces que sombras, con un discurrir en múltiples aspectos ampliamente positivo[2].

La negociación colectiva ha consolidado a las organizaciones sindicales y empresariales, reforzando el protagonismo de tales asociaciones como instrumento de vertebración del tejido social. En particular, ha sacado todo lo que de positivo tiene el que sean los propios sindicatos y empresarios quienes gobiernen la adaptación de la legislación general a las peculiaridades de cada sector y empresa. Las reglas generales contenidas en los convenios colectivos, a pesar de la dificultad interpretativa que pueden presentar algunas de sus redacciones, en líneas generales se realizan en claves que son perfectamente identificables por sus destinatarios, de modo que la negociación colectiva ha otorgado seguridad jurídica. Al propio tiempo, el fuerte peso de la negociación colectiva ha proporcionado un régimen mínimamente homogéneo entre las diversas empresas, a pesar de la intensidad de la atomización de la negociación colectiva, de modo que puede diagnosticarse que en líneas generales ha proporcionado un régimen de cierta uniformidad de costes respecto de la competencia mercantil. Del mismo modo, sin poder entrar en mayores precisiones, puede incluso afirmarse que la negociación colectiva durante períodos amplios ha garantizado una razonable moderación en los incrementos salariales, particularmente orientados con perceptible impacto por lo acordado en la cúspide por las organizaciones sindicales y empresariales a través de las diversas versiones y expresiones de los Acuerdos Interconfederales de negociación colectiva. Finalmente, cabe también constatar que se trata de una negociación colectiva que ha proporcionado una muy baja conflictividad laboral, particularmente relevante si se analiza la escasa intensidad de las huelgas en nuestro país comparativamente con lo que sucede en los países europeos más próximos al nuestro.

A pesar de todo lo anterior, en igual medida no puede dejar de ocultarse que el desarrollo de la negociación colectiva, con el paso del tiempo, también ha ido acumulando una serie de prácticas viciadas en su gestión, que hacía aconsejable contrarrestarlas, acometiendo la oportuna reforma legislativa que conjurara los elementos más negativos que se vienen repitiendo en los últimos tiempos.

A nadie se le oculta que no se encuentra bien resuelto el proceso de renovación de los convenios colectivos, por cuanto que en muchas ocasiones el modelo actual, la propia regulación estatal invita a la rutina negociadora de repetir texto

---

[2] Cfr. J. Cruz Villalón, El marco normativo de la negociación colectiva en España, presentación del número monográfico de Temas Laborales nº 76 (2004).

tras texto los mismos contenidos, de modo que ello desemboca en regulaciones que se petrifican, sin capacidad de adaptarse a los cambios que se están produciendo tanto en la estructura empresarial como en la forma de vida de la población. Esto provoca que en muchas ocasiones los convenios colectivos se conviertan en un importante freno para atender a las necesidades empresariales de flexibilidad interna como mecanismo fisiológico en la vida empresarial y que al propio tiempo reduzca los excesivos niveles de rotación laboral en nuestro mercado de trabajo. Una deficiente regulación de la flexibilidad interna en muchas ocasiones da preferencia a las reestructuraciones empresariales vía destrucción de empleo en lugar de intentar resolverlas antes por la vía de cambios en la jornada de trabajo, en el reciclaje profesional o incluso en los niveles salariales. Por otra parte, los obstáculos a la flexibilidad interna de ciertos trabajadores presionan para incrementar la temporalidad laboral o la externalización de servicios a empresas auxiliares. Tampoco puede olvidarse que tenemos sin resolver la articulación entre las necesidades empresariales de flexibilidad y los requerimientos de conciliación de la vida laboral y familiar.

De igual forma, el proceso de negociación no tiene suficientemente resueltas las vías de solución a las situaciones de bloqueos en el desarrollo del proceso negocial. En repetidas ocasiones se eternizan ciertas negociaciones, se producen callejones sin salida y formalmente siguen aplicándose convenios desfasados en sus contenidos. No existen en nuestro sistema incentivos suficientes para que las partes agilicen los procesos negociales y aprecien los efectos perjudiciales para ambos de una dilación en el tiempo de las negociaciones. Las paralizaciones negociales desembocan en parálisis, sin que existan ni prácticas ni canales alternativos suficientemente efectivos para superar este tipo de escenarios.

En paralelo, tenemos una estructura de la negociación poco acorde con las necesidades actuales, que responde en lo sustancial a lo diseñado a principios de los años sesenta y con altas dosis de irracionalidad. En muchas ocasiones nos enfrentamos a una estructura que no logra adaptarse debidamente a los cambios profesionales y sectoriales, así como a la estructura empresarial. Tenemos unas dimensiones muy reducidas de las empresas españolas que impulsa a un modelo negocial difícil de gestionar; sin dejar de favorecer el mantenimiento positivo de las mencionadas altas tasas de cobertura negocial, ello no debe impedir reconsiderar la estructura negocial actual y, cuando menos, reconocer que el mapa vigente carece de la debida racionalidad. Incluso habría que preguntarse en qué medida se trata de elementos que se retroalimentan, en el sentido de que a su vez la estructura actual dificulta el crecimiento del tamaño de las empresas y, en particular, invita a intensificar modelos de acentuada y excesiva descentralización productiva, que acaba consolidando el modelo empresarial micro.

Asimismo, la estructura salarial contemplada en los convenios en ciertos textos no logra convertirse en un instrumento de potenciación de las empresas más competitivas. Las estructuras salariales son deudoras del pasado, de modo que los

diversos componentes del salario se arrastran con el paso del tiempo, resultando ciertamente complejo abordar una reconsideración de cierto tipo de complementos, aun cuando ello se lleve a cabo sin alteración significativa de la cuantía global del salario a percibir. Los cambios organizativos, técnicos y productivos en muchos casos no llegan a incidir sobre la estructura salarial, suponiendo en ocasiones frenos objetivos por falta de adaptación de tal estructura a la realidad laboral y empresarial actual.

En términos generales, se puede afirmar que todo lo anterior, constituyen elementos negativos que a nuestro juicio acaban perjudicando a los intereses de ambas partes, por cuanto que la negociación colectiva no logra tener la eficacia práctica buscada en la atención a los intereses de las partes. Las garantías formales en los convenios de tutela a los trabajadores en muchas ocasiones pierden efectividad, al mismo tiempo que pervive un régimen que difícilmente atiende a las necesidades de flexibilidad interna en la empresa.

Ello explica que, sin exageración, se pueda afirmar que la adopción de medidas de reforma en estas materia constituía una de las últimas reformas estructurales pendientes, cuando menos de aquellas que afectaban de manera inmediata y directa al mercado de trabajo.

Más allá de los precedentes elementos más de carácter estructural, no puede desconocerse tampoco la muy importante influencia que en esta materia está teniendo la concreta coyuntura económica de crisis, que se prolonga en tiempo y va adquiriendo dosis cada vez más notables de profundidad. Al margen, por tanto, de los elementos claves estructurales antes señalados, conviene tener presente también que el especial escenario económico en el que se desenvuelve la presente crisis económica presionan con mucha mayor fuerza en orden a efectuar una reforma de impacto inmediato sobre el devenir de nuestra negociación colectiva. En particular, el hecho bien conocido de enfrentarnos a la primera crisis económica que se desenvuelve con plena implantación de la moneda europea, que impide reaccionar a los gobiernos nacionales con medidas técnicas de devaluación monetaria, provoca fuertes presiones dirigidas a provocar efectos de devaluación interna, es decir de inmediata depreciación de las rentas salariales, lo que sólo se puede hacer actuando sobre las retribuciones pactadas en los convenios colectivos.

3. AUSENCIA DE ACUERDO DE CONCERTACIÓN E INTERVENCIÓN GUBERNAMENTAL

Eso sí, con lo anterior no se pretende ofrecer una imagen de simplicidad de la reforma y, en particular, no se desconoce los enfrentados intereses en juego en esta materia. Puede resultar relativamente aceptable coincidir en el diagnóstico de la situación actual de nuestra negociación colectiva, hasta cierto punto posible el logro de un mínimo de consenso en torno a la necesidad de reconsiderar

la regulación de ciertas instituciones, pero, sin embargo, mucho más complejo resulta lograr el punto de encuentro en la orientación y contenido de las concretas medidas de reforma a adoptar. Esto último explica en gran medida los avatares y precedentes inmediatos en los intentos de lograr un acuerdo de concertación social en torno al nuevo diseño de la negociación colectiva tras las reformas de su marco normativo.

Sin retrotraernos muy atrás en el tiempo, ya en el Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012, los interlocutores sociales venían a asumir la conveniencia de proceder a una reforma de la negociación colectiva, con voluntad de que fuera un proceso bilateral, con posterior incorporación del poder público y poniéndose el acento sobre todo en su carácter instrumental de favorecedora de la flexibilidad interna[3]. Dicha circunstancia determinó al Gobierno en la legislatura precedente a aparcar aspectos claves de la reforma laboral de 2010, particularmente los referidos a la flexibilidad interna, a la espera del resultado de ese compromiso de los interlocutores sociales, si bien con la voluntad de abordar en una segunda fase estos asuntos, una vez concluida la fase negocial entre las partes. A pesar de la trascendencia atribuida por todos los protagonistas, públicos y privados, a los instrumentos de flexibilidad interna, se advierte cómo desde el primer instante los documentos presentados por aquél Gobierno contemplaban una expresa renuncia a introducir cambios significativos en las reglas y procedimientos relativos a la flexibilidad interna, optando expresamente desde el inicio por remitir el grueso de esta cuestión al ámbito de la negociación colectiva y, en general, a la esfera de la pactación bilateral entre sindicatos y patronales[4]. A la vista de ese método de dar preferencia al acuerdo de concertación, pero al propio tiempo con la voluntad de que en todo caso se abordara la reforma de la negociación colectiva, la Ley de reforma de 2010 procederá a mandatar al Gobierno para afrontar tal reforma, aunque con la esperanza todavía de que la misma fuera el resultado de un consenso previo entre los interlocutores sociales[5]. A resultas de ello,

---

[3] "Las partes signatarias del Acuerdo iniciarán a partir de su firma, y durante un periodo de seis meses, una negociación bipartita sobre las materias que a continuación se describen: Reforma de la negociación colectiva. Las Organizaciones Empresariales y Sindicales reafirman su voluntad de abordar, entre otros, la definición de mecanismos de articulación de la negociación colectiva, su papel como procedimiento de fijación de las condiciones laborales y de determinación de las políticas de empleo, su capacidad de adaptación a las necesidades de los trabajadores, las empresas y sectores productivos y la mejora de la productividad, así como todos aquellos elementos e instrumentos que relacionados con los objetivos señalados configuran el actual sistema de negociación colectiva (ámbitos, sujetos, contenidos, etc.)" (Acuerdo de 9 de febrero de 2010 (BOE de 22 de febrero), disposición adicional única).

[4] "aunque la negociación colectiva y la flexibilidad interna constituyen elementos fundamentales a la hora de modificar sustantivamente nuestro mercado de trabajo, la remisión al ámbito bilateral que se realiza en el documento de 5 de febrero y que han reiterado los interlocutores sociales en su Acuerdo de 9 de Febrero pasado aconseja abstenerse de toda propuesta en esta materia, fuera del evidente compromiso de articular mediante las reformas legales que resulten necesarias los resultados de esta negociación bilateral" (Documento elaborado por el Gobierno bajo el título de "Diálogo social: sobre actuaciones en el mercado de trabajo (12 de abril de 2010)").

[5] "El Gobierno promoverá las iniciativas legislativas que correspondan para la reforma de la negociación colectiva en los términos que, en ejercicio de la autonomía colectiva, sean acordados y les sean

los interlocutores sociales volvieron a manifestar su predisposición a desarrollar el correspondiente proceso negocial bilateral, incluso con una primera identificación de los contenidos principales que debería incorporar el posible acuerdo entre las mismas[6].

A pesar de todas estas dilaciones y esfuerzos, a pesar de la aparente intensa aproximación de posiciones entre las partes, finalmente el logro del acuerdo no fue posible, lo que determinó la aprobación de la primera de las reformas de la negociación colectiva aquí objeto de comentario a través del correspondiente Real Decreto Ley[7]. Dicho Real Decreto Ley pretendió sucesivamente tramitarse como proyecto de Ley ordinario en sede parlamentaria, pero el adelanto electoral que se produjo inmediatamente a continuación impidió esta posible relectura de la reforma por parte de las Cortes Generales. En todo caso, a los efectos que estamos analizando en este momento, el proceso de diálogo entre los interlocutores no fue en balde, en la medida en que permitió decantar progresivamente los intere-

---

requeridos por los interlocutores sociales en el proceso de negociación bipartita que actualmente desarrollan conforme a lo pactado en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, 2010, 2011 y 2012. En defecto de acuerdo en el proceso de negociación bipartita, en un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno, previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales, adoptará las iniciativas que correspondan para abordar, entre otros, la definición de mecanismos de articulación de la negociación colectiva, su papel como procedimiento de fijación de las condiciones laborales y de determinación de las políticas de empleo, su capacidad de adaptación a las necesidades de los trabajadores, las empresas y sectores productivos y la mejora de la productividad, así como todos aquellos elementos e instrumentos que relacionados con los objetivos señalados configuran el actual sistema de negociación colectiva" (Disposición adicional 21ª Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE de 18 de septiembre), de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo).

[6] "La negociación colectiva tiene problemas de estructura y de vertebración; de legitimación; de flexibilidad interna; de innovación y adaptación de contenidos; de gestión; de adecuación a las dificultades, entre otros.

Para las Confederaciones Empresariales y Sindicales firmantes del presente Acuerdo, el sistema español de negociación colectiva debe hacer frente a la realidad empresarial y a la de los trabajadores. Para ello habrá que racionalizar y vertebrar mejor los convenios colectivos, potenciando asimismo la negociación colectiva en el ámbito de la empresa, lo que permitirá ampliar su eficiencia y destinatarios.

A estos efectos, el establecer la estructura de la negociación en cada sector debe corresponder a la negociación colectiva sectorial, de ámbito estatal o en su defecto de ámbito autonómico, suscrita por las Organizaciones Empresariales y Sindicales más representativas.

Existen deficiencias de legitimación en la negociación de los convenios. Los firmantes se comprometen a analizar y reforzar esta materia, en sus ámbitos respectivos.

La imprescindible adecuación a los cambios en los sectores y en la empresa, a través de medidas de flexibilidad interna, debe realizarse con una mayor participación de los representantes de los trabajadores, como forma de garantizar su eficacia.

Es necesario dinamizar la negociación colectiva, tanto respecto a los procesos negociadores, como en nuevos contenidos y renovación de materias, así como en la supresión de los que no deban tener continuidad.

Los interlocutores sociales firmantes apoyan, con este Acuerdo, una mejor gestión y administración permanente de los convenios durante su ámbito temporal, potenciando los instrumentos de consulta, interpretación, solución de discrepancias, propuestas de mejora para el convenio, entre otros; y propiciando que los medios de solución extrajudicial de conflictos aporten asistencia activa. Por último será necesario contar con el debido apoyo institucional" (Acuerdo bipartito entre las Organizaciones Sindicales y Empresariales sobre criterios básicos para la reforma de la negociación colectiva, incluido como apartado V del Acuerdo Social y Económico, firmado entre las organizaciones sindicales y empresariales más representativas el 2 de febrero de 2011).

[7] Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio (BOE 11 de junio), de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

ses y posiciones de las partes, identificar los puntos nucleares de los principales defectos del funcionamiento actual del sistema a juicio de cada una de las partes, incluso ha conformado un parcial consenso implícito y no escrito sobre muchos de sus contenidos. Basándose en ello, la tarea acometida por el Gobierno en 2011 fue unilateral desde la vertiente estrictamente política, pero materialmente se encontraba fuertemente orientada en atención a las aproximaciones prácticas que se habían venido produciendo en la negociación entre sindicatos y patronales. Más allá de lo que cada una de ellas manifestó públicamente como posición de rechazo más o menos frontal a la mencionada reforma, lo cierto es que tiene bastante fundamento la afirmación de que la reforma legal de 2011 recogía en gran medida el pacto no escrito ni formalizado entre las partes.

Es en ese contexto en el que se puede entender con cierta facilidad el hecho de que posteriormente los interlocutores sociales en la cúspide alcancen dos importantes acuerdos que, en gran medida, suponen una asimilación y una integración de la reforma de 2011 a sus principales pautas de reforma. En esa clave cabe interpretar tanto el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014[8], como el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos colectivos laborales (sistema extrajudicial)[9]. Más aún, estos dos importantes Acuerdos no sólo se sitúan en el contexto de la implementación de la reforma de 2011, sino sobre todo en el intento de contención de la que ya se vislumbraba como inmediata nueva reforma de 2012. En particular, las partes pretenden ese resultado de contención o al menos de participación activa en el desenlace de esa nueva reforma por varios canales.

Por un lado, a través de un compromiso de fuerte contención salarial, por medio del cual se mandase un mensaje implícito de que el contexto económico general que presiona a favor de provocar una importante devaluación interna vía rentas salariales se podía lograr con apoyo de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas sin necesidad de acometer reformar adicionales en el plano legal. Por otro lado, a través de un nuevo compromiso de adaptar la estructura de la negociación colectiva a los nuevos requerimientos empresariales, especialmente abandonando automatismos de indiciación de los salarios en conexión con la evolución de la inflación y, por tanto, con mayor toma en consideración de la productividad en cada empresa como factor orientativo de los pactos salariales. Asimismo, un nuevo compromiso de reforzamiento de los procedimientos autónomos de resolución de conflictos laborales, orientados con especial atención a la superación de los escenarios de bloqueos negociales. Finalmente, a través de un implícito recordatorio de que la gestión de la negociación colectiva constituye un asunto de carácter esencialmente bilateral, en el sentido de que la alteración de las reglas del juego que rigen el desarrollo de nuestro modelo de negociación

[8] Acuerdo de 25 de enero de 2012 (BOE 6 de febrero).
[9] Acuerdo de 7 de febrero de 2012 (BOE 23 de febrero).

colectiva debe efectuar con participación activa de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas y, en sentido negativo, desaconsejando las vías de reforma legal unilateral por parte del ejecutivo.

No obstante todo lo anterior, la orientación política del nuevo ejecutivo a inicios de 2012 no respondió a las pautas precedentes que: ni consideró suficiente la intensidad de los compromisos asumidos por los interlocutores sociales a través de dichos acuerdos ni se consideró en modo alguno condicionado por los mensajes más o menos implícitos deducibles de tales Acuerdos en la cúspide. Tan es así, que afrontó una nueva reforma de la negociación colectiva, sin sentirse atado por los precedentes legales y de concertación, entendiendo que la situación de crisis económica profunda había puesto "en evidencia la insostenibilidad del modelo laboral español"[10], lo que le determinaba a acometer una reforma estructura de las instituciones laborales en general, con especial impacto sobre la negociación colectiva. En estos términos, el gobierno reformador de 2012 no efectuará ni un mínimo intento de concertación de la nueva reforma del mercado de trabajo, de intenso calado y fuerte repercusión sobre nuestro sistema de negociación colectiva.

4. UNA PRIMERA VALORACIÓN DE CONJUNTO

En cuanto a su contenido, las reformas de 2011 y 2012 se presentan como las primeras grandes reformas de nuestra negociación colectiva desde su regulación inicial a principios de los años ochenta, afectando a elementos capitales del modelo que rige en nuestras relaciones laborales[11].

A pesar de que la legislación laboral es un ordenamiento permanentemente sujeto a reconsideración y en constante proceso de reforma, el dilatado tiempo transcurrido desde los inicios de 1980 mostraba hasta ahora un tono menor de las reformas laborales precedentes en lo que afecta a las alteraciones en el marco jurídico de la regulación de la negociación colectiva. Aun cuando desde la primera versión de 1980 del Estatuto de los Trabajadores hasta el momento presente se

---

[10] Expresión literal del preámbulo tanto del RDL 3/2012, de 10 de febrero (BOE 11 de febrero), como de la Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE 7 de julio), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

[11] Con carácter general sobre la reforma de 2011, AA. VV. (I. García-Perrote Escarpín y J. Mercader Uguina dir.), La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, Lex Nova, Valladolid 2011. C. Molina Navarrete, La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último "botín" de los mercaderes del templo?, Estudios Financieros. Revista de trabajo y seguridad social, nº 340 (2011). T. Sala Franco, La reforma de la negociación colectiva: Real Decreto Ley 7/2011, de 11 de junio, Actualidad Laboral nº 18 (2011). B. Valera Autrán, La reforma de la negociación colectiva, Diario La Ley nº 7713, 2011. Para la reforma de 2012, por todos, S. González Ortega, La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Temas Laborales nº 115 (2012), pgs. 85 ss. j. Mercader Uguina, La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva. La reforma de la Ley 3/2012, en AA. VV. (I. Garcia-Perrote y J. Mercader), La regulación del mercado laboral, Lex Nova, Valladolid 2012. J. Cruz Villalón, El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012, Revista de Derecho Social nº 57 (2012), pgs. 231 ss. A. Merino Segovia, La negociación colectiva tras la reforma de 2012, ed. Bomarzo, Albacete 2012.

han producido ya más de cuarenta reformas legales sucesivas, de mayor o menor entidad, sin embargo su centro de atención se había situado esencialmente en los aspectos individuales de la contratación laboral. Por decirlo en términos de sistemática del texto legal, el grueso de las reformas precedentes del Estatuto de los Trabajadores se han concentrado en el Título I del mismo dedicado al régimen del contrato de trabajo, con apenas afectación de su Título III dedicado directamente a la negociación colectiva. Por ello, puede afirmarse con rotundidad que estas han sido las dos primeras ocasiones en las que la reforma se orienta directa y expresamente hacía este título y, por tanto, al régimen de la negociación colectiva.

Ello es cierto que se produce con el muy importante matiz de que lo individual y lo colectivo se encuentran estrechamente vinculados en el ámbito de lo laboral y en las reformas precedentes ha habido incursiones no pequeñas en el desarrollo de la negociación colectiva. Cuando menos cabe apuntar cuatro vertientes donde las incidencias de las reformas precedentes habían influido notablemente sobre nuestra negociación colectiva en su conjunto. En primer lugar, una actuación ya descrita sobre el régimen jurídico del contrato de trabajo en clave de reducción del intervencionismo público vía tanto la regulación directa de la relación laboral como de la reducción de la actuación de la Administración laboral, que de forma complementaria ha venido acompañada de la atribución de un espacio mucho más intenso de actuación a favor de la negociación colectiva, con precisas y relevantes remisiones a la regulación 'ex novo' por parte de los convenios colectivos. En segundo lugar, la emergencia de la figura de los acuerdos de empresa, con reiteradas remisiones a este mecanismo negocial mucho más flexible e informal, que materialmente abre la vía a nuevas expresiones o productos de la negociación colectiva, por mucho que se produzca una enorme indeterminación legal en cuanto a su alcance y régimen jurídico; el desembarco de los acuerdos de empresa en nuestro sistema negocial, así como la atribución de carta de naturaleza desde la Ley rompe con un formal monopolio regulatorio del convenio colectivo en su versión clásica, al mismo tiempo que obliga a reordenar los espacios materiales de unos y otros. En tercer lugar, los intentos desde diversos ámbitos, incluido el de la propia normativa estatal, de reordenación de las reglas sobre estructura y concurrencia de los convenios colectivos, intentando canalizar nuestro mapa negocial hacia un sistema coherentemente gestionado por parte de los propios interlocutores sociales. En cuarto y último lugar, la introducción de mecanismos de descuelgue de condiciones de trabajo, particularmente por lo que afecta al régimen salarial y de tiempo de trabajo, con vistas a ofrecer mecanismos de flexibilidad interna alternativos a los de flexibilidad externa.

Valorados en su conjunto respecto de estos cuatro ámbitos de actuación reformadora, con incidencia sobre el sistema de negociación colectiva en su conjunto, ha de admitirse que se trata de aspectos relevantes y, sobre todo, que sumados los cuatro en total aportan factores significativos de cambio sobre el diseño de nuestra negociación colectiva. Sin embargo, los mismos por sus efectos y resultados hasta el momento presente no habían llegado a alterar lo que constituye el núcleo de nuestro modelo de relaciones laborales en sus elementos esenciales. Sobre todo visto desde el punto de vista práctico de sus resultados en la realidad de nuestra

negociación colectiva, en ningún caso se ha incidido cualitativamente sobre sus cinco pilares básicos: sujetos legitimados para negociar, desarrollo de los procesos negociales, eficacia jurídica de lo pactado, contenidos típicos de los convenios colectivos, así como estructura de la negociación colectiva y reglas de concurrencia. Por tanto, cabe deducir que hasta el presente no se había abordado una reforma estructural y de intervención de conjunto sobre el sistema de negociación colectiva diseñado a inicios de los años ochenta.

Por contraste, sin embargo, cabe afirmar que las reformas de 2011 y 2012 no sólo abordan de manera directa el marco jurídico de la negociación colectiva, sino que por añadidura inciden sobre la mayoría de los pilares antes mencionados, aunque lo hagan con una intensidad dispar. Por ello, no resulta exagerado considerar que nos enfrentamos a reformas estructural de nuestra negociación colectiva, por mucho que el instrumento normativo utilizado para ello haya sido una norma de emergencia como es el Decreto Ley, norma que aprueba el Gobierno por razones de urgencia y se somete a la inmediata ratificación en su conjunto por parte del Congreso de los Diputados. El hecho de que se hayan realizado a través de un Decreto Ley, sin perjuicio de que la segunda de ellas, la reforma de 2012, sucesivamente se haya transformado en Ley ordinaria, no tiene mayor trascendencia para valorar el calado de la reforma, pues la experiencia nos muestra que las transformaciones de mayor profundidad en el ámbito de lo laboral entre nosotros se han acometido con reiteración por medio de este instrumento normativo.

Ni siquiera el hecho de que los textos de ambas reformas formalmente se hayan elaborado en un plazo excepcional puede permitir calificar a la reforma como apresurada, pues eran conocidos los puntos sobre los que se deseaba actuar, las posiciones de las partes y los objetivos perseguidos por una posible reforma en esta materia. Lo decisivo es que al final acaban retocándose cuando menos los preceptos más decisivos del Título III del Estatuto de los Trabajadores; sólo dos artículos del mismo quedan sin cambios, pero incluso como efecto reflejo todos quedan al final afectados. Ello hace aventurar una repercusión importante de estas reformas sobre los convenios colectivos y la flexibilidad interna, más allá de las valoraciones de puesta en duda de su capacidad de impacto práctico en la realidad negocial.

Ahora bien, ese dato tanto cuantitativo del número de artículos del Título III afectados como cualitativo de incidencia sobre el conjunto de los pilares básicos de nuestro sistema de negociación colectiva, puede inducir al error de llegar a la conclusión de que a partir de ahora nos enfrentamos a un modelo de todo punto diverso en nuestra negociación colectiva. Sin perjuicio de que en algunas materias se observan claros cambios de orientación, especialmente con cambios de profundidad en la reforma de 2012, puede advertirse también que en muchas ocasiones también se efectúa retocando los elementos claves del modelo pero con pervivencia a todos los efectos de sus señas de identidad. Dicho en términos descriptivos, los protagonistas sindicales y empresariales, así como los criterios de determinación de su legitimación permanecen en sus claves esenciales; el desarrollo del

proceso negocial sigue estando regido por el criterio de libertad de actuación de las partes negociadoras; los contenidos negociales continúan sometiéndose al principio de libertad de pactación de los negociadores; los referentes de las eficacia jurídica del convenio colectivo perviven, aunque también sea imprescindible reconocer la trascendencia indiscutible de los cambios efectuados en materia de descuelgue de condiciones pactadas y de pérdida de los efectos ultraactivos del convenio colectivo; las reglas de estructura y concurrencia convencional se abordan con una técnica aluvional de conservación de muchas de las reglas preexistentes, aunque de igual modo no se puede ocultar el cambio cualitativo que comporta el otorgamiento de preferencia aplicativa absoluta al convenio de empresa frente a los sectoriales. Probablemente, sin poder entrar en mayores matices, se puedan valorar de forma diferente los cambios incluidos respectivamente en la reforma de 2011 y de 2012: mientras que la primera de ella se presentaba más respetuosa a las señas de identidad de nuestro tradicional modelo de negociación colectiva, en la segunda de ella se aprecia un cierto cambio de orientación que de tener impacto real puede comportar una alteración en puntos nucleares de nuestro modelo de negociación colectiva.

5. LAS TÉCNICAS JURÍDICAS DE LAS INTERVENCIONES REFORMADORAS

Un dato que puede resultar emblemático al efecto es el modo cómo se actúa sobre el texto legal, respetando al completo la ordenación y numeración de los preceptos, procurando salvar la sistemática del mismo, intervenir sobre los diversos preceptos pero con una actuación de técnica normativa lo menos invasiva posible. Se trata, por lo demás, de una fórmula que es recurrente en las sucesivas reformas que se han producido desde los inicios de los años ochenta sobre la primera versión del Estatuto de los Trabajadores, si bien en esta ocasión presente un valor de especial significación, con esa voluntad de transmitir la idea de que se desean mantener los esquemas básicos de nuestro modelo de negociación colectiva. Y esta opción de intervención sobre el texto legal se lleva hasta sus últimas consecuencias, a pesar de que en algunas ocasiones se tenga que forzar la ubicación de la concreta regulación que se incorpora como novedosa. Ya se hizo en el pasado, por ejemplo, cuando se han ido incorporando los procedimientos de descuelgue de condiciones de trabajo. Pero en esta ocasión podría indicarse que se acentúa más aún si cabe en el caso de la reforma de 2011; por ejemplo, el reforzamiento que se produce de la institución de las Comisiones Paritarias hubiera aconsejado introducir un artículo específico que regulase la figura en su conjunto, con mayor claridad en cuanto a lo que es resultado del diseño legal por parte de la norma estatal y lo que se remite a la concreción por parte de los diversos convenios colectivos. En igual medida, la centralidad que a partir de ahora se pretende otorgar a los procedimientos de mediación y arbitraje en la resolución de las discrepancias entre las

partes, tanto en los bloqueos negociales como en los mecanismos de flexibilidad interna, hubiera aconsejado igualmente plasmarlo de forma más completa a través de un precepto específicamente dedicado a ello.

Al final, todo ello, no desemboca sólo en una mayor complejidad en la identificación de las novedades y en particular de la lógica general de la intervención legislativa, sino que aporta significativos elementos de confusión y de oscuridad. Confusión y oscuridad que a nuestro juicio no dejarán de plantear indudables dudas interpretativas del alcance de ciertos preceptos.

En todo caso, desde el punto de vista de la técnica jurídica, a nuestro juicio la mayor precisión en el método regulativo y, por ello mismo, la mayor complejidad en el sentido del alcance de la reforma, se presenta en la consciente y premeditada voluntad del legislador de intervenir en unos casos acentuando la técnica de imperatividad de la regla legal, mientras que en otras ocasiones lo hace de forma mucho más atemperada por cuanto que lo anterior se hace dejando abierta la posibilidad de alterar la regla legal por parte de los negociadores. Y probablemente aquí resida la principal diferencia entre la reforma de 2011, más propensa hacia la técnica de la supletoriedad, y la reforma de 2012, más inclinada al uso de la técnica de la imperatividad inalterable por las partes.

Dicho de otro modo, con la reforma de 2011 nos enfrentamos en las más de las ocasiones a una técnica jurídica que formalmente responde a las pautas más clásicas de la supletoriedad, pero que apenas se profundiza se observa una voluntad legislativa de que esas reglas supletorias desplieguen una funcionalidad jurídica que vaya más allá de la típica y más ortodoxa de una regla supletoria; dicho con más exactitud, se trata de una regla que se presenta formalmente como supletoria, pero que se desea que desde la perspectiva material tenga una capacidad de impacto real en el cambio de las prácticas negociales y, por tanto, que de hecho no despliegue un rol estrictamente supletorio: no se pretende que juegue como mera regla que incorpora una simple red de seguridad, que cubra lagunas jurídicas excepcionales para el caso marginal de que los negociadores no intervengan sobre la materia. En algunas ocasiones incluso se presenta bajo la apariencia de norma de derecho necesario absoluto, lo que formalmente no pasa de ser una regla supletoria.

Más aún, cabría incluso intuir que el legislador en algunos ámbitos, si hubiera podido, habría ido más allá en su intensidad interventora, pero que si no lo ha hecho y ha optado por la técnica de la supletoriedad legislativa, ha sido no por una estricta voluntad de situarse en el ámbito de la legislación "suave", sino por ser consciente de los límites constitucionales a los que se enfrentaba. Si ha utilizado la técnica supletoria es porque era consciente de que no podía ir más allá de ello, pues el obligado respeto al reconocimiento constitucional de la autonomía negocial y al principio de libertad de actuación de los interlocutores sociales en el gobierno de la negociación colectiva, le obligaba a una importante autocontención regulativa, de limitación en el tipo de regla jurídica que introducía y, en definitiva, a su necesario

carácter supletorio. Tan es así, que en algunas ocasiones la redacción legal requiere de una interpretación finalista acorde con la sistemática general de la institución para reconducir en cuanto a su alcance la regla legal; sin descartar que, en alguna concreta ocasión, llegue a traspasar las líneas rojas de la constitucionalidad del respeto al derecho a la negociación colectiva.

En suma, en todo ello puede intuirse una toma en consideración de los resultados aplicativos de reformas laborales precedentes, donde su implementación ha sido objeto de resistencia por parte de algunos de los interlocutores sociales, cuando no directamente ha provocado el diseño de estrategias dirigidas a contrarrestar la efectiva implementación de la reforma. A partir de lo sucedido en otras ocasiones, el legislador afina la técnica normativa, intentando llevarla a aquel terreno donde quede garantizada en mayor medida el impacto práctico e inmediato de la reforma, siempre dentro de los parámetros de enorme dificultad de materializar tal objetivo, particularmente teniendo en cuenta que sucesivamente muchas de las prescripciones legales se encuentran mediatizadas por la actitud de las organizaciones sindicales y empresariales en el seno de las diversas comisiones negociadoras de los convenios colectivos.

Entrando en la precisión de la técnica jurídica a la que nos hemos venido refiriendo, y comenzando por las redacciones más literales receptoras de la típica regla supletoria, son muy abundantes las disposiciones que de forma recurrente incorporan la frase de estilo característica de aceptación de la capacidad de alteración por los negociadores, con expresiones típicas del estilo de "salvo pacto en contrario".

Ejemplos típicos de ello lo encontramos en todas las nuevas reglas relativas a la ordenación del proceso negocial y, en particular, por lo que afecta a la denuncia y ultraactividad del convenio colectivo, incluso en el carácter obligatorio o voluntario de cierto tipo de arbitrajes, o bien en lo que refiere a la distribución irregular de la jornada de trabajo, donde se mantiene la tradicional técnica de la supletoriedad, por mucho que el contenido de la regla legal se invierta en cuanto a su objetivo o sentido.

Complementariamente a ello, aparecen otras novedades, cuya primera lectura, puede dar una idea bien diversa de la existente en el fondo, pues la apariencia es de mayor imperatividad a la realmente incorporada al texto legal. Así sucedía con las novedades introducidas en la reforma de 2011 en lo que afecta al contenido mínimo de los convenios colectivos; si bien la mayoría de ellas sucesivamente fueron eliminadas por la reforma laboral de 2012. No es casual que el precepto siga arrancando con la advertencia de que todo ello se efectúa "sin perjuicio de la libertad de contratación de las partes". Y no se trata de una mera regla de estilo, ni siquiera de una expresión eufemística en el texto legal, muy habitual en ciertas ocasiones para introducir reglas opuestas al principio general que se propugna. En efecto, el derecho a la negociación colectiva integra como una de sus manifestaciones primordiales la libertad de selección de las materias a negociar:

"los convenios colectivos podrán regular materias…". De este modo no cabe imposición específica de concreta materia a negociar; legalmente no se puede forzar a que el convenio colectivo deba incorporar un contenido mínimo. Por ello, la interpretación atinada de las disposiciones sobre contenido de los convenios, en particular la correspondiente al denominado como contenido "mínimo", debe efectuarse a tenor de las consideraciones y principios precedentes. En concreto, aquellas redacciones de la norma estatal que literalmente puedan parecer que están imponiendo un deber de "pactar" a lo más que llegan es a incorporar un deber de "negociar", pero sin efecto alguno para la hipótesis de que las partes no lleguen a alcanzar concreto acuerdo sobre esa materia para la que la Ley impone ese deber de negociar; no pueden imputarse consecuencias de anulabilidad o ineficacia del convenio firmado entre las partes que han acordado no incorporar nada sobre esa materia para la que la Ley exige el mencionado deber de "negociar".

A pesar de todo ello, tampoco es posible quedarnos en el plano estricto de la formalidad respecto de la técnica jurídica empleada, por cuanto que la misma debe venir acompañada por la ponderación de la efectividad de las reglas establecidas en la norma estatal, en el sentido de preguntarnos por la capacidad real de que las mismas se apliquen en la práctica. O bien, si se quiere dicho en sentido contrario, la previsibilidad de que estas reglas por su carácter formal de supletorias vayan a ser sustituidas o alteradas por las diferentes cláusulas de los convenios colectivos. La experiencia acumulada a lo largo de las últimas décadas respecto del juego de este tipo de fórmulas de supletoriedad nos permite intuir que las nuevas reglas supletorias van a tener en la práctica negocial cotidiana el mismo desarrollo observado hasta el presente en casos asimilables. Son ejemplos típicos de reglas formalmente supletorias, pero que se aplican como si fuesen plenamente imperativas. La presupuesta pasividad o pereza negociadora en estas cuestiones, llevarán a aceptar pacífica e implícitamente las reglas legales supletorias. Incluso puede intuirse que algo similar puede suceder respecto de otras materias donde se requiere de una actuación que vaya más allá de la pasividad, ya que exigen en positivo una incorporación expresa de la regla dentro del texto convencional.

En otros casos, la supletoriedad de la norma puede llegar a imponerse allí donde se vislumbre como muy complejo obtener la aceptación de una de las partes a alterar las reglas fijadas legalmente. A estos efectos, la supletoriedad materialmente despliega un juego de atribución a cualquiera de las partes de una especie de facultad de "veto", de modo que su oposición permite el mantenimiento aplicativo de la regla supletoria de la norma estatal. No es descartable que esto sea lo que suceda en materia de decadencia del efecto ultraactivo del convenio colectivo tras el transcurso de un año posterior a la denuncia del mismo.

Donde mayores interrogantes se pueden presentar es allí donde el legislador pretende introducir mecanismos que pretendan romper con la cultura negocial imperante hasta el momento presente; allí donde se requiera para la implementación de la reforma una actuación de los negociadores que rompa con el pasado,

desplegando una actuación en positivo para cambiar de forma consensuada las prácticas dominantes hasta el momento presente. Ejemplo paradigmático de ello es la voluntad del legislador de superar las situaciones de bloqueo negocial, invitando a las partes a introducir mecanismos eficaces de resolución de conflictos, con especial insistencia en el arbitraje como fórmula de salida a las situaciones de impasse negocial. No responde ello a nuestras tradiciones negociales, por mucho que en las declaraciones oficiales de unos y otros se le atribuyan todo tipo de parabienes a los procedimientos de solución de conflictos, incluso se admita la bondad del arbitraje para superar las situaciones de bloqueo negocial. Por unos u otros motivos las partes mantienen dosis elevadas de desconfianza respecto de estos procedimientos; en particular, en ocasiones muy marginales han acudido en el pasado al arbitraje a resultas de esa patente desconfianza subyacente, al propio tiempo que no acaban de sentirse incómodos cuando se dilatan las negociaciones e incluso cuando éstas se suspenden *sine die*. Precisamente por ello, en este ámbito, el legislador fuerza al máximo la fórmula legal; aun siendo consciente de los condicionantes constitucionales con los que se enfrenta, fuerza al máximo posible la imposición del sistema arbitral, por mucho que al final se vea obligado a aceptar que su criterio de obligatoriedad posee un mero valor de regla supletoria[12].

Donde se comienza a dar un salto cualitativo es en las reglas relativas a la estructura y concurrencia de los convenios colectivos. Mientras que la reforma de 2011 se mantuvo en la esfera del juego de la técnica de la supletoriedad, dando amplio protagonismo a los interlocutores sociales para diseñar la estructura en los acuerdos interprofesionales, la reforma de 2012 rompe con intensidad con esa lógica para situarse estrictamente en el ámbito de la regla imperativa inalterable cuando se decanta decididamente por la preferencia absoluta a favor del convenio colectivo de empresa frente al de sector. Igualmente, se advierte una intensificación de la imperatividad en los procedimientos reguladores del descuelgue de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo, donde progresivamente se aleja el mecanismo de la posible alteración de la regulación legal por parte de los negociadores, desembocándose en una fórmula de arbitraje obligatorio público no excluible por la voluntad de los negociadores del correspondiente convenio colectivo.

Finalmente, para ofrecer el panorama completo desde esta perspectiva de técnica jurídica, se recogen otra serie de reglas que tradicionalmente han tenido el carácter de imperativas en el sentido estricto del término. Por considerarse que se trata de disposiciones de orden público, se consideran inalterables a todos los efectos. Ejemplos prototípicos de ello son todas las reglas relativas a la legitimación negocial, que, en aras de otorgar seguridad jurídica al arranque de la negociación, a que no se produzcan obstáculos en la conformación de la comisión negociadora y, a la postre, con vistas a garantizar la eficacia general del convenio

[12] Disposición Adicional primera párrafo 2 RDL 7/2011, de 10 de junio.

colectivo a sujetos con auténtico poder negocial, se fijan como reglas indiscutibles y de estricto derecho necesario. Eso sí, sin perjuicio de lo que podamos detallar más adelante respecto de estas reglas relativas a la legitimación negocial, la primera impresión es que se trata de parámetros legales que se mantienen dentro de la lógica de nuestro modelo negocial, pacíficamente aceptadas por sus protagonistas, poco incisivas en cuanto a cambios de prácticas negociales respecto de lo que ha existido hasta el presente, por lo que su imperatividad estricta a todos los efectos suscitará una escasa discusión y una cuasi nula conflictividad. Prueba de ello es que los novedosos de la reforma de 2011 ha sido mantenido sin discusión ni matices por parte de la reforma de 2012.

6. EL ABANICO ESENCIAL DE CONTENIDOS REFORMADOS

A partir de las precedentes consideraciones generales, cabe efectuar una descripción valorativa de las principales novedades en cuanto a su contenido de la presente reforma del marco normativo de la negociación colectiva.

Como hemos indicado, son muchos y muy variados los aspectos objeto de modificación con las reformas de 2011 y 2012, de modo que se llega a actuar sobre la práctica totalidad de los pilares sobre los que se asienta nuestro modelo actual de la negociación colectiva. Eso sí, repetimos, con unas reformas que situándose en el terreno de lo estructural también parten del respeto a las esencias de nuestro modelo. En todo caso, siendo muy variopintos los contenidos de las reformas, lo aconsejable es proceder a resaltar aquello que a nuestro juicio personal tiene mayor trascendencia. Y esa mayor trascendencia creemos que si sitúa en cinco elementos, que pasamos a describir y a valorar por separado:

1. Primacía de la negociación empresarial
2. Efectividad del descuelgue de condiciones pactadas
3. Desbloqueo negocial: arbitraje y fin de la ultraactividad
4. Incipientes límites a lo negociable
5. Plenitud de las reglas de legitimación negocial, con escoramiento hacia el protagonismo de las representaciones sindicales

7. ESTRUCTURA NEGOCIAL: PRIMACÍA DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA

De manera sucesiva e in crescendo, las reformas de 2011 y 2012 proceden a efectuar una reordenación intensa de las reglas relativas a la estructura de la negociación colectiva, particularmente en lo que se refiere a los criterios de resolución

de los conflictos derivados de la concurrencia entre convenios colectivos de diversos ámbitos de aplicación[13].

Son varias las novedades que se introducen al respecto, donde la estrella indiscutible se sitúa en la preferencia aplicativa del convenio empresarial frente al sectorial.

La primacía del convenio de empresa

De todas las novedades, a mi juicio, la más relevante con gran diferencia se sitúa en la preferencia aplicativa otorgada a los convenios colectivos de ámbito empresarial, con una fórmula que con toda seguridad impulsará hacia una fuerte tendencia a favor de la descentralización de la estructura negocial (art. 84.2 ET). Esa preferencia aplicativa se le otorga a cualquier convenio colectivo en el sentido amplio del término: expresamente se le atribuye también a los convenios para grupos de trabajadores y para una pluralidad de empresas vinculadas entre sí (art. 84.2 p. 2 ET); a lo cual a mi juicio habría que añadir, por incorporación tácita también a los convenios colectivos de centro de trabajo y convenios de empresa franja.

Es la más relevante por varios motivos. Primero, por ser la más novedosa dentro de las reglas hasta ahora presentes en el complejo sistema de concurrencia negocial. Segundo, por ser la que atribuye un criterio de primacía cuasi absoluta frente al resto de las unidades negociales, sean sectoriales estatales, autonómicas, provinciales o de cualquier otro ámbito. Tercero, porque estando limitada a una relación cerrada de materias, afecta a aspectos claves (retribución, horario de trabajo, clasificación profesional, modalidades de contratación, conciliación con las responsabilidades familiares) y, por añadidura, la lógica aplicativa del criterio de la preferencia aplicativa favorece su generalización al resto de los contenidos, provocando una importante vis expansiva al total de las materias de la preferencia aplicativa del convenio empresarial. Cuarto, porque esa limitación de contenidos sólo es temporal dado que lo es tan sólo durante el período de vigencia del convenio sectorial (art. 84.1 ET), de modo que al momento de la renovación de este último puede incorporarse una capacidad de aplicación total de contenidos por parte del convenio de empresa. Por último, por el carácter de preferencia plena imperativa otorgado a resultas de la reforma de 2012: el importante matiz presente en la reforma de 2011, que con el típico juego de la supletoriedad permitía a los acuerdos interprofesionales y convenios sectoriales establecer reglas diversa de preferencia aplicativa, ello resulta eliminado por completo con la reforma de 2012, que en ningún caso permite la devaluación de la preferencia aplicativa del convenio empresarial impuesta legalmente. Algún pronunciamiento judicial

[13] Sobre el régimen precedente en general, cfr. F. Navarro Nieto, La estructura de la negociación colectiva: marco jurídico y disciplina contractual, Bomarzo, Albacete 2009. J. Cruz Villalón, Estructura y concurrencia entre convenios colectivos, RMTSS nº 68 (2007). J. Mercader Uguina, Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios, ed. Civitas, Madrid 1994. M. Luz Rodríguez Fernández, La estructura de la negociación colectiva, ed. Lex Nova, Valladolid 2000.

reciente ha zanjado plenamente la cuestión, incluso desde la perspectiva del derecho transitorio, declarando con contundencia que la preferencia aplicativa del convenio colectivo es plena y no permite excepciones ni siquiera transitorias[14].

En estos momentos, aunque el número de convenios colectivos de empresa resulta bastante elevado en términos cuantitativos y comparativos respecto del total, en realidad lo más relevante es que incide sobre un número bastante reducido del conjunto de la población asalariada, cifrado en estos momentos en torno al 10 %. Posiblemente, la cifra precedente no ofrece en su totalidad el mapa negocial existente entre nosotros, pues si al mismo sumáramos la rica realidad de los acuerdos de empresa, el peso de la negociación empresarial en su conjunto sería mucho más elevado.

Es cierto que las dimensiones muy reducidas del tamaño medio de las empresas en España dificultan notablemente escenarios típicos en otros países de fuerte peso de la negociación empresarial. Pero, no cabe la menor duda también de que la reforma introduce a estos efectos una novedad de hondo calado, que con toda seguridad provocará fuertes cambios en la estructura de la negociación colectiva, que por efecto derivado desencadenará consecuencias colaterales en aspectos muy variados. Con seguridad será el instrumento por excelencia favorecedor de la flexibilidad interna en las empresas. Asimismo, propiciará el cambio del peso de las diferentes partidas salariales, alterando cuando menos la composición interna de la estructura salarial, con decantación hacia un método diverso de fijación de los sistemas salariales con particular mayor peso de los elementos conectados con la productividad empresarial. En un diverso plano, el mayor peso de los convenios de empresa reorientará el ámbito de desarrollo de la actividad sindical y de las estructuras sindicales, obligándolas a enfocarse ahora más a actuar sobre lo cercano, sobre cada empresa particular y menos en el ámbito de lo sectorial.

Finalmente es previsible que se reduzca la influencia de cierto tipo de acuerdos de empresa que hasta el presente cumplían funciones similares de fijación de reglas diferenciadas a las previstas en los convenios sectoriales, particularmente menor impacto de los mecanismos de descuelgue de condiciones de trabajo, incluido lo referido a la retribución, si bien todo ello con importantes matices, por cuanto que el descuelgue seguirá jugando por muy diversas razones, a la luz de las consideraciones que haremos posteriormente. Adelantándonos a lo que indicaremos después, la virtualidad de los acuerdos de descuelgue permanecerá allí donde no haya representantes legales de los trabajadores con legitimación para constituir la correspondiente comisión negociadora, pero quepa acudir a la comisión 'ad

[14] "…debe entenderse que todos los convenios colectivos vigentes quedan vinculados por el marco expresamente indisponible fijado en el art. 84.2ET , y no sólo los suscritos tras la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, el 12 de febrero de 2012. Sin embargo, esa vinculación únicamente ha de operar hacia el futuro, es decir, a partir de la existencia de la citada norma con rango legal, no pudiendo entenderse que su aplicación deba tener efectos retroactivos, tal como se razona a continuación" (SAN, sala de lo social, 10 de septiembre de 2012, JUR 306675).

hoc' contemplada para estos procedimientos de descuelgue (arts. 41 y 82.3 ET). Igualmente mantendría su virtualidad respecto de materias para las que legalmente no se contempla la preferencia aplicativa del convenio empresarial, pero sí se posibilita en descuelgue. Y, sobre todo, mantendrá su juego allí donde no sea posible alcanzar el acuerdo de celebración de un nuevo convenio entre las partes y se abra paso al mecanismo de arbitraje obligatorio público a instancias de la parte empresarial y contra la voluntad de los representantes de los trabajadores.

En cuanto a las posibles incertidumbres, esta reforma va a presentar indiscutibles riesgos en cuanto al mantenimiento de las actuales políticas concertadas en las cúspides empresariales y sindicales respecto de la evolución de los salarios en el conjunto del mercado de trabajo. Será más difícil que se produzca la actual cuasi automática traslación a las comisiones de los convenios de los compromisos de evolución de los salarios asumidos por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a través de los Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva. Por lo demás, esa mayor importancia del ámbito empresarial provocará también efectos de mayor complejidad en el gobierno interno de los sindicatos e incluso no es descartable que pueda derivar en ocasiones en un cierto debilitamiento de la actual concentración sindical a resultas de la emergencia de nuevos sindicatos de empresa, si las grandes centrales sindicales no actúan con presteza y agilidad.

No puede dejar de tenerse presente que, desde el punto de vista jurídico, la concreta regulación del nuevo espacio de la negociación empresarial se efectúa con cierto grado de complejidad técnica y no exenta de importantes matices. Especialmente es necesario destacar que la primacía aplicativa del convenio empresarial no resulta omnicomprensiva en cuanto a su contenido, ya que va referida a un concreto listado de materias. En particular, se establece un listado de materias para las que juega dicha preferencia, sin perjuicio de que la misma resulta ampliable (nunca reducible) a través de los acuerdos interprofesionales y convenios sectoriales. Lo relevante es que ese listado de materias para las que juega la preferencia aplicativa del convenio afecta a los elementos esenciales del equilibrio de pacto entre las partes: los costes del trabajo y la distribución del tiempo de trabajo. Eso sí, debe resaltarse también por su importancia que en esa preferencia de contenidos no se encuentra la jornada de trabajo, entendida como cuantía temporal de la prestación de servicios obligada, dado que solo se menciona el horario de trabajo, por tanto sólo el elemento cualitativo de la distribución del tiempo de trabajo. A tenor de ello, en concreto, se ha considerado que la preferencia del convenio empresarial no se extiende a la definición del tiempo de trabajo efectivo[15].

No obstante, más allá de los matices precedentes, la percepción inicial que se puede obtener es que estos elementos de carácter técnico son de tono menor en cuanto a su alcance, son aparentes contrapesos, que no van a comportar frenos

[15] SAM, sala de lo social, 10 de septiembre de 2012, JUR 306675.

relevantes a lo que se intuye como una importante tendencia hacia la descentralización de la negociación colectiva. Por encima de todo, al final lo que resulta relevante es que se posibilita la creación inicial de una unidad negocial en el ámbito empresarial. En un principio su preferencia aplicativa queda limitada a una serie de contenidos, pues para el resto de las materias regiría el principio de no afectación del convenio sectorial por lo pactado en el nuevo convenio de empresa. Sin embargo, se trata de una limitación meramente temporal, desde el instante en que a la siguiente renovación del convenio sectorial, el convenio de empresa podría asumir una preferencia aplicativa plena, pues ya no se encontraría constreñida por el freno derivado del principio de no afectación.

Un debilitado reforzamiento de los acuerdos de estructuración de la negociación

Ha de reconocerse de partida que el titulo acuñado para encabezar el presente apartado contiene una manifiesta contradicción en los términos, pues no cabe la menor duda que "debilitado" es lo opuesto a "reforzamiento" de la estructura negocial. La explicación es bien sencilla: la reforma legal de 2011 introdujo una fórmula que con claridad pretendía otorgar centralidad y, por tanto, reforzar la capacidad de que los interlocutores sociales a través de los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos sectoriales en la cúspide gobernaran con plenitud la estructura de la negociación colectiva, por la vía sobre todo de otorgar preferencia a los criterios de concurrencia que se establecieran a través de tales pactos. Sin embargo y, por contraste, la reforma de 2012, sin alterar las reglas generales relativas a tales órganos, coloca por delante de ello como regla de primer orden la preferencia aplicativa del convenio de empresa, antes analizada; con lo cual la reforma de 2012 acaba por debilitar el reforzamiento legal que pretendió la reforma de 2011. Eso sí algo queda de la voluntad de la reforma de 2011, por cuanto que la misma sigue teniendo valor tanto para marcar las reglas de concurrencia entre convenios colectivos sectoriales entre sí, de mayor o menor amplitud, así como para marcar las reglas de concurrencia entre convenios de empresa, de grupos de empresa y de pluralidad de empresas; eso sí, sin que tales acuerdos interprofesionales y convenios colectivos pueda contradecir la preferencia aplicativa del convenio de empresa frente a los sectoriales, como no sea a los efectos de incrementar aún más la lista de materias para las cuales juega la preferencia aplicativa del convenio de empresa.

Conviene recordar que la reforma acometida en el año 1994 devaluó notablemente la capacidad de incidencia de la los acuerdos y convenios de ordenación de la estructura, en la medida en que concedía una preferencia aplicativa a los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, respecto del estatal, incluso del autonómico, sin tener con ello que respetar las reglas de concurrencia que se hubieran podido estipular a través de los acuerdos y convenios sectoriales superiores con base en la aparente preferencia que se les otorgaba a estos (art. 83.2

ET)[16]. De este modo, las reglas de estructura establecidas a través de los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET sólo prevalecían en todo caso respecto de los convenios colectivos de empresa, pero no respecto de los sectoriales de ámbito inferior. La reforma de 2011, si bien mantuvo la regla general anterior de resolución de los conflictos de concurrencia sobre la base de otorgar primacía aplicativa al convenio sectorial de ámbito inferior, introdujo dos importantes correcciones que acaban alterando sustancialmente el diseño precedente. Primera, esa primacía aplicativa ya no lo es respecto de cualquier convenio sectorial de ámbito inferior, sino exclusivamente de primacía del convenio autonómico respecto del convenio estatal (art. 84.3 ET), lo que como veremos más adelante provoca sobre todo un efecto de devaluación del convenio provincial. Segunda, incluso esa primacía del autonómico respecto del estatal se encuentra condicionada a lo que se establezca conforme a los criterios de ordenación de la estructura negocial que puedan fijar los acuerdos y convenios sectoriales celebrados conforme al art. 83.2 ET. De este modo, la capacidad plena de los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET se dirige ahora a su primacía respecto de convenios sectoriales de ámbito inferior. Es una especia de operación de acordeón: primera fase, antes de 1994 estos acuerdos en la cúspide ostentaban una plena capacidad de ordenación de la estructura a todos los niveles, con primacía tanto respecto de los convenios de empresa y sectoriales; segunda fase, a partir de 1994, encogiéndose el acordeón, se reduce esa preferencia aplicativa respecto de los convenios los convenios sectoriales, manteniéndose sólo respecto de los convenios de empresa; tercera fase, a partir de 2011, se vuelve a ampliar el acordeón, manteniéndose la preferencia respecto de los de empresa, se vuelve a ampliar al conjunto de los convenios sectoriales, casi volviendo a la primera fase previa a la reforma de 1995; finalmente, cuarta fase, a partir de 2012, se vuelve a encoger el acordeón, ahora manteniéndose la preferencia respecto de los convenios sectoriales, pero eliminándola respecto de los convenios de empresa.

El texto legal también procede a modificar la redacción del precepto que se dedica a la regulación de los acuerdos y convenios de ordenación de la estructura (art. 83.2 ET). En todo caso, se trata de retoques de tono menor, que desde luego mejoran la regulación, en la medida en que resulta técnicamente más correcto y, por efecto derivado, supera ciertas dudas interpretativas que el mismo había planteado; si bien tales dudas habían sido sustancialmente resueltas por la jurisprudencia, en términos tales que la reforma procede ahora a elevarlas a rango legal. Así, se deja claro que el ámbito de los mismos puede ser tanto el estatal como el autonómico, tanto el interprofesional como el sectorial. De igual modo, identifica a los sujetos legitimados para negociar este tipo de acuerdos y convenios colectivos, de modo que a pesar de que las reglas puedan parecer que establecen criterios diferentes al final acaban siendo idénticos a los requisitos comunes de legitimación negocial para el conjunto de los convenios colectivos sectoriales.

---

[16] En este sentido, STS 22 de septiembre de 1998, RJ 7576; 3 de noviembre de 2000, RJ 9631; 17 de octubre de 2001, RJ 3075/2002; 26 de enero de 2004, RJ 1373.

Como principal duda interpretativa a partir de ahora se puede suscitar el problema, derivado de que la estructura negocial y reglas de concurrencia pueden pactarse tanto en acuerdos y convenios estatales como autonómicos, se puede presentar la hipótesis de que textos de ámbito estatal y autonómicos de manera simultánea y con reglas diversas cuando no contrarias fijen el diseño negocial para un mismo sector. En principio, el art. 83.2 ET otorga idéntica capacidad de ordenación a los textos de ámbito estatal y a los de ámbito autonómico, de modo que no puede entenderse que establezca una jerarquización entre los mismos. Ahora bien, si se produjese una concurrencia conflictiva entre las mismas, a mi juicio, habría que aplicar la regla de la preferencia aplicativa del convenio sectorial de ámbito estatal respecto del autonómico, al menos si se lee en sentido inverso la preferencia del autonómico frente al estatal con la excepción de lo dicho en los acuerdos del art. 83.2 ET.

Postergación de los convenios provinciales

En términos negativos, y probablemente más oculto, se puede identificar una voluntad de provocar una devaluación y, en la medida de lo posible, progresiva desaparición de los convenios provinciales. Se ha calificado por algunos de "inicio del proceso de asfixia de los convenios provinciales"[17]; otros de "réquiem por los convenios colectivos provinciales"[18].

De una parte, tal como ya hemos visto, que la preferencia aplicativa de los convenios sectoriales nunca menciona expresamente a los convenios provinciales, lo supone que los sectoriales estatales y autonómicos prevalecen como regla general frente a los provinciales (art. 84.3 ET), salvo casos poco probable de que establezcan lo contrario los acuerdos y convenios de estructuración de la negociación colectiva del art. 83.2 ET.

De otra parte, también la regla de preferencia aplicativa del convenio de empresa frente a los convenios sectoriales, para la importante relación de materias contempladas legalmente, también se extiende a frente a los convenios colectivos provinciales cuando la regla alude a convenios de "ámbito inferior" a los estatales o autonómicos (art. 84.2 ET); existe casi una voluntad de postergación de este nivel convencional tan influyente hasta el presente, no deseando ni nombrarlos, casi como si estuvieran proscritos, salvo por vía de exclusión o de utilización de esa expresión genérica de convenios de "ámbito inferior". En definitiva, los convenios colectivos sectoriales de ámbito superior a la empresa así como los convenios de empresa resultan de aplicación preferente frente al convenio provincial.

En estos términos, el modelo que se proyecta como posible en el futuro sería el de una tendencia hacia la dualidad negocial entre un convenio de empresa y un convenio sectorial asentado en un solo ámbito territorial; ámbito territorial del

[17] J. Mercader Uguina, Estructura de la negociación..., op. cit., pg. 90.
[18] C. Molina Navarrete, La decretada reforma…, op. cit.

convenio sectorial que puede ser bien el estatal o bien el autonómico, pero en ningún caso provincial.

En el terreno de los resultados prácticos que provoquen este tipo de reglas legales las incertidumbres son elevadas en cuanto a lo que pueda suceder. La experiencia muestra fuertes resistencias hacia la sustitución del ámbito de negociación provincial, sin que se aprecien los suficientes cambios culturales y de intereses como para procederse a un cambio brusco en esta materia[19]. Probablemente, la reforma se presente como el inicio de un proceso lento y complejo de devaluación primero y desaparición después de los convenios provinciales, pero, a cierta semejanza de lo que sucedió en su momento con la derogación de las Ordenanzas Laborales, el proceso será paulatino, tendrá variadas fases y en ningún caso será de la noche a la mañana.

8. EFECTIVIDAD DEL DESCUELGUE DE CONDICIONES PACTADAS

Presenta igualmente un intenso calado la amplitud con la que se contempla la posibilidad de descuelgue de condiciones de trabajo de lo pactado en cualquier tipo de convenio colectivo estatutario, con la significativa singularidad que la misma se puede producir a iniciativa de la dirección de la empresa y sin el consenso de la representación sindical[20]. Indiscutiblemente ello provoca una importante erosión de la vinculabilidad de lo pactado a través de convenio colectivo entre las representaciones de trabajadores y empresarios, con un evidente efecto de debilitamiento de los procesos de negociación colectiva.

La reforma de 2011 en materia de negociación colectiva ahondo algo más en el modelo precedente de refuerzo de las posibilidades de acudir a los mecanismos de descuelgue, aunque con algunas correcciones de segundo orden[21]. De un lado, cierta apertura causal; de otro lado, retorno a un cierto protagonismo de las comisiones paritarias de los convenios colectivos sectoriales, con especial apelación a la solución final por la vía de los mecanismos de mediación y arbitraje[22].

La reforma de 2012 podría parecer que constituye un cierto hilo conductor común con las precedentes, de modo que se limita a profundizar en la misma línea, presentándose como una vuelta de tuerca más en un proceso de acentuado fomento legislativo de los mecanismos de modificación de condiciones pactadas en los

---

[19] En parecidos términos J. Mercader Uguina, Estructura de la negociación, op. cit., pg. 93.
[20] Sobre el particular, J, Cruz Villalón, El descuelgue de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012, RDS nº 57 (2012).
[21] RDL 7/2011, de 10 de junio (BOE 11 de junio), de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.
[22] Al respecto, J. Cruz Villalón, El nuevo papel de la mediación y el arbitraje en los procesos de negociación colectiva, en Relaciones Laborales nº 23-24 (2011).

convenios colectivos[23]. Sin embargo, el alcance de la reforma en esta materia a nuestro juicio es de superior alcance, comporta un cambio cualitativo de envergadura, en la medida en que ya no queda garantizado que el mecanismo de descuelgue se incardine en la lógica de la flexibilidad negociada. El propio preámbulo del texto legal así lo explicita[24]

Como rasgos más sobresalientes de las novedades incorporadas con ocasión de la reforma de 2012, cabe resaltar las siguientes.

Tipología de convenios

Respecto de la tipología de convenios, los extraestatutarios se siguen manteniendo su procedimiento de inaplicación por la vía de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo (art. 41 ET), mientras que como novedad todos los descuelgues de convenios estatutarios a partir de ahora se desenvuelven extramuros del procedimiento de modificaciones sustanciales (art. 41.6 ET), situándose necesariamente en el ámbito de la regulación sobre descuelgues (art. 82.3 ET), recordando que antes de la reforma de 2012 este último precepto sólo afectaba a los descuelgues salariales. Una primera consecuencia de ello es que, en ningún caso se aplican los umbrales cuantitativos del art. 41 ET, de modo que aunque se pretenda una inaplicación parcial de un convenio colectivo estatutario por afectar a un número reducido de trabajadores dentro de la empresa, siempre y en todo caso se deberá ello tramitar a través del procedimiento del art. 82.3 ET[25].

En segundo lugar, hasta el momento presente el procedimiento de inaplicación salarial de los convenios estatutarios se establecía circunscrito al supuesto de un convenio colectivo sectorial respecto del cual la situación de una concreta empresa requería inaplicar dichas condiciones en ese específico ámbito de la empresa; perspectiva que era esencialmente la que había propiciado que se asentara en el lenguaje habitual, no técnico legal, el término "descuelgue", en la medida en que era una sola empresa la que se separaba del régimen de condiciones salariales

---

[23] Primero por vía del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero (BOE de 11 de febrero), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral; posteriormente convertido en Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE 7 de julio), de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

[24] "La última reforma del mercado de trabajo pretendió hacer más viable la posibilidad del descuelgue, pero, a la luz de los datos de 2011, en un contexto de agravamiento de la crisis económica, no parece que se haya avanzado significativamente en este terreno. La norma estatal no ha garantizado el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo. Por ello, en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, esta Ley incorpora una modificación del régimen del descuelgue para que, ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometan a un arbitraje canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas. Se trata, en todo caso, de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración cuya intervención se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española"

[25] En el mismo sentido, R. Escudero Rodríguez, El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibrada de la negociación colectiva, en prensa.

previsto en el convenio sectorial. Ahora, sin embargo el texto estatutario incorpora no sólo la hipótesis del descuelgue respecto del convenio sectorial sino adicionalmente la del mismo proceso respecto de lo pactado en un convenio de empresa, en términos tales que a partir de ahora incluye también el fenómeno de lo que para entendernos podemos calificar como "autodescuelgue".

Condiciones modificables

Por lo que se refiere a las condiciones modificables, hasta el presente el art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores se circunscribía, tal como hemos destacado, al descuelgue salarial, en tanto que el resto de los descuelgues de condiciones de trabajo se canalizaban por la vía del art. 41 ET. La novedad se sitúa ahora en que la reforma traslada todos los descuelgues de condiciones pactadas en convenio estatutario al procedimiento del mencionado artículo 82.3 ET, sacándolo del art. 41 ET. En definitiva, se produce con ello una refundición de los dos mecanismos por lo que afecta a los convenios colectivos estatutarios, en clave ya propuesta por cierta doctrina[26]

Ante todo, anteriormente el descuelgue de condiciones vía art. 41 ET contenía una lista de materias que tenía el carácter de abiertas, mientras que ahora se recoge un listado cerrado (art. 82.3 ET); ahora también precisando que la lista se ha ampliado, incluyendo a materias que antes no se permitían, como son las relativas a jornada de trabajo y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

De otra parte, conviene tener en cuenta que en la actualidad los convenios colectivos presentan un contenido amplísimo, que no se reconducen exclusivamente a la regulación de las condiciones de ejecución del contrato de trabajo. Por tanto, todo aquello que no refiere a la categoría de "condiciones de trabajo" queda fuera del procedimiento de descuelgue. De ahí que cobre a partir de ahora especial trascendencia la identificación del significado de cada una de las condiciones a las que se refiere la lista contenida en el precepto relativo a los descuelgues de convenios estatutarios. Es cierto que la lista es amplia, abarca a la generalidad de las condiciones de trabajo y no se aprecia inicialmente una voluntad por parte del legislador de que se deba proceder a efectuar una lectura restrictiva de cada una de las condiciones de trabajo reflejadas en la misma. Pero, eso sí, queda también meridianamente claro que sólo las condiciones reflejadas en la lista pueden ser objeto del descuelgue. Por lo demás, expresamente se precisa en la norma que el acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa.

---

[26] Cfr. F. Pérez de los Cobos y J. Thibault Aranda, La reforma de la negociación colectiva, en RR. LL, 2010 (II), pg. 1197.

De otra parte, al margen del procedimiento específico de descuelgue, siempre es posible que las partes procedan a acordar la celebración de un convenio colectivo de empresa, que a partir de ahora tiene preferencia aplicativa absoluta respecto del convenio colectivo de sector (art. 84.2 ET); mecanismo este otro a través del cual se puede producir también un efectivo descuelgue empresarial de lo pactado en un convenio sectorial, eso sí ahora con carácter permanente y, en todo caso, requiriendo que lo acuerden los sujetos legitimados para negociar un convenio colectivo de empresa. En estas condiciones, resulta necesario también efectuar una comparación en paralelo de la relación de condiciones de trabajo objeto de descuelgue vía art. 82.3 ET y aquellas otras materia o condiciones respecto de las cuales se prevé la preferencia aplicativa del convenio empresarial vía artículo 84.2 ET. Sin entrar en mayores detalles, baste con indicar que de esa comparación se aprecian inmediatamente importantes coincidencias y, en igual medida, importantes disparidades; disparidades que se producen en la doble dirección de condiciones que exclusivamente aparecen en la normativa sobre descuelgues (jornada de trabajo o mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social), como de materias que tan sólo figuran en la preferencia aplicativa del convenio empresarial frente al sectorial (modalidades contractuales y conciliación).

Causas justificativas

También en la definición de las causas justificativas se presenta una notable ampliación de las mismas, que de manera general supone alejarlas notablemente de la conexión con las justificativas de los despidos, para situarlo cada vez más en el terreno de la cotidianidad de adaptación de las condiciones de trabajo a los requerimientos de competitividad y productividad empresarial. Así, no debe pasar inadvertido que el texto precedente conectaba con una situación que llegaba a afectar "a las posibilidades de mantenimiento del empleo" en la empresa, requisito que desaparece por completo tras la reforma. En particular, a partir de ahora bastará como causa económica justificativa con que se produzca una reducción de ingresos o ventas durante dos trimestres consecutivos respecto al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

De otra parte, la regulación precedente del descuelgue salarial quedaba justificada exclusivamente en razones de índole económicas, mientras que a partir de ahora se incorporan igualmente las mucho más genéricas de carácter técnico, organizativo o productivo; en esta ocasión con una redacción prácticamente idéntica a la correspondiente para los despidos colectivos, eso sí con una apertura a otros supuestos adicionales a lo definido, en la medida en que de forma recurrente se añade la expresión "entre otros", con lo cual acaba asimilándolo a las igualmente laxas causas de las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

El cambio cualitativo más relevante se ubica en un dato algo más oculto, que como tal puede pasar más inadvertido. Me refiero a la transformación funcional que experimentan las causas justificativas en la sistemática global del precepto a

partir de ahora. En concreto, hasta el presente las causas justificativas poseían un valor muy marginal, más de carácter orientativo y de escaso valor jurídico relevante; en efecto, hasta el presente las causas importaban poco, pues lo decisivo era que se alcanzase o no el acuerdo entre las partes: si se lograba el acuerdo se verificaba el descuelgue en todo caso al margen de cuáles fueran las causas que lo provocaron, mientras que si no se conseguía el acuerdo el descuelgue no se podía producir fuesen cuales fuesen las causas concurrentes. A partir de ahora, la funcionalidad es bien distinta cuando al final todo el procedimiento puede desembocar en un arbitraje obligatorio público. En esa fase final, el conflicto se ha transformado en una discrepancia mixta entre el conflicto jurídico y el de intereses, mientras que antes al no existir ese arbitraje obligatorio era siempre y desde todas sus perspectivas un conflicto de intereses. Ahora en ese procedimiento arbitral final, el árbitro deberá decidir si procede o no el descuelgue en clave jurídica, es decir, en atención a un control exclusivamente basado en la concurrencia o no de las causas legalmente establecidas, sin perjuicio de que sucesivamente a la hora de fijar las nuevas condiciones de trabajo aplicables a la empresa y su duración lo hará en gran medida resolviendo un conflicto de intereses. Dicho de otro modo, la amplitud con la que se contemplan las causas justificativas abocan al árbitro a acordar el descuelgue en la práctica totalidad de las ocasiones, reconduciéndose su discrecionalidad en el equilibrio de intereses en juego a la fijación de las condiciones alternativas a las establecidas hasta el presente

Procedimiento de descuelgue

El procedimiento del descuelgue acaba siendo la clave de bóveda de la reforma legislativa en esta materia, cuya trascendencia es decisiva, a pesar de que arranca del mantenimiento de la fórmula inicialmente diseñada por reformas precedentes. Es cierto que en términos formales la regulación contempla tres fases previas de posible adopción de la inaplicación convencional que ya estaban presentes en la regulación precedente, limitándose la misma casi exclusivamente a incorporar una cuarta y última fase. Eso sí, esta última novedad es de tal envergadura y repercusión, que acaba impactando en términos de fuerte debilitamiento a las tres fases precedentes. La propia exposición de motivos así lo resalta, cuando viene a valorar que a su juicio esas tres fases previas no habían logrado los resultados que se pretenden con la generalización de los mecanismos de descuelgue de condiciones de trabajo. A la postre, lo relevante es que las tres fase existentes hasta ahora se situaban en el ámbito de la flexibilidad negociada, mientras que la nueva que se introduce con esta reforma se ubica ya en una lógica bien diversa, por mucho que pueda presentarse de otro modo.

Esas cuatro fases que aparentemente se contemplan como sucesivas, son las siguientes: primera fase, el acuerdo directo en el seno de la empresa entre su dirección y la representación de los trabajadores; segunda fase, acuerdo en el seno de la comisión del convenio colectivo; tercera fase, avenencia o laudo a través de mediación o arbitraje a través de los sistemas autónomos de resolución de

conflictos; cuarta fase, resolución a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas.

Comoquiera que la última de ellas es, como decimos, la novedad destacada de la reforma nos centramos en la misma, la que procede a incorporar en última instancia la intervención de un órgano tripartito, en el ámbito estatal la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, y en las Comunidades Autónomas los órganos correspondientes u homólogos a la anterior. Se trata de una fórmula expresamente propuesta entre nosotros no hace mucho por cierto sector de la doctrina[27]. Con todo fundamento otros autores han calificado dicha fórmula de "extravagante", pues a su juicio lo razonable hubiera sido canalizar la solución de tales discrepancias a través de los sistemas autónomos de resolución de conflictos laboral establecidos a través de los correspondientes acuerdos interprofesionales de ámbito estatal y autonómico[28].

Esa intervención, como hemos adelantado, cabe calificarla en términos jurídicos como arbitraje obligatorio público, de naturaleza asimilada a los antiguos laudos de obligado cumplimiento resueltos por la Administración laboral. Desbrocemos las razones que nos llevan a tal calificación.

Se trata por propia configuración de un arbitraje, como la propia exposición de motivos lo califica expresamente, desde el instante en que un tercero, ajeno a las partes en conflicto, resuelve el asunto, bien lo sea directamente la propia CCNCC u órgano asimilado, o bien por cuanto que tales órganos proceden a designar en su seno a un árbitro por ella misma.

Se trata de un arbitraje obligatorio en la medida en que la norma no prevé la celebración de ningún tipo de compromiso arbitral entre las partes, ni en caliente ni en frío: ni en caliente, compromiso arbitral en el momento en que se hace patente la discrepancia entre las partes respecto de la adopción o no de la medida de descuelgue; ni en frío, compromiso arbitral por anticipado incorporado al texto del convenio colectivo, por medio del cual prevén que en caso de que la dirección de la empresa requiera el descuelgue se habilita que ello se resolverá en su momento por vía de laudo dictado por un tercero imparcial.

Más aún, se contempla expresamente y con nitidez que la remisión del asunto a la CCNCC u órgano asimilado se produce a iniciativa de "cualquiera de las partes"; a sensu contrario, puede ponerse en marcha dicho procedimiento arbitral contra la voluntad de una de las partes. En realidad el legislador utiliza una expresión marcadamente eufemística para referirse al sujeto promotor de la puesta en marcha de estas fases sucesivas. Me refiero al dato de que formalmente el

---

[27] Pérez de los Cobos y Thibault Aranda, La reforma de la negociación colectiva…, op. cit., pg.1196.
[28] M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, F. Valdés Dal-Ré y M. E. Casas Baamonde, La nueva reforma laboral, RR. LL. nº 5 (2012), pg. 35. En parecidos términos, Escudero Rodríguez, El Real Decreto-Ley 3/2012…, op. cit.

legislador lo atribuye genéricamente como una facultad atribuida a cualquiera de las partes, bien sea a la representación de los trabajadores como a la dirección de la empresa. Sin embargo, se trata de un eufemismo para en la práctica atribuir en exclusiva dicha facultad a la dirección de la empresa, lo que se deduce claramente de los intereses en juego, de las causas identificadas como desencadenantes de la inaplicación convencional, así como de la iniciativa siempre y en todo caso de proceder al descuelgue de condiciones. Tal como está diseñado el precepto, dicho descuelgue siempre arranca —por razón de los intereses en juego— de la propuesta empresarial, de modo que si hay desacuerdo entre las mismas en el interior de la empresa, nunca la representación de los trabajadores va a plantear la discrepancia en instancias diferentes, pues su mera pasividad llevará a la pervivencia como aplicable a todos los efectos de lo pactado en convenio, que es lo que se presume que es su voluntad. Más aún, conectando la inaplicación con la concurrencia de necesidades empresariales de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, será por razones obvias sólo la dirección de la empresa quien efectuará la propuesta y posterior requerimiento de descuelgue.

Nuestro Tribunal Constitucional parte de la regla general de que el arbitraje en conflictos colectivos laborales debe ser con carácter general voluntario, pues de lo contrario atenta contra la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos[29]. Dicha voluntariedad general sólo la exceptúa la jurisprudencia para casos excepcionales o extraordinarios, mientras que en la regulación contenida en el precepto que venimos comentando se establece de forma generalizada y cuasi universal para cualquier tipo de pretensión de descuelgue de condiciones de trabajo, que, como el mismo precepto indica, se presenta como una ruptura de la regla inicial del art. 82.3 ET que consagra la eficacia vinculante del convenio. No es casual y, por tanto, debe resaltarse que es precisamente en el primer párrafo del art. 82.3 ET donde se recoge justamente la previsión de la fuerza vinculante de los convenios colectivos, aparte de añadir también la eficacia *erga omnes*, presentándose pues los párrafos sucesivos reguladores del descuelgue salarial como la excepción a dicha regla de la fuerza vinculante.

Lo que de novedoso presenta el mecanismo ahora consiste en la sede a la que se remite el procedimiento de arbitraje obligatorio. En particular, el dato de que quien resuelve la discrepancia por vía arbitral directa o indirecta es la CCNCC u órgano asimilado. A través de un órgano de participación institucional, con representación paritaria de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Así, se vendría a defender por algunos que el respeto al principio constitucional de autonomía colectiva de las partes quedaría asegurado en esta ocasión, en la medida en que el conflicto lo dirimiría una instancia que es expresión de la voluntad de las propias organizaciones sindicales y empresariales con legitimidad para negociar convenios colectivos y, por efecto derivado, para alterar

[29] El nuevo papel de la mediación y el arbitraje…, op. cit., , pgs. 278 ss. Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011, en AA. VV. (I. García-Perrote Escartín y J. Mercader Uguina directores), La reforma de la negociación colectiva, Lex Nova, Valladolid, 2011, pgs. 39 ss.

lo pactado en los mismos por acuerdo mutuo. Sin embargo, aparte de que dichas organizaciones puede suceder que no tengan la correlativa legitimación negocial en el ámbito concreto en el que se produce el descuelgue de condiciones de trabajo, lo más relevante se sitúa en que lo definitorio de estos organismos de participación institucional es, de un lado, su carácter de órganos administrativos, que dictan estrictos actos administrativos y, por tanto, no son propiamente expresión de la autonomía colectiva. La propia exposición de motivos de la Ley, recordemos, que advierte que este arbitraje se introduce "ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas". La expresión más elocuente de ello se sitúa en el dato de que lo que define como singular a tales órganos es que no tienen carácter bipartito (de exclusiva representación de trabajadores y empresarios), sino que en todo caso tienen una composición tripartita. A pesar de la confusa regulación legal sobre la materia de la normativa vigente al respecto, en todo caso queda indiscutido que la composición del órgano es necesariamente tripartita: "de carácter tripartito y paritario e integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas"[30]. Esa composición tripartita y paritaria en todo caso comporta necesariamente que las tres instancias integradas en su seno actúan en posición de igualdad a la hora de adoptar las correspondientes decisiones de la mencionada Comisión, todas y cada una de ellas con voz y voto, al tiempo que las decisiones se adoptan por mayoría. En ese escenario, la norma no hace otra cosa que atribuir el poder dirimente final a los representantes de la Administración Pública. En definitiva, de forma camuflada, materialmente lo que se produce es un arbitraje, a instancias de la dirección de la empresa que solicita el descuelgue, resuelto por la Administración Pública, previa audiencia de las organizaciones sindicales y empresariales. Por ello, hemos calificado al inicio a este mecanismo de arbitraje obligatorio "público". Y, por añadidura, con un fuerte condicionante por parte de la Administración o del árbitro que decida por designación de ésta para decidir en los términos en que anteriormente hemos interpretado el alcance y significado de las causas justificativas del descuelgue, que en esta ocasión actúan como premisa. En suma, materialmente el mecanismo se asimila en lo sustancial al laudo de obligado cumplimiento del antiguo procedimiento de conflicto colectivo que fue declarado inconstitucional por nuestro Tribunal Constitucional[31].

Ni siquiera podría traerse a este escenario el dato de que en el pasado la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivo haya efectuado una labor similar de carácter arbitral. Me refiero al proceso de derogación de las Ordenanzas Laborales, a tenor de la previsión contenida en la reforma laboral de 1994. Sin entrar en mayores detalles al respecto, baste con indicar que, por muy singular y discutido que fuese aquél proceso de designación arbitral por parte de la Comisión Consultiva, allí se presentaba una especialidad que impide el paralelismo con la competencia que ahora se le asigna. Me refiero al dato de que aquel arbitraje público lo era para sustituir una norma estatal de rango reglamentario, por tanto no

[30] Disposición final 2ª ET.
[31] STC 11/1981, de 8 de abril (BOE 25 de abril), fundamento jurídico 24.

para sustituir a un convenio colectivo, por lo que la tacha de inconstitucionalidad que aquí se aprecia respecto de la garantía de la fuerza vinculante del convenio colectivo no era referible a un supuesto que no se situaba en el ámbito de la autonomía colectiva sino en el del ejercicio de la potestad reglamentaria del poder ejecutivo para sustituir a las antiguas Ordenanzas Laborales aprobadas por medio de Orden Ministerial[32].

Finalmente la exposición de motivos de la norma efectúa una alusión al artículo 38 de la Constitución, en la medida en que éste encomienda a los poderes públicos garantizar y proteger el ejercicio de la libertad de empresa y la defensa de la productividad: "Se trata, en todo caso, de órganos tripartitos y, por tanto, con presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración cuya intervención se justifica también en la necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española". A nuestro juicio tampoco puede constituir elemento que permita alterar las conclusiones que hemos formulados con precedencia respecto de la tacha de constitucionalidad de la fórmula del arbitraje obligatorio público. Se trata de una lectura aislada y asistemática del art. 38 de la Constitución, que de poderse realizar como tal podría habilitar para no respetar el contenido esencial de otros derechos constitucionalizados en materia laboral, incluidos algunos de ellos con rango de derechos fundamentales y libertades públicas. En la misma medida en que se rechazaría de plano esa hipótesis del resurgimiento de la facultad de homologación, también habría de deducirse de la facultad administrativa de acordar la inaplicación de lo pactado en convenio colectivo en base a la defensa de la productividad. En definitiva, esa tutela de la productividad encomendada a los poderes públicos debe canalizarse por otras vías y, en todo caso, debe efectuarse con pleno respeto a la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos. Como se ha señalado con todo fundamento, tan forzada invocación del art. 38 CE supone desconocer los límites que ha de tener la actuación de los poderes públicos en materia de solución de conflictos colectivos en los que está en juego un concepto de tanta relevancia constitucional como es la autonomía colectiva[33].

El régimen singular en las Administraciones Públicas

El último hito en este proceso de establecimiento de mecanismos de descuelgue convencional se presenta a través del establecimiento de reglas diferenciadas en el régimen de la negociación para los empleados públicos, que en los

---

[32] Sobre el particular, cfr. F. Valdés Dal-Ré (coord.), Balance material del proceso de sustitución de las Ordenanzas Laborales: continuidad y crisis de los contenidos normativos. Derogación de Ordenanzas Laborales y negociación colectiva, Relaciones Laborales nº 14 (1995); también publicado en AA. VV., Estructura de la negociación colectiva, VIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid 1996.

[33] Escudero Rodríguez, El Real Decreto-Ley 3/2012…, op. cit.

momentos actuales se presenta idéntico tanto para los acuerdos y pactos de los funcionarios públicos[34] como para el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas: "Se garantiza el cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos que afecten al personal laboral, salvo cuando excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas suspendan o modifiquen el cumplimiento de Convenios Colectivos o acuerdos ya firmados en la medida estrictamente necesaria para salvaguardar el interés público. En este supuesto, las Administraciones Públicas deberán informar a las Organizaciones Sindicales de las causas de la suspensión o modificación"[35].

Se trata de un procedimiento específico de descuelgue de condiciones de trabajo para el conjunto del sector público, que para el caso concreto del personal laboral se presenta como un mecanismo asimilado al del descuelgue propio del Estatuto de los Trabajadores. Eso sí, con un cualitativo contraste en el canal procedimental de descuelgue: en un caso remitido a la decisión unilateral de la Administración Pública como poder público, mientras que en el otro caso sometido a un mecanismo de arbitraje, primero voluntario y después obligatorio.

Se trata de una Ley que habilita de forma genérica al poder ejecutivo para que por vía de acuerdo específico adopte la medida de descuelgue. En concreto, se faculta a adoptar tal medida a "los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas". Lo más relevante desde el punto de vista subjetivo a estos efectos es que dicha medida puede ser adoptada tanto por la Administración central y la autonómica como también por la local. Desde el punto de vista formal, lo más significativo es que la regla no debe atenerse a los requisitos institucionales impuesto a la aprobación de las leyes, sino exclusivamente a los contemplados en la propia norma reguladora del mecanismo de descuelgue.

De otro lado se precisa con relativa exactitud el tipo de entidades que pueden verse afectadas y, por tanto, el tipo texto convencionales que pueden ser objeto de suspensión o modificación; pueden serlo tanto los acuerdos y pactos de los funcionarios como los convenios y acuerdos colectivos del personal laboral. En concreto, la norma se refiere específicamente a los convenios colectivos y acuerdos que afecten al "personal laboral". La propia Ley en la que se establece este mecanismo de descuelgue ofrece una definición precisa de la expresión "personal laboral", refiriéndola de forma estricta al personal que "presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas" (art. 11.1 EBEP). Ello comporta a nuestro juicio que el procedimiento de descuelgue en este caso sólo puede extenderse al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas; en sentido negativo, no se aplica a las entidades que no se encuentra dentro del ámbito de aplicación del EBEP,

---

[34] Art. 38.10 Estatuto Básico del Empleado Público (Ley 7/2007, de 12 de abril, BOE 13 de abril), en adelante EBEP.

[35] Art. 32.2 p. 2 EBEP, conforme a la redacción dada por el RDL 20/2012, de 13 de julio (BOE 14 de julio).

lo que supone, en sentido negativo, que no abarca a las empresas públicas que no tienen la consideración de entidades de Derecho Público.

Lo más relevante en cuanto a los requisitos legalmente exigidos por la norma reside en que se exigen precisas circunstancias de excepcionalidad para justificar la adopción de la medida de tal envergadura que llega a producir un efecto de excepción a la eficacia vinculante de los convenios colectivos, siendo a la postre estas situaciones extraordinarias las que justifican desde la perspectiva constitucional la mencionada excepción a la eficacia convencional; por tanto, con presencia de circunstancias claramente extraordinarias comparativamente con la causalidad mucho más amplia del descuelgue del Estatuto de los Trabajadores. Como literalmente impone el precepto en cuestión, la medida inaplicativa tan sólo se podrá adoptar "excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas". Ello no puede convertirse en una mera declaración irrelevante, que permita una libre apreciación de su concurrencia por parte del órgano que la adopta y, a la postre, una plena discrecionalidad en la decisión inaplicativa. No se trata de un puro acto de decisión política, sino que resulta forzoso que el acuerdo administrativo de inaplicación justifique expresamente y demuestre fehacientemente la concurrencia de esa situación de excepcionalidad, tratándose a la postre de un acto jurídico reglado como tal controlable en su legalidad por parte de los Tribunales de Justicia, tanto por lo que refiere a los requisitos de procedimiento como de causa justificativa. En concreto, debe existir una objetiva y demostrable relación de conexión causal entre las circunstancias justificativas de la medida con el ámbito en la que éstas se adoptan (estatal, autonómico o local), el contenido e intensidad de las medidas que se adoptan, así como del alcance temporal de las mismas.

Por tanto, en estrecha conexión con las causas deben encontrarse las concretas cláusulas convencionales objeto de suspensión o modificación. Si bien el precepto en cuestión resulta algo impreciso en relación al contenido convencional objeto de inaplicación, es obvio que una lectura finalista del precepto viene a exigir que la exclusión del cumplimiento del convenio sólo puede afectar a contenidos vinculados a las causas excepcionales que justifican la medida y al propio tiempo en tanto que tales medidas sirvan para paliar la situación negativa en la que se encuentra la Administración Pública derivada de esa precisa alteración de las circunstancias económicas. En concreto, ha de entenderse que sólo los contenidos negociales que tengan directa conexión con costes económicos en materia de personal pueden ser afectados por la medida de descuelgue. Ello no quiere decir que sólo lo relativo a retribuciones y percepciones extrasalariales puede ser objeto de inaplicación, dado que otras condiciones de trabajo presentan también una inmediata afectación a los costes de personal globalmente considerados de la Administración Pública como parte empleadora. Pero lo que tampoco cabe es presumir que todo pacto en convenio colectivo puede ser objeto de inaplicación por esta vía, por cuanto que al final cabe encontrar siempre un resultado económico en cualquier tipo de compromiso asumido vía convenio colectivo. A tal efecto, ha de entenderse que hay cláusulas que, aunque no dejen de

tener repercusión económica, su valor primordial y objetivo por excelencia se sitúan en un terreno diverso, de reparto de poder o de control entre las partes por ejemplo, que en ningún caso podrá ser objeto de inaplicación por esta vía.

Asimismo, la causa debe conectar igualmente con la duración de la medida, en esta ocasión con fuerte paralelismo a lo que constituye el mecanismo de descuelgue previsto en el Estatuto de los Trabajadores. En efecto, en la medida en que se trata de causas de excepcionalidad, de alteración sustancial de las circunstancias económicas, ello presupone la concurrencia de una situación coyuntural. Coyunturalidad que, como tal, implica el efecto temporal de la inaplicación del convenio colectivo. Ello va implícito en el término "suspendan" con el que se califica la decisión de la Administración Pública. Pero en igual medida debe entenderse incorporada al término alternativo de "modifiquen"; aunque expresamente no lo prevea la norma, por coherencia finalista del precepto y sus obvias concomitancias con el procedimiento de descuelgue para el resto de los trabajadores asalariados, ha de interpretarse que la modificación de lo pactado en convenio colectivo ha de tener un alcance temporal. Temporalidad, por lo demás, que debe precisarse con exactitud en el acto administrativo por medio del cual se acuerda la inaplicación del convenio, indicando la precisa duración de la misma, que ha de entenderse como máximo ha de coincidir con la vigencia del convenio colectivo. De afectar pro futuro a la renegociación del convenio, deberían adoptarse medidas adicionales y posteriores que constataran la pervivencia de las causas justificativas que determinaron la medida inaplicativa.

Para concluir, el precepto poco dice respecto de la tramitación del acuerdo de la Administración de inaplicación convencional. Se limita a exigir que la Administración proceda a informar a las organizaciones sindicales acerca de las causas de la suspensión o modificación. Ni siquiera es fácil deducir de la norma el momento en el que se debe producir dicha información, si lo debe ser inexcusablemente antes de la adopción de la decisión o una vez acordada la misma. También es bastante impreciso el precepto respecto de las organizaciones sindicales a las que debe informar, ni si debe entrar en contacto independiente con cada una de ellas o bien corresponde hacerlo de manera conjunta a través de la convocatoria pertinente de la comisión paritaria del convenio colectivo o de la comisión negociadora que firmó el correspondiente convenio colectivo. La falta de precisión al respecto por parte de la norma da pie a tener que admitir que la norma en el fondo da por válidas cualesquiera de los momentos y procedimientos previamente hipotizados. Ni siquiera es fácil adivinar cuáles serían las consecuencias jurídicas derivadas de un posible incumplimiento del deber informativo impuesto por la norma, si bien resulta muy difícil deducir que el acuerdo inaplicativo devendría ilícito a resulta de un deber tan débil como es el de mera información, cuando la clave se encuentra en el elemento material de concurrencia de las causas justificativas que avalan la medida inaplicativa. Bien diferente hubiera sido, como hubiera resultado más oportuno, que la norma hubiera exigido un trámite de consulta preceptivo pero no vinculante a las organizaciones sindicales más representativas, con carácter previo a la adopción de la medida de descuelgue.

9. DESBLOQUEO NEGOCIAL: INICIO DEL FIN DE LA ULTRAACTIVIDAD

Otro de los asuntos que centra la preocupación del legislador en las reformas sucesivas de la negociación colectiva se centra en los bloqueos negociales y la paralización que ello comporta, en especial con la derivada de dificultad de adaptación de los contenidos negociales a los cambios que se verifican en el escenario donde se desenvuelve la actividad productiva de las empresas incluidas dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo. En particular, la preocupación se acentúa en aquellos contextos en los que las dificultades de carácter económico entran en colisión con lo pactado en convenio colectivo. A la postre se trata de buscar mecanismos que inviten a superar el bloqueo negocial, que agilicen los procesos negociales o, en última instancia eviten los efectos negativos derivados de una posible petrificación de los contenidos negociales contrarios a las exigencias empresariales de flexibilidad laboral.

La reforma de 2011 se situaba más en el terreno de la agilización de los procesos negociales, por la vía de reglas de protocolización del desarrollo de la negociación (arranque del proceso negocial, particularmente a través del establecimiento de plazos predeterminados de denuncia del convenio precedente, de constitución de la mesa de negociación, de elaboración del calendario, de material comienzo de la negociación del convenio colectivo, así como al final del plazo máximo de desarrollo de las negociaciones) y, sobre todo por una decidida voluntad de reforzamiento de los mecanismos de solución autónoma de los conflictos, especialmente del arbitraje, como fórmula de superación de los bloqueos negociales.

Por su parte, la reforma de 2012, suprime las mencionadas reglas de protocolización de la negociación colectiva, que se le antojan al legislador de 2012 inútiles para los objetivos que se pretenden, mantiene la idea de reforzamiento de los procedimientos arbitrales, pero sobre todo apunta a la alteración del equilibrio entre las partes por la vía de intentar eliminar el mantenimiento indefinido de la ultraactividad del convenio colectivo una vez denunciado éste y concluida su vigencia ordinaria.

Así, el punto de atención más relevante se concentra en los momentos de posible prolongación excesiva de la negociación, de bloqueos negociales y, a la postre, del juego que en el modelo hasta el momento presente ha tenido la regla de la ultraactividad. Esta última regla proporciona enormes dosis de seguridad jurídica en cuanto al escenario de impasse negocial que impide la firma definitiva del convenio, de mantenimiento de las actuales tasas de cobertura negocial, incluso con efectos positivos en el plano de la pacificación laboral. Pero, de igual forma, la regla de la ultraactividad también provoca efectos contradictorios y, con el paso del tiempo, ha propiciado conductas inapropiadas de los negociadores: retrasos indebidos en lograr los acuerdos, pasividad en la voluntad de alcanzarlos, bloqueos negociales sin incentivos a las partes para superarlos, petrificación de los contenidos negociales, etc.

Eso sí, entrando en el alcance concreto de la reforma en esta materia, la nueva regulación no comporta un giro tan radical como parece que ha sido percibido socialmente, dado que la norma presenta notables matices que conviene resaltar, al extremo que la misma abre la puerta a la pervivencia en gran medida de los esquemas que han venido funcionando hasta el momento presente.

Así, en primer lugar, destacar que la novedad se sitúa exclusivamente en la hipótesis de que las partes procedan a denunciar el convenio colectivo vigente, pues de no hacerlo se mantiene la regla de prórroga automática del convenio colectivo: "Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes" (art. 86.2 ET). Ello puede provocar el surgimiento de estrategias sindicales de iniciar los procesos de renegociación de los convenios colectivos sin proceder a la denuncia del mismo, salvo que quien lo haga sea la representación empresarial.

En segundo lugar, dato mucho más significativo, la pérdida de efecto ultraactivo una vez transcurrido el año desde la conclusión de la vigencia ordinaria cuando se denuncia el convenio, se establece en la nueva versión de la Ley como una regla de derecho supletorio, que permite la celebración de pactos en convenio colectivo que alteren la aplicación temporal de la ultraactividad, incluso que la mantengan como indefinida; pactos alternativos que resultarán de aplicación preferente a la previsión legal en la medida en que insistimos esta última tiene el carácter de supletoria: "Transcurrido un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia" (art. 86.3 ET). Más aún, a tenor de esa supletoriedad, conviene destacar que ya en el momento de la entrada en vigor de la reforma, un elevado porcentaje de convenios colectivos por propia previsión contempla la vigencia ultraactiva indefinida. Estas cláusulas, al no ser contrarias al mandato legal, pueden seguir aplicándose a todos los efectos en este tipo de convenios colectivos, debiéndose dar por válida. Ni siquiera cabría traer a colación a estos efectos la regla de derecho transitorio contemplada en la norma reformadora; la misma tal como está redactada no puede entenderse que anule las cláusulas de ultraactividad indefinida precedentes, de modo que sólo resulta de aplicación respecto de los convenios colectivos que carezcan de regla alguna respecto de la ultraactividad convencional: sólo afecta a la sustitución de la precedente regla legal del Estatuto de los Trabajadores por la posterior a la reforma de 2012 en el mismo precepto legal[36].

Caso de que se produzca la pérdida de vigencia, incluso ultraactiva, del convenio colectivo, la norma prevé una regla de cobertura parcial del vacío regulativo

---

[36] "En los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el plazo de un año al que se refiere el apartado 3 del artículo 86 del Estatuto de los Trabajadores, en la redacción dada al mismo por esta Ley, empezará a computarse a partir de dicha fecha de entrada en vigor" (disp.. trans 4ª Ley 3/2012, de 6 de julio).

que pudiera producirse: "se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación" (art. 86.3 ET). Naturalmente, se trata de una respuesta limitada, por cuanto que en muchas ocasiones puede no existir convenio de ámbito superior aplicable o bien que, existiendo éste, el mismo no contenga una regulación completa que sustituya con plenitud la pérdida de vigencia del convenio en cuestión.

Aunque la norma no lo prevea expresamente, nada impediría que estos vacíos regulativos derivados de la inexistencia o insuficiencia del convenio de ámbito superior vengan integrados por el convenio colectivo de ámbito inferior, si lo hubiere. Es posible que el legislador no haya mencionado tal hipótesis pensando que el convenio que pierde vigencia es el de ámbito inferior, dada la preferencia aplicativa que le otorga la reforma al convenio de empresa frente al convenio de sector; sin embargo, aunque la situación más extendida sea la correspondiente a la pérdida de vigencia del convenio de ámbito inferior, tampoco es descartable que ocurra lo inverso. En tal caso, estando vigente a todos los efectos el convenio colectivo de ámbito inferior, por simples reglas generales de eficacia y aplicación general de los convenios colectivos, cabe proceder a aplicar el convenio colectivo de ámbito inferior en estos casos de pérdida de vigencia del convenio de ámbito superior.

Avanzando en las hipótesis sucesivas, caso de que no hubiere convenio alguno de referencia, ni superior ni inferior, o bien su contenido resulte insuficiente, procederá aplicar las reglas establecidas en la normativa laboral estatal general, por mucho que las mismas comporten un cambio sustancial de condiciones de trabajo o, incluso para ciertas materias, indiscutibles lagunas jurídicas.

Al margen de ello, cabe que la empresa mantenga como situación de facto las condiciones de trabajo que regían hasta el presente conforme a lo dispuesto en el convenio colectivo que hago pierde su vigencia. En tal caso, de ser comprobable esa práctica empresarial de continuidad en la aplicación de lo establecido en el convenio colectivo que decae, cabría perfectamente considerar que se ha conformado una condición más beneficiosa de carácter colectivo, que con su consolidación se convierte en jurídicamente vinculante y exigible, en la medida en que se ha interiorizado en los convenios colectivos las precedentes condiciones de trabajo. Correspondería aplicar, en estos términos la jurisprudencia tradicional y bien asentada referida a los usos de empresa y condiciones más beneficiosas adquiridas colectivamente. Eso sí, tal circunstancia requeriría varias precisiones de cierta adaptación al caso concreto. Primera, en la mayoría de estas prácticas será imposible apreciar la concurrencia situaciones de mera tolerancia empresarial, que para la jurisprudencia suponen descartar la consolidación de la condición más beneficiosa, por cuanto que en estos casos lo habitual será que se produzcan actos positivos, y no de mera pasividad empresarial, que sean demostrativos de su voluntad de mantener las condiciones del convenio plenamente vencido. Segunda, la repetición exigida jurisprudencialmente se podrá constatar en el corto plazo, pues será una conducta fácilmente constatable públicamente, de modo que lo decisivo será

la voluntad explícita o implícita empresarial de continuar con el nivel de condiciones de trabajo precedentes. Tercera, a resultas del principio general de equilibrio contractual entre las partes, habrá que presumir que la consolidación de condiciones se extenderá al conjunto de condiciones del convenio, incluso de aquellas no inmediatamente aplicadas en el corto plazo tras la decadencia del convenio; de ser voluntad de una u otra parte la exclusión aplicativa de alguna parte del convenio decaído deberá hacerse explícito a la otra parte. Cuarta, la continuidad aplicativa del convenio colectivo deberá constatarse para cada grupo o colectivo de trabajadores de la empresa, de modo que nada obsta a que la dirección de la empresa decida incluir a algunos excluyendo a otros, naturalmente siempre que el criterio elegido por el empleador no incurra en tratamiento discriminatorio constitucionalmente prohibido; en concreto; sería perfectamente lícito que el empleador decidiera mantener como condiciones más beneficiosas a los trabajadores que ya se encuentran disfrutando de la misma, es decir, a los ya empleados en la misma, pero no extenderla a los trabajadores de nuevo ingreso posterior al momento de decadencia del convenio colectivo. Finalmente, incluso consolidada las correspondientes condiciones más beneficiosas, en cualquier momento sería posible su supresión por decisión unilateral de la empresa, bastando para ello con proceder tramitarlo conforme al procedimiento establecido para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo "disfrutadas por éstos (los trabajadores) en virtud de una decisión unilateral del empresario de efectos colectivos" (art. 41.2 ET). La amplitud de las causas justificativas previstas en este precepto, junto a la sencillez del procedimiento establecido al efecto, permite una fácil supresión unilateral de este tipo de condiciones adquiridas a título colectiva.

10. INCIPIENTES LÍMITES A LO NEGOCIABLE

Reformas comunes para todos los trabajadores

Las reformas de 2011 y de 2012 han actuado igualmente sobre los contenidos negociales, si bien una y otra lo hayan hecho con una orientación marcadamente diferenciada y, por tanto, con una técnica distinta bien diversa, lo que ha abocado a que la reforma de 2012 haya suprimido prácticamente todas las novedades incorporadas por la reforma precedente de 2011.

En efecto, la reforma de 2011 se centró sobre todo en la técnica más clásica de los incentivos a los negociadores a los efectos de la incorporación de nuevos contenidos o reforma de los existentes, en algunos casos bajo la apariencia del establecimiento de presuntos nuevos deberes negociales. En unos casos se trataba de meras reglas supletorias que pretendían incentivar indirectamente a las partes para negociar dichos contenidos. En otros casos se trataba de aparentes obligaciones de negociar sobre determinadas materias, si bien por el contexto completo de la redacción del precepto o por una obligada interpretación contextual dentro de la libertad de negociación entre las partes, a lo más que se llegaba era al

establecimiento de un deber de negociación pero no de un deber de pactación. Ello, sobre todo, condujo a una desmesurada y poco comprensible ampliación del listado de contenidos mínimos de los convenios colectivos, que a la postre se convertía en una ampliación ficticia, porque en el fondo no podía imponer a las partes lo que debía acordar en el texto convencional. En todo caso, fuera cual fuese la voluntad de aquella reforma y del alcance de la misma, lo relevante al final es que todas estas ampliaciones de contenidos necesarios han acabado siendo suprimidos por parte de la reforma de 2012, volviéndose en la práctica a la redacción precedente del precepto estatutario en cuestión (art. 85.3 ET).

Por su parte, la reforma de 2012 aparentemente no pretende adoptar fórmula alguna de injerencia en la libertad de negociación de los negociadores, limitándose más bien a mantener la fórmula tradicional de amplio juego de decisión por parte de los legítimos representantes sindicales y empresariales, sin perjuicio de la igualmente tradicional intervención legislativa en la fijación del marco general de celebración, desarrollo y extinción del contrato de trabajo.

Sin embargo, si se efectúa un rastreo más a fondo de los contenidos regulativos de la Ley en esta última materia, se comienza a apreciar la emergencia de una nueva comprensión de la relación entre Ley y convenio colectivo, que puede acabar constriñendo significativamente el espacio de contenidos negociable por parte de los convenios colectivos. Hasta el momento presente sólo se puede hablar de concretas, aisladas e inconexas intervenciones en la nueva dirección aludida, pero que se confirmarse de futuro con ejemplos adicionales podrían provocar un giro cualitativo en la funcionalidad asignada a los convenios colectivos, ahora desde la perspectiva de los contenidos negociables por sus protagonistas directos. Me refiero a ciertas reglas novedosas que tienen como hilo conductor común el establecimiento de un régimen legal imperativo absoluto, que de forma expresa o implícita, directa o indirecta comporta una sustancial restricción de lo negociable vía convenio colectivo. Hasta el momento presente estábamos habituados a una actitud de partida reformadora del mercado de trabajo por parte de la Ley que buscaba la sucesiva complicidad de acompañamiento por parte de la negociación colectiva, de modo que desde el punto de vista de la técnica jurídica el efecto que se producía sistemáticamente era el de la ampliación de los espacios negociales por parte de los convenios colectivos, con una invitación desde la Ley a la intervención sucesiva de implementación normativa de la reforma por parte de la negociación colectiva. De este modo, se extendía o intensificaban los posibles nuevos contenidos convencionales, bien lo fuera por la técnica de la suplementariedad que admitía una intervención posterior por parte del convenio colectivo de mejora de condiciones de trabajo desde el punto de vista de los intereses de los trabajadores, bien lo fuese a través de la técnica de la supletoriedad que daba pie a la negociación sustitutoria en cualquier dirección por parte de la negociación colectiva, incluso en ocasiones por vía de la remisión plena a la negociación entre las partes aunque lo fuese sometida a principios generales muy amplios.

En estos nuevos ejemplos identificados en el articulado de la reforma de 2012, nos encontramos por el contrario con una actitud de desconfianza frente a la posible actuación futura de parte de la negociación colectiva, que se le teme pueda actuar a contracorriente de los objetivos buscados con la reforma, de modo que se intenta evitar que la misma actúe en clave de contrarreforma, de obstrucción a la puesta en práctica efectiva de las medidas pretendidas con la reforma legal.

A partir de tal actitud valorativa se comienza por evitar hacer necesaria la colaboración de la negociación colectiva como instrumento de implementación práctica de la reforma, de modo que se abandona esa actitud de connivencia colaborativa entre Ley y convenio colectivo a efectos del desarrollo material de la reforma, de modo que se contempla un régimen regulativo desde la norma estatal autosuficiente, en términos tales que resulte de todo punto innecesaria la actuación negocial sucesiva por parte del convenio colectivo, incluso en materias que aparentemente puedan dar una impresión diversa. Ejemplo paradigmático de ello se puede encontrar en la nueva regulación contenida en materia de encuadramiento profesional, pasando del sistema dual categorías-grupos profesionales a un modelo unitario exclusivamente construido sobre la base de los grupos profesionales. En efecto, más allá de las apariencias, que parecen hacer imprescindible la posterior actuación del convenio concretando en cada sector o empresa el específica estructura profesional en ese ámbito, incluso con plazos perentorios para que la negociación colectiva se adapta a la misma, lo relevante a la postre son las reglas relativas al ámbito de juego de los poderes empresariales y, en particular, a las reglas conforme a las cuales se desarrolla la movilidad funcional en la empresa, con amplios poderes unilaterales de cambios de tareas y puestos de trabajo por parte de la dirección de la empresa. Lo relevante a la postre es que la movilidad funcional se puede desarrollar de manera inmediata y plena conforme a los nuevos criterios legales, siendo inocuo a tal efecto que la negociación colectiva proceda o no a efectuar su adaptación al modelo ya unitario de grupos, incluso sin posibilidad de que la negociación colectiva a tenor del sistema por el que opte de articulación en su ámbito del sistema de clasificación profesional pueda alterar los márgenes de movilidad funcional unilateral reconocidos al empleador desde la Ley. Más allá de este concreto ejemplo, resulta igualmente elocuente las muy escasas ocasiones en las que el texto legal se remite al convenio colectivos, con constatable diferencia a lo que han hecho reformas laborales que han precedido a la aquí comentada.

Más aún, en esa que se percibe como nueva comprensión de la relación entre Ley y convenio colectivo, comienzan a emerger reglas legales novedosas que directa o indirectamente comportan prohibiciones de intervención o alteración de lo previsto en el marco reformador. Se advierte, en estos términos, una incipiente tendencia a ir desde la suplementariedad o supletoriedad hacia la regla restrictiva o de derecho necesio absoluto que cierra el paso a la sucesiva matización o corrección desde la negociación colectiva. Es cierto que no se trata de una novedad absoluta, por cuanto que cabe identificar desde antiguo alguna regla plenamente prohibitiva a la alteración de la regla legal, si bien ello lo fuese por razones de

orden público de atención a intereses generales de la comunidad; ejemplo paradigmático de ello lo sería la tradicional declaración como nulas de las cláusulas de los convenios colectivos y pactos contractuales que pretendiesen romper con la regla impositiva de las correspondientes cargas fiscales y de seguridad social a los trabajadores (art. 26.4 ET). Cabría incluso traer a colación algún ejemplo de reforma reciente que impedía la fijación de restricciones a la libre actuación en todos los sectores y ámbitos por parte de las empresas de trabajo temporal, diversas de las establecidas por parte de la propia norma estatal; bien es cierto que ello se producía a tenor de un obligado a específicas prescripciones legales derivadas del Derecho comunitario en la materia[37]. Por ello, cabe intuir que los nuevos ejemplos que se deducen de la reforma de 2012 no entroncan con los ejemplos precedentes, sino que responden a una nueva filosofía de la relación Ley-convenio, que se sitúan más en el terreno de afianzar un determinado equilibrio de intereses entre las partes, que no se desea venga alterado por la posterior negociación colectiva y que difícilmente cabe incorporar al elenco de reglas de orden público laboral, entendido éste en el sentido estricto de la expresión.

Cuando menos tres ejemplos concretos cabria mencionar de esta nueva técnica legal prohibitiva, de cierre de espacios a la negociación colectiva.

El primero de ellos, el más expreso y contundente, cifrado en la prohibición de las tradicionales cláusulas convencionales relacionadas con la jubilación de los trabajadores a la edad ordinaria correspondiente enmarcada dentro de un política general de empleo, por tanto con sus correspondientes compensaciones a los afectados por tales medidas: "Se entenderán nulas y sin efecto las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, cualquiera que sea la extensión y alcance de dichas cláusulas" (disp.. adic. 10ª ET). La mera lectura del precepto, tal como se encuentra redactada, muestra una prohibición plena a la negociación colectiva, de injerencia en este terreno, sin matices ni excepciones, que excluye cualquier capacidad de diseño por parte de los convenios colectivos del proceso de abandono del mercado de trabajo por parte de los empleados de edad avanzada. Llevado hasta sus últimos extremos obsérvese que la regla impide cualquier medida que "posibilite" la jubilación, de modo que el veto legal parece ir más allá de la prohibición de clausulas que de manera directa provoquen la jubilación de tales trabajadores, pudiendo abarcar dentro de una lectura literal del precepto a las medidas de incentivo o acompañamiento compensador de la libre decisión del trabajador de proceder a jubilarse. Diferente es que se proceda a efectuar una lectura finalista y contextual del precepto, que nos permita una interpretación menos rígida de la prohibición legal, en términos tales que interpretemos teleológicamente el

[37] Disp. adic. 4ª Ley 14/1994, de 1 de junio, conforme a la redacción dada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre (BOE 18 de septiembre).

precepto, de tal forma que deduzcamos que la voluntad del legislador era meramente la de cerrar el paso a las consolidadas cláusulas de jubilación obligatoria recogidas en la negociación colectiva en el marco de una determinada política de empleo.

Lo que parece fácil intuir es que la regla no pretende tanto actuar en el ámbito de la limitación de la capacidad empresarial de reducción del empleo cuanto en imponer todas las consecuencias normativas derivadas de una política preocupada por los efectos del envejecimiento general de la población sobre el equilibrio financiero de la Seguridad Social. Y, por ende, impedir las prácticas que dificulten el retraso de la edad de jubilación de la población ocupada, incluso más allá de la edad ordinaria de reconocimiento del derecho a la pensión contributiva de jubilación. El peligro que tienen este tipo de prohibiciones tan tajantes, yendo a contracorriente de lo que vienen siendo las prácticas empresariales asentadas a lo largo de tantos años, es que no logren sus pretendidos objetivos de postergación de la edad de jubilación, provocando por añadidura escenarios de mayor indefensión a los perjudicados por las mismas. Dicho de otro modo, que al final sigan primando las expectativas empresariales de rejuvenecimiento de sus plantillas, que adopten medidas que aboquen al mismo resultado de jubilación forzada de los trabajadores a esas edades, pero con tutelas de garantías inferiores a las existentes hasta el momento presente. De un lado, téngase en cuenta que si se les cierra esa puerta a las empresas, las mismas podrán incrementar las prácticas de ofertas de bajas voluntarias incentivadas por la vía individual. De otro lado, téngase presente que nada impide que las empresas procedan a poner en marcha procedimientos de regulación de empleo, a través de los cuales en el momento de la selección de los trabajadores afectados por los correspondientes despidos opten por acudir a los trabajadores que hayan cumplido la edad ordinaria para obtener la pensión contributiva de Seguridad Social.

El segundo ejemplo que podríamos traer a colación en este orden se situaría en el cambio efectuado en materia de preferencia aplicativa del convenio de empresa frente al convenio sectorial; de establecerse en la reforma de 2011 como una regla supletoria, ahora a partir de la reforma de 2012 se contempla como una regla imperativa a todos los efectos, sin admitir su alteración por parte de los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos pactados en la cúspide, como no lo sea en orden a acentuar aún más si cabe la orientación legal incrementando las materias objeto de preferencia aplicativa a favor del convenio empresarial. Baste en este punto con remitirnos a todo lo que ya indicamos anteriormente sobre la trascendencia y alcance de la novedad legal establecida en esta materia. Limitémonos ahora a resaltar como ello desde la perspectiva que estamos comentando ahora supone entender que las reglas decisivas en materia de concurrencia entre convenios colectivos corresponde fijarlas a la norma estatal y, por derivación ello supone impedir un protagonismo real a los interlocutores sociales en el propio diseño de la estructura de la negociación colectiva que estimen más apropiada.

El tercer ejemplo que podríamos citar se encontraría en el régimen del período de prueba previsto para la nueva modalidad contractual de contratos formalmente indefinidos posibilitada su celebración a empresas de menos de 50 trabajadores[38]. Aunque en esta ocasión, la redacción legal del precepto no resulta tan explícita, por su finalidad, por su contexto general y especialmente por la marcada diferencia comparativa con regulaciones asimilables, resulta patente una voluntad legislativa de cerrar el paso a una restricción por el convenio colectivo de la amplitud del periodo de prueba tal como es diseñado desde la Ley. La diferencia es palmaria en la redacción del nuevo supuesto respecto del régimen general contemplado para el periodo de prueba; en el régimen general se establece que "En defecto de pacto en Convenio" (art. 14.1 ET), o de manera similar se prevé para los contratos de trabajo en prácticas que "Salvo lo dispuesto en convenio colectivo, el período de prueba…" (art. 11.1.d ET); mientras que para esta nueva modalidad contractual se establece de manera tajante que "…la duración del periodo de prueba a que se refiere el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores, que será de un año en todo caso". La regla imperativa tajante ("será") junto a la expresión de cierre de la regla ("en todo caso") no deja resquicio a la duda de la voluntad plenamente imperativa de la regla inalterable por acción posterior, sea del convenio colectivo o del contrato de trabajo: se impone como necesario el periodo de prueba, se establece para todos los contratos sea cual sea la situación profesional del trabajador y, en ningún caso se admite la alteración de su duración por parte del convenio colectivo.

A tenor de todo lo anterior, habría que preguntarse hasta qué punto este tipo de reglas legales prohibitivas absolutas, sin margen a la matización mínima por parte de la negociación colectiva, y, sobre todo, la intensidad con la que se establecen legalmente, no pueden llegar a atentar contra el derecho constitucional a la negociación colectiva, que naturalmente ha de entenderse que se extiende como una de sus manifestaciones esenciales a la libertad por parte de los negociadores a decidir las materias respecto de las que negocian, siempre que las mismas sean respetuosas con las reglas de orden público que limiten razonable y proporcionadamente el presente derecho a la negociación colectiva.

Especialidades para el personal laboral de las Administraciones Públicas

Complementariamente a lo anterior, cabe indicar que este proceso limitativo de la acción negocial se aprecia más intenso en sus ejemplos en el ámbito de la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas.

En efecto, reciente es el fenómeno de aparición de normas de derecho necesario inalterables para la negociación colectiva específicamente previstas para el personal laboral al servicio de la Administración Pública, que actúan con efectos

[38] Art. 4 Ley 3/2012, de 6 de julio (BOE 7 de julio).

de inaplicación de lo establecido en los vigentes convenios colectivos; por tanto, con efectividad automática a partir de ahora sobre las condiciones de trabajo del mencionado personal laboral. Mientras que para la negociación colectiva del sector privado las reglas legales en esa materia se siguen desenvolviendo en el ámbito de la suplementariedad, en el caso concreto de la Administración Pública se contemplan como topes máximos o reglas de derecho necesario de todo punto inalterables.

Esta técnica jurídica es precisamente la que se ha utilizado muy recientemente a los efectos de impedir que vía convenio colectivo se produzca una reducción de la jornada de trabajo semanal[39], una ampliación de la duración de disfrute de las vacaciones, incrementos de los permisos retribuidos, una ampliación de la prestación por incapacidad temporal, una recuperación de la supresión de la gratificación extraordinaria de navidad, así como en materia de los derechos sindicales[40]. En un supuesto se trata de medidas de carácter coyuntural para un año concreto, como es el caso de la supresión de la gratificación extraordinaria de navidad, mientras que en los restantes se trata de medidas estructurales de carácter permanente. En todo caso, lo más importante desde la perspectiva que estamos analizando es que todas estas reglas pueden provocar un efecto inmediato de modificación de lo pactado en los correspondientes convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, así como de imposibilidad de alteración en futuros pactos del régimen legalmente establecido. Tan es así que ello implica en ocasiones incluso que se proceda a una modificación parcial y temporal del propio Estatuto de los Trabajadores, en la medida en que ello supone también la supresión de un derecho legal por remisión a lo que se pacte en convenio colectivo; caso justamente que se produce respecto de la supresión de la gratificación extraordinaria de navidad[41].

En unos casos ello se establece de manera expresa para la concreta materia, por cuanto que el propio precepto precisa el efecto sobre los convenios colectivos vigentes: "A partir de la entrada en vigor del presente Real Decreto-ley dejarán, por tanto, de tener validez y surtir efectos, todos los Pactos, Acuerdos y Convenios Colectivos que en esta materia hayan podido suscribirse y que excedan de dicho contenido". Así se contempla expresamente para lo relativo a los derechos sindicales[42], para los complementos a las situaciones de incapacidad temporal en concepto de mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social[43], así como de manera algo más implícita para gratificación extraordinaria de navidad[44]. Hay otros supuestos en los que no se recoge de manera específica tal regla para

---

[39] Art. 4 Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre (BOE 31 de diciembre), de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público.
[40] Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio (BOE 14 de julio), de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.
[41] Art. 6 RDL 20/2012, de 13 de junio.
[42] Art. 10 RDL 20/2012, de 13 de julio.
[43] Art. 9.7 RDL 20/2012, de 13 de julio.
[44] Art. 2.2.2.1 RDL 20/2012, de 13 de julio.

la concreta materia, como son los relativos a permisos por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza; en estos casos la regulación se contempla inicialmente como de exclusiva aplicación a los funcionarios públicos, si bien inmediatamente a continuación se procede a declarar como suspendidos y sin efectos los productos negociales que lo contradigan, con mención expresa no sólo a los acuerdos y pactos colectivos para los funcionarios públicos, sino igualmente a los convenios colectivos para el personal laboral y, por añadidura con expresa mención a dichas materias[45]. Una lectura de conjunto del precepto necesariamente debe llevar a la conclusión de que el legislador también desea incorporar un régimen que comporte topes legales a la negociación colectiva del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas; prueba de ello será que la exposición de motivos de la norma aclare, por ejemplo, que con la citada norma "Se homogeniza, asimismo, el régimen de permisos para todas las Administraciones Públicas". Y, como colofón final, aparece una regla de amparo general, una regla de inaplicación genérica de los convenios colectivos en cuanto se opongan a la reforma legislativa en cuestión: "Se suspenden y quedan sin efecto los acuerdos, pactos y convenios para el personal del sector público definido en el artículo 22 de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos generales del Estado, suscritos por las Administraciones públicas y sus organismos y entidades que contengan cláusulas que se opongan a lo dispuesto en el presente título"[46].

En otros casos el efecto modificativo sobre los convenios colectivos no se contempla para el supuesto específico, en la medida en que su previsión como límite a lo negociable no se llega a fijar de manera tan clara, pues no hay mención directa al efecto que ello produce sobre los convenios colectivos. El punto de partida a estos efectos debe ser el de la presunción de la posibilidad de negociar tales materias por parte de los convenios colectivos del personal laboral mientras que no se produzca una prohibición expresa, particularmente cuando se trata de contenidos típicos y tradicionales de la negociación colectiva laboral. Ahora bien, también ha de admitirse que, en ocasiones, por el contexto en el que se produce la intervención legal, así como a resultas de la finalidad de la norma, que puede incluso deducirse de forma implícita por la forma como se redacta el nuevo régimen de condiciones de trabajo, haya de concluirse que también en estos casos se pretende que la medida tenga impacto inmediato sobre lo pactado en los convenios

---

[45] "Desde la entrada en vigor de este Real Decreto-ley, quedan suspendidos y sin efecto los Acuerdos, Pactos y Convenios para el personal funcionario y laboral, suscritos por las Administraciones Públicas y sus Organismos y Entidades, vinculados o dependientes de las mismas, en lo relativo al permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza (art. 8.3 RDL 20/2012, de 13 de junio, BOE 14 de julio, corrección de errores BOE 19 de julio). Lo que se complementa, reitera y se aclara más aún en el momento de concretar la correspondiente disposición transitoria de la misma norma: "Lo dispuesto en este Real Decreto-ley sobre vacaciones y días de asuntos particulares, días adicionales a los días de libre disposición o de similar naturaleza, no impedirá que el personal funcionario, estatutario y laboral disfrute los días correspondientes al año 2012, conforme a la normativa vigente hasta la entrada en vigor de este Real Decreto-ley" (disp. trans. 1ª).

[46] Art.16 RDL 20/2012, de 13 de junio.

colectivos vigentes; a tenor de la finalidad del precepto, de su voluntad de cambios materiales de las condiciones de trabajo del conjunto de los empleados públicos sin diferencias entre grupos o situaciones, ha de interpretarse que en algunos casos, a pesar del silencio, de manera indirecta se está provocando igualmente el efecto de alteración de lo pactado en los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas. Ejemplo típico de esto último se presenta en el caso de la ampliación de la jornada máxima semanal, donde hay clara alusión al objetivo pretendido en la exposición de motivos de la norma ("a partir del 1 de enero de 2012, y para el conjunto del sector público estatal, la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a las 37 horas y 30 minutos") y se refleja en la forma gramatical empleada en el precepto que introduce esta regla ("la jornada ordinaria de trabajo tendrá un promedio semanal no inferior a…").

En cuanto a la viabilidad de este tipo de medidas, el punto de partida puede ser que, al estar contempladas en una disposición con rango de Ley, se reclaman del principio de jerarquía normativa y, como tales, son de obligado respeto por parte de la negociación colectiva. En los mismos términos, en la medida en que sus efectos previstos lo son a partir de la entrada en vigor de la reforma legal, la misma no puede ser tachada por incurrir en la prohibición de retroactividad de las normas restrictivas de derechos individuales.

Eso sí, el calado de algunas de las reglas limitativas de la negociación colectiva puede razonablemente de nuevo poner en cuestión hasta qué punto la misma no llega a afectar al contenido esencial del derecho tal como el mismo viene reconocido constitucionalmente (art. 37.1 CE); y, de igual forma, hasta qué punto concurren en estos casos razones objetivas y proporcionadas que justifiquen las diferencias de tratamiento con la negociación colectiva para el personal laboral del sector privado, de modo que en caso contrario se incurra en la prohibición constitucional de tratamiento discriminatorio (art. 14 CE). Una cosa es que la negociación colectiva en el ámbito del sector público, por ende tanto para funcionarios como para laborales, requiera del establecimiento de una serie de especialidades que incluso comporten ciertas limitaciones en los contenidos de lo pactable, y otra bien diferente es que esas restricciones sean de tal intensidad que desnaturalicen y vacíen de contenido real a la negociación colectiva del personal laboral al servicio de la Administración Pública. En estos casos, la profundidad de las restricciones resulta manifiesta, dado que alcanzan al núcleo de contenidos de la negociación colectiva, en particular tanto a las retribuciones como a la jornada de trabajo. Ello puede admitirse como conciliable con el reconocimiento constitucional a la negociación colectiva en tanto que la medida tenga el carácter de coyuntural y ante unas perspectivas económicas extraordinarias, como son las derivadas de un fuerte desequilibrio de las cuentas públicas. Pero, desde luego a nuestro juicio, ellas entran en colisión con los mandatos constitucionales (arts. 14 y 37.1 CE) cuando las mismas se pretenden tenga un carácter estructural. Así, por ejemplo, no es lo mismo inaplicar durante un concreto ejercicio económico

lo pactado en materia de paga extraordinaria por navidad y otra bien diversa establecer topes máximos permanentes respecto a lo negociable en materia de jornada de trabajo, vacaciones, permisos o complemento por incapacidad.

A mayor abundamiento, en algún caso concreto las medidas adoptadas invaden el espacio de lo regulado por medio de Ley Orgánica, de modo que la norma deviene inconstitucional en la medida en que una Ley ordinaria no puede alterar lo previsto en una Ley Orgánica. Esto es precisamente lo que sucede cuando se impide que los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas puedan fijar el número de delegados sindicales. El número de delegados sindicales viene previsto en la Ley Orgánica de Libertad Sindical, si bien haciéndolo como regla supletoria, entendiendo de carácter prevalente la regulación contenida en los convenios colectivos: "Bien por acuerdo, bien a través de la negociación colectiva, se podrá ampliar el número de delegados establecidos en la escala a la que hace referencia este apartado, que atendiendo a la plantilla de la empresa o, en su caso, de los centros de trabajo corresponden a cada uno de éstos" (art. 10.2 LOLS). Nada impediría establecer el número de delegados sindicales por Ley y no permitir su alteración a los convenios colectivos del personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas; pero ello requiere una modificación de la correspondiente Ley Orgánica y es inviable hacerlo a través de un simple Real Decreto-Ley.

11. CLARIFICACIÓN DE LOS SUJETOS NEGOCIALES: LA ACENTUADA GESTIÓN SINDICAL

El último bloque de materias donde se centra la reforma de 2011, que no altera prácticamente en nada la posterior reforma de 2012, es el relativo a la legitimación negocial del convenio colectivo, tanto en lo que refiere a lo que se conoce como legitimación inicial (sujetos legitimados para formar parte de la comisión negociadora de un convenio colectivo) como a la legitimación plena (mayorías representativas necesarias para la válida constitución de la comisión negociadora). Aunque se trata de la materia en la que la reforma de 2011 utiliza su grado máximo de imperatividad, jamás en clave de supletoriedad, puede que se trate de las innovaciones menos invasivas de toda la reforma, siendo prueba elocuente de ello que no ha sido sucesivamente corregida como hemos indicado por parte de la reforma posterior de 2012. Y menos invasivas porque respeta los esquemas generales de las reglas de legitimación que han regido pacíficamente desde inicios de los años ochenta, de modo que los cambios pueden ubicarse aquí esencialmente en el terreno del mero perfeccionamiento técnico. Mero perfeccionamiento para simplemente dar respuesta a aspectos de detalle; al menos de detalle en comparación con los que constituyen los esquemas sobre los que se asientan las consolidadas reglas de legitimación, el equilibrio de fuerzas entre las diversas opciones

sindicales y empresariales, así como su conexión última con la eficacia general del convenio colectivo. Son, en definitiva, retoques de tono menor, si se los compara con las novedades incorporadas en los otros pilares del sistema.

La mayoría de las novedades no son sino traslación al texto legal de lo que constituían criterios asentados por nuestra jurisprudencia, o bien deducciones lógicas del modelo imperante de relaciones laborales. No de otro modo cabe calificar, en lo fundamental, las reglas aparentemente novedosas en materia de legitimación para negociar convenios para grupos de empresa y para una pluralidad de empresas individualizadamente identificadas[47]; lo mismo cabe decir respecto de la introducción del criterio de la proporcionalidad en el reparto de puestos en el seno de la comisión negociadora en lo que afecta a los convenios de empresa. Incluso el criterio de preferencia de intervención negocial de las secciones sindicales frente a las representaciones estatutarias de los comités de empresa y delegados de personal constituye una deducción coherente con nuestro modelo constitucional, que otorga primacía a las organizaciones sindicales frente a las representaciones en la empresa de mera creación legal[48].

En todo caso, por ese tono menor de las reglas novedosas en materia de legitimación, lo que más me interesa destacar es el hecho de que la finalidad y sentido de las novedades se sitúan en el terreno exclusivo de la clarificación legal, del reforzamiento de la seguridad jurídica y, a lo máximo, en la evitación de problemas prácticos que dificulten la conformación de las comisiones negociadoras en unidades de negociación singulares: grupos de empresa, pluralidad de empresas individualizadamente identificadas y convenios franja. Dicho en sentido contrario, en modo alguno la reforma pretende con ello, por vía indirecta, actuar sobre la estructura de la negociación colectiva, ni alterar el actual mapa negocial. En modo alguno puede leerse la reforma en clave de voluntad de fomento desde la Ley de este tipo de unidades negociales; tan sólo, como hemos indicado, puede valorarse como eliminación de posibles obstáculos técnicos, pero no más.

Convenios de empresa: legitimación preferente de las secciones sindicales

En cierto modo significativo resulta este último criterio de preferencia de la intervención negocial de las secciones sindicales. Desde luego, lo que sí constituye una importante novedad en la Ley es la precisión del requisito de mayoría sindical exigido para otorgar preferencia negocial a las secciones sindicales frente a los comités de empresa[49]. Se trata de una exigencia de mayoría absoluta en el acuerdo

---

[47] STS de 14 de junio de 1999, RJ 5216; 21 de diciembre de 1999, RJ 2000/528; 10 de junio de 2002, RJ 10643.

[48] Por todas, SSTC 118/1983, de 13 de diciembre (BOE de 11 de enero de 1984); 74/1996, de 30 de abril (BOE de 31 de mayo), y 95/1996, de 29 de mayo (BOE de 21 de junio).

[49] "La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal" (art. 87.1 p 2 EYT).

inicial, referenciada a su representatividad dentro de la representación estatutaria en la empresa, que presenta fuertes identidades con el requisito de mayoría para la válida constitución de la comisión negociadora; es al fin y al cabo un a modo de adelantamiento de la constatación de la presencia de la legitimación plena para dicha constitución, con lo cual se aprecia coordinación y coherencia en las exigencias subjetivas de negociación del convenio colectivo. Lógicamente a *sensu contrario*, cuando no se logre ese consenso de mayorías entre las diversas secciones sindicales, procede la negociación a través de la representación estatutaria. De este modo, el resultado de estricta exigencia de requisitos legales para que negocie la representación sindical conduce a una cierta relativización de la preferencia antes aludida; basta que una sección sindical representativa pero no mayoritaria se oponga a la negociación por esta vía para que se decante la opción a favor de la representación a través de la representación estatutaria, casi con un efecto práctico de inversión de la preferencia. A tenor de ello, lo más previsible es que en la práctica no se produzcan cambios sustanciales en la alternativa actual entre los dos canales representativos.

Por lo demás, cuando la Ley de refiere a la legitimación negocial por las vía sindical, apela expresamente a las secciones sindicales, sustituyéndola por la más genérica de las "representaciones sindicales". Esa expresión genérica proviene simplemente del hecho histórico de que la primera versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980 es anterior al establecimiento del régimen legal de las secciones sindicales a través de la Ley Orgánica de Libertad Sindical de 1985. Eso sí, ya esta última Ley atribuyó la legitimación negocial directamente a las secciones sindicales, con lo cual la reforma de 2011 en este punto no tiene otra significación que la recepción de lo que ya era regla expresa en la Ley sindical de 1985 (art. 8.2 b LOLS)[50]. Eso sí, a mi juicio dicha mención expresa a la sección sindical no comporta limitar la libertad organizativa de los sindicatos, de modo que no se podría oponer objeción alguna a reconocer legitimación negocial directa al sindicato de empresa cuando éste haya optado por no constituir formalmente secciones sindicales en la medida en que el ámbito de sindicato y sección coincidirían a todos los efectos y se trataría de una mera cuestión formal en lo organizativo, pero no afectaría a lo que constituye la filosofía de la norma sindical: la preferencia de la organización de base sindical como protagonista de la negociación colectiva dentro del reparto interno de poder en el seno de la organización sindical. Incluso habría que aceptar que el sindicato puede convertirse en el referente negocial cuando se trate de empresas con pluralidad de centros de trabajo, allí donde las secciones sindicales se encuentren constituidas en ese nivel de centro de trabajo. La propia jurisprudencia lo viene interpretando ya así, admitiendo la legitimación directa negocial a favor del sindicato de empresa[51].

---

[50] En similares término, F. Gómez Abellería, La reforma de las garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación negocial y comisión negociadora, en AA. VV., La reforma de la negociación colectiva…, op. cit., pg. 132.

[51] "hay que tener en cuenta que las secciones sindicales son meros órganos del sindicato y que a éste corresponde originariamente el derecho a la negociación colectiva en cuanto forma parte de la actividad sindical (artículo 2.2 d) de la Ley Orgánica de Libertad Sindical en relación con el artículo 28 de la Constitución [RCL 1978, 2836]).

Por otra parte, aunque literalmente la Ley utiliza una "o" para enlazar a comités de empresa y delegados de personal, una interpretación finalista debe llevar a que en aquellas empresas con pluralidad de centros de trabajo, unos con comité y otros con delegados, la mayoría se ha de computar respecto del total de representantes.

Asimismo conviene indicar que la norma no precisa el momento exacto en el que se debe producir la selección del sujeto negociador, entre los dos canales de representación existentes. En todo caso, hay un momento de partida habitual, que es cuando se denuncia el convenio colectivo y es a partir de ese instante en el que debe procederse a efectuar la opción entre uno y otro canal representativo. Por otro lado, ha de darse la opción a las secciones sindicales para que se pronuncien acerca de si desean ser ellas directamente los interlocutores en la mesa de negociación, lo que dicho en sentido contrario no puede procederse a constituir con celeridad la comisión negociadora por parte del comité de empresa sin dar esta oportunidad a las secciones sindicales de reclamar su preferencia negociadora. Comoquiera que las secciones sindicales con legitimación inicial están presentes en el órgano de representación estatutaria, lo lógico es que en la primera reunión que se celebre de ese órgano las secciones anuncien su intención de negociar directamente y, a partir de ese momento, concederles un plazo razonable para comprobar si logran la mayoría representativa exigida legalmente.

Finalmente, conviene advertir que esta regla de prioridad entre el canal sindical y el canal estatutario se reproduce legalmente para la determinación del interlocutor en representación de los trabajadores para los periodos de consultas en los procesos de reestructuración empresarial y de descuelgues de condiciones de trabajo: traslados, modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, suspensiones y despidos colectivos, descuelgues salariales (arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET). De este modo, cabe reproducir para los periodos de consultas todo lo indicado previamente respecto de la legitimación negocial para los convenios colectivos de empresa.

Legitimación negocial en los convenios colectivos de franja

Por lo demás, llamar la atención sobre las novedades introducidas en la determinación de la legitimación negocial para el caso de los que doctrinalmente se conocen con la denominación de convenios de franja, pero que el texto legal rehuye de incorporar al mismo y, por ello, procede a describir la realidad negocial a la que se dirige: convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil

Por ello, en principio, la negociación directa por el sindicato o indirecta a través de sus secciones es un problema de régimen interno o de oportunidad, pues no sería lógico obligar a que el derecho a la negociación colectiva tenga que ejercitarse de forma compleja a través de numerosas secciones sindicales en lugar de instrumentarlo a través del sindicato. De ahí que el problema de delimitar la legitimación entre secciones y sindicato podría surgir cuando existiera un conflicto entre éstos sobre su intervención en la negociación colectiva, pero no cuando no existe discrepancia en este punto y cuando además la actuación del sindicato facilita la negociación en el plano instrumental, al eliminar el coste de la actuación conjunta de las secciones" (STS 28 de febrero de 2000, RJ 2246; 14 de julio de 2000, RJ 9642; 16 de septiembre de 2004, RJ 7304.

profesional específico (art. 87.1 p. 4 ET)[52]. Esa definición a nuestro juicio no provocará incertidumbre respecto del tipo de convenios al que se dirige, pues de forma generalizada ha sido interpretado como identificativo de los convenios franja, incluso mucho más clarificador que la referencia previa a los convenios de ámbito inferior a la empresa, que podría ser confundida con los convenios de centro de trabajo. Deja claro también la norma que en estos casos sólo se negocia por el canal sindical y, en concreto, a través de las secciones sindicales, sin perjuicio de que como indicamos anteriormente no haya que rechazar que también lo puedan hacer los sindicatos de empresa. En sentido contrario, queda zanjada la discusión acerca de la posible negociación por parte de la representación estatutaria (comités de empresa y delegados de personal), que queda excluida con claridad a partir de la reforma; sin perjuicio de que esta última representación pueda optar por un modelo de negociación de un convenio de empresa para la totalidad de los trabajadores de la empresa, pero incluyendo cláusulas de aplicación de un régimen particular para ciertas franjas de profesionales.

Eso sí, la redacción de la regla es ciertamente confusa y se presenta bastante compleja respecto del modo de identificación de las concretas secciones sindicales legitimadas para negociar. Sí que se simplifica el sistema, desde el instante en que desaparece el precedente requisito bastante confuso de que la representación sindical como punto de partida tuviera implantación en el ámbito correspondiente, algo incomprensible cuando lo determinante en estos casos es el aval final por medio del voto; y, de igual forma, la eliminación de la remisión a la asamblea de trabajadores para la mecánica de votación, que provocaba más problemas que los que resolvía.

Sin embargo, surge una significativa oscuridad y confusión, derivada del hecho de que contempla la legitimación inicial en plural, por tanto, contemplando la posibilidad de que varias secciones sindicales negocien conjuntamente estos convenios colectivos; pero, al mismo tiempo, la designación de las concretas secciones sindicales a las que se les otorga la legitimación inicial han de ser designadas "mayoritariamente", de modo que es difícil poder interpretar con la suficiente certeza cómo se produce ese apoyo "mayoritario" a una "pluralidad" de secciones. En la práctica, lo generalizado es que en los ámbitos donde se negocian convenios de franja sólo intervenga un sindicato y, por tanto, lo que la norma está exigiendo es que esa sección sindical obtenga la mayoría absoluta en la votación a la que se refiere la norma, pronunciándose los trabajadores potencialmente afectados por ese posible convenio de franja si desean o no que sus condiciones de trabajo se rijan o no por un convenio de estas características y, por tanto, si apoyan o no al citado sindicato para que negocie o no un convenio de franja. Para los supuestos excepcionales en los que concurran varias secciones sindicales con expectativas de intervenir como interlocutores en la negociación colectiva del correspondiente convenio franja, ha de interpretarse que

[52] Para la situación precedente, F. Fuentes Rodríguez, Los convenios colectivos de franja, Tecnos, Madrid 2005. M. Nogueira Guastavino, Sindicato y negociación colectiva franja, Tirant lo blanch, Valencia 2001.

cada sindicato debe obtener ese respaldo mayoritario en la votación contemplada, dado que lo que se regula con esa regla es la determinación de la legitimación inicial y, por efecto indirecto si los trabajadores desean o no tener un convenio de franja. Eso sí, como al propio tiempo la norma contempla la hipótesis de que de la votación resulten legitimadas iniciales varias secciones sindicales, la única fórmula a través de la cual ello es posible es que haya una votación independiente por parte de cada trabajador respecto de cada sección sindical que desee obtener la legitimación inicial; es decir, que cada trabajador vote de manera diferenciada otorgando o no su apoyo a cada una de las secciones sindicales. Esta fórmula puede resultar un poco compleja, de cierta incoherencia, con riesgo de que ninguna sección sindical obtenga la legitimación, pero no se vislumbra otra posible interpretación del precepto en cuestión, pero también con la lógica de que si el resultado es que ninguna sección obtiene la legitimación necesaria lo es porque en el fondo los trabajadores no desean tener un convenio franja. Para otros, la interpretación sería que cada trabajador votase por una sola sección sindical, efectuándose posteriormente un reparto proporcional de puestos en la comisión en función del número de votos obtenidos[53]. Probablemente esta fórmula sería la más razonable desde la perspectiva de *lege ferenda*, pero a mi juicio no es coherente desde la perspectiva de *lege data* por no adecuarse al requisito de voto mayoritario exigido legalmente; y, por añadidura, de *lege ferenda*, aconsejaría también permitir que los trabajadores se pronunciasen previamente si desean o no someterse a un convenio de franja o a uno general de empresa.

Finalmente recordar que el precepto se refiere exclusivamente a los convenios de franja de ámbito empresarial, de modo que deja sin regulación específica la hipótesis, hasta el presente marginal, de convenios colectivos de franja sectorial. Para estos supuestos, necesariamente rigen las reglas generales sobre legitimación aplicables a los convenios sectoriales, a pesar de la dificultad de su aplicación práctica a este tipo de convenios colectivos.

Convenios para grupos de empresa y para empresas en red

Como anticipamos, la jurisprudencia precedente no sólo aceptaba la virtualidad de negociar convenios colectivos para grupos de empresa y para un conjunto de empresas con vínculos de diverso tipo (redes de empresa, subcontratación y fórmulas diversas de descentralización productiva), en base a la libertad de elección por los negociadores de ámbito de negociación que estimen más apropiado[54], sino que además ha procedido a precisar los criterios de legitimación negocial en estos casos[55]. En gran medida la reforma no procede a hacer otra cosa que elevar a rango legal lo que hasta el presente eran en lo sustancial criterios jurisprudenciales. En todo caso, no puede minusvalorarse la novedad legal en este

---

[53] Gómez Abellería, La reforma de las garantías…, op. cit., pg. 143.
[54] STS de 28 de octubre de 1999, RJ 8510.
[55] Aparte de las sentencias ya citadas, cfr. AA. VV. (J. Martínez Girón coord.), La negociación colectiva en los grupos de empresa, Comisión Consultiva Nacional de Convenios colectivos, Madrid 2003.

último aspecto, por cuanto que las sentencias dictadas al respecto eran escasas, no eran criterios plenamente firmes y, sobre todo, en algún caso se apreciaban ciertas contradicciones. A partir de ahora es claro que las reglas de legitimación para estos supuestos no son otras que las correspondientes a la negociación colectiva sectorial (art. 87.1 p. 3 ET). De este modo, la novedad principal a mi juicio se sitúa en el hecho de consolidar el criterio de que en este tipo de negociaciones no juega el doble canal, pues siempre y en todo caso la legitimación se atribuye a los sindicatos representativos, del mismo modo que la legitimación empresarial al no establecer regla específica se entiende que se mantiene la correspondiente a la negociación por parte de las empresas implicadas.

Legitimación empresarial para los convenios sectoriales

Las mayores novedades en materia de legitimación negocial para los convenios sectoriales se sitúan en el ámbito de la representación empresarial, algo que en principio puede pasar algo más inadvertido. Y las novedades aquí lo son en un doble sentido, que se pueden comentar muy telegráficamente[56].

De un lado, atender a las expectativas de las propias organizaciones empresariales de retocar las reglas generales de legitimación de los convenios sectoriales, particularmente en el equilibrio entre la ponderación del número de empresas afiliadas y el del empleo proporcionado por éstas (art. 88.3 c ET); equilibrio que, sin necesidad de entrar en mayores detalles, afecta esencialmente al reparto de protagonismo interno en el seno de las respectivas organizaciones empresariales entre pequeñas y grandes empresas. Sin proceder a realizar un cambio radical a estos efectos en este equilibrio, no cabe la menor duda que la reforma se escora en la dirección de reforzar el peso de las grandes empresas, con cierto debilitamiento del peso de las pequeñas empresas. Ha de tenerse en cuenta que el criterio relativo al número de empresas otorga mayor peso negocial a las pequeñas empresas en tanto en cuanto que el criterio relativo al número de trabajadores ocupados por las correspondientes empresa proporciona mayor peso negocial a las grandes empresas. En la medida en que la reforma, junto a los dos requisitos acumulativos que regían hasta el presente en plano de igualdad (empresas y ocupación), añade un nuevo criterio en el que si bien incrementa el porcentaje relativo al de trabajadores ocupados (del 10 % al 15 %) suprime el relativo al del número de empresas inscritas, acaban facilitando en mayor medida la atribución de la legitimidad inicial a las asociaciones empresariales que aglutinan a las grandes empresas. En concreto, a partir de ahora las asociaciones cuyas empresas den ocupación al menos al 15 % de los trabajadores gozarán de legitimación inicial, con independencia del número de empresas inscritas a la misma.

---

[56] Para la situación precedente, A. Esteve Segarra, Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad, Aranzadi, 2003.

Esta regla se ve complementada con la correspondiente a la legitimación plena, es decir, la regla relativa a la válida constitución de la comisión negociadora (art. 88.2 ET). Se trata de una regla que como tal no es nueva, pues ya estaba presente en la regulación precedente, pero que ahora cobra una mayor significación a los efectos del reparto de influencia entre pequeñas y grandes empresas. Me refiero al dato de que para el cómputo de la mayoría necesaria para la válida constitución de la comisión negociadora desde el punto de vista empresarial se atiende a un solo criterio, el relativo de nuevo al número de trabajadores ocupados por las correspondientes asociaciones empresariales con legitimación inicial. En suma, atendiendo sólo al número asalariados ocupados refuerza más si cabe la influencia de las asociaciones empresariales representativas de las grandes empresas, dado que atiende exclusivamente al número de trabajadores ocupados por las empresas integradas en la correspondiente asociación empresarial.

A su vez se mantiene la regla relativa al reparto de puestos en el seno de la comisión negociadora conforme al criterio de la proporcionalidad de la representatividad de cada una de las asociaciones (art. 88.1 ET). Eso sí, la norma sigue sin resolver conforme a qué criterio se determina la representatividad de cada asociación a efectos de efectuar el reparto de puestos de forma proporcional, dado que en la legitimidad inicial se emplearon dos criterios: número de empresas y número de trabajadores ocupados por esta. Ante la incertidumbre, y a la vista de que la reforma tiende a otorgar mayor prevalencia al número de trabajadores ocupados, siendo a su vez éste el único criterio que juega para determinar la válida constitución de la comisión negociadora, lo más razonable es entender que este criterio del número de ocupados es el que debe utilizarse a efectos del reparto proporcional de puestos.

Finalmente, no debe pasar inadvertida la regla conforme a la cual se otorga legitimación universal a las organizaciones empresariales generales representativas en el ámbito estatal y de Comunidad Autónoma; legitimación universal que se otorga a través de un mecanismo de irradiación representativa, respecto de aquellos ámbitos territoriales y sectoriales donde no cupiera identificar a interlocutor empresarial alguno, con legitimación negocial conforme a los requisitos generales: "En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, según lo previsto en el párrafo anterior, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores" (art. 88.3 p.2 ET).

En principio la norma se refiere literalmente a las hipótesis en las que no haya asociaciones empresariales que gocen de legitimación inicial. Sin embargo, a nuestro juicio una interpretación sistemática del precepto debe llevar a entender que el supuesto abarca otro supuesto adicional, no contemplado expresamente, pero que produce idéntico efecto de imposibilidad material de encontrar el necesario interlocutor

empresarial. Me refiero a la hipótesis de que efectivamente exista una asociación empresarial con representatividad suficiente para ostentar la legitimación inicial, pero que esa asociación por sí sola o conjuntamente con otras existentes no superen la representatividad de mayoría absoluta para la válida constitución de la comisión negociadora (art. 88.2 ET). Para estos casos, posteriormente también se otorga legitimación inicial a las asociaciones empresariales autonómicas y estatales a efectos de otorgarle la posibilidad de válida constitución de la comisión negociadora, parece que sin perjuicio del derecho a integrarse en la comisión negociadora a las asociaciones empresariales que en el sector sí que ostenten al menos la legitimación inicial (art. 88.2 p. 3 ET).

Por lo demás, aunque la norma no lo precisa con exactitud, parece lo más razonable interpretar que esos porcentajes de representatividad exigidos a las asociaciones empresariales de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma se están exigiendo para todo el territorio y, por tanto, referido a las asociaciones empresariales intersectoriales, no siendo la referencia la asociación sectorial estatal o de Comunidad Autónoma correspondiente; ello naturalmente sin perjuicio de que internamente la correspondiente asociación empresarial pueda nombrar como sus representantes en la correspondiente comisión negociadora a las personas que ostenta los cargos directivos de la asociación empresarial sectorial. Por lo demás, en este caso los porcentajes de representatividad exigidos en el ámbito estatal (10 %) o autonómico (15 %), se están permitiendo computar alternativamente y no acumulativamente respecto del número de empresas inscritas o del empleo al que dan ocupación las empresas inscritas, con lo cual es meridiano que el requisito resulta mucho mas fácil de cumplir.

Más allá del detalle interpretativo concreto de la regla, lo más destacable a mi juicio como intervención legislativa novedosa es que con ello se provoca como resultado el hecho de que, a partir de ahora, nunca se podrá producir una imposibilidad de constituir una comisión negociadora en un determinado ámbito sectorial debido a la ausencia de interlocutor empresarial, pues la reforma identifica como red de seguridad la capacidad negocial en todo caso de las organizaciones empresariales más representativas a nivel estatal y de Comunidad Autónoma. Como efecto de todo ello, se propicia que quede garantizada, cuando menos desde el punto de vista técnico conforme a las reglas de legitimación, la posibilidad de constituir cualquier comisión negociadora; es decir, se facilita una plena cobertura negocial de los convenios colectivos para cualquier tipo de ámbito o sector.

Regla que puede tener especial trascendencia para aquellas actividades empresariales de muy intensa dispersión, de muy fuerte presencia de las microempresas o de falta de estructuración del tejido asociativo. En definitiva, nos estamos refiriendo en esencia a aquellos sectores que hasta el presente han sido los destinatarios por excelencia del mecanismo de extensión del convenio colectivo.

Probablemente ello esté anunciando el inicio de un nuevo proceso de cambio, lento pero inexorable: la progresiva desaparición en nuestro sistema de la institución de la extensión del convenio colectivo. Quizás estemos en una fase que

todavía no haga aconsejable la derogación del procedimiento de extensión de los convenios colectivos, aunque en la medida en que las nuevas reglas de legitimación empresarial vayan cuajando en la práctica, estamos abocados a la desaparición total de la extensión de los convenios colectivos.

Eso sí, hasta tanto que ese resultado se produzca, con lo habitual en nuestro ámbito de los lentos procesos de cambio, sería aconsejable una clarificación del espacio que actualmente le resta a la extensión, pues la falta de remisión de la nueva regla de legitimación a su conexión con el procedimiento de extensión, plantea indudables dudas interpretativas. Dudas interpretativas pues ahora no se sabe cuándo concurre el supuesto de hecho determinante de la extensión, pues ahora de principio siempre cabrá encontrar legitimados, sean sindicales o empresariales. Ello exige realizar ahora una ardua labor interpretativa de identificación del supuesto de hecho justificativo de la extensión convencional. Desde luego el punto de partida no puede ser otro que el de considerar que, comoquiera que no se ha derogado la institución de la extensión del convenio, no cabe interpretar otra cosa que conscientemente el legislador se ha decantado por la pervivencia de la figura de la extensión, por mucho que la misma adquiera un carácter cada vez más marginal. Siguiendo viva la figura de la extensión por voluntad del legislador, corresponde rechazar cualquier tipo de interpretación que desemboque en una situación en la que no se permita nunca que se pueda producir un acuerdo de extensión de convenio colectivo. A partir de esta última premisa, a nuestro juicio, esa interpretación finalista y sistemática del requisito desembocaría en considerar que ahora lo que se está exigiendo es que no haya legitimados con representatividad directa en el sector, aunque pueda negociarse el convenio por vía de intervención por parte de los sindicatos o empresarios más representativos a nivel general (no sectorial) en el ámbito estatal o autonómico. Pueden existir esos representantes por la vía de la irradiación introducida como novedosa por la reforma legislativa, pero ello sólo implica que la Ley les otorga a estos sujetos la facultad de negociar por irradiación, pero no les obliga a hacerlo y, por tanto, no existe deber de negociación para ellos; conviene recordar a estos efectos que el deber de negociar legalmente sólo se impone cuando se trate de renegociar en un ámbito negocial ya existente, pero que se excluye expresamente "cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido" (art. 89.1 p. 2 ET). De este modo, si ellos aceptan el envite y proceden a constituir válidamente la comisión negociadora, quedará cegada la posibilidad de extensión del convenio colectivo, por cuanto que ya hay identificado interlocutor para la negociación del convenio. Pero si, de contrario, ellos en su libertad negocial deciden no actuar por irradiación y, por tanto, no se constituye comisión negociadora alguna, quedaría expedita todavía la vía de la extensión del convenio colectivo al mencionado sector sin cobertura negocial.

Comunicaciones

EL NUEVO ESPACIO DE LOS CONVENIOS DE EMPRESA EN LA ESTRUCTURA CONVENCIONAL

Mª Carmen Aguilar del Castillo
Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

Esperanza Roales Paniagua
Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

ÍNDICE

1 INTRODUCCIÓN
2. ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
3. DISPONIBILIDAD MATERIAL DEL ARTÍCULO 84.2 DEL TRET
4. MATERIAS JUSTIFICATIVAS DE LA FLEXIBILIDAD EN LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO
5. ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO
6. EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA REGULACIÓN CONVENCIONAL EN ANDALUCÍA
7. CONCLUSIONES
8. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN[1]

Dada la reciente reforma acaecida en la negociación colectiva en nuestro país, en respuesta al mandato previsto en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo[2], se hace necesario comentar, aunque sea brevemente, algunas de las cuestiones que más nos han llamado la atención.

Dentro de los distintos aspectos relevantes e importantes para el desarrollo presente y futuro de nuestro sistema de negociación nos vamos a detener en la influencia que el mismo tiene para un ámbito concreto, el de empresa.

Sin duda son muchos los contenidos que despiertan verdadero interés, no solo por la incidencia que los mismos van a tener en el futuro de las relaciones laborales, sino fundamentalmente por la determinación de los sujetos negociadores y la estructura negocial.

No obstante, consideramos de igual importancia que los temas anteriores, la incidencia que esta reforma provoca o puede llegar a provocar en las relaciones laborales directas[3], en la organización de la actividad productiva con carácter general y en el respeto de los derechos laborales de los trabajadores con carácter particular. Todo ello junto a la problemática ineludible que va a generarse en la determinación de estas condiciones por los propios implicados en la misma.

Otro aspecto importante de nuestro estudio será determinar la oportunidad, necesidad y justificación de la reforma material producida en la conceptualización de la negociación empresarial.

En la presente reforma se pretende favorecer el convenio de empresa para ello la regla general de no afectación de un convenio por otro mientras dure su vigencia, desaparece para determinadas materias si quien pretende modificarlas es un convenio de este ámbito. Esto puede llegar a provocar importantes disfunciones

---

[1] El presente trabajo se elaboró estando vigente el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio. No obstante, se han introducido a pie de página algunas modificaciones como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

[2] DA vigésimo primera «El Gobierno promoverá las iniciativas legislativas que correspondan para la reforma de la negociación colectiva…» «En defecto de acuerdo en el proceso de negociación bipartita, en un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales, adoptará las iniciativas que correspondan para abordar, entre otros, la definición de mecanismos de articulación de la negociación colectiva, su papel como procedimiento de fijación de las condiciones laborales y de determinación de las políticas de empleo, su capacidad de adaptación a las necesidades de los trabajadores, las empresas y sectores productivos y la mejora de la productividad, así como todos aquellos elementos e instrumentos que relacionados con los objetivos señalados configuran el actual sistema de negociación colectiva»

[3] Se pretende implica al trabajador en la actividad económica del empresario alejándolo «de los parámetros clásicos de las relaciones laborales y los conflictos de intereses a ella inherentes» en CARDENAS CARRO, M.: «Convenios y negociación colectiva tras el RDLey 7/2011, de 10 de junio» apartado 9 «Un supuestos específico de concurrencia: la prioridad del convenio de empresa» BIB 2011/1156.

en virtud de la capacidad negociadora que tengan los sujetos[4]. Téngase en cuenta que una de las justificaciones de la reforma es flexibilizar las relaciones laborales como base de una mejor optimización de recursos, lo que debería conllevar una mejora en las condiciones de la prestación de trabajo dentro de la empresa y una mejora en la empleabilidad, tanto en su aspecto positivo como negativo, es decir, como creación de empleo y mantenimiento del ya existente[5].

2. ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

No podemos centrarnos en responder a los objetivos de este trabajo si previamente no definimos aunque sea mínimamente la estructura convencional prevista en el RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE 11/06/2011). La Exposición de Motivos de esta norma en su apartado segundo entiende la estructura de la negociación colectiva «*como la ordenación de las relaciones entre la pluralidad de unidades de negociación existentes*» justificando la necesidad de su reforma, entre otras razones, por «*la desvertebración de la negociación colectiva, su falta de orden, la ausencia de reglas claras sobre la concurrencia entre los convenios colectivos de distinto ámbito y las materias en ellos reguladas*»

Respecto a los distintos ámbitos la presente norma hace recaer la determinación estructural de la negociación tanto en acuerdos interprofesionales como en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico , correspondiéndole sólo a ellos la previsión de convenios de distinto ámbito[6], por lo que serán los propios agentes sociales lo protagonistas directos, en su caso, de la «desaparición de los convenios de ámbito provincial» reivindicación prolongada en el tiempo

---

[4] Con esta reforma se introduce al salario, jornada o descansos, entre otras variables contractuales, en el juego de la economía de mercado, algo que la negociación sectorial pretendía eludir, evitando que formaran parte del cruce entre oferta y demanda, en CARDENAS CARRO, M.: «Convenios y negociación colectiva tras el RDLey 7/2011, de 10 de junio» apartado 9 «Un supuestos específico de concurrencia… » op. cit..

[5] «La flexibilidad en el uso de la mano de obra, adaptándolo a los incrementos o reducciones e producción derivados de la demanda externa, depende en gran medida de la capacidad empresarial tanto de incrementar o reducir la jornada laboral para atener los requerimientos organizativos y de mercado, como la complementaria capacidad de modificar horarios de trabajo como una movilidad del tiempo de trabajo que haga innecesario acudir a nuevas contrataciones de personal o bien a despidos en las plantillas de las empresas», en CRUZ VILLALÓN, J.: Compendio de Derecho del Trabajo, ed., Tecnos, 4ª ed. 2011, pág. 232; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Convenios y negociación colectiva tras el RDLey 7/2011, de 10 de junio», apartado 1.: «antecedentes y objetivos de la reforma» BIB 2011/1156; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. SEMPERE NAVARRO, AV.: «Convenios y negociación colectiva tras el RDLey 7/2011, de 10 de junio» BIB 2011/1156; HIERRO HIERRO, FJ.: «Convenios y negociación colectiva tras el RDLey 7/2011, de 10 de junio» apartado 10 «Ámbito temporal de los » BIB 2011/1156.

[6] Artículo 83.2 ET «Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito»

de nuestra patronal[7]. Y en igual medida los que prevean la necesidad o conveniencia de abrir la negociación colectiva en ámbitos inferiores, por considerar que es la que mejor puede identificarse con las peculiaridades de un determinado sector en un territorio determinado[8].

Una cuestión muy importante, que justifica nuestro estudio, es la determinación de las reglas de concurrencia entre convenios, fundamentalmente las reglas de afectación material entre convenios. La Ley del ET en su artículo 84 último párrafo preveía la imposibilidad de que un convenio sectorial de ámbito inferior pudiese negociar determinadas materias que hubiesen sido negociadas en ámbitos superiores. La reforma practicada en el RD-Ley/2011 lo modifica prohibiendo, salvo pacto o acuerdo en el ámbito estatal, la negociación de determinadas materias que, en cualquier supuesto, sólo podrían ser afectadas por un convenio sectorial de ámbito de comunidad autónoma.

Esta limitación facilita de forma importante la otra regla sobre afectación de convenios previstos en el RD-Ley: nos estamos refiriendo a la afectación de un convenio sectorial por un convenio de empresa. Esta posibilidad abre importantes interrogantes sobre la eficacia de la negociación sectorial en la determinación de condiciones de trabajo. La Ley es clara al respecto, se prohíbe la afectación de un convenio cuando está otro en vigor, pero en el párrafo siguiente, afirma que en cualquier caso y, siempre para las materias previstas, tendrá prioridad en su aplicación el convenio de empresa. Pese a la nefasta redacción del precepto, hemos de entender que se trata de modificar la regulación de determinadas materias de un convenio de sector que se encuentra en vigor, en caso contrario, no tendría ningún sentido la reforma en la medida en la que si un convenio está en vigor, por la regla general prevista en el artículo 84.1, no puede ser afectado en convenio de ámbito distinto. Por ello hemos de entender que se refiere a la posibilidad de que existiendo un convenio sectorial estatal o de comunidad autónoma, los sujetos legitimados para ello podrán negociar un convenio distinto siempre que se limite a las materias previstas en la norma legal o paccionada.

Esta posibilidad que abre la nueva regulación sobre la negociación colectiva tiene una doble valoración. Por un lado permite, como se insiste de forma

---

[7] Durante largo tiempo se ha reclamado una descentralización de la negociación colectiva, incentivándose o potenciándose el convenio de empresa, en CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Convenios y negociación colectiva tras el RDLey 7/2011, de 10 de junio» apartado 6: «la legitimación para negociar: empresas o grupos» BIB 2011/1156. En el mismo sentido, CARDENAL CARRO, M.: «Convenios y negociación colectiva tras el RD-Ley 7/2011, de 10 de junio», apartado 9: «Un supuesto específico de concurrencia: la prioridad del convenio de empresa» BIB 2011/1156. Con el fomento de la negociación colectiva de empresa en detrimento de ámbitos superiores tiende a provocar «una desarticulación cada vez más intensa del actual sistema de negociación colectiva, fragmentado peligrosamente con ello la fijación de las condiciones de trabajo», en ELORZA GUERRERO, F.: Los acuerdos reguladores de condiciones de trabajo y empleo, ed. CES, Madrid, 2000 pág. 41.
[E]l II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, suscrito el 25 de enero de 2012 (BOE 6 de febrero de 2102), establece la necesidad de preservar el ámbito provincial de negociación, al ser el ámbito que más cobertura facilita a empresas y trabajadores.

[8] Apartado V de la Exposición de Motivos de RD-Ley 7/2011.

reiterada en la EM del citado RD-Ley 7/2011, flexibilidad la prestación de trabajo y adecuar la regulación de determinadas condiciones de trabajo, como veremos, las más significativas a la realidad económica de cada empresa. Entendiendo que dentro de este concepto se encuadran todos aquellos que permiten a una empresa mantenerse en el mercado, siendo competitiva y mantener e incluso incrementar el número de empleados optimizando el rendimiento de cada uno de ellos y adecuándolo a sus circunstancias personales. La flexibilidad interna se nos presenta como una necesidad para el mantenimiento de la empresa en el mercado y de su empleabilidad[9]. Pero también como una exigencia para el progreso y desarrollo de nuestro sistema productivo, sin el cual difícilmente las empresas de nuestro país, alcanzarán el desarrollo necesario para formar parte del tejido empresarial global, al que parece estamos abocados.

Este elemento flexibilizador de las relaciones laborales que justifica e impulsa la reforma de la negociación colectiva, amparada en las anteriores reformas laborales, como una necesidad, negativa o positiva, es decir, manteniendo el tejido empresarial por un lado y promoviendo e impulsando un desarrollo económico por otro, nos hace plantearnos la eficacia de la reforma para su consecución.

3. DISPONIBILIDAD MATERIAL DEL ARTÍCULO 84.2 DEL TRET

La relevancia del apartado 2 del artículo 84 se manifiesta en distintos aspectos todos ellos de indudable trascendencia para la negociación colectiva. El primero de ellos, ya citado, es la posibilidad de afectación de las materias previstas en el mismo a un convenio sectorial en vigor. La segunda la enumeración, no exhaustiva, de materias objeto de negociación, ampliables por los acuerdos y convenios colectivos sectoriales estatales o de comunidad autónoma. Y la tercera la disponibilidad del precepto, serán los sujetos legitimados anteriormente los que, en última instancia, determinen la estructura de la negociación colectiva, así como reglas distintas de concurrencia. La primera conclusión es la posibilidad de ampliar el ámbito de la negociación a instancias inferiores como las provinciales. De ahí que el legislador al referirse a la afectación de los convenios por uno de empresa incluya a los convenios sectoriales estatales, a los autonómicos y a los de ámbito inferior.

Por otro lado el convenio colectivo sectorial estatal o de comunidad autónoma podrá establecer reglas distintas sobre la concurrencia de convenios que podrán afectar directamente a la posibilidad de regulación de los convenios de empresa, pero también lo podrán hacer los acuerdos interprofesionales aunque el artículo 84.2 del ET no los mencione expresamente, ya que el artículo 83.2 del ET permite que

---

[9] Referido al tiempo de trabajo, LÓPEZ TERRADA, E.: "Nuevos contenidos de la negociación colectiva en la empresa" Documentación Laboral, nº 91, 2011, pág. 68.

puedan establecer reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de ámbito distinto[10].Esta medida tiene gran trascendencia para evitar, principalmente, los desajustes que podrían llegar a producirse en aquellos sectores donde la representación es escasa e incluso inexistente, o bien en aquellos otros sectores donde los trabajadores ya han hecho importantes sacrificios para adaptar las industrias o las empresas a los nuevos retos. La importancia que tiene el carácter dispositivo de las reglas de concurrencia va a guardar una relación directa con la posición negociadora de los distintos sujetos implicados[11].

Si bien es dispositivo la determinación de las reglas de concurrencia, no ocurre lo mismo con la relación material objeto de negociación por la empresa y que puede concurrir con otro convenio en vigor. No resulta coincidente la determinación de estas reglas con el contenido material del precepto, el legislador habilita a los sujetos negociadores a alterar las reglas de concurrencia, por lo que podría evitarse la afectación del convenio de sector, cualquiera que sea éste, por el de empresa. No obstante, no se habilita en ningún caso a alterar el contenido material del precepto, más allá de su ampliación a materias diferentes. Esto significa que si el convenio sectorial no prevé reglas distintas de concurrencia las materias objeto de esta afectación constituyen un mínimo indisponible para los sujetos legitimados de un ámbito distinto al de empresa.

4. MATERIAS JUSTIFICATIVAS DE LA FLEXIBILIDAD EN LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

Las materias objeto de negociación en un ámbito de empresa cuya aplicación no será afectada por convenio de distinto ámbito, salvo acuerdo sectorial en contra, pueden clasificarse en tres grandes bloques:

- El primero de contenido económico que incluye: «la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa». «El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turno».

---

[10] En este sentido, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Reforma de la negociación colectiva» Aranzadi núm.6/2011, BIB 2011/1359, pág. 5. Considera que la aplicación prioritaria del convenio de empresa se supedita a «… a que no se haya establecido regulación contraria en acuerdos o convenios de ámbito estatal o autonómico incluye los acuerdos interprofesionales…»
La nueva redacción del apartado 2 del artículo 84 del ET dada por la regulación contenida en el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa en determinadas materias respecto de las contenidas en los convenios sectoriales estatales, autonómicos o de ámbito inferior, sin que los acuerdos y convenios a los que se refiere el artículo 83.2 puedan disponer de dicha prioridad aplicativa.

[11] CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Convenios y negociación colectiva tras el RDLey 7/2011, de 10 de junio» apartado 6: «La legitimación para negociar: empresa o grupos» BIB 2011/1156; CÁRDENAL CARRO, M.: «Convenios y negociación colectiva tras el RDLey 7/2011, de 10 de junio» apartado 9 «un supuesto específico de concurrencia…», op. cit.

- El segundo de organización empresarial: que responde a dos aspectos distintos relacionado directamente con la organización del trabajo en el que se incluye: a) «El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones». b) «La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores». Relacionado directamente con el sistema de clasificación, en concreto, con la definición de puestos de trabajo, consideramos incluidas la identificación de los trabajos o tareas con sustantividad propia objeto de un contrato por obra o servicio determinado.
- El tercero «la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa». En estas encontramos reglas de garantía, compresivas a su vez de un doble contenido, por un lado evitar el uso fraudulento de la regulación contractual temporal y por otro garantizar la igualdad plena de los trabajadores, ante el reconocimiento de determinados derechos, con independencia de la temporalidad de sus contratos. Dentro del primero la limitación de la utilización del contrato eventual a un número determinado de trabajadores en función de la plantilla total de la empresa; la previsión de los requisitos necesarios para detectar la utilización abusiva de la contratación temporal «*para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratación de ese carácter, con o sin solución de continuidad*»[12]. Como una consecuencia directa de éstos, la concreción de criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, siempre evidentemente, dentro del respeto a las leyes.

Forma parte del segundo bloque el procedimiento de acceso a la formación profesional continua y el de información sobre la existencia, en su caso, de vacantes en la empresa para que los trabajadores temporales puedan acceder en igualdad de oportunidades que el resto de trabajadores.

Un conjunto importante de medidas que en desarrollo de la Ley de Igualdad efectiva entra mujeres y hombres se atribuya a la regulación convencional también son objeto de prioridad en su aplicación cuando se prevén en un convenio de empresa. Su ubicación en algunos de los apartados en lo que, sólo a título de exposición, hemos estructurado el contenido material del RD-L 7/2011, dependerá de la medida concreta a adoptar para dar cumplimiento a las exigencias de conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

De todos ellos el objeto de este trabajo se va a centrar en el apartado segundo y, dado que su tratamiento excedería en mucho al objeto de este trabajo, nos vamos a centrar en los temas relacionados con el tiempo de trabajo y la clasificación profesional, obviando aquellos aspectos que conectan directa o indirectamente

[12] Artículo 15.5 TRET.

con otras condiciones de trabajo, como las de contenido económico, promoción profesional o, entre otras, las relativas a la conciliación.

5. ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

La organización del tiempo de trabajo constituye uno de los aspectos más relevantes dentro de la flexibilidad empresarial por ser los aspectos constitutivos del mismo los que más directamente conectan con la organización de la actividad empresarial[13]. Esta importancia se manifiesta en la actuación convencional sobre la materia no resultándole extraña su regulación. Dada su proximidad con la organización productiva es habitual que esta condición de trabajo se erija, en la mayoría de las ocasiones, en la condición estrella de la regulación convencional en el ámbito de empresa. Afirmación que no se ve cuestionada, entendemos, porque existan convenios, en los que, normalmente por inercia, no regulen aspectos tan importantes como el horario o la distribución del tiempo de trabajo, dejando en manos del convenio de sector y del propio empresario la misma pero no es la regla general, en la medida en la que, como hemos dicho, la ordenación del tiempo de trabajo es uno de los aspectos que implican más directamente a empresario y trabajadores en sus relaciones.

Obsérvese que el artículo 20.2 del ET reconoce la facultad de dirección al empresario, que entre otras facultades conlleva la organización de la actividad productiva, dentro de los límites legales o convencionales previsto. Para la consecución de esta obligación el legislador exige del trabajador su subordinación, a las órdenes e instrucciones dadas por el empresario, en la prestación de su servicio. Todo ello no es más que una manifestación del requisito de la dependencia, como elemento definitorio del concepto de trabajador del Estatuto, previsto en el artículo 1.1 de esta norma que formando parte de su contenido contractual. Esta exigencia se manifiesta de forma específica en el contenido obligacional[14] derivada de la relación laboral, dando lugar su incumplimiento a responsabilidad[15]. El contenido del poder de dirección, la relación y la posición que cada uno de los sujetos ocupa en la misma y las posibilidades de actuación que el legislador reconoce a la regulación convencional, hace que dentro de ésta, se considere el ámbito de empresa como el más adecuado para prever su determinación o las reglas de su adaptación a las circunstancias empresariales. Lo que nos lleva a plantearnos si la reforma planteada en el RD-L 7/2011 supone un auténtico repulsivo frente a la regulación anterior, o por el contrario, salvo excepciones, ya constituía práctica habitual entre los sujetos negociadores.

---

[13] En este sentido LÓPEZ TERRADA, E.: "Nuevos contenidos de la negociación colectiva en la empresa" Documentación Laboral, nº 91, 2011 pág. 66.

[14] Artículo 5.e) «los trabajadores tienen como deberes básicos: e) Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas»

[15] Siendo la más grave de ellas la contemplada en el artículo 54 b) de TRET, «la indisciplina o desobediencia en el trabajo» como causa de despido disciplinario.

Como paso previo, a responder a la cuestión planteada, vamos a conceptualizar los elementos del tiempo del tiempo de trabajo para comprobar su inclusión en convenios de empresa en detrimento de los de sector y, dentro de éste, la incidencia que el ámbito provincial tiene sobre el mismo.

5.1. Distribución del tiempo de trabajo

A falta de referencia legal expresa corresponde al empresario la distribución del tiempo de trabajo, incluyendo en él tanto el horario como la distribución regular o no del tiempo de trabajo. Ambos elemento podemos considerarlos como un elemento esencial dentro de la organización y funcionamiento de la actividad[16].

Esta previsión se nos presenta muy interesante fundamentalmente por la posibilidad de actuación del empresario. Es cierto que en la norma se prevé la posibilidad de que el empresario pueda modificar unilateralmente este tiempo de trabajo, pero también lo es que, al no formar parte, de su poder de dirección ni de su actividad regular de funciones, la decisión ha de ser motivada por constituir una novación contractual unilateral. Puede, no obstante, evitarse el inicio de un procedimiento de modificación sustancial, así como el carácter causal del mismo, si dentro del convenio se prevén mecanismos flexibilizadores que se incorporan al contrato, de tal manera que, como ocurre con la polivalencia funcional, el trabajador viene obligado a cumplir con esta flexibilidad como elemento constitutivo contractual.

El carácter flexibilizador del tiempo de trabajo conlleva, entre otros, la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada de trabajo siempre, evidentemente dentro de la duración máxima prevista anualmente por la ley o por los convenios colectivos. La afectación que el RD-L 7/2011 solo se refiere a la ordenación del tiempo de trabajo y en ningún caso al elemento cuantitativo del mismo. La duración máxima de la jornada no podrá verse afectada más allá de los supuestos legales previstos. Realizada esta afirmación quedan diversos elementos configurados del tiempo de trabajo que si pueden pactarse e incluso imponerse unilateralmente por el empresario. Téngase en cuenta que la citada norma prevé la posibilidad de que el empresario adopte unilateralmente la decisión de distribuir irregularmente la jornada hasta un 5%, si previamente no se ha llegado a un acuerdo con los sujetos negociadores[17]. Esto resulta una novedad respecto de la regulación anterior, pero tampoco supone un gran avance como medida flexibilizadora habida cuenta, como hemos dicho que es una materia poco concretada en convenios de nivel distinto al de empresa. Y por otro lado que estos mismos convenios, incluso el de empresa, puede delegar la concreción de esta distribución en el acuerdo

---

[16] CRUZ VILLALÓN, J.: Compendio de Derecho del Trabajo, ed., Tecnos, 4ª ed. 2011, pág. 251

[17] HIERRO HIERRO, FJ.: «Convenios y negociación colectiva tras el RDLey 7/2011, de 10 de junio» apartado 10 «Ámbito temporal de los » BIB 2011/1156

de empresa[18], en la autonomía individual e incluso en la decisión unilateral del empresario[19].

Igualmente existen ya en los convenios de empresa cláusulas convencionales de disponibilidad horaria o modificación de la jornada, lo que facilita nuevamente la flexibilidad, incluso de forma más amplia de lo que parece deducirse de la reciente reforma.

5.2. El régimen de trabajo a turnos

La organización de la actividad empresarial forma parte de la titularidad que el empresario ejerce sobre la misma, fundamentado en el derecho constitucional de la libertad de empresa. Por esta razón desarrollar una actividad de forma permanente o con un amplio margen temporal, no supone la intervención del Derecho del Trabajo, salvo que ello conlleve la ocupación del mismo puesto de trabajo por distintos trabajadores, según un ritmo predeterminado continuo o discontinuo[20] y que además esta ocupación implique cambios en el momento de la prestación para los trabajadores, pasando de un turno a otro.

Es la atribución de los distintos turnos, la permanencia en los mismos y la disponibilidad para realizar unos u otros, donde la organización empresarial está sometida a las reglas legales y convencionales. Las posibilidades de actuación del empresario están limitadas, en mayor medida, que las vistas anteriormente para el tiempo de trabajo, por las exigencias legales impuestas no sólo por los descansos obligatorios[21] sino fundamentalmente por los riesgos que esta organización por turnos genera en la salud de los trabajadores.

Entendemos que esta medida puede tener su justificación, como medida flexibilizadora en la organización de los turnos, en la determinación del horario de los mismos, en la elección de cuantos trabajadores han de coincidir en el mismo turno, en función de las necesidades de la empresa. Aplicando los criterios que mas y mejor favorezcan la productiva. Un aspecto distinto pero que entendemos guarda una relación muy directa con las exigencias de flexibilidad son las relativas a las normas de los contratos a tiempo parcial. De forma muy directa con las medidas de conciliación familiar, para establecer reglas en los supuestos de riesgos durante el embarazo o lactancia natural

---

[18] La negociación de estos acuerdos se supedita a la voluntad de los negociadores, en ELORZA GUERRERO, F.: Los acuerdos reguladores de condiciones de trabajo…, op. cit. pág. 41.

[19] En este sentido MERINO SEGOVIA, A.: "La reordenación del tiempo de trabajo: incidencias en la negociación colectiva", en AA.VV. : La negociación colectiva ante la crisis económica, ed. Bomarzo, Albacete, 2010, págs. 65-68.

[20] CRUZ VILLALÓN, J.: Compendio de Derecho del Trabajo, op. cit., pág. 253.

[21] Estos pueden verse alterado si una norma así lo prevé de forma específica como ocurre con el Real Decreto de Jornadas Especiales, pero entendemos que la Ley es clara al respecto y no habilita a la negociación colectiva para poder alterarlos.

5.3. La planificación anual de las vacaciones

El legislador es muy parco a la hora de regular las vacaciones, limitándose fundamentalmente a reconocer el carácter no compensatorio de las mismas[22], la necesidad de negociar determinados aspectos entre empresario y trabajador y su duración, que no podrá ser inferior a los 30 días naturales. La planificación anual, así como los criterios para coordinar los periodos de vacaciones del conjunto de la plantilla, en su caso, se establecerá en los convenios colectivos, lo que si permitirá esa adaptación a las circunstancias de la empresa o actividad a la que de forma reiterada nos hemos referido, no así la fecha del disfrute que será de común acuerdo con el trabajador y con dos meses de antelación. Hemos de acudir a otras regulaciones, incluso internacionales, para encontrar una regulación más elaborada, no obstante, serán los convenios colectivos los que doten a esta condición de un régimen jurídico propio. Un elemento muy importante del régimen jurídico de las vacaciones es su retribución, aunque el legislador no establece que partidas son o no susceptibles de ser retribuidas, la norma internacional determina que será por lo menos la remuneración normal o medio del trabajador. Sin embargo, deberán ser los convenios colectivos los que concreten los conceptos retributivos que deben computarse para calcular el importe de la remuneración correspondiente al periodo de vacaciones[23], lo que nos reenvía nuevamente al contenido económico de la reforma que será el que más directamente nos afecte.

5.4. La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores

Uno de los aspectos de la relación laboral que más directamente se relaciona con el sistema de organización del trabajo y, por ende, más necesitado de flexibilidad, es sin duda el sistema de clasificación profesional. No es de extrañar, por tanto, que en la nueva regulación de la estructura convencional se prevea esta de forma explícita. No obstante, si aplicamos una visión retrospectiva de quién y como se crea y desarrolla este sistema se observa como desde el ET se reenvía directamente a la negociación colectiva, limitándose a estructurarla en categorías y grupos profesionales, a los que ni tan siquiera define.

La elección del sistema de clasificación corresponde al convenio, así como el contenido del mismo, definiendo los distintos puestos de trabajo con sus correspondientes funciones o, y es la norma más general, definiendo las capacidades, méritos o responsabilidades que se derivan de la tarea a realizar, todo ello según se trate de una clasificación por categorías o por grupos profesionales respectivamente. La

---

[22] Salvo los supuestos de finalización de contrato cuando este tiene una duración inferior al año.

[23] El Tribunal Supremo en unificación de doctrina consideró que los conceptos computables para la retribución de las vacaciones son los previstos en el convenio y no otros, aunque no se excluyan expresamente, sin que ello sea contrario al principio de equivalencia que inspira la retribución de las vacaciones establecido en el artículo 7 del Convenio 132 de la OIT. Vid STS 26 de enero de 2007 (2007/ 1620), f.j. tercero. También STS, 3 de octubre de 2007 (2007/ 7908).

enorme importancia que tiene su atribución al convenio de empresa en detrimento del de sector se encuentra en la posibilidad de adaptar este sistema a la situación real de la empresa en un momento determinado sin venir sujeto al sistema previsto en un convenio de ámbito superior.

La importancia de atribuir esta negociación a un nivel de empresa incrementa considerablemente, aunque no siempre de forma directa, el control directo de otras figuras configuradotas de la relación laboral cuyo régimen jurídico va a vincularse, total o parcialmente, a un determinado sistema o estructura de clasificación profesional. Desde una perspectiva individual va a afectar a la determinación de la cuantía salarial del trabajador, a su sistema de promoción y formación, a la duración del periodo de prueba en función de su adscripción a una determinada categoría o grupo profesional concreto, e incluso puede afectar a la división en colegios electorales del voto a representantes de los trabajadores, ente otros[24].

Ninguno de los aspectos contemplados anteriormente son extraños o ajenos a la negociación colectiva empresarial e incluso a los acuerdos de empresa, no obstante, si podemos priorizar unos frente a otros en la incidencia que su inclusión en el RD 7/2011 puede llegar a tener en la determinación de las condiciones de trabajo de los trabajadores. Por continuar con la estructura señalada en este trabajo vamos a referirnos a la determinación del tiempo de trabajo, incluyendo la distribución de la jornada, regular e irregular, la fijación de horarios y la organización del trabajo a turnos. Dentro de éste, pese a su relación más directa con los tiempos de descanso, hemos de incluir el periodo vacacional. Eludiendo de todas las cuestiones planteadas el contenido económico de las mismas.

Se trata de materias que habitualmente son objeto de tratamiento por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, por convenio de empresa e incluso por acuerdo de empresa. La nota común a todos ellos es, por un lado, que son condiciones de trabajo, que prioritariamente van a estar subordinadas al sistema organizativo empresarial y éste a la productividad o resultados de la empresa. Y por otro, que las condiciones que hemos denominado de tiempo de trabajo suponen una afectación directa al interés personal de cada trabajador, por lo que cualquier acuerdo que se adopte va a repercutir en su propia organización vital. La cuestión que nos planteamos es determinar si esta afectación material va a permitir realmente hablar de una flexibilización en la regulación de estas condiciones o por el contrario, más allá de las reglas de concurrencia, no va suponer un incremento a las posibilidades de adecuación de estas condiciones a la situación real de la empresa.

Algunas de las cuestiones tratadas son susceptibles de ser desarrolladas por acuerdos de empresa, instrumento de adaptación más dinámico que la negociación colectiva, siempre que ésta los habilite expresamente o no concurran con

---

[24] CRUZ VILLALÓN, J.: Compendio de Derecho del Trabajo, op. cit. pág. 204.

ella. Junto a ellos un instrumento eficaz, de adaptabilidad a las necesidades de la empresa, es la decisión unilateral del empresario a través de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, tanto individual como colectiva. Medida que permanece flexibilizada, en sus consecuencias tras la reforma de la Ley 30/2010, y que garantiza una alteración de las condiciones de trabajo.

Todo ello nos lleva a cuestionarnos la necesidad de una reforma en la que prime la negociación colectiva de estas condiciones en un nivel de empresa en lugar de uno de sector que en cualquier caso garantizaría salvo necesidades concretas una homogeneidad de las mismas.

También están las acciones individuales del empresario, modificación sustancial de condiciones de trabajo y aquellas prerrogativas que su posición le depara en los supuestos en los que convencionalmente no se hallen expresamente desarrollados estos aspectos. Luego esta rigidez en los procesos de adaptación de las condiciones de trabajo no es tal y como parece deducirse de la reforma.

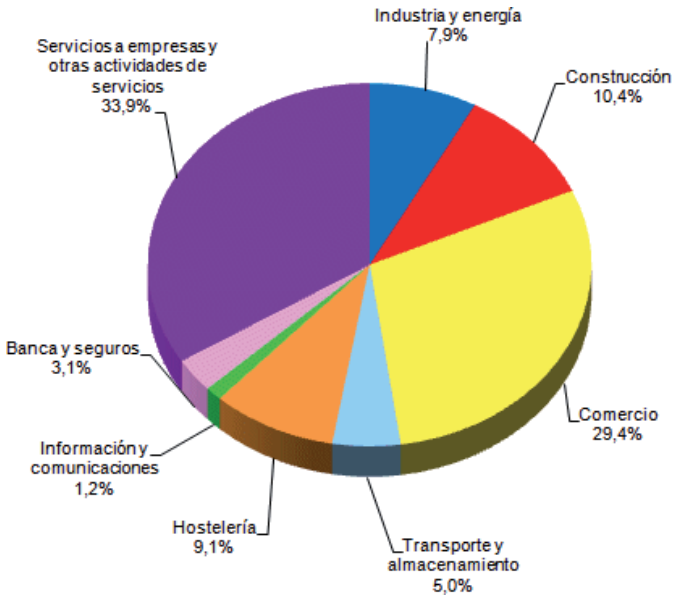
6. EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA REGULACIÓN CONVENCIONAL EN ANDALUCÍA

A continuación vamos a presentar de forma somera el análisis de la negociación convencional que hemos desarrollado para este trabajo como reflejo de la afectación que la nueva normativa sobre negociación colectiva puede tener sobre las condiciones de trabajo de nuestros trabajadores teniendo en cuenta nuestro tejido empresarial andaluz.

Para este estudio hemos analizado todos los convenios de ámbito empresarial que se encuentra en vigor al menos hasta el 31 de diciembre de 2011, incluyendo los acuerdos de empresa. No se ha tenido en cuenta para este trabajo las revisiones salariales de los convenios prorrogados. Se han incluido los convenios colectivos de ámbito provincial en vigor y aquellos otros han perdido su vigencia al 31 de diciembre de 2010. Aunque son pocos significativos hemos utilizado dos variables más, la negociación interprovincial de sector y de empresa, separando, cuando procede, si nos referimos a empresas privadas o públicas.

Como paso previo a los resultados obtenidos vamos a reflejar los datos provenientes de la encuesta realizada por el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía sobre el Directorio de empresas y establecimientos con actividad económica en Andalucía, cerrado en mayo del presente año y que recoge las estadísticas sobre los establecimientos existentes por provincias hasta el 31 de diciembre de 2010.

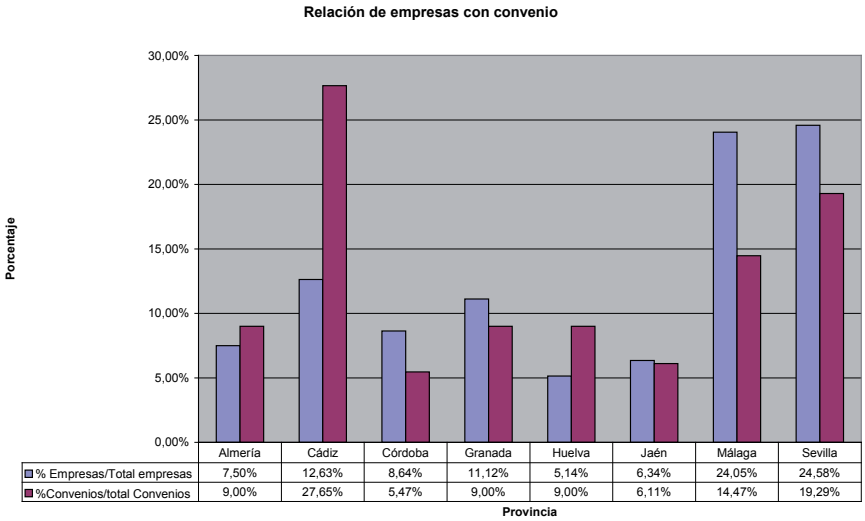
Número de empresas pertenecientes a cada sector de producción en nuestra Comunidad, excepto las correspondientes al sector agrario.



Fuente: Instituto de Estadística y Cartografía de la Comunidad Autónoma de Andalucía

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE ÁMBITO DE EMPRESA EN ANDALUCÍA (2011)					
Provincias	Establecimientos	C. de Empresa	% Empresas	% Convenios	% Convenios/ Provincia
Almería	14.172	28	7,50%	9,00%	0,20%
Cádiz	23.851	86	12,63%	27,65%	0,36%
Córdoba	16.316	17	8,64%	5,47%	0,10%
Granada	20998	28	11,12%	9,00%	0,13%
Huelva	9.710	28	5,14%	9,00%	0,29%
Jaén	11.983	19	6,34%	6,11%	0,16%
Málaga	45.442	45	24,05%	14,47%	0,10%
Sevilla	46.440	60	24,58%	19,29%	0,13%
Total	188.912	311			0,16%

Fuente: Elaboración propia excepto nº de establecimientos (IECA).



En esta gráfica se señala el porcentaje de empresas que cuentan con convenio colectivo de este ámbito en relación al número total de empresas existentes en cada provincia y su actividad negociadora en función de esta relación.

En el siguiente cuadro recogemos aquellos sectores de producción que cuentan con un convenio sectorial, regulador de la misma actividad, en todas o prácticamente en todas las provincias de nuestra Comunidad.

Convenios provinciales de sector (2011)								
Sector Producción	Almería	Cádiz	Córdoba	Granada	Huelva	Jaén	Málaga	Sevilla
Actividades Administrativas y servicio	X	X	X	X	X	X	X	X
Actividades sanitarias y de servicios sociales	X	X	X	X		X	X	X
Comercio al por mayor y al por menor: reparación de vehículos de motor y motocicletas	X	X	X	X	X	X	X	X
Construcción y obras públicas	X	X	X	X	X	X	X	X
Hostelería	X	X	X	X	X	X	X	X
Industria manufacturera	X	X	X	X	X	X	X	X
Otros servicios	X	X	X		X	X	X	X
Transporte y Almacenamiento	X	X	X	X	X	X	X	X
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	X	X	X	X	X	X	X	X

Fuente: elaboración propia

7. CONCLUSIONES

1- Existe un número mínimo de empresas que cuentan con convenio colectivo propio, en relación con el número total de establecimientos.

2.- Los sectores de producción más significativos en nuestra Comunidad cuentan con convenios sectoriales provinciales en todas o prácticamente todas las provincias. Teniendo en cuenta que cada uno de los sectores incluye distintas actividades, hemos de destacar el hecho de la existencia de convenios sobre la misma actividad, con independencia de la existencia de otros convenios sectoriales en alguna/s de la/s provincias andaluzas. Entre las actividades que cuentan mayoritariamente con convenios de sector son: la limpieza de edificios y locales; la actividad agropecuaria; el comercio en general; la hostelería; la construcción; pompas fúnebres y transporte por carretera de mercancías y viajeros.

3.- Es una realidad el escaso número de trabajadores contratados en cada uno de nuestros establecimientos, siendo las microempresas las que proliferan en nuestra Comunidad[25], lo que plantea un importante problema, en la nueva normativa, sobre los sujetos legitimados para negociar convenios, más allá de la condición salarial. Lo que justificaría, junto a otros elementos, la escasa producción convencional empresarial

Con los datos reseñados hablar de negociación empresarial en nuestra Comunidad nos genera importantes dudas sobre su eficacia. Ha de cambiar profundamente el tejido empresarial andaluz si queremos fomentar realmente la contratación colectiva empresarial. La flexibilidad prevista en el RD-L puede ser positiva por la adecuación que cada una de nuestras empresas a las exigencias del mercado. Pero nuestra realidad no parece responder a esta posibilidad, principalmente por el tamaño de nuestras empresas y por el arraigo que la negociación sectorial provincial tiene en nuestra Comunidad, fundamentalmente en los sectores productivos que, actualmente, constituyen la base de nuestra economía. En cualquier caso consideramos que el legislador laboral ofrece instrumentos flexibilizadores suficientes para que una empresa pueda adaptarse en todo momento a las exigencias del mercado sin hipotecar su viabilidad.

8. BIBLIOGRAFÍA

CARDENAL CARRO, M.: «Convenios y negociación colectiva tras el RDLey 7/2011, de 10 de junio», apartado 9: «Un supuesto específico de concurrencia: la prioridad del convenio de empresa» BIB 2011/1156.

---

[25] Según el IECA 500.169 trabajadores prestan sus servicios en establecimientos de hasta 5 trabajadores, por lo que no cuentan con representación legal; en empresas con una plantilla entre 6 y 49 trabajadores tenemos 52.863, de un total de 557.182. De donde se deduce que las empresas de 50 o más trabajadores dan ocupación sólo a 4.150, constituyendo esta cifra el 0.7% del total. Datos facilitados al 31 de mayo de 2011, http://www.juntadeandalucia.es/institutodeestadisticaycartografia/direst/Resumen2010/index.htm.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Convenios y negociación colectiva tras el RDLey 7/2011, de 10 de junio» BIB 2011/1156.

CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo,* ed., Tecnos, 4ª ed. 2011.

ELORZA GUERRERO, F.: *Los acuerdos reguladores de condiciones de trabajo y empleo,* ed. CES, Madrid, 2000.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Reforma de la negociación colectiva» Aranzadi núm.6/2011, BIB 2011/1359.

HIERRO HIERRO, FJ.: «Convenios y negociación colectiva tras el RD-Ley 7/2011, de 10 de junio» apartado 10 «Ámbito temporal de los » BIB 2011/1156.

LÓPEZ TERRADA, E.: "Nuevos contenidos de la negociación colectiva en la empresa" Documentación Laboral, nº 91, 2011.

MERINO SEGOVIA, A.: "La reordenación del tiempo de trabajo: incidencias en la negociación colectiva", en AA.VV.: *La negociación colectiva ante la crisis económica,* ed. Bomarzo, Albacete, 2010.

SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. SEMPERE NAVARRO, AV.: «Convenios y negociación colectiva tras el RDLey 7/2011, de 10 de junio» BIB 2011/1156.

LA NUEVA CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL DESCUELGUE SALARIAL

José Antonio Fernández Avilés
P*rofesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo*
y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

ÍNDICE

1. LA "TÉCNICA" DE DESCUELGUE SALARIAL Y SU FINALIDAD POLÍTICO-JURÍDICA
2. LA REORDENACIÓN NORMATIVA DEL DESCUELGUE SALARIAL
3. LA "TRANSICIÓN" AL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE DESCUELGUE SALARIAL (¿QUÉ PAPEL PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SUPRAEMPRESARIAL?)
4. BIBLIOGRAFÍA

1. LA "TÉCNICA" DE DESCUELGUE SALARIAL Y SU FINALIDAD POLÍTICO-JURÍDICA

1.1. Consideraciones generales sobre el "descuelgue salarial"

En nuestro ordenamiento jurídico, la figura del "descuelgue salarial" constituye una vía flexibilizadora de las condiciones salariales y –en su conformación anterior a la reforma de 2010– se encontraba prevista para su incorporación y regulación en la negociación colectiva supraempresarial.La normalización de las denominadas *cláusulas de descuelgue salarial*, cuya posibilidad de utilización fue deliberadamente incentivada por la reforma laboral de 1994 supone, dentro del diseño estructural de la negociación colectiva estatutaria, una modulación al principio de estanqueidad (la prohibición de no concurrencia) del Convenio Colectivo. El objetivo de la reforma era posibilitar la adaptación del régimen salarial vigente en la empresa a las necesidades económicas de la misma, como medio de facilitar su viabilidad económica en un entorno económico que se consideraba más exigente y competitivo.

Esta institución laboral puede concebirse dogmáticamente como una excepción a la regla de la inderogabilidad y eficacia del convenio colectivo durante su vigencia, aunque lo cierto es que su reconocimiento vino a "normalizar" una situación en la que, de forma sobrevenida, un acuerdo de empresa –normalmente– se sobrepone al convenio colectivo supraempresarial vigente en relación al régimen salarial aplicable en la empresa, que –como de todos es sabido– constituye la materia por excelencia de la negociación colectiva.

Esta posibilidad no hace sino corroborar la "potencial" *ductilidad del salario frente a las exigencias de la organización productiva* (Fernández Avilés, 2001, pp. 305 y ss.), con el consiguiente transvase o traslado del riesgo de la marcha económica de la empresa a la esfera de las condiciones salariales de los trabajadores. Se trata de un riesgo que, por definición del propio contrato de trabajo, formalmente pertenecería soportarlo exclusivamente a la empleadora. En definitiva, suponen un plegamiento de la *ratio* jurídica que informa el contrato de trabajo a la situación económica de la empresa y a las exigencias del mercado en el que opera la empresa (Mercader Uguina, 1996, p. 50; Fernández Avilés, 2003, pp. 235 y ss.). Es por ello que pueden calificarse como una técnica de regulación jurídico-laboral de carácter flexible, que se orienta a la defensa de la productividad y de la viabilidad económica de la empresa, aunque es obvio que mediatamente puedan también contribuir al mantenimiento del empleo en la misma, en detrimento de medidas laborales de ajuste más drásticas. Sin embargo, esta conexión entre abaratamiento del coste laboral y mantenimiento del empleo no resulta pacífica en la teoría económica, pues frena el consumo y, a su vez, ello tiene consecuencias sobre los niveles de actividad económica y empleo. Forma parte más bien de una estrategia "defensiva" que de una política decidida que apueste por la calidad del

empleo como instrumento de recuperación económica en el marco de un sistema productivo más competitivo y de mayor valor añadido.

Ha podido constatarse que la negociación colectiva supraempresarial, su principal fuente de regulación hasta ahora, no había asumido los objetivos reformistas del legislador de 1994, manteniéndose dentro de parámetros "garantistas" –pero también "rígidos"- lo que ha imposibilitado que la medida (de marcado carácter coyuntural y transitorio) haya podido actuar eficazmente como mecanismo preventivo, abriendo la posibilidad de una novación salarial frente a opciones empresariales más atinentes directamente al propio volumen de empleo. Esta situación probablemente ha venido inducida por la desconfianza sindical a la introducción de un régimen demasiado flexible para este mecanismo de reajuste salarial, como también por la propia prudencia empresarial –en el plano colectivo- frente a una diáspora en la fijación de los costes salariales y sus potenciales efectos perniciosos desde la perspectiva de la competencia en cada sector de actividad. Así pues, son diversos los factores que –en el plano del sistema de relaciones laborales- han coadyuvado para que esta institución no haya actuado eficazmente como elemento de contención frente a la masiva destrucción de empleo acontecida en nuestro país en los últimos tiempos (*vid*. Lahera Forteza, 2011, pp. 342 y ss.).

El nuevo marco legislativo vigente tras la reforma laboral de 2010-2011 conlleva una reordenación que supone un "giro copernicano" en la conformación jurídica del descuelgue salarial, de orientación nítidamente flexibilizadora y facilitadora del descuelgue como medida de flexibilidad "interna" de la relación de trabajo, pero con carencias e imprecisiones normativas que conllevan una cierta inseguridad jurídica en el desarrollo de los procesos de descuelgue y sus resultados. El desplazamiento del convenio colectivo sectorial a la negociación colectiva de empresa es la operación principal del nuevo descuelgue salarial, como medida para evitar el bloqueo convencional y facilitar la acopción de estos acuerdos colectivos de empresa (Cruz Villalón, 2010, pp. 217-219).

La medida se inscribe en una línea de tendencia –prevalente en las transformaciones generales de las estructuras negociales- encaminada al fortalecimiento de la *descentralización* de la negociación colectiva. Se trata de una tendencia –que adquiere tintes "estructurales" en la dinámica de las reformas del sistema de relaciones laborales- para adaptar las concretas condiciones de trabajo a la realidad económica y las exigencias de la empresa. En el sistema de fuentes laboral, y ahora más tras la reforma de 2010-2011, esta figura tiene como consecuencia que, dentro de las manifestaciones normativas emanadas en sede colectiva, detenten especial capacidad reguladora los llamados "acuerdos de empresa" (cuyo protagonismo es prototípico de los modelos descentralizados de negociación colectiva). Se trata de instrumentos de regulación colectiva que suavizan el rigor de la eficacia general de los convenios colectivos estatutarios como característica propia y esencial de su regulación (Casas Baamonde, 1995, p. 23). Ello acentúa, en nuestro sistema de relaciones laborales, la idea del sistema normativo de empresa como

"mundo autónomo" frente al que pierde terreno el complejo de relaciones contempladas por la negociación colectiva centralizada, de manera que se produce una cierta inmunización de la norma empresarial frente a la función homogeneizadora y reguladora de condiciones de trabajo de la negociación colectiva que se produce "en el exterior", en la rama de producción. En definitiva, se produce un plegamiento del sistema de negociación colectiva a las exigencias singulares de la empresa. La evolución y reforma del sistema español de negociación colectiva ha conducido a un sistema más abierto, adaptable y dinámico de negociación colectiva en contraposición al modelo asentado durante el período "corporativo", del que la regulación legal post-constitucional heredó importantes caracteres (Casas Baamonde, 1997, pp. 31 y ss.). Se trata de un fenómeno que anda conexo a una cierta "recuperación" del poder empresarial, pues, con límites precisos, no deja de constituir una ampliación del ámbito de poderes y facultades para la gestión de la empresa, el relativo a medidas referentes a la llamada gestión de personal, que afectan al desarrollo del contrato de trabajo. Ciertamente, esta recuperación del poder empresarial que logra mayor flexibilidad en su gestión de los recursos humanos ha de estar fundada en necesidades de la empresa y lograr el consenso de los representantes de los trabajadores en este nivel.

Toda esta operación también supone una redistribución de poder entre los agentes colectivos en su capacidad de ordenación y gestión de las relaciones laborales, cobrando mayor protagonismo las estructuras representativas inferiores (unitarias) sobre las de ámbito superior (sindicales), aunque como es sabido, en nuestro sistema de relaciones laborales las estructuras representativas de la empresa se encuentran enormemente mediatizadas por las más generales (fenómeno incentivado por el propio sistema legal de relaciones laborales colectivas), lo que en cierta medida amortigua el efecto de pérdida de protagonismo de las instancias sindicales.

1.2. La política jurídica de flexibilidad "interna" en la reforma laboral de 2010-2011

Uno de los objetivos centrales de la reforma laboral de 2010-2011 es la potenciación de los instrumentos de la flexibilidad "interna" de las empresas, orientándose la misma a favorecer la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas y de la producción. Todo ello *"bajo la consideración general de que dichos instrumentos constituyen una alternativa positiva frente a las medidas de flexibilidad externa que implican un ajuste en el volumen de empleo"* (Preámbulo Ley 35/2010). Por su parte, el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, señala en su Exposición de motivos, en referencia a nuestro modelo de convenios colectivos, que *"tiene dificultades para ajustar con prontitud las condiciones de trabajo presentes en la emprea a las circustancias económicas y productivas por las que atraviesa aquélla en los diferentes momentos del ciclo o de la coyuntura económica"*; se considera que ello dificulta la adopción de medidas de flexibilidad

interna, de manera que ello conduce a que, *"a diferencia de lo que sucede habitualmente en otros países, los ajustes no se produzcan inciiendo 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"*.

A nuestro ordenamiento laboral, la propias leyes de reforma haciéndose eco de un "lugar común", le achacan un escaso desarrollo de las posibilidades de flexibilidad "interna". Esta aseveración puede ser muy discutible si se analizan las posibilidades que ya permitían las diferentes movilidades (funcional, geográfica), el régimen de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la regulación de las cláusulas de descuelgue salarial o los márgenes de flexibilidad que abren ciertas modalidades contractuales como por ejemplo el contrato a tiempo parcial (especialmente si va acompañado del pacto de horas complementarias). Otra cuestión es que la *praxis* empresarial haya optado por otras medidas como el recurso a la contratación temporal y los mecanismos extintivos como respuesta a las rigideces que podían presentar las reglas –causales y procedimentales- de los mecanismos novatorios en garantía de los derechos de los trabajadores. Ahora se trata, en expresión del Preámbulo de la Ley 35/2010, de *"…configurar instrumentos que permitan a las empresas mejorar su competitividad, salvaguardando los derechos de los trabajadores y facilitando de modo especial el mantenimiento de sus puestos de trabajo…"*.

Conviene tener en cuenta que estamos ante un reforzamiento de lo que podríamos denominar *flexibilidad interna "unidireccional"*, esto es, aquella que se contempla para reforzar la adaptabilidad de las condiciones de trabajo por iniciativa empresarial y para responder a las necesidades de la misma.

La reforma de 2010-2011 supone también un nuevo reequilibrio de poder en el seno de la relación de trabajo, fortaleciendo la posición empresarial (los "poderes empresariales" en la relación jurídico-laboral) de cara a afrontar el cambio económico, productivo o tecnológico, con el correlativo retroceso en la seguridad y estabilidad de la posición jurídico-contractual de los trabajadores. No han salido fortalecidos los mecanismos de participación de los trabajadores en la adopción de las decisiones empresariales sobre gestión del personal. Desde esta perspectiva, la orientación general de la reforma engarza con las orientaciones de "política flexible del trabajo" que vienen imprimiendo su carácter a las reformas laborales en España que se vienen sucediendo en las últimas décadas. Supone un nuevo paso hacia una nueva "constitución flexible" del Derecho del Trabajo (Monereo Pérez, 1996), orientado hacia la satisfacción de las exigencias empresariales, como vía para el mantenimiento del empleo en la empresa.

En la actual situación normativa, el acuerdo entre la dirección de la empresa y los representantes legales de los trabajadores para convertirse en la institución típica y paradigmática de uso sistemático, dentro del sistema de ordenación de las

relaciones laborales, como cauce de regulación y modificación de las condiciones de trabajo. La nueva regulación del descuelgue salarial engarza perfectamente en el nuevo paradigma de estructuración de la actividad negocial colectiva [*v. gr*. enlaza perfectamente con la preeminencia que el convenio colectivo de empresa tiene mediante su prioridad aplicativa –salvo previsión específica en un acuerdo interconfederal *ex* art. 83.2 LET- respecto del convenio sectorial en materia de *"cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa"*, y en cuanto al *"abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos"* (nueva redacción del art. 84.2 LET, según Real Decreto-ley 7/2011)].

El fenómeno descentralizador negocial manifiesta una abierta intención del legislador español por el reforzamiento en nuestro ordenamiento laboral de un *principio de inmediación* en las relaciones laborales. Según el mismo, la negociación a nivel de empresa otorgaría mayores posibilidades de acercamiento real y de elaboración de respuestas paccionadas de las partes a los problemas actuales o potenciales de la empresa, y además facilita que la negociación colectiva responda de manera más eficaz y adecuada a las demandas flexibilizadoras en materia laboral que la coyuntura económica y las nuevas estructuras empresariales reclaman, y que se configuran así como una vía más de regulación sustitutiva de la más homogénea que procura la negociación supraempresarial en la fijación de condiciones laborales. Esta función de adaptación a las características de la organización productiva puede constatarse en la generalidad de los diversos supuestos en los que la LET remite al acuerdo de empresa. La importancia otorgada a los acuerdos de empresa ponen de relieve una neta línea político-jurídica de *descentralización* de la negociación colectiva hacia la empresa como medida favorecedora y apta para la flexibilidad en la gestión de la mano de obra y la adaptabilidad de la misma -tanto en su volumen como en las condiciones laborales- a las cambiantes necesidades de la empresa. Todo ello aproxima nuestro sistema de negociación colectiva hacia un modelo que presenta los caracteres de una mayor descentralización y "dinamismo".

2. LA REORDENACIÓN NORMATIVA DEL DESCUELGUE SALARIAL

2.1. La nueva morfología jurídica del descuelgue salarial en nuestro sistema de relaciones laborales

La figura del "descuelgue salarial", aunque tuvo algunas manifestaciones previas, se institucionaliza en el ordenamiento laboral español de manera estable a través de la reforma de 1994. De manera sintética, consistía básicamente en la posibilidad de que, a través de acuerdo colectivo de empresa, las empresas que atraviesan una situación de dificultad económica puedan dejar de aplicar el régimen salarial previsto en el convenio colectivo supraempresarial (sectorial o de grupo de empresas) de aplicación en la empresa, fijándose en la misma nuevos

niveles salariales. Se trataba de una materia que debía ser objeto de regulación por el convenio colectivo supraempresarial (como contenido "mínimo" del mismo), y, en su defecto, se establecía un régimen legal subsidiario para canalizar la decisión empresarial facilitar el descuelgue salarial. En esos supuestos el descuelgue se producía por acuerdo entre los representantes de los trabajadores y el empleador; en caso de desacuerdo resolvía la comisión paritaria, sin que al respecto el acuerdo directo con los trabajadores afectados fuese suficiente o vinculase a la comisión paritaria, dado que significaba la pérdida de eficacia de un convenio colectivo estatutario en materia salarial.

En la práctica, la ordenación convencional de esta figura ha supuesto la introducción de elementos de "rigidez" muy limitativos (causales, formales o procedimentales, etc.) para la operatividad de la figura, lo que ha impedido que la misma actúe verdaderamente como un mecanismo de flexibilidad interna, cuya finalidad hipotética era también la contención de la destrucción de puestos de trabajo (Sempere Navarro / Meléndez Morillo-Velarde, 2010; Fernández Avilés, 2010). La negociación colectiva en muchos sectores establecía elevadas exigencias causales (más propias de una regulación de empleo) y procedimientos muy rígidos y complejos que dificultaban la utilización de la medida como alternativa a otro tipo de medidas más drásticas; a igualdad de exigencias, las empresas optaban por la fórmula del despido económico u otros mecanismos extintivos del contrato de trabajo.

Ciertamente, la negociación sectorial –con sus cláusulas de revisión automática- reduce las posibilidades de las empresas de adaptarse al cambio y hace rígido el ajuste salarial cuando la economía entra en ciclos recesivos (Mercader Uguina, 2010, p. 164). La dificultad de adaptación de los salarios a las condiciones de cada empresa viene a tratar de paliarse con un sistema más flexible y descentralizado de descuelgue salarial, de manera que ello permita a las empresas reducir los costes del factor trabajo para contribuir a superar situaciones coyunturales de dificultad. En este contexto, la institución del descuelgue se convierte en una vía de ajuste en las situaciones de crisis empresariales, dado que a través de este mecanismo se consigue aliviar la presión salarial, contribuyendo a garantizar la pervivencia de la empresa y de los puestos de trabajo. No resulta lógico que en un contexto de fuerte destrucción de empleo y de crisis económica, los costes salariales siguieran una dinámica de crecimiento. Pero permitir el descuelgue sobremanera también implica el riesgo de la fragmentación de los niveles salariales dentro de los diferentes sectores de actividad en función de la política salarial que despliegue cada empresa (*dumping social* intra-sectorial).

El art. 6 de la Ley 35/2010 introducía una nueva regulación del descuelgue salarial que implicaba un alejamiento importantísimo respecto de la regulación precedente. El reformado art. 82.3 LET regula directamente el procedimiento y condiciones de descuelgue salarial, que ya no se remite a la negociación colectiva sectorial (supraempresarial) para que habilite el descuelgue, y es el propio precepto legal el que concreta las condiciones y procedimientos para efectuarlo

por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, dejando al convenio colectivo solamente el establecimiento de previsiones sobre la solución de los desacuerdos que se planteen durante la implementación del descuelgue. Por su sentido y ubicación sistemática estamos sin duda ante una excepción a la previsión de eficacia general de los convenios colectivos.

Salvo la precisión ya señalada, la reforma laboral de 2010-2011 prescinde de cualquier tipo de intervención del convenio supraempresarial –presente en los borradores previos al Real Decreto-ley 10/2010- y remite directamente al nivel de empresa la definición del régimen y condiciones del descuelgue salarial. La opción que ha visto la luz supone una abierta y franca apuesta por la negociación de empresa y por la eliminación del papel vertebrador del convenio sectorial en esta materia (Mercader Uguina, 2010, p. 167).

Resulta así evidente cómo el legislador reformista se apartaba inicialmente de las propias previsiones sobre esta figura contenidas en el Capítulo II del *Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-2012*. Conforme a este Acuerdo, los interlocutores sociales se comprometían a facilitar la inaplicación salarial en la negociación colectiva y a potenciar el papel de la comisión paritaria, que ahora deja de tener una intervención relevante en el procedimiento de descuelgue salarial. La única materia en la que ahora existe remisión expresa a su regulación por la negociación colectiva supraempresarial es la previsión sobre mecanismos de solución extrajudicial de las desavenencias que puedan surgir en el proceso de negociación del descuelgue, aunque la versión de 2011 abre algunas posibilidades de intervención a la Comisión paritaria en caso de bloqueo o fracaso de la negociaciónn. Como puede comprobarse, la regulación legal se aleja de los criterios adoptados por los interlocutores sociales a nivel interconfederal, lo que plantea dudas sobre la oportunidad del cambio y el impacto que el mismo pueda tener en el desarrollo ulterior de la negociación colectiva en materia salarial.

La reforma opera una modificación de los arts. 82.3 y 85.3 c) LET, donde se regula esta medida, transformando totalmente la fisonomía y articulación de la misma, en la línea de *"favorecer la efectividad de los procedimientos de inaplicación salarial cuando la situación y perspectivas de la empresa pudieran verse dañadas como consecuencia de régimen salarial establecido afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo"* (Preámbulo Ley 35/2020). La nueva ordenación prevé que el descuelgue se produzca directamente por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo estatutario de empresa (art. 87.1 LET), y ello sin necesidad de que la decisión sea fiscalizada por la comisión paritaria del convenio colectivo (como órgano ordinario de interpretación y aplicación del mismo), aunque la nueva regulación introducida por el Real Decreto-ley le atribuya a este órgano ciertas funciones resolutorias antes no contempladas en la versión 2010.

2.2. Convenio colectivo sobre el que opera el descuelgue salarial

Conforme a su nueva redacción, el art. 82.3 LET establece que *"se podrá proceder, previo desarrollo de un período de consultas en los términos del artículo 41.4* [de la LET]*, a inaplicar el régimen salarial previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa…"*.

La dicción del precepto deja claro que la institución del descuelgue salarial solamente podría producirse respecto de los convenios de *ámbito supraempresarial*, además de tratarse de convenios colectivos estatutarios (pues la regla no tiene virtualidad alguna respecto de la negociación colectiva estatutaria). Es decir, el descuelgue podría realizarse respecto de convenios colectivos cuyo ámbito de aplicación afecte a una pluralidad de empresas, abarcando así convenios de grupos de empresas, subsectoriales, sectoriales, intersectoriales o interprofesionales, con independencia de cuál sea su ámbito territorial y funcional (Sempere Navarro / Meléndez Morillo-Velarde, 2010, p. 51). Por consiguiente, no es posible la utilización del mecanismo del art. 82.3 LET cuando se pretenda alterar el régimen salarial previsto en un convenio estatutario de empresa [Mercader Uguina, 2010, p. 167; SAN 24 de junio de 2009 (AS 2009\1728)]. En tales hipótesis, las vías posibles son la negociación *ante tempus* del convenio colectivo, viable por mutuo acuerdo de las partes negociadoras, o bien acudir a otros mecanismos de ajuste salarial –estructural- previstos en sede legal (arts. 41 y 26.5 LET), o que puedan contemplarse por el propio convenio colectivo empresarial.

Una problemática específica puede plantearse en empresas "multiconvenio", esto es, aquéllas en las que son de aplicación distintos convenios colectivos. Para estas situaciones se ha considerado que la solución más lógica es la de que el descuelgue de cada grupo o conjunto homogéneo de trabajadores sólo puede proceder respecto del convenio que se le viniera aplicando (Sempere Navarro / Meléndez Morillo-Velarde, 2010, p. 68).

2.3. La causa del descuelgue salarial

2.3.1. La reformulación legal de la causa: hacia el descuelgue "preventivo"

La reforma es muy flexibilizadora en esta cuestión, pues abre incluso la posibilidad del descuelgue salarial frente a futuribles situaciones y no solamente en relación a circunstancias actuales, pues lo posibilita en razón a *"la situación y perspectivas económicas"* de la empresa. La regla ampara así lo que podría denominarse el *descuelgue salarial "preventivo"*.

Repárese que la norma deja de utilizar la noción de "situación económica negativa" de la empresa como base fáctica que legitima acudir al descuelgue salarial. En la anterior versión del art. 82.3 LET/1994 el descuelgue venía justificado si de la aplicación salarial "pudiera verse dañada" la estabilidad económica de la empresa. La nueva regulación sustrae la delimitación del supuesto legal habilitante del descuelgue al convenio colectivo supraempresarial, luego la concreción causal

ya no correspondería a los interlocutores sociales a ese nivel, sino que se define por el propio legislador y luego se debate a nivel de empresa, pero ya en trámite de negociación y en función de las circunstancias concretas por las que atraviese la empresa. En concreto, el precepto legal –tras el Real Decreto-ley 7/2011- legitima el descuelgue salarial de la empresa *"cuando la situación y perspectivas económicas de ésta pudieran verse afectadas negativamente como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma"*. Se omite la expresión "dañadas" de la versión anterior para referirse más ampliamente a que pudieran verse "afectadas negativamente". El cambio en la literalidad de la norma manifiesta la intención clara del legislador de flexibilizar el elemento causal del descuelgue salarial, de manera que el descuelgue salarial pueda ser tanto una medida "paliativa" frente a una realidad económica negativa, como también puede cumplir una función "preventiva" que permita atender no ya una situación real y actual de crisis económica de la empresa, sino también afrontar una "perspectiva económica" que se presenta incierta y para la que la medida de descuelgue contribuiría a disipar esa amenaza futura (situación hipotética y de futuro). La norma no legitimaría el descuelgue solamente para situaciones en las que concurran factores que dañen la estabilidad económica de la empresa, ni que el daño alcance tal magnitud que produzca efectos irreparables en la economía de al empresa; antes al contrario, la nueva ordenación causal permite un amplio margen de apreciación a los negociadores en los ámbitos empresariales para valorar, atendidas las concretas y específicas circunstancias de cada empresa, en qué medida una concreta coyuntura económica está llamada a producir efectos actuales o futuros en el mantenimiento del empleo y, por extensión, en qué medida se hace necesaria una intervención correctora sobre los salarios marcados por los convenios de ámbito sectorial (Mercader Uguina, 2010, p. 170).

La reforma de la causalidad por el Real Decreto-ley 7/2011 (art. 6.Cinco) consiste en introducir la referencia a *"la disminución persistente de su nivel de ingresos"* como causa habilitante del descuelgue. Expresión que ya estaba contenida –desde la Ley 35/201- en la definición de la causa económica del despido colectivo, lo que contribuye a difuminar cualquier diferenciación en el elemento causal de ambas figuras, en detrimento de la conformación de la extinción contractual como *ultima ratio*.

Los términos en los que está redactada la causa de la excepcionalidad no pueden ser más ambiguos y etéreos. Dado que todo incremento de costes laborales es perjudicial para la estabilidad económica de la empresa, eran los convenios colectivos supraempresariales los que realizaban una cierta delimitación del alcance de la fórmula legal consistente en que el daño a la estabilidad económica había de entenderse real y concreto, y materializarse en determinados hechos que vienen a coincidir produciendo una situación de real dificultad económica. Ahora estos límites causales dejan de operar en el descuelgue salarial.

Con claridad, la nueva previsión legal admite (en coherencia con la política-jurídica inspiradora de la Reforma que la introduce) el descuelgue ante *razonables previsiones de potencial o futura afectación económica a la empresa* si se sigue manteniendo la aplicación del régimen salarial establecido. La inconcreción de la causa aumentar el poder discrecional del empleador concreto en la decisión de acudir al mecanismo, dada la indeterminación jurídica que acusa el precepto legal. De ello deriva la posibilidad de admitir el descuelgue en los casos en que las previsiones futuras de productividad o competitividad de la empresa pudieran venir seriamente comprometidas con el mantenimiento del régimen salarial (en línea con lo defendido por parte de la doctrina: Garrido Pérez, 1996, pp. 375-376; Pérez de los Cobos Orihuel, 1996, p. 49).

Ello implica, a efectos probatorios que, así como los factores y causas desencadenantes de la situación desfavorable deben ser probados por la empresa -en concreto, los resultados de la explotación que inciden desfavorablemente en la rentabilidad por ser negativos-, sin embargo, la conexión de funcionalidad entre la medida -de descuelgue- y la superación de la situación -de falta de rentabilidad- ha de ser objeto de valoración no tanto como hechos históricos, sino como *juicio de razonabilidad* de acuerdo con las reglas de experiencia generalmente reconocidas en la vida económica, aunque ambos criterios de ponderación se entremezclan en ocasiones. Las alusiones a los proyectos y situaciones futuribles van a exigir la aportación, al menos, de indicios o argumentos económicos suficientes para justificar la medida, para cuya finalidad los empresarios deberán recurrir a estudios de proyección económico-financiera de la empresa y el sector y contexto económico en que opera (Llano Sánchez, 2010, p. 2643). Como medida de control, hubiera sido conveniente establecer la exigencia, en la documentación acreditativa de la necesidad del descuelgue, de *planes de viabilidad o de futuro* que justifiquen teleológicamente la propuesta empresarial de descuelgue, como se exigía en una parte significativa de los convenios colectivos supraempresariales. Como refuerzo de las exigencias causales, algunos convenios colectivos establecía la necesidad de que previamente se agoten las posibilidades de compensación y absorción salarial en la recuperación de la estabilidad de la empresa. En consecuencia, el empleo de tales técnicas se contempla como medida previa de obligada utilización antes de acudir al mecanismo del descuelgue. Pero la vigencia y/o viabilidad jurídica de estas técnicas de control convencional de la medida ahora están en entredicho (*vid. infra*).

El *onus probandi* empresarial se ciñe a la situación financiera y contable de la empresa, pero cuando se opera sobre expectativas, no estamos ante una prueba, sino ante una argumentación de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida frente a una previsible situación futura. Es obvio que una reducción salarial, por el ahorro de costes laborales que supone, es una medida que, atendiendo exclusivamente a criterios de racionalidad económica, sería siempre necesaria. La justificación para la adopción de la medida debiera acreditarse por el empresario a través de unas obligaciones –inexistentes en el marco normativo legal- de suministro de información y documentación que solía estar ampliamente contemplada por

la negociación colectiva en la materia, incluso con suavizaciones en función del volumen de plantilla de la empresa y sin alcanzar necesariamente las exigencias previstas para la regulación de empleo. Estas obligaciones de información aparecen como un medio de control ineludible, pero también como un instrumento necesario para la actividad negocial que se produce en relación al establecimiento del nuevo régimen salarial.

En cualquier caso, ha de tenerse presente que la cláusula de descuelgue tiene por finalidad la superación de una situación al menos de dificultad empresarial real o previsible, no de mera conveniencia. Los sujetos negociadores a nivel empresarial son los que ahora deben buscar una proporcionalidad entre el sacrificio salarial que pesaría sobre los trabajadores en tal caso y la entidad del daño o necesidad en la situación de la empresa, pero ahora no entendiendo necesariamente que ese daño a la estabilidad económica de la empresa haya de interpretarse restrictivamente como una alteración real, y no meramente hipotética. La entidad del desequilibrio empresarial requerible ya no es tan profundo y lesivo, en los esquemas económicos y productivos de la empresa, sin que se llegue hasta el punto de poner en peligro el mantenimiento o la misma subsistencia de aquélla, bastarían situaciones menos graves como previsiones de una disminución o reducción de los beneficios empresariales que pudieran tener repercusión sobre el empleo.

Es altamente necesario un esfuerzo negociador –ahora solamente a nivel de empresa, con una contraparte social débil en muchísmos casos- en la concreción y delimitación (*"objetivación"*) de la causalidad requerida para que pueda producirse la inaplicación del régimen salarial previsto en el convenio colectivo. El establecimiento de una causalidad de menor intensidad en cuanto a la situación de la empresa no está reñida con una delimitación y concreción precisa de las situación que reclama el descuelgue, en aras de la seguridad jurídica. Se trata de la búsqueda de un equilibrio entre garantismo colectivo y flexibilidad que debe alcanzarse a nivel de empresa. El punto de equilibrio aparece así como algo queda a merced del poder de negociación de las partes negociadoras o de los sujetos a los que se encomiende su concreción o control concreto, dadas las amplias posibilidades que son posibles.

2.3.2. La conexión con el "mantenimiento del empleo" y sus repercusiones sistemáticas

En todo caso, la norma exige una conexión causal entre la situación de la empresa, actual y futura, con afectación al *"mantenimiento de empleo"* en la misma, pues este elemento se erige en eje valorativo para enjuiciamiento causal de la medida. El efecto sobre el empleo (en la empresa) se convierte en factor esencial de valoración de la procedencia de la medida, y sobre ese elemento se proyecta la situación económica negativa presente o futura de la empresa.

Lo cierto es que no hay garantías jurídicas para constatar a posteriori los efectos del descuelgue salarial sobre el volumen de empleo, como tampoco es viable la constatación de los eventuales efectos adversos sobre el empleo que habría

podido tener el mantenimiento del régimen salarial del convenio. En algunos convenios colectivos supraempresariales el mantenimiento de la medida se condicionaba a la evolución y mantenimiento del empleo en la empresa afectada. Las causas del descuelgue previstas en la ley son muy genéricas y de futuro, y resultan de difícil control (López Aniorte, 2010, p. 155). En este sentido, la reforma no se sitúa en una óptica garantista de los derechos de los trabajadores, decreciendo la estabilidad de las condiciones salariales cuando las circunstancias empresariales cambien.

Esta conexión con el mantenimiento del empleo ha tenido una lectura doctrinal en el sentido de considerar que descuelgue salarial se concibe así como una medida preventiva y alternativa al despido por causas económicas, que sería una *ultima ratio* frente a las opciones novatorias del empleador. En teoría, esta conexión causal entre situación actual o futura de la empresa y potencial afectación al nivel de empleo en la empresa se configuran como presupuestos que permiten el recurso al descuelgue salarial como antecedente necesario de otras medidas de mayor gravedad (Mercader Uguina, 2010, p. 171). No obstante, no se establece regla alguna que priorice esta medida novatoria frente a la extintiva, como tampoco se aprecian con claridad diferencias de intensidad en cuando a la causalidad exigible. Cierto es que la nueva causalidad del despido por causas económicas alude a una *"situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos, que puedan afectar a su viabilidad o a su capacidad de mantener el volumen de empleo"* (art. 51.1 LET). Como puede comprobarse, la extinción por causas empresariales también se admite con carácter "preventivo", no hay conexiones sistemáticas entre ambas medidas que prioricen unas –las novatorias- sobre otras –las extintivas- obligando al empleador a acudir antes a los mecanismos de flexibilidad interna que a las extinciones contractuales.

El presupuesto económico habilitante en todas las medidas de ajuste puede complicar muchísimo el deslinde de intensidad causal entre una y otra institución laboral, de manera que la lógica empresarial se mueve en un *ámbito de discrecionalidad* en cuanto a la selección de la medida más adecuada, no necesariamente priorizando el recurso a la flexibilidad interna como alternativa a la extinción. Por tanto, nada garantiza que la nueva flexibilidad interna contenga la sangría de destrucción de puestos de trabajo.

Por último, aunque el descuelgue parece una respuesta adecuada a problemas coyunturales –no tanto estructurales-, no hay que descartar la posibilidad de que el mismo sirva de medida de acompañamiento dentro de un plan de reestructuración o de reajuste global (no obstante, *v. gr*. la STSJ Castilla y León 11 de marzo de 2009, declara la inaplicabilidad de la cláusula de descuelgue salarial cuando la empresa ya había acudido a un expediente de regulación de empleo temporal). En tal caso, para cada una de las medidas a adoptar, habrá de estarse a la concreta ordenación normativa estatutaria según su tipología.

2.4. Sujetos legitimados para la negociación del descuelgue salarial

2.4.1. Empresa con representación legal de los trabajadores

Conforme a las nuevas previsiones legales, la decisión para proceder al descuelgue corresponde al empresario y a los representantes legales de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a las reglas del art. 87.1 LET. Además de ello, también estos sujetos intervendrán como interlocutores en la negociación del nuevo régimen salarial aplicable con posterioridad al descuelgue. El art. 87.1 LET –por remisión del art. 82.3 LET- establece que en los convenios de empresa o ámbito inferior están legitimadas para negociar tanto la representación unitaria como las representaciones sindicales, si las hubiere, señalando que en los convenios que afecten a la totalidad de los trabajadores de una empresa o centro de trabajo será necesario que tales representaciones sindicales lo acuerden y, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal. La legitimación en el seno de la empresa o centro de trabajo es una legitimación no acumulable, sino alternativa y excluyente entre sí. Por tanto, en el acuerdo colectivo que se negocie por los representantes sindicales, no podrán intervenir también los representantes unitarios. Dado que el descuelgue salarial se produce por iniciativa empresarial, será la empresa la que seleccione a uno u otro tipo de representación legal para que actúe como interlocutor en el proceso de negociación del descuelgue.

2.4.2. Empresa sin representación legal de los trabajadores

En los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, el periodo de consultas no se amortiza (ni se reemplaza por un acuerdo "plural"), sino que los trabajadores podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (*ex* art. 83.2 párr. 3º LET). Cierta doctrina judicial admitía en tales supuestos la negociación con todos los trabajadores (pacto individual de descuelgue con cada uno de los trabajadores afectados) [STSJ País Vasco 9 de junio de 2009], pero la nueva regulación deja a la opción de los mismos la decisión de ser representados por una comisión *ad hoc* ("interna") o por una comisión sindical ("externa"), sin que parezca que el empresario esté obligado a tratar con todos los trabajadores si éstos no deciden designar una comisión.

No parece que la "comisión interna" sea la mejor solución para pequeñas empresas, donde verdaderamente no existe con propiedad una negociación colectiva y el eventual acuerdo en la mayoría de las ocasiones simplemente implica aceptar la propuesta formulada por la empresa. En muchos casos estaremos ante una hipótesis de individualización cubierta bajo el ropaje del acuerdo colectivo. Asimismo, en muchas de ellas no existe garantía de que verdaderamente se trate de una "libre opción" entre los dos tipos de representación que permite la norma (sindical o *ad hoc*), sin que se produzcan ingerencias empresariales para que opten por la

representación interna a la empresa (previsiblemente menos contestataria frente a la posición empresarial), de ahí que hubiera sido más prudente el mantenimiento exclusivo de la comisión sindical (como establecía el Real Decreto-ley 10/2010). Por ello, la situación puede facilitar enormemente el descuelgue, y las ingerencias empresariales al respecto son de difícil prueba (Ojeda Avilés, 2010, p. 598) y de inciertas consecuencias jurídicas (quizá podrían determinar la posibilidad de impugnar el hipotético acuerdo colectivo).

Conforme a la norma remitida (art. 41.4 LET), caben dos soluciones en tales supuestos, dejando a los trabajadores la libertad de elección por una u otra:

a) La primera fórmula –inexistente en la versión del Real Decreto-ley 10/2010- consiste en que los trabajadores atribuyen la representación para la negociación del acuerdo *"a una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente"*. El legislador ha optado así por dejar a la decisión de los trabajadores la posibilidad de instituir una representación colectiva *ad hoc*, evitando así la alternativa asamblearia de la negociación directa con la totalidad de la plantilla de la empresa o la imposición –negociación- individual (plural) del descuelgue. La elección democrática aludiría a que los miembros de la comisión serán designados por acuerdo mayoritario (en cuanto sea posible, debería realizará conforme a las previsiones de los arts. 77-80 LET). Esta fórmula representativa –como alternativa a la sindicalizada- se ha criticado por abrir la posibilidad de que el empleador intente influenciar en la elección de los portavoces de los trabajadores, además de que la falta de garantías de éstos les coloque en una situación de debilidad en la negociación (Alfonso Mellado, 2010, p. 112). En definitiva, este tipo de comisión –a diferencia de la sindical- sería más permeable a la capacidad de presión del empleador y conducir, más que a un acuerdo, a una imposición encubierta de la solución; es por ello, y dado que el proceso debe concluir en un descuelgue de condiciones establecidas en convenio colectivo estatutario, que se ha considerado una fórmula de negociación que "debe ser cuestionada desde la eficacia vinculante que constitucionalmente se atribuye a los convenios colectivos y que debe ser garantizada por ley… lo que no se hace, ciertamente, con esta regulación" (Alfonso Mellado, 2010, p. 128).

b) La segunda fórmula posible consiste en que la representación se atribuya a *"una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma"*. Esta opción supone la incorporación de los sindicatos más representativos a un ámbito en el que tradicionalmente han tenido escasas posibilidades de actuación como son las empresas sin representación, así como un refuerzo del papel de control y seguimiento sobre los

> actos de inaplicación del convenio de aquellos sujetos que intervinieron en el proceso de negociación del convenio de sector. La versión final de la norma no contempla la designación de los miembros por la comisión paritaria del convenio colectivo –como establecía la versión del Real Decreto-ley 10/2010- sino por los sindicatos "según su representatividad". La situación puede ser compleja si son más de tres los sindicatos con derecho a formar parte de la misma (en cuyo caso la misma representatividad actuará como criterio excluyente) o si no existe acuerdo acerca de quiénes y en qué proporción ha de integrarla, de ahí que se considerase más adecuada la designación por la comisión paritaria (Alfonso Mellado, 2010, p. 113). La doctrina ya ha manifestado su escepticismo sobre la virtualidad práctica del precepto, pues en las pequeñas empresas, y dado que la medida exige que los trabajadores depositen su confianza en personas extrañas a la empresa, de poco les valdrá el "aval" de las siglas del sindicato si éste no tiene implantación real en la empresa. Se podría haber optado por la imposición *ex lege* de la comisión sindical, pero no ha sido así, quizá porque tal imposición legal hubiera alterado la lógica del sistema institucional de representación, construido sobre la voluntad y la confianza de los trabajadores a la hora de elegir a sus representantes en la empresa (Llano Sánchez, 2010, p. 2640). Es en esta segunda hipótesis para la que también se contempla la posibilidad de que el empresario pueda *"atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial"*.

En cualquier caso, la norma trata de reforzar la posición de la empresa en esta hipótesis, y establece que en todos los casos la designación deberá realizarse en un plazo de cinco días a contar desde el inicio del periodo de consultas, *"sin que la falta de designación pueda suponer la paralización del mismo"*. Habrá de entenderse que si el empleador tiene que iniciar el período de consultas y no existen representantes, la única posibilidad es que dirija una comunicación en ese sentido a todos los trabajadores afectados (Alfonso Mellado, 2010, p. 111). Por consiguiente, si la designación de los miembros de la comisión se realiza extemporáneamente (pasados los cinco días de plazo), la empresa tendrá que aceptar esa comisión y deberá iniciar al negociación, pero sólo hasta cumplir lo que reste para alcanzar la duración máxima de los quince días, sin que exista obligación alguna de prorrogar dicha consulta por el retraso en la designación de los miembros de la comisión negociadora. La brevedad de los plazos hace aconsejable que los convenios colectivos supraempresariales establezcan mecanismos ágiles para la eficacia de la puesta en marcha del proceso negociador (Mercader Uguina, 2010, p. 174).

Finalizado el plazo máximo de quince días sin que se proceda a designar la comisión negociadora por causas no imputables al empresario, y ante el silencio del legislador, cabe entender que la empresa podría prescindir de la consulta,

aunque no estaría en condiciones de seguir adelante con la medida y debería acudirse a algún mecanismo de solución extrajudicial, sin que parezca viable el establecimiento del descuelgue salarial por imposición unilateral de la empresa.

En ambos tipos de comisión el número máximo de miembros será de tres miembros y no se fija un umbral mínimo, aunque el término "comisión" implica un conjunto de personas, de ahí que lo razonable es que se integre al menos por dos miembros. Interesa destacar –especialmente en lo que respecta a la representación "interna"- que no existe una extensión expresa de las garantías de los representantes de los trabajadores, ni tampoco un modulado régimen de garantías específico para los representantes en estas situaciones. El *status* jurídico de los miembros de esta comisión *ad hoc* es bastante difuso, llegando a plantearse por la doctrina que no desarrollan una negociación equiparable a la que en términos colectivos se desarrolla con las representaciones legales y sindicales institucionalizadas, de ahí que se considere "un supuesto plenamente asimilable a las negociaciones directas con los trabajadores" (Alfonso Mellado, 2010, p. 111). En mi opinión, no puede negarse al producto negocial resultante la naturaleza de acuerdo colectivo de empresa (derivado del derecho constitucional a la negociación colectiva *ex* art. 37.1 CE), y ello con independencia del particular mecanismo de representación de los trabajadores que pueda haber concurrido en su negociación. La cuestión de la representación –que también está prevista *ex lege*- y sus garantías no altera la naturaleza jurídica del producto negocial resultante.

También se precisa el régimen de toma de decisiones en el seno de la comisión, que *"requerirán el voto favorable de la mayoría de sus miembros"*. Cabe considerar que ello implica la opción por un sistema "personal" de cómputo de la votación y no por un sistema proporcional (ponderado) en función de la "representatividad" de los integrantes de la comisión como el previsto en el art. 89.3 LET. Por un lado, si se trata de la representación "interna" –*ad hoc*- los representantes en principio no aparecen vinculados a la representación de ninguna organización sindical, de manera que no habría un criterio de porcentaje representativo en este caso. Por otro, reténgase que el tenor literal de la norma se refiere a "miembros" y no a "representantes". Por ello, se ha entendido que dada la peculiar configuración de esta representación, la nueva regulación hace primar la "composición efectiva" de la comisión sobre la "electiva", primando el voto por "cabezas" sobre el voto basado en porcentajes representativos; la solución se ha considerado razonable si atendemos a la necesidad de que, en estos casos, se adopte un acuerdo por sujetos que actúan en sustitución de la ausente representación legal de los trabajadores en la empresa y en defensa unitaria de sus intereses (Mercader Uguina, 2010, p. 176; López Aniorte, 2010, p. 160). Aunque esta opción interpretativa también pueda plantear situaciones de bloqueo por empate en caso de que la comisión esté integrada por dos miembros, por lo que es más razonable y aconsejable que la comisión se componga siempre de tres representantes.

En todo caso, si los trabajadores no se ponen de acuerdo en la designación de la comisión en el breve plazo de cinco días previsto en el art. 41.4 LET o, en todo caso, una vez finalizado el plazo máximo de quince días del periodo de consultas, habrá que entender que al no concurrir el presupuesto necesario para alcanzar un acuerdo (interlocución colectiva) la empresa no podrá suscribir un pacto con cada uno de sus trabajadores (Llano Sánchez, 2010, p. 2645), pues ello supondría una hipótesis de individualización "en masa" no admisible constitucionalmente en nuestro ordenamiento). No obstante, la falta de designación de una representación *ad hoc* podría ser el resultado de una actuación de los trabajadores con la finalidad de bloquear el procedimiento aplicativo del descuelgue. Se trataría de una conducta contraria al "deber de negociar de buena fe" cuando dicho comportamiento no encuentra justificación alguna. Conviene traer aquí a colación algún pronunciamiento judicial que reconoció el derecho a inaplicar el régimen salarial pactado en convenio sectorial, por imposibilidad de llegar a un acuerdo por causas imputables a la representación de los trabajadores que sistemáticamente anulaban las reuniones convocadas [STSJ Galicia 26 de enero de 1996 (AS 1996\13)]. Por consiguiente, los trabajadores pueden elegir el tipo de comisión, pero deben elegir en todo caso, ya que ello formaría parte del deber de negociar de buena fe establecido en el art. 41.4 LET, una vez la empresa toma la iniciativa de proponer el descuelgue salarial.

La reforma de la negociación colectiva pretende recuperar un papel más intenso de la comisión en supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores, pues el Real Decreto-ley 7/2011 establece como función atribuible a la Comisión Paritaria del convenio colectivo [art. 85.3 h) apartado 4º LET reformado]: *"La intervención que se acuerde en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, cuando no exista representación legal de los trabajadores en la empresa"*. Lo que parece remitir, bien a un papel decisorio en cuanto a la representación a establecer en estos supuestos, o bien a un papel más decisorio, lo que abre a los convenios colectivos una cierta posibilidad "recentralizadora" de la decisión y régimen del descuelgue salarial en estas hipótesis.

2.5. Procedimiento de descuelgue salarial

En apariencia, el procedimiento instaurado por la reforma simplifica el descuelgue salarial, remitiendo directamente al acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores tanto la adopción del descuelgue salarial como la determinación de las nuevas condiciones salariales.

Nada establece la ley sobre el momento en que el empleador puede formular la solicitud de descuelgue empresarial. En principio, cabe considerar que el plazo para la solicitud del descuelgue comenzaría a partir del mismo momento en que fuese de aplicación el nuevo régimen salarial pactado en el convenio colectivo supraempresarial que resultara perjudicial para la viabilidad económica de la empresa. Aunque

la doctrina ha precisado que, dado que a veces transcurre un *lapsus* temporal amplio desde que se suscribe el convenio hasta que se publica, no habría obstáculo para permitir que el descuelgue se inste desde el momento en que se firme el convenio, máxime en atención a que sus efectos económicos pueden ser retroactivos, con independencia de que haya sido publicado (Sempere Navarro / Meléndez Morillo-Velarde, 2010, p. 75).

El nuevo art. 82.3 LET exige que el descuelgue se negocie a través de un período de consulta-negociación de acuerdo con las previsiones del art. 41.4 LET (relativo a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo). En ningún caso el descuelgue salarial puede ser impuesto sin acuerdo por decisión unilateral del empresario.

De la nueva regulación del art. 41.4 LET destaca la posibilidad de sustituir el período de consultas por el procedimiento de mediación y arbitraje que sea de aplicación en la empresa, siempre que exista acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores. La novedad de esta regulación supone que, de antemano, pueda prescindirse del inicio de las negociaciones y que, sin que sea necesario esperar a que surja desavenencia una vez iniciado el proceso, pueda acudirse a tales mecanismos extrajudiciales. En todo caso, la doctrina desprende del texto legal que tanto la decisión de sustitución como el propio procedimiento deben desarrollarse dentro del plazo máximo de quince días, sin que sea admisible la posibilidad de un acuerdo de las partes para prorrogarlo más allá (Llano Sánchez, 2010, p. 2637).

Así pues, los convenios colectivos pueden prever la posibilidad de sustituir el período de consultas por un procedimiento de mediación o arbitraje, cosa que actualmente no contemplan los acuerdos interprofesionales vigentes. A ello se refiere el nuevo art. 41.4 LET, cuando señala que la regulación del procedimiento de consulta-negociación con los representantes legales se aplicará *"sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva"*. Esta remisión erige a la negociación colectiva en soberana para establecer los cauces procedimentales necesarios para encauzar la decisión modificativa empresarial, sin mayores exigencias de garantías procedimentales mínimas. En definitiva, la regla supone una plena "dispositivización" del procedimiento legal a favor de la negociación colectiva; salvo quizá la duración máxima del período de consultas que parece imperativa (Alfonso Mellado, 2010, p. 121). El cambio concede cobertura legal a prácticas convencionales que establezcan procedimientos modificatorios de descuelgue muy diferentes a los previstos en el precepto estatutario. Estos procedimientos podrán ser más rigoristas, pero si son menos exigentes, al límite nunca podrán consistir en su dejación a la decisión unilateral de la empresa, porque entonces se desvirtuaría la lógica "colectiva" en la que se inserta la institución.

En base a la remisión efectuada, el período de consultas con los representantes de los trabajadores tendrá una *"duración no superior a quince días"*, y habrá

de entenderse que *"versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados"*. Asimismo, durante el periodo de consultas *"las partes deberán negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo"*. El acuerdo requerirá *"la conformidad de la mayoría de los miembros del comité o comités de empresa, de los delegados de personal, en su caso, o de representaciones sindicales, si las hubiere, que, en su conjunto, representen a la mayoría de aquellos"* (art. 41.4 LET).

Aunque la ley no regula la documentación e información que debe aportar la empresa para justificar su propuesta de descuelgue salarial, es esencial a toda negociación de buena fe el que se transmita, por parte de la empresa a la contraparte negocial, toda la información y documentación relevante para acreditar la causa que se alegue para el descuelgue, de las que se desprenda que el mismo está justificado, pues se trata de una medida casualizada y no puramente discrecional para la empresa.

El período de consultas previsto por el art. 41.4 LET puede sustituirse en cualquier momento (del proceso negociador), mediante acuerdo entre el empresario y la representación de los trabajadores, por *"el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo"*. No se entiende porqué en estos supuestos se sigue imponiendo el plazo de quince días, dado que las partes –por la complejidad de la situación- podrían acordar que el procedimiento autónomo se alargara más allá en el tiempo. Por otra parte, es posible que el plazo se encuentre ya muy avanzado y no exista el tiempo necesario para el desarrollo del procedimiento alternativo. Es por ello que –en una perspectiva de *lege ferenda*- el plazo debería computar desde que se produce el acuerdo de acogerse a la mediación o al arbitraje, pues previamente no ha existido un auténtico período de consulta-negociación. Desde luego, la regla legal de improrrogabilidad por mandato choca palmariamente con lo factible en conflictos de ámbitos extensos (Ojeda Avilés, 2010, p. 600).

Una novedad importante que se introduce en el art. 83.2 LET -por la Ley 35/2010- consiste en la presunción legal de legitimidad causal de la medida empresarial cuando exista acuerdo colectivo, a través de la siguiente regla: *"cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión"*. ¿Qué sucede entonces en los supuestos de ilegalidad el acuerdo o de falta de causalidad de la propuesta empresarial? La literalidad de la norma parece cerrar cualquier otra posibilidad impugnatoria (en este sentido: Cruz Villalón, 2010, p. 94; González de Lena, 2010, p. 217), pero entender que la reforma imposibilita la impugnación del acuerdo por tales motivos es una solución difícilmente compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva

(*ex* art. 24 CE). En última instancia, los trabajadores que consideren inexistente la causa habilitante, tendrían derecho a impugnar no el acuerdo, sino las decisiones empresariales que se adoptan sobre la base del mismo. La doctrina también apunta la posibilidad de que el acuerdo pueda ser impugnado judicialmente de manera directa, dado que la modificación es causal y el acuerdo no amparado en la causa legal habilitante podría ser considerado fraudulento o, cuando menos, de abusivo (Alfonso Mellado, 2010, p. 123; Baylos Grau, 2010, p. 27; Lahera Forteza, 2011, p. 372).

Por tanto, una interpretación correctora de la norma llevaría a la consideración –más adecuada técnicamente- de que no queda limitada o excluida la posibilidad de que judicialmente se revise la causa o la legalidad de la medida misma. En cualquier caso, un efecto cierto de la regla es que traslada la carga de la prueba de la inexistencia de la causa justificativa a la parte que alegue la inexistencia o insuficiencia de la misma; o lo que viene a ser lo mismo, la norma dota a los acuerdos colectivos en materia de descuelgue de una presunción *iuris tantum* de legalidad. Esta técnica de regulación se ampara en el dato de que el acuerdo ha sido objeto de negociación con los representantes de los trabajadores, pero resulta que en las pequeñas empresas -o en los casos en que la representación sea *ad hoc*- no existen demasiadas garantías de que el acuerdo no sea simplemente el recubrimiento formal de una propuesta empresarial aceptada sin mayor debate por la representación ante el miedo al despido, máxime si la empresa atraviesa una situación económica de dificultad.

Asimismo, el nuevo art. 83.2 LET prescribe que el *"acuerdo deberá ser notificado a la Comisión paritaria del convenio colectivo"*. Se trata de un derecho pasivo de información sin que el mismo atribuya a dicho órgano capacidad fiscalizadora o decisoria alguna. La norma no aclara los efectos que la ausencia de tal comunicación tiene en relación a la efectividad del descuelgue: ¿Podría adoptarse el descuelgue en ausencia de la notificación? ¿Se trataría de una medida empresarial nula? ¿Qué tipo de responsabilidades se generarían en tales hipótesis? Ante el silencio de la Ley al respecto, será la *praxis* judicial la que vaya despejando tales interrogantes.

2.6. Previsiones para los supuestos de falta de acuerdo

El régimen legal del descuelgue salarial no permite, ante la falta de acuerdo colectivo, su imposición unilateral de la empresa o el pacto individual, en la medida que comportaría, por un lado, una renuncia de derechos prohibida *ex* art. 3.5 LET y, por otro, un vaciamiento del derecho a la negociación colectiva y de propia "fuerza vinculante" de los convenios colectivos [*ex* art. 37.1 CE; cfr. por todas, SsTC 105/1992, de 1 de julio; 208/1993, de 28 de junio]. De ahí la importancia que tienen los procedimientos extrajudicales como mecanismos para resolver las desavenencias que puedan surgir en el proceso de negociación.

Para superar estas situaciones de *impasse* durante la negociación, se prevén expresamente dos posibilidades: a) la atribución de competencias a la Comisión Paritaria del convenio colectivo (novedad introducida por el Real Decreto-ley 7/2011, que fortalece el papel de esta institución posibilitando su intervención en materias que antes no intervenía); b) la utilización de procedimientos autónomos de solución de conflictos en caso de desacuerdo en la empresa sobre el descuelgue. Ello en la consideración de que *"no es posible mantener una regulación legal que conduce a situaciones de bloqueo no deseadas por el ordenamiento jurídico para estos casos de desacuerdo y que es esencial, por tanto, habilitar un procedimiento para resolver estas discrepancias, teniendo en cuenta el interés general evidente que conlleva propiciar la aplicación de medidas de flexibilidad interna de carácter no traumático como mecanismo de utilización preferente frente al recurso a la destrucción de puestos de trabajo"* (Preámbulo Ley 35/2020).

Por lo que respecta a primer mecanismo, el nuevo art. 85.3 h) apartado 3º LET prevé expresamente la posibilidad de que el convenio colectivo regule como función la Comisión Paritaria: *"Los términos y condiciones para el conocimiento y resolución de las discrepancias tras la finalización del período de consultas en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, de acuerdo con lo establecido en los artículos 41.6 y 82.3, respectivamente"*. Regla que cabe calificar como un cierto intento "recentralizador" del régimen del descuelgue salarial para el caso de que se bloqueen las negociaciones a nivel de la empresa afectada, y que retoma un cierto protagonismo de esta institución que había quedado muy relegado en la anterior versión de la reforma. En todo caso, ello supone un fortalecimiento del papel de la Comisión Paritaria que había desaparecido.

La intervención de la Comisión Pariaria –como mecanismo de solución de conflictos– tiene también una cierta preferencia durante el proceso de negociación, pues la nueva redacción de art. 82.3 LET (versión Real Decreto-ley 7/2011) recupera cierta capacidad componedora de la misma, al establecer que: *"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, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada"*. Cuando la Comisión no alcance un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos previstos en los acuerdos interprofesionales.

De su parte, el art. 82.3 *in fine* LET incorpora –versión Ley 35/2010– también la siguiente previsión: *"Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la presente ley, se deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al*

procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91". Como sucediera en la reforma de 1994, el legislador se obstina en facilitar la utilización de este mecanismo de alteración de lo pactado en un convenio colectivo, a pesar de las discrepancias que puedan tener los propios sujetos legitimados para negociar.

¿A qué se refiere la norma cuando habla de "solventar de manera efectiva las discrepancias"? La mediación y la conciliación en realidad consisten –de ser eficaces– en un acuerdo directo entre las partes asistidos por un tercero (con facultad o no de proponer una solución), por tanto, debe existir dicho acuerdo "directo" entre las partes. Por ello, la regla únicamente puede entenderse en el sentido de garantizar que el desacuerdo se va a resolver, y que no se va a producir una situación de bloqueo que impida solucionar, en un sentido o en otro, la propuesta de inaplicación salarial formulada por al empresa (Alfonso Mellado, 2010, p. 117).

¿Es posible que la negociación colectiva –a nivel interconfederal- contemple un "compromiso previo" de arbitraje para resolver las discrepancias que aún no han surgido? Lo que equivale a la instauración de un "arbitraje obligatorio". El precepto tiene muchas sombras de duda y será la propia *praxis* negocial la que deberá ir despejándolas. Pero parece que, con independencia de este compromiso convencional previo –de carácter meramente "obligacional"-, serán las partes directamente afectadas las que deban suscribir el compromiso arbitral para la desavenencia o desavenencias concretas que plantee la negociación del descuelgue.

Algunos autores han barajado la posibilidad –en una perspectiva propositiva- de que la norma incorporara de un arbitraje obligatorio (al estilo del previsto para las elecciones sindicales que contempla el art. 76 LET) (Mercader Uguina, 2010, p. 130); incluso prevista en algún borrador previo al Real Decreto-ley 10/2010 (Cruz Villalón, 2010, p. 106). Pero reténgase que esta figura presenta una conformación excepcional en nuestro sistema de relaciones laborales, por su fricción con el principio de autonomía colectiva, y –a mi juicio- no resistiría un *test* de ponderación –proporcionalidad- constitucional, máxime cuando el empleador también dispone de otros instrumentos jurídicos de ajuste de condiciones de trabajo.

En cualquier caso, considero que el sometimiento y el nombramiento del árbitro o árbitros solamente podrá hacerse de común acuerdo. A este respecto, la doctrina ha puesto de relieve que podrían haberse incorporado fórmulas solutorias para el caso de desacuerdo en el nombramiento de árbitros, del tipo de las existentes en legislaciones extranjeras, como por ejemplo el que cada parte nombrara un árbitro distinto y el servicio interconfederal a un tercero de entre la lista preestablecida (Ojeda Avilés, 2010, p. 600).

El carácter "obligatorio" de los mecanismos de solución pacífica se refuerza con la modificación del art. 85.3 c) LET (redacción dada por el art. 2 Real Decreto-ley 7/2011), que incluye como contenido mínimo del convenio colectivo expresamente: *"Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para.. la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el art. 82.3* [LET]*"*; añadiéndose, ya en la versión de la

Ley 35/2010, la previsión de que tales regulaciones se realicen *"adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto"* en el citado precepto. La nueva regulación del contenido mínimo hace desaparecer la exigencia de la cláusula de descuelgue salarial como contenido mínimo del convenio colectivo supraempresarial y refuerza –como contenido mínimo para todo tipo de convenio colectivo- el uso de mecanismos convencionales de solución de conflictos en esta materia. De otro lado, se establece una suerte de articulación negocial *ex lege* en esta materia, pues los acuerdos interprofesionales diseñan los aspectos esenciales de dichos procedimientos, que tendrían –*ex* art. 83.2 LET– eficacia general y directa (no requerirían de un acuerdo adhesivo ni de ratificación expresa por las partes) y, por su parte, los convenios pueden, respetando lo establecido en los anteriores, adaptar estos procedimientos a la realidad concreta del sector o empresa.

De nuevo nos encontramos ante reglas de contenido mínimo obligatorio sin previsión alguna sobre las consecuencias de su incumplimiento, surgiendo la duda *ad limine* de si cabría considerar ilegal al convenio colectivo que no contuviera la regulación de dichos procedimientos, consecuencia que parece excesiva, o bien, solución que se antoja más razonable, que no será posible su registro y depósito hasta que las partes –incluso en trámite de subsanación de defectos– no negocien y se contemplen dichos procedimientos.

En cualquier caso, no resulta viable la determinación unilateral por el empresario de la nueva retribución de sus trabajadores, la inaplicación salarial no podría hacerse por vía contractual entre las partes del contrato de trabajo. El mecanismo de descuelgue salarial constituye materia prohibida para el pacto individual, al comportar una renuncia de derechos prohibida por el art. 3.5 LET. Podría negociarse individualmente sobre condiciones más beneficiosas, pero no sobre las condiciones salariales mínimas e indisponibles fijadas en el convenio colectivo.

2.7. Forma, contenido, vigencia y eficacia jurídica del acuerdo empresarial de descuelgue

Conforme al nuevo régimen del descuelgue salarial, el acuerdo de empresa es el instrumento de regulación del nuevo *"régimen salarial"* aplicable en la empresa y los sujetos negociadores se encuentran sujetos a una serie de criterios y orientaciones legales en cuanto al contenido y duración del mismo. Aunque no lo requiera la norma expresamente, el eventual acuerdo debería ser escrito, pues su contenido puede revestir cierta complejidad y ello dota de mayor seguridad jurídica para todas las partes.

"Régimen salarial" constituye una noción de carácter estipulativo que se añade al archipiélago de nociones retributivas que requieren de una delimitación precisa en su contexto funcional (Fernández Avilés, 2001, pp. 82 y ss). La expresión "régimen salarial", como contenido posible del descuelgue, es muy genérica, pues

puede venir referida a una noción tan amplia como la relativa a todo el conjunto de reglas que ordenan la retribución, haciendo posible su individualización, así como las condiciones y circunstancias de su percepción, por lo que podría afectar tanto a la cuantificación de los diferentes conceptos salariales, como a la propia estructura salarial (en este sentido, Perez de los Cobos Orihuel, 1997, p. 202). Una conclusión de tal amplitud requiere de algunas matizaciones importantes en relación a la "sistemática" de los diferentes mecanismos novatorios por necesidades empresariales, como también a la teleología perseguida por la institución en estudio.

Esta cuestión nos enfrenta a la delimitación del ámbito aplicativo del art. 82.3 LET en relación al art. 41 LET. Conviene recordar que, por su parte, el art. 41.1 LET permite modificaciones sustanciales refiriéndose expresamente al "sistema de remuneración", de lo que se deriva que por este mecanismo novatorio solamente serían viables las modificaciones relativas a la estructura salarial o en los criterios de devengo de las partidas que la componen [se trataría de la forma de calcular y lucrar los diferentes conceptos retributivos que pueden percibir los trabajadores, STS 27 de junio de 2005 (RJ 2005\7325], aunque ello de manera mediata también podrá tener repercusión sobre los niveles salariales. Pero si de lo que se trata es de una directa modificación *in peius* de las cuantías salariales, habría de reconducirse la medida hacia el descuelgue salarial (*ex* art. 82.3 LET). En cualquier caso, quizá este debate haya perdido parte de su sentido, pues ahora se permite el descuelgue salarial por acuerdo de empresa sin que existan –en principio– los condicionantes derivados de los convenios supraempresariales (Cruz Villalón, 2010, p. 92).

De este modo, y como señala la doctrina, mientras la causa justificativa de la inaplicación que contempla el art. 82.3 LET es limitada (daño –ahora afectación negativa- a la estabilidad económica de la empresa), la razón de ser que permite el recurso al art. 41 LET es más extensa (razones económicas, técnicas, organizativas y de producción) (Mercader Uguina, 2010, p. 168). Por otro lado, el art. 41 LET también permitiría afectar a las partidas de naturaleza extrasalarial, mientras que la regulación del art. 82.3 LET ciñe el mecanismo al "régimen salarial", lo que sin duda incluiría el salario base y los diferentes complementos salariales. De la literalidad de la norma se desprende que el mecanismo del art. 82.3 LET es aplicable para la reducción de las partidas salariales *ex* art. 26.1 LET, pero no de las denominadas percepciones extrasalariales, dado su carácter compensatorio o indemnizatorio de los gastos, pues ello supondría un menoscabo patrimonial del empleador, que cuestionaría la ajenidad de la relación laboral (Sempere Navarro / Meléndez-Morillo Velarde, 2010, pp. 56-57; Lahera Forteza, 2011, p. 362). Es la desvirtuación de algunas de estas figuras, convertidas en complementos extrasalariales sin causa (fijos y estables) en la práctica convencional, lo que podría llevar a admitir la operatividad del descuelgue sobre las mismas, habida cuenta del fraude que suponen para el sistema de protección social y para otros derechos laborales del trabajador.

Un peliagudo problema se plantea sobre la posibilidad de que la autonomía colectiva -en estas situaciones- pudiera eliminar lo conseguido a través de pacto individual o decisión unilateral del empresario como condición más beneficiosa. El marco normativo no contiene regulación alguna en este sentido, de modo que parece que es imposible utilizar esta vía para su modificación (la incoherencia de esta situación ya se advirtió por la doctrina: Del Rey Guanter, 1996, p. 440). En cualquier caso, la neutralización de tales condiciones puede producirse a través del acuerdo con el trabajador, de la vía del art. 41 LET para las modificaciones individuales, o de la técnica de la compensación y absorción salarial. La problemática jurídica que surge aquí es que las cuantías salariales no pueden verse afectadas directamente por la vía del art. 41 LET, que –junto con la posibilidad de utilizar la técnica de la compensación y absorción- sería el único instrumento utilizable por el empresario para neutralizar las condiciones más beneficiosas, por lo que ineludiblemente debería acudir al acuerdo individual con el trabajador, a la técnica de la absorción y compensación salarial, o bien al art. 41 LET, pero por la vía de la modificación de los "sistemas de remuneración" individuales.

El acuerdo de inaplicación tiene unas exigencias de contenido (en el reformado art. 82.3 párrafo 3º LET) pues se señala que: *"deberá determinar con exactitud la retribución a percibir por los trabajadores de dicha empresa"*. Ello resulta absolutamente obvio, salvo que la regla se entienda como la proscripción de que la determinación de los nuevos niveles salariales se deje a la exclusiva discrecionalidad de la empresa, de ahí la exigencia de "exactitud" que establece la norma. Llama la atención el dato de que en esta precisión la norma utilice literalmente el término *"retribución"*, concepto más genérico y amplio que el de "salario" (*ex* art. 26.1 LET), lo que induce a una cierta confusión en el precepto.

Interesa destacar que tampoco la nueva norma estatutaria –como sucedía con su antecesora- delimita la posible intensidad del alcance del descuelgue, prescindiéndose así de la muy extendida regla convencional de permitir el descuelgue únicamente en relación –total o parcial- a los incrementos salariales pactados en convenio colectivo (como establece la propia previsión incorporada en el *Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva* 2010-2012). Debe descartarse que el concepto de régimen salarial se limite cuantitativamente a los incrementos salariales pactados en convenio, pues si ello fuese así, el legislador lo habría establecido directamente (Sempere Navarro / Meléndez-Morillo Velarde, 2010, pp. 56-57). En consecuencia, serán los sujetos negociadores del descuelgue a nivel de empresa los que determinen el margen aplicativo del mismo, bien neutralizando los incrementos retributivos previstos en el convenio colectivo, o bien empleando algún otro criterio de reducción de los costes salariales.

Parece que el único límite cuantitativo a la operatividad del descuelgue vendría determinado por el salario mínimo interprofesional, que -en actuación del principio constitucional de suficiencia- se sitúa como límite a la novación convencional. La dimensión "social" del salario actúa aquí como límite a exigencias

planteadas por las variaciones de las condiciones de mercado en que se encuentra la empresa (la situación de dificultad económica) y de su aptitud para disminuir el valor comparativo de la prestación salarial, puesto que el límite de la suficiencia, al menos teóricamente, debe prescindir del mercado (Fernández Avilés, 2001, pp. 155 y ss., 365 y ss.; Scarpelli, 1995, pp. 250-251).

Será la propia dinámica negocial a nivel de empresa –y no ya los convenios colectivos supraempresariales- la que determine los márgenes o bandas aplicativas más generosas que doten al mecanismo de una mayor flexibilidad, lo que se hace especialmente necesario para situaciones coyunturales de crisis económica, al objeto de conservar el mayor empleo posible sin necesidad de acudir a otras medidas más drásticas, como las suspensivas o las extintivas. Ciertamente, no parece que esta sea la orientación general de los interlocutores sociales. Al respecto, el propio Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-2012, de 9 de febrero de 2010, Cap. II, se refiere meramente a "posibilitar la inaplicación de los incrementos salariales del convenio correspondiente…", ratificándose así la tradicional prudencia de los interlocutores sociales en la negociación de esta medida.

En cualquier caso, parece razonable que la intensidad de la medidas novatorias guarden relación con la gravedad de la situación económica de la empresa afectada. La negociación con la representación trabajadores del tratamiento salarial que se adecue a las condiciones económicas por las que atraviesa la empresa, habrá de ajustarse a los postulados de proporcionalidad y de reparto equitativo de los sacrificios requeridos para el restablecimiento del equilibrio empresarial. Ello derivaría de la exigencia aplicativa de que el descuelgue salarial conlleve un principio proporcionalidad del sacrificio impuesto. En tanto que las dificultades económicas de la empresa no se deben ni única ni principalmente al coste salarial que le supone cada trabajador, no debiera recaer en exclusiva para éstos los sacrificios derivados del ajuste económico. Los problemas productivos, de competitividad o de mercado exigen, para su superación, algo más que la simplista medida de abaratar el coste del factor trabajo (aludimos a políticas de competitividad "ofensiva"), medida que, por otro lado, tiene el reverso de su efecto desincentivador del trabajador (aparte del desincentivo del consumo que la medida supone como variable macroeconómica).

Como límite a la actuación de las partes negociadoras, es de señalar que no podrán atribuir efectos retroactivos al acuerdo por el que se dispone el régimen salarial aplicable en la empresa tras el descuelgue, de modo que éste no podrá afectar a salarios ya devengados aunque no hayan sido aún percibidos (Mercader Uguina, 2010, p. 179). Por tanto, por un elemental principio de seguridad jurídica, los salarios devengados hasta la fecha del acuerdo de descuelgue deben abonarse de conformidad con el salario establecido en el convenio colectivo de aplicación [*vid.* STSJ Castilla-La Mancha 28 de mayo de 2002 (AS 2002\2750); STSJ Castilla-León 13 de diciembre de 2006].

Una cuestión delicada es la determinación del alcance subjetivo del descuelgue, es decir, de los trabajadores que se verán afectados por la medida. Sobre esta materia guarda silencio el legislador. Lo normal es que el descuelgue afecte a toda la plantilla de la empresa, pero en caso de que se pacte exclusivamente para determinadas categorías de trabajadores habrá de venir perfectamente justificado en el pacto este tipo de delimitación subjetiva para evitar la vulneración del principio de no discriminación (*v. gr.* no serían aceptables descuelgues que incidieran exclusivamente sobre colectivos en situación de mayor precariedad laboral, como los trabajadores temporales, a tiempo parcial o los vinculados mediante contratos formativos). Como regla general, el acuerdo de descuelgue afectará -en cuanto a su ámbito subjetivo- a todos los trabajadores de la empresa de que se trate, que están a su vez afectados por el ámbito personal del convenio. Y ello con independencia de que, a la hora de determinar las nuevas condiciones salariales aplicables en la empresa, puedan no resultar afectados del mismo modo trabajadores de distintas categorías o incluso de diversos centros de la empresa. Aunque parece más lógica la distribución proporcional entre todos los afectados de la carga o sacrificio que conlleva. Ello garantiza que el descuelgue sea más acorde con el criterio básico de igualdad, de modo que decisiones que alteren ese esquema de partida deberían de ampararse en una justificación objetiva y razonable (Sala Franco / Alfonso Mellado / Pedrajas Moreno, 1996, pp. 27-28).

La nueva ordenación estatutaria prescinde de incorporar algunas de las exigencias documentales o los plazos que minuciosamente venían estableciendo los convenios colectivos supraempresariales. La nueva regulación contenida en la LET se limita a la previsión de que el acuerdo deberá establecer, pero ya no en claros términos de preceptividad, sino *"en su caso y en atención a la desaparición de las causas que lo determinaron"*, una *"programación progresiva de convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas en el convenio colectivo de ámbito superior a la empresa que le sea de aplicación"* (art. 82.3 párr. 3º LET). Por tanto, las partes negociadoras deben diseñar un plan de "recuelgue salarial" en función de las concretas circunstancias que vayan concurriendo. A tal efecto, pueden servir de referente las fórmulas a veces empleadas en los convenios colectivos como el pacto de plazos progresivos de dos o más años para hacer efectiva la subida salarial, los pagos alzados a cuenta de aquélla o fechas límite para poner el salario de los trabajadores afectados a la altura de los del resto del sector, o incluso, la recuperación futura de las cantidades dejadas de percibir como consecuencia del descuelgue). El descuelgue se encuentra así *funcionalmente vinculado* con la situación económica que atraviesa la empresa, de ahí que los sujetos negociadores, en función de la evolución de la empresa durante el período de aplicación descuelgue, deberán establecer las condiciones para una recuperación efectiva de los incrementos no realizados en su momento como consecuencia de la aplicación del descuelgue, e incluso, pues nada obsta a lo contrario, que se determine la recuperación total o parcial de los salarios perdidos. Las previsiones de recuelgue deberán establecer criterios e instrumentos transparentes

y participados para constatar de manera efectiva la evolución económica de la empresa y la correlativa adopción de las medidas de recuelgue; de lo contrario, las previsiones pueden ser papel mojado, y todo quedará en cierta medida abandonado a la discrecionalidad empresarial.

La instauración de mecanismos de *control y seguimiento dinámico* del descuelgue se impone ahora legislativamente, como medida para garantizar a los trabajadores la excepcionalidad de la medida y su ajuste dinámico a la real situación económica de la empresa. Lo cierto es que, con anterioridad, era poco utilizada la incorporación en los convenios colectivos de garantías expresas de recuperación de los niveles salariales a activar en cuanto pasara la situación de necesidad económica por la que atraviese la empresa. Dado que la medida se destina a la superación de desequilibrios económicos empresariales, la *temporalidad* de tales medidas parece coherente con su propia finalidad. Superada tal coyuntura debería producirse un restablecimiento del equilibrio de las respectivas posiciones contractuales, sin que pueda admitirse la continuidad mecánica de este tipo de cláusulas con independencia de la real y actual situación económica empresarial. Al respecto, el propio Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-2012, de 9 de febrero de 2010, Cap. II, señalaba la necesidad de contemplar en las cláusulas de descuelgue los siguientes elementos: *"las razones de empleo, los compromisos que en tal materia debe adquirir* [la empresa]*, el plan de retorno a la aplicación del convenio en lo económico, y los mecanismos de información necesarios para su verificación"*.

En todo caso, la vigencia del pacto de descuelgue se encuentra temporalmente limitada, pues el precepto señala que *"en ningún caso dicha inaplicación pueda superar el período de vigencia del convenio ni, como máximo, los tres años de duración"* (art. 82.3 párr. 3º LET). Regla que parece del todo lógica, pues una vez que el convenio deja de estar vigente deberán aplicarse los salarios del nuevo convenio o procederse a un nuevo procedimiento de inaplicación salarial ya en relación con el nuevo convenio colectivo. En tales hipótesis, no parece que fuese posible una nueva prórroga del descuelgue (salvo que el convenio tuviera una duración inferior y se prorrogara automáticamente, en cuyo caso regiría el límite máximo de tres años), de manera que será el nuevo convenio que se negocie el que reconozca expresamente las nuevas condiciones salariales en atención a la situación y necesidades por las que atraviese la empresa y el equilibrio negocial resultante con la posición de los representantes de los trabajadores. Alcanzado uno de estos términos, el descuelgue no podría prorrogarse, de manera que habría de procederse a la negociación de un nuevo acuerdo.

Las dos últimas reglas examinadas ponen de manifiesto que estamos ante una medida esencialmente *transitoria* o *provisional* (en principio, coincidente con la duración de la situación económica que legitimó la adopción del descuelgue), pues en el mismo momento en que éste se pacta es necesario acordar el "plan de

resuelgue" (esto es, la reversión al punto de partida) y además se conocen los límites máximos de duración del descuelgue.

Por otra parte, también es exigencia que condiciona en contenido sustantivo del acuerdo, que tanto el acuerdo de inaplicación como que la programación de la recuperación de las condiciones salariales *"no podrán suponer el incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones retributivas por razones de género"* (art. 82.3 LET). Esta previsión tiene el valor de advertir que el descuelgue es una herramienta de reorganización productiva que no puede servir para discriminar, directa o indirectamente, a la trabajadora en materia salarial, como tampoco puede emplearse con cualquier otro fin discriminatorio en los términos más amplios del art. 41 CE (Llano Sánchez, 2010, p. 2646); y también se interpreta como regla que impide que los compromisos de elevación salarial que con una finalidad igualatoria se hayan establecido en los convenios no podrán ser objeto de inaplicación a través de esta específica vía (Alfonso Mellado, 2010, p. 138). Aunque la norma pueda parecer superflua por las previsiones generales del los arts. 4 y 17 LET, posiblemente en la misma subyace la preocupación por los desarrollos truncados de aspectos importantes de planes de igualdad en las empresas impedidos o truncados ante una situación económica "inestable" (Baylos Grau, 2011, p. 244).

El acuerdo colectivo resultante del periodo de negociación tendrá eficacia personal general y eficacia jurídica normativa. La eficacia personal general deriva del mecanismo específico de representación legal de los trabajadores en la empresa que interviene, y que legitima su afectación con carácter *erga omnes*. La eficacia jurídica normativa deriva de ser *ex lege* un instrumento de modificación *in peius* del propio convenio colectivo supraempresarial, siendo –aunque ello pueda friccionar con el principio de publicidad de las normas- incongruente limitar su eficacia meramente a la contractual cuando vienen a reemplazar y excepcionar a un instrumento jurídico de carácter normativo. En cualquier caso, se trata de un acuerdo con vocación "normativa", esto es, destinado a predeterminar –aunque sea excepcionalmente- el contenido salarial de los contratos de trabajo que caen bajo su ámbito de aplicación, en derogación de la norma convencional de sector.

3. LA "TRANSICIÓN" AL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO DE DESCUELGUE SALARIAL (¿QUÉ PAPEL PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA SUPRAEMPRESARIAL?)

En el régimen previo a la reforma laboral de 2010, el descuelgue salarial se regulaba por convenio colectivo supraempresarial, como contenido mínimo obligatorio del mismo. Con el nuevo sistema de descuelgue que contempla en la LET, la negociación colectiva supraempresarial pierde el control sobre los procesos de descuelgue salarial a nivel inferior, lo que supone una seria limitación del poder

regulador del convenio colectivo en esta materia. El legislador reformista opta por una solución netamente descentralizadora del descuelgue salarial, lo que implica una nueva modulación del paradigma legal del convenio colectivo de eficacia *erga omnes*. Se profundiza así en una línea de descentralización negocial que permiten la modificación o inaplicación parcial de convenio afectado. La descentralización negocial obedece así a un modelo de política jurídica flexible del trabajo, que trata de dotar a las empresas de mayores instrumentos de ajuste de las condiciones de trabajo a la situación económica por la que atraviesan. El nuevo régimen puede calificarse de paso decisivo en el fortalecimiento del nivel de empresa como ámbito básico de referencia de nuestro modelo de negociación colectiva.

Los convenios colectivos supraempresariales, *prima facie*, pierden la capacidad de establecer el régimen de inaplicación de los salarios dentro de su ámbito de aplicación, de manera que ahora la posibilidad de descuelgue salarial queda exclusivamente en manos de la "negociación colectiva" que pueda desarrollarse a nivel de empresa a través de los acuerdos colectivos de descuelgue salarial, pero sin el "control sectorial" que hasta ahora caracterizaba a la institución (la reforma se aparta así de lo que habían convenido las partes sociales en el AENC 2010-2011, dentro del marco del diálogo social; cfr. Baylos Grau, 2011, pp. 240 y ss). En definitiva, la reforma facilita una mayor ductilidad de los niveles salariales a las diferentes coyunturas económicas por las que atraviesen singularmente las empresas, y ello significa un cambio importante en nuestro sistema de negociación colectiva, que ahora está más "dinámicamente abierto" en materia retributiva. Diga lo que diga el legislador, la reordenación del descuelgue salarial supone un nuevo elemento de erosión de la eficacia normativa de los convenios colectivos sectoriales. Y habrá que ver si en la práctica la figura verdaderamente actúa como un medio para evitar la destrucción de puestos de trabajo, esta es una hipótesis no contrastada ni pacífica en las diferentes teorías económicas (las teorías neoclásica o institucionalista defienden soluciones opuestas).

En el borrador de reforma elaborado inicialmente por el Gobierno se respetaba la capacidad del convenio colectivo supraempresarial para regular la cláusula de descuelgue, pero el Real Decreto-ley 10/2010 ya alteraba esta previsión, en una regulación que limita la eficacia del derecho a la negociación colectiva y la propia fuerza vinculante de los convenios colectivos durante su vigencia. Aún así, la cuestión es: ¿Podrían los convenios colectivos seguir regulando esta materia o ello supondría un límite inaceptable a las facultades empresariales que se ven fortalecidas en la reforma? ¿Es el nuevo régimen legal inmodificable por convenio colectivo?

La inquietante Disposición transitoria cuarta.1 de la Ley 35/2010 parece ir en esa dirección cuando señala que: *"Los procedimientos… dirigidos a la inaplicación del régimen salarial establecido en convenio colectivo… que estuvieran en tramitación a 18 de junio de 2010 se regirán por la normativa vigente en el momento de su inicio"*. ¿Significa ello que los nuevos descuelgues pasan a regirse íntegramente

por las nuevas disposiciones legales, que prevalecerían sobre las disposiciones contradictorias que aparezcan en convenios que aún estén vigentes? En este sentido se ha pronunciado algún autor, al considerar que los descuelgues salariales posteriores a dicha fecha se ajustarán a la nueva regulación y no a lo que esté pactado en los precedentes convenios colectivos de aplicación, salvo aquello que no se oponga a lo actualmente establecido en la norma legal (Alfonso Mellado, 2010, p. 130). Otros autores se manifiestan de manera incluso más contundente, al señalar que la entrada en vigor de la nueva regulación "supone la derogación de aquellas cláusulas de descuelgue convencionales concertadas al amparo de la normativa anterior, sin necesidad de esperar la renegociación del convenio o la aprobación de otro nuevo que suceda al anterior: la derogación se produce porque tales cláusulas están claramente en contradicción o se oponen a lo dispuesto en el nuevo ET art. 82.3" (De la Puebla Pinilla / Gómez Abelleira, 2010, pp. 95-96).

Entiendo que la respuesta no es sencilla y merecería un análisis de mayor calado, pero lo cierto es que la negociación colectiva -desde su génesis- desempeña históricamente una función limitadora del poder empresarial, insertando en el esquema de fuentes una ordenación "concertada" de las condiciones de trabajo o bien de la procedimentalización de los poderes directivos amparados en el principio de libertad de empresa. Por ello, creo que no estamos ante un régimen legal de derecho necesario absoluto, y la negociación colectiva supraempresarial podría seguir ordenando todo lo relativo al descuelgue salarial a nivel de empresa si así lo deciden los sujetos negociadores, desplazando (o "dispositivizando" si se quiere) la nueva regulación introducida en la LET, y "neutralizando" -en cierto sentido y si así lo quieren los propios sujetos negociadores- los propósitos reformistas en esta materia. Los acervos convencionales se mueven dentro de una "tópica" que el legislador no desmonta expresamente, pues podría directamente haber establecido una regla derogatoria de todos los convenios colectivos vigentes en materia de descuelgue salarial, para aquellos procesos de descuelgue que se inicien con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma. No existe una regla legal expresa, de signo prohibitivo, que impida negociar esta materia por convenio colectivo supraempresarial, mejorando los niveles de seguridad y protección para los trabajadores. La pràctica convencional está nutrida de cláusulas que recortan poderes empresariales reconocidos por el marco legal y no por ello cabe tildarlas de ilegales (*v. gr.* reglas sobre gestión del empleo y dinámica de la contratación en la empresa, claúsulas de mantenimiento del empleo, etc.).

A esta opción exegética se le podrá achacar que confronta con los postulados reformistas de acrecentar la flexibilidad "interna", pero lo cierto es que también la descentralización negocial propiciada por la reforma legislativa del '94 fue neutralizada y atemperada por los propios interlocutores sociales a través de los Acuerdos del '97. La función homogeneizadora del convenio colectivo también es importante por sus repercusiones sobre la competitividad intra-sectorial, evitando ventajas competitivas basadas en el mero abaratamiento de costes salariales, fortaleciendo el impulso a los procesos de mayor innovación e inversión tecnológica

y dotando a nuestro sistema productivo de una mayor competitividad. Nada impediría que los interlocutores sociales, a niveles sectoriales, optaran por un régimen más garantista para los trabajadores que el previsto por el marco legal, estableciendo mayores exigencias causales y procedimentales –allí donde no exista límite legal expreso-. Esta opción viene avalada por la inexistencia de una norma que expresamente excluya esta materia del contenido "laboral" que pueden tener los convenios colectivos *ex* art. 37.1 CE, siendo los salarios y su dinámica la materia por excelencia de los mismos.

En cualquier caso, la conflictividad jurídica en esta materia está servida y, dada la imprecisión de la nueva ordenación legal, será la previsible "judicialización" de la materia la que, a la luz de los concretos casos que se planteen, despeje definitivamente las incógnitas aquí genéricamente planteadas.

La cuestión tampoco se resuelve de manera precisa en el Real Decreto-ley 7/2011, pues su disposición transitoria primera simplemente señala que las reglas relativas a la "flexibilidad interna negociada" serán de aplicación a las comisiones negociadoras y a los períodos de consultas que se inicien a partir de su entrada en vigor, manteniéndose en vigor la regulación anterior para las ya iniciadas. Las restantes reglas incorporadas al art. 85.3 LET, de entre las que en esta materia destacan las funciones atribuidas a las comisiones paritarias, serán de aplicación a los convenios colectivos que se suscriban a partir de su entrada en vigor.

4. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV.: *La reforma de la negociación colectiva*, García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J. R. (dirs.), Lex Nova, 2011.

AGUT GARCÍA, C.: "Breves consideraciones en torno a la cláusula de inaplicación del régimen salarial pactado en convenio colectivo supraempresarial (la cláusula de descuelgue salarial)", *TS*, núm. 83, 1997.

AGUT GARCÍA, C.: *La cláusula de descuelgue salarial*, Valencia, 1999.

ALFONSO MELLADO, C. L.: "Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna", en AA.VV., *La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Valencia, 2010.

ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T.: "Los acuerdos de empresa de descuelgue salarial de un convenio colectivo supraempresarial", *RL*, núm. 23, 1995.

BALLESTRERO, M. V.: "Riflessioni in tema di inderogabilità dei contratti collettivi", *RIDL*, núm. 4, 1989.

BAYLOS GRAU, A: ""Cláusulas de descuelgue" en la negociación colectiva", *RL*, núm. 17-18, 1994.

BAYLOS GRAU, A.: "El papel de la autonomía colectiva en la reforma de las relaciones laborales", en AA.VV., Martínez Abascal, V. (Coord.), *La nueva regulación de las relaciones laborales*, Universidad Rovira i Virgili, Tarragona, 1995.

BAYLOS GRAU, A.: "Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio", en AA.VV., *Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de Reforma Laboral*, Albacete, 2011.

BAYLOS GRAU, A.: "Movilidad geográfica, modificación sustancial de condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma de 2010", *Diario La Ley*, núm. 7488, 14 de octubre de 2010.

CASAS BAAMONDE, M. E.: ""Descuelgue" salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses (I y II)", *RL*, 1995 (I).

CASAS BAAMONDE, M. E.: "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos", *RL*, núm. 17/18, 1994.

CASAS BAAMONDE, M. E.: "¿Hacia la disponibilidad de la eficacia de los convenios colectivos?", *RL*, 1997 (I).

CASTRO CONTE, M.: *El sistema normativo del salario: ley convenio colectivo, contrato de trabajo y poder del empresario*, Madrid, 2007.

COSTA REYES, A.: *El crédito salarial*, Sevilla, 2005.

CRUZ VILLALÓN, J.: "El art. 41 del Estatuto de los trabajadores tras la reforma de 1994", *RL*, núm. 17/18, 1994.

CRUZ VILLALÓN, J.: "La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010", *RL*, núm. 21/22, 2010.

CUEVAS LOPEZ, J.: "El régimen del descuelgue salarial y la inserción de los acuerdos de empresa en su regulación negociada", en AA.VV., Ojeda Avilés, A. (coord.), *El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa (Actas del VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, 1996.

DE LA PUEBLA PINILLA, A., GÓMEZ ABELLEIRA, F. J.: *Reforma Laboral 2010*, Madrid, 2010.

DE LA VILLA GIL, L. E.: "¿Entra dentro del Derecho del Trabajo la tarea de resolver situaciones de crisis extremas?", *AS*, núm. 21 , 2009.

DEL REY GUANTER, S.: "Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos a la luz del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores", *REDT*, núm. 77, 1996.

DOCTOR SÁNCHEZ-MIGALLÓN, R.: "El descuelgue salarial tras la reforma laboral: ¿qué ocurre hasta que los acuerdos interprofesionales regulen sistemas de solución de conflictos?, *AS*, núm. 13, 2010.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: "La riforma del Diritto del Lavoro in Spagna. Osservazioni sul Real Decreto-Ley 10/2010, 16 giugno, contenente misure urgenti per la riforma del mercato del lavoro", *Arg. Dir. Lav.*, núm. 6, 2010.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: "Las cláusulas de descuelgue empresarial ante la crisis económica", en AA.VV., Monereo Pérez, J. L., Sánchez Montoya, J. E. (dir.), *El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social ante la crisis económica*, Granada, 2010.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: *Configuración jurídica del salario*, Granada, 2001.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: "Lógica de mercado y trabajo", *RL*, núm. 3, 2003.

FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A.: "Los acuerdos de empresa en el sistema español de relaciones laborales", *Revista de Derecho Laboral y de Seguridad Social. LexisNexis*, núm. 5, 2008.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F.: "El papel del convenio colectivo como fuente del Derecho tras la reforma de la legislación laboral", *AL*, núm. 6, 1995.

FITA ORTEGA, F.: "El descuelgue salarial: el papel de la negociación colectiva en la determinación de las condiciones de trabajo", *Diritto dei Lavori*, núm. 2, 2011.

GARCÍA JIMÉNEZ, M.: *Los acuerdos colectivos de empresa. Naturaleza y régimen jurídico*, Granada, 2006.

GARCÍA MURCIA, J.: "Función, significado y tipología de los acuerdos de empresa", *DL*, núm. 46, 1995.

GARCÍA VALVERDE, M. D.: "Descuelgue salarial", en AA.VV., García Ninet, J. I. (dir.), *Salario y tiempo de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, 2005.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R.: "Cláusulas de revisión salarial en tiempos revueltos: ¿pueden revisarse los salarios a la baja?", *JL*, núm. 40, 2009.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "La reforma de la negociación colectiva (el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes), *IL*, núm. 6, 2011.

GARRIDO PÉREZ, E.: "La práctica negocial reciente sobre cláusulas de descuelgue salarial", *CRL*, núm. 9, 1996.

GARRIDO PÉREZ, E.: "Las cláusulas de descuelgue salarial en la nueva ordenación estatutaria", *RL*, 1995 (I).

GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: "La cláusula de descuelgue o inaplicación salarial: el estado de la cuestión", *REDT*, núm. 98, 1999.

GONZÁLEZ DE LENA, F.: "La negociación colectiva en la reforma de 2010. Negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio", *RL*, núm. 21/22, 2010.

GRANADOS ROMERA, M. I.: *La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos*, Valencia, 2009.

LAHERA FORTEZA, J.: "El descuelgue salarial", en AA.VV., VALDÉS DAL-RÉ, F., GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (dirs.), La reforma del mercado de trabajo de 2010, Madrid, 2011.

LLANO SÁNCHEZ, M.: "La flexibilidad interna en la reforma laboral 2010: puntos críticos", *AL*, núm. 22, 2010.

LLOMPART BENNÀSAR, M.: *El salario: concepto, estructura y cuantía*, Madrid, 2007.

LLOMPART BENNÀSAR, M.: "Política de rentas y concertación social", *RL*, núm. 20, 2010.

LÓPEZ ANIORTE, M. C.: "Descuelgue salarial", en AA.VV., CAVAS MARTÍNEZ, F., LUJÁN ALCARAZ, J. (coords.), *Guía práctica de la reforma laboral de 2010*, Murcia, 2010.

LORENTE RIVAS, A.: *Las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo*, Madrid, 2009.

MARTÍN URRIZA, C.: "La cláusula de descuelgue salarial tras la reforma laboral. Análisis de las estrategias sindicales y patronales", *RL*, 1996 (II).

MARTÍNEZ GIRÓN, J.: "Las cláusulas de descuelgue salarial en la jurisprudencia", *REDT*, núm. 95, 1999.

MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., SEMPERE NAVARRO, A. V.: "El descuelgue salarial como paliativo de las crisis empresariales", en AA.VV., SEMPERE NAVARRO, A. V. (dir.), *Medidas laborales para empresas en crisis*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2009.

MERCADER UGUINA, J. R.: *Modernas tendencias en la ordenación salarial*, Pamplona, 1996.

MERCADER UGUINA, J. R.: "Estructura de la negociación colectiva y salario", en AA.VV., MERCADER UGUINA, J. R. (dir.), *El contenido económico de la negociación colectiva*, Madrid, 2005.

MERCADER UGUINA, J. R.: "Los acuerdos de descuelgue salarial: una apuesta por la negociación de empresa", en AA.VV., GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., MERCADER UGUINA, J. R. (dir.), *La Reforma Laboral 2010. Aspectos prácticos*, Valladolid, 2010.

MONEREO PÉREZ, J. L.: "La estructura del salario", en AA.VV., Borrajo Dacruz, E. (dir.), *Comentarios a las Leyes laborales. La Reforma del Estatuto de los Trabajadores*, t. I, vol. 1º, Madrid, 1994.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Valencia, 1996.

MONEREO PÉREZ, J. L.: *El salario y su estructura después de la Reforma laboral de 1997*, Valencia, 1998.

MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: *La inaplicación salarial del convenio colectivo*, Valencia, 2001.

OJEDA AVILÉS, A.: *La deconstrucción del Derecho del Trabajo*, Madrid, 2010.

PEDRAJAS MORENO, A: "Nueva regulación de la estructura salarial: puntos críticos", *AL*, núm. 26-27, 1994.

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F.: "Mecanismos legales de descuelgue salarial", *AL*, núm. 10, 1997; también publicado en AA.VV., *La aplicación de la reforma del Estatuto de los Trabajadores en la negociación colectiva*, Madrid, 1996.

RAMOS-MARTÍN, N.: *Negociación sectorial y posibilidades de inaplicación a escala empresarial: España*, Dublín, 2011.

RIVERO LAMAS, J.: "Modificación sustancial de condiciones de trabajo. Algunos problemas del artículo 41 ET", en AA.VV., *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al Pfr. Manuel Alonso García*, Madrid, 1995.

SALA FRANCO, T., ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A.: *Los acuerdos o pactos de empresa*, Valencia, 1996.

SANGUINETI RAIMOND, W.: *Sistema de empresa y descuelgue convencional*, Madrid, 1999.

SEMPERE NAVARRO., A. V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: *El descuelgue salarial. Estudio de su Régimen Jurídico en la Negociación Colectiva*, Cizur Menor, 2009.

SEMPERE-NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: "Convenios colectivos y descuelgue salarial", en AA.VV., Sempere Navarro, A.V. (dir.), *La Reforma Laboral de 2010. Comentarios al Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Cizur Menor, 2010 (versión actualizada de este trabajo en *id.*, AA.VV., *La Reforma Laboral de 2010. Estudio de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo*, Cizur Menor, 2011).

SCARPELLI, F.: "Retribuzione e vicende di trasformazione dell'impresa: problemi e limite di disponibilità dei livelli retributivi in sede sindícale", *Arg. Dir. Lav.*, núm. 2, 1995.

TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: "Descuelgue salarial y grupos de empresa", *AS*, 1998 (V).

VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses", *RL*, 1995 (I).

VALDÉS DAL-RÉ, F.: "El Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-2012", *RL*, núm. 5, 2010.

VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M. N.: *Manual de Derecho Sindical*, Granada, 2011.

LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS COMPETENCIAS DE LAS COMISIONES PARITARIAS: MÁS QUE UN VIAJE DE IDA Y VUELTA

Margarita Miñarro Yanini
Profesora Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Jaume I -Castellón-

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO
2. BREVE REFERENCIA A LOS RASGOS DEFINITORIOS DE LAS COMISIONES PARITARIAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS PREVISTOS EN LA LEY
3. LA CONFIGURACIÓN FUNCIONAL DE LAS COMISIONES PARITARIAS EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES PREVIA AL REAL DECRETO-LEY 3/2012
4. LA REVERSIÓN DE LA ASIGNACIÓN NORMATIVA DE FUNCIONES A LAS COMISIONES PARITARIAS POR EL REAL DECRETO-LEY 3/2012: ANÁLISIS DE SITUACIÓN Y CLAVES DEL CAMBIO
5. LAS COMPETENCIAS DE LA COMISIÓN PARITARIA TRAS LA REFORMA DE 2012: MUCHO MÁS QUE UNA VUELTA A EMPEZAR -REFLEXIONES FINALES

1. PLANTEAMIENTO Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO

A pesar de que la comisión paritaria es un órgano plenamente consolidado y de su papel esencial en la puesta en práctica del convenio colectivo, avalado por la exigencia de su preceptiva constitución en su seno, la Ley ha configurado, tradicionalmente, un régimen jurídico disperso e indiciario[1]. Es cierto que su vinculación al convenio determina que la vía negocial sea, igualmente, la idónea para completar su configuración orgánica y funcional, pero esto no justifica la diseminación de sus referencias legales en múltiples preceptos de diversas normas que ha venido siendo habitual en nuestro ordenamiento jurídico.

La reforma llevada a cabo en el art.85.3 ET por el RD-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva[2], sin pretenderlo, dotó de cierta sistematización a esta materia. En este sentido, el extraordinario ensanchamiento que efectuó respecto del contenido mínimo de los convenios colectivos afectó también a las comisiones paritarias, al incluirse como contenido necesario no sólo su creación y la determinación de los procedimientos para dirimir las controversias que en ella se planteasen, sino también los términos del ejercicio de ciertas competencias y/o procedimientos de actuación relativos a su funcionamiento, aglutinando con ello su entonces muy nutrida regulación legal. En cualquier caso, sólo se trataba de un punto de partida, puesto que únicamente delimitaba las menciones que obligatoriamente debía contener el convenio relativas a este órgano, debiendo integrarse para su comprensión con las normas a las que el propio precepto remitía, y para un análisis global, con otras previsiones incluidas en diversas disposiciones, además de, por supuesto, con lo que estableciera cada convenio colectivo al respecto. Con todo, el entonces art.85.3, h) ET contenía, entre las materias que conformaban el contenido mínimo de los convenios colectivos, el bloque principal de previsiones legales relativas a las comisiones paritarias. Esta ubicación sistemática determinaba, además, la obligatoriedad de que todos los aspectos referidos a éstas que se relacionaban en el precepto fueran regulados en el convenio, lo que constituía indudablemente una limitación a la libertad negocial de las partes, si bien denotaba la relevancia que la norma otorgaba a las comisiones paritarias[3].

---

[1] Así lo destaca ALEMÁN PÁEZ, F. Las comisiones paritarias, Madrid (Civitas), 1996, p.38.

[2] BOE de 11 de junio de 2011.

[3] En esta línea, se ha destacado que la inclusión de la comisión paritaria entre el contenido mínimo revela el reconocimiento legislativo de su carácter esencial, que llega al extremo de que su omisión conlleva la invalidez del convenio y constituye un defecto formal impeditivo de su registro por la Autoridad Laboral, vid. GARRIGUES GIMÉNEZ, A. "Multifuncionalidad de la comisión paritaria del convenio colectivo (de la administración e interpretación del convenio a la solución extrajudicial de conflictos): un 'activo en alza' en tiempos difíciles para la negociación colectiva", en Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº21, 2009, p.8.

Con todo, la vigencia de esta regulación ha sido efímera puesto que, sólo ocho meses más tarde, el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral[4], la ha dejado sin efecto antes de que pudieran apreciarse sus resultados, tornando en este punto aparentemente a una situación cercana a la existente antes de la reforma de 2011. Siendo la dinamización del convenio colectivo la finalidad general, y también particular en relación al papel atribuido a las comisiones paritaria, del RD-Ley 7/2011, y teniendo por objetivo la reforma de 2012 *procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa,* según expresa en su Exposición de Motivos, procede reflexionar acerca de la razón de esta reversión. En este sentido, como se desarrollará en las siguientes páginas, la importante variación que el RD-Ley 3/2012 introduce en esta materia es consecuencia del cambio del papel asignado a la autonomía colectiva, de la que la comisión paritaria es expresión, en la adopción de decisiones de la empresa con trascendencia laboral. De este modo, reconoce mayores espacios a la norma imperativa mediante los que obra el reforzamiento del poder decisorio unívoco del empleador, en detrimento de la autonomía colectiva y de su inescindible instrumento de la negociación.

2. BREVE REFERENCIA A LOS RASGOS DEFINITORIOS DE LAS COMISIONES PARITARIAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS PREVISTOS EN LA LEY

Según se ha apuntado con anterioridad, como mención ya clásica que sustancialmente se ha mantenido desde el ET/1980, la letra e) del art.85.3 acoge entre el contenido mínimo de los convenios colectivos la *designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas (...)*. El precepto se completa con otras menciones añadidas por la reforma de 1994, ampliadas muy considerablemente por la de 2011 y contraídas drásticamente por la de 2012, según se analizará posteriormente. En cualquier caso, las diversas normas que han incidido sobre esta materia no han variado su natural configuración convencional, que ha sido una constante natural a lo largo de los años.

No obstante, desde su redacción originaria, la norma incorpora algunas importantes previsiones relativas a su origen y composición, de las que a su vez pueden inferirse otros rasgos delimitadores que permiten hacer una caracterización, muy básica, de fundamento estrictamente legal. En este sentido, el art.85.3 e) establece, con carácter imperativo, la constitución de tal comisión en el marco de cada convenio, como órgano permanente y estable, creado por y para el mismo. Por lo que respecta a su origen y composición, se indica que es *paritaria de la*

[4] BOE 11 de febrero.

representación de las partes negociadoras[5]. Se infiere de ello que es de composición mixta o bipartita, integrándose por representantes de los trabajadores y de la empresa. Además, es par, lo que significa que ha de darse en ella una presencia equitativa de miembros de ambas partes[6]. De este modo, la comisión paritaria se configura como órgano derivado de la comisión negociadora, pero en número reducido[7], y por ello, dado que sus competencias esenciales exigen el pleno conocimiento del convenio colectivo, es lógico, al menos como pauta general, que esté integrada sólo por los representantes de los sindicatos firmantes[8], e incluso que los componentes de aquélla sean elegidos entre los de ésta. En consecuencia, con carácter general, constituye una réplica en miniatura de la comisión negociadoras, reproduciendo su composición interna. En cualquier caso, debe indicarse en este punto -pues se volverá sobre ello en otro epígrafe de este trabajo- que los aspectos orgánicos y funcionales de la comisión paritaria están imbricados, hasta el punto de que aquéllos llegan a condicionar el ejercicio de ciertas competencias. Por lo que respecta a otras cuestiones, como las relativas a su configuración o composición concretas, número de integrantes o estatuto jurídico de éstos, habrán de ser determinadas por la norma convencional en cuyo marco se crea[9].

En cuanto a los aspectos funcionales de las comisiones paritarias, que son objeto de desarrollo en las siguientes páginas, a modo introductorio baste señalar que el art.85.3,e) ET conjuga dos fórmulas delimitadoras, pues por una parte indica que conocerá *aquellas cuestiones establecidas en la ley*, y por otra, alude a *cuantas otras le sean atribuidas*, dejando con ello libertad a las partes para que le asignen otras funciones.

---

[5] Se ha señalado que la caracterización legal de las comisiones paritarias las reviste de un significativo "polimorfismo orgánico", vid. ALEMÁN PÁEZ, F. y RODRÍGUEZ CRESPO, M.J. "Aspectos orgánicos y funcionales de las comisiones paritarias. Panorama actual y líneas posibles de reforma", Relaciones Laborales, nº4, 2005 (La Ley 632/2005), p.2.

[6] La paridad puede alcanzarse estableciendo igual número de vocales para ambas representaciones o bien otorgando a cada representación el mismo número de votos, puesto que la exigencia del carácter paritario se refiere a la toma de decisiones, más que a la composición de la Comisión, vid. GOERLICH PESET, J.M. "Notas sobre el régimen orgánico de la comisión paritaria del convenio", Actualidad Laboral, nº36, 1988, p.210.

[7] Dada la libertad existente, también en cuanto al número de integrantes, alguna autora ha subrayado la posibilidad de que la comisión negociadora y la comisión paritaria sean coincidentes, vid. APILLUELO MARTÍN, M. La intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo supraempresarial en la solución de conflictos de trabajo, Barcelona (Cedecs), 1997, p.201. No obstante, a efectos operativos parece más adecuado que ésta no sea un órgano excesivamente numeroso y, por consiguiente, que tenga menos integrantes que aquélla, siendo además ésta la opción más habitual en la práctica convencional.

[8] Tampoco tienen entrada los que participaron en la negociación si finalmente no firmaron el convenio; sobre el particular, vid. MARTÍNEZ MORENO, C. "Las comisiones paritarias. Prevención y solución de conflictos. Regulación y posibilidades", en Acercando soluciones a los problemas laborales. Estrategias sindicales para desarrollar la mediación 2007. Mediación y arbitraje en España, Madrid (UGT), 2008, p.64. Destacando este paralelismo morfológico entre la comisión negociadora y la comisión paritaria, entre otras, SSTS de 28 de enero de 200 y de 13 de marzo de 2002.

[9] Por lo que respecta a su funcionamiento interno, se regirá, bien por las reglas que establezca el propio convenio, bien a tenor de las pautas que determine la comisión, o bien según especifique su reglamento interno, vid. ALEMÁN PÁEZ, F. Las comisiones paritarias, op. cit., p.68.

3. LA CONFIGURACIÓN FUNCIONAL DE LAS COMISIONES PARITARIAS EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES PREVIA AL REAL DECRETO-LEY 3/2012

3.1. Primer estadio: Referencia genérica a las funciones que le atribuyan las partes negociadoras

La actual configuración estatutaria de las comisiones paritarias tiene su base en el ET/80, como ya se ha apuntado, que incluía en su art.85.2,d), entre las previsiones mínimas que debían incorporarse a todo convenio colectivo, la *designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas.* Por consiguiente, contemplaba un potencial ámbito de competencias amplísimo e indeterminado, sólo concretado en cierta medida por la referencia del art.91 a las funciones *de conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación con carácter general de los convenios colectivos*.

La reforma acometida por la Ley 11/1994, con el objetivo de potenciar la negociación colectiva como instrumento de regulación de la relación laboral, introdujo un cambio que impulsó a la operatividad de las comisiones paritarias. Éste quedó plasmado en el art.85.2,e) del Texto Refundido aprobado por RD-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, renumerado 85.3,e) por la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo y el fomento de la contratación indefinida. La apuntada modificación consistió en la adición a la exigencia de constituir una comisión paritaria en todos los convenios, y también dentro de su contenido mínimo, la de determinar *los procedimientos para solventar las discrepancias en el seno de dicha comisión.* El fundamento de esta previsión era mejorar la operatividad de las comisiones paritarias ante los nuevos espacios de regulación convencional propiciados por la reforma de 1994, incidiendo asimismo en el objetivo latente de avanzar en la desjudicialización de los conflictos laborales. Por consiguiente, tenía gran repercusión desde la perspectiva funcional, puesto que trataba de garantizar el correcto desarrollo de las competencias asignadas mediante la obligación de introducir en el convenio "reglas antibloqueo" para propiciar la adopción de acuerdos en el marco de la comisión, dado que su carácter paritario hace que el riesgo de disconformidad sea elevado[10].

Por lo demás, esta reforma mantuvo invariable la amplísima e indeterminada referencia a *cuantas cuestiones le sean atribuidas* en relación con las posibles funciones que pueden asignarse a las comisiones paritarias, indicativa de la

[10] En este sentido, se ha señalado que en el marco de la adopción de acuerdos por la comisión paritaria se da una "natural oposición" entre ambas representaciones, vid. GARRIGUES GIMÉNEZ, A. "Multifuncionalidad de la comisión paritaria del convenio colectivo (de la administración e interpretación del convenio a la solución extrajudicial de conflictos): un 'activo en alza' en tiempos difíciles para la negociación colectiva", op. cit., p.18.

libertad de las partes para fijarlas y sólo concretada por la alusión específica a la aplicación e interpretación del convenio contenida en el art.91, además de algunas otras referencias puntuales incluidas en otros preceptos y normas.

3.2. Segundo estadio: La relativa determinación competencial de la comisión paritaria operada por el Real Decreto-Ley 7/20011, de reforma de la negociación colectiva

Siendo el objetivo general prioritario de la reforma llevada a cabo por el RD-Ley 7/2011 lograr la mayor adaptabilidad y dinamismo de la negociación colectiva, era lógico que ésta afectara a la comisión paritaria. Ello es así porque, dado su papel de órgano gestor del convenio, tiene un enorme potencial en la adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias particulares de la empresa y en la dinamización de su puesta en práctica.

A tal efecto, como resultado del engrosamiento del contenido mínimo de los convenios colectivos, la regulación relativa a la comisión paritaria pasó a ubicarse en el nuevo apartado h) del art.85.3, que obligaba al convenio a incluir no sólo su constitución, sino también la definición de los términos en que desarrollaría las funciones que le eran asignadas en éste u otros preceptos, así como la determinación de procedimientos que garantizasen el desarrollo eficaz de sus competencias. Las funciones que necesariamente debía atribuir el convenio a la comisión paritaria se incluían en cuatro subapartados incorporados al precepto, que se referían a:

1º Los términos y condiciones para el conocimiento y resolución de las cuestiones en materia de aplicación e interpretación de los convenios colectivos de acuerdo con lo establecido en el artículo 91.

2º El desarrollo de las funciones de adaptación o, en su caso, modificación del convenio durante su vigencia

3º Los términos y condiciones para el conocimiento y resolución de las discrepancias tras la finalización del período de consultas en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos de acuerdo con lo establecido en los artículos 41.6 y 82.3, respectivamente

4º La intervención que se acuerde en los supuestos de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, cuando no exista representación legal de los trabajadores en la empresa.

Aunque la imposición de la atribución de estas competencias a la comisión paritaria constituía un límite a la autonomía de la voluntad de las partes negociadoras del convenio, lo cierto es que paralelamente obraba el reforzamiento y la revalorización de este órgano. En este sentido, potenciaba su papel de órgano de solución extrajudicial de conflictos, abundando con ello en el objetivo constante en las últimas reformas de desjudicializar los conflictos laborales de

carácter colectivo, que también se patentizaba en el fortalecimiento de sus labores de interpretación y aplicación operado por el art.91 ET. Con ello, asimismo, se impulsaba decididamente la dinamización y adaptación del convenio, al exigir que se reconociera a la comisión paritaria capacidad para modificarlo.

La norma de 2011 incluía también un último párrafo que completaba la referencia a los medios de solución incorporada por la Ley 11/1994, en el que disponía que *el convenio deberá establecer los procedimientos y plazos de actuación de la comisión paritaria para garantizar la rapidez y efectividad de la misma y la salvaguarda de los derechos afectados. En particular, deberá establecer los procedimientos para solucionar de manera efectiva las discrepancias en el seno de dicha comisión, incluido su sometimiento a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83*. Este era el único párrafo del precepto que aparecía sin numerar, entendiéndose que por contener una previsión de carácter general con proyección sobre todas las restantes incluidas en el artículo, refiriéndose, por lo tanto, a cualquier función que la comisión paritaria pudiera tener asignada, fuera por mandato legal o por decisión de las partes negociadoras. Por lo demás, el segundo de los incisos completaba la obligatoria inclusión de reglas antibloqueo incorporada por la Ley de 1994, al incluir la específica referencia a los sistemas no judiciales de solución de conflictos previstos en los acuerdos interprofesionales establecidos en el art.83. Mediante estas previsiones quedaba patente la voluntad de agilizar el funcionamiento de las comisiones paritarias y evitar bloqueos en la adopción de acuerdos, coherentemente con el objetivo general de la reforma de dinamizar la puesta en práctica del convenio y posibilitar su rápida adaptabilidad a las necesidades de la empresa.

4. LA REVERSIÓN DE LA ASIGNACIÓN NORMATIVA DE FUNCIONES A LAS COMISIONES PARITARIAS POR EL REAL DECRETO-LEY 3/2012: ANÁLISIS DE SITUACIÓN Y CLAVES DEL CAMBIO

4.1. La "revisión menguante" de la regulación de las comisiones paritarias *ex* art.85.3 del Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto-Ley 3/2012

La voluntad normativa de vigorizar las comisiones paritarias mostrada por el RD 7/2011 se ha diluido tras el RD-Ley 3/2012, que ha procedido al desarme casi total de la regulación que aquél estableciera. En este sentido, formalmente las comisiones paritarias han vuelto a ocupar su ubicación anterior a la reforma de 2011, incluyéndose de nuevo en el art.85.3,e) ET, y sustancialmente, se ha tornado a la referencia genérica de competencias, desapareciendo toda alusión a funciones específicas. En este sentido, el precepto incluye entre las menciones mínimas que han

de incorporar los convenios colectivos la *designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83.*

Como puede apreciarse, la nueva versión elimina todo vestigio de la regulación introducida en 2011 relativa a competencias determinadas, si bien conserva la distinción entre funciones de base legal y convencional. Asimismo mantiene, con algunas variaciones, la referencia específica a la inclusión como contenido mínimo del convenio del establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de la comisión, así como del sometimiento a los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos previstos en los acuerdos de solución extrajudicial de conflictos que, como se indicó en el epígrafe anterior, tiene por objeto agilizar su funcionamiento. Se impone con ello que el convenio colectivo incluya, dentro de su contenido mínimo, los procedimientos y plazos de actuación de la comisión paritaria en ejercicio de cualquier competencia que tenga atribuida, lo que supone la necesaria incorporación de los términos concretos y la cuantificación específica de los plazos. Es de destacar que el RD-Ley 3/2012, curiosamente, ha suprimido la exigencia de que tales procedimientos y plazos garanticen la rapidez y eficacia del desarrollo de las funciones de la comisión, así como la salvaguarda de los derechos de los afectados. Si bien estas precisiones eran algo superfluas, por ser de sentido común, su eliminación causa cierta sorpresa, por resultar contradictoria con la también finalidad de esta reforma de dar dinamicidad y adaptabilidad al convenio en los dos primeros casos, y por resultar poco "estética" en el último.

Como resultado de la desacertada supresión de la parte del precepto que incorporara la reforma de 1994 -que sí figuraba en la redacción de 2011-, se efectúa una conexión directa entre tales procedimientos y plazos de actuación de las comisiones paritarias en ejercicio de sus funciones y el sometimiento a los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos establecidos en los acuerdos a los que se refiere el art.83 ET, que ahora resulta algo abrupta pero antes del RD-Ley 3/2012 era más coherente por ir precedida de la referencia genérica a los procedimientos de solución de discrepancias que debieran establecerse, apareciendo aquélla como especificación de ésta. En cualquier caso, la eliminación de la exigencia abierta de incorporar otros mecanismos de solución de las discrepancias que se susciten en desarrollo de las funciones de las comisiones paritarias, pese a restar coherencia al precepto, no parece que vaya a alcanzar gran relevancia práctica, pues en ambas normas se está imponiendo que se incorpore en el convenio la adhesión a los acuerdos de solución de conflictos estatal o autonómicos previstos en el art.83, si bien ahora se exige taxativamente mientras que antes se hacía en términos más amplios. Por lo demás, resulta lógico el mantenimiento esta necesidad de incorporar la adhesión a los sistemas de solución extrajudicial *ex* art.83 ET entre el

contenido mínimo del convenio, dada su voluntad -patentemente expresada en relación con algunas cuestiones específicas que introduce y a la que se aludirá más adelante- de lograr la adopción de acuerdos que permitan la aplicación de decisiones relativa a la marcha de la empresa, si bien en la práctica el papel de los mismos resulta devaluado por la reforma en favor de otros mecanismos carentes de base negocial.

4.2. Dónde han ido a parar las competencias desaparecidas: el desplazamiento de los centros decisorios operado por el Real Decreto-Ley 3/2012

4.2.1. Reformas de 2011 y 2012: Similitud de objetivos y disparidad de procedimientos

Como ya se ha apuntado, la dinamización del convenio, dirigida a lograr la flexibilidad de las condiciones de trabajo en la empresa, constituye uno de los objetivos primordiales compartidos por las reformas de 2011 y 2012. Cabe plantearse, por ello, la razón de que se haya producido un cambio de orientación tan notable en cuanto a la atribución de funciones y, en definitiva, de valoración, de las comisiones paritarias.

En este sentido, el RD-Ley 7/2011 hacía de las comisiones paritarias un importante instrumento para llevar a efecto la buscada adaptación de condiciones laborales a las necesidades particulares de la empresa en cada momento. A tal efecto, aseguraba su implicación en la adopción de las más importantes medidas de flexibilidad interna, e incluso le confería *ex lege* -aun mediatizadamente- capacidad para modificar el convenio colectivo, como fuente de condiciones de trabajo. Por lo demás, es de destacar que, si bien el carácter imperativo con el que se imponía la atribución de funciones suponía un recorte en la autonomía de la voluntad de las partes, se garantizaba la intervención de empresa y trabajadores en la adopción de las decisiones resultantes del desarrollo de las competencias, que contaban por ello con el respaldo de la previa negociación.

Con todo, el RD-Ley 3/2012, persiguiendo un mismo fin, desecha este cauce optando por otros más expeditivos, siendo muy notable el cambio de enfoque que opera para lograr los fines que se traza. Por consiguiente, puede decirse que la diferencia respecto de su antecesor radica en los procedimientos diseñados para alcanzar sus objetivos, además de en un distinto grado de empeño en su consecución.

En este sentido, rasgo apreciable de la reforma de 2012 que afecta a la práctica totalidad de materias afectadas es el desplazamiento de la toma de las decisiones más relevantes referentes a las relaciones laborales, y bajo este prisma ha de analizarse la desaparición de las competencias más significativas que necesariamente habían de asumir las comisiones paritarias a tenor del RD-Ley 7/2011. De este modo, en un examen general del RD-Ley 3/2012 se aprecia la restricción del ámbito de actuación de la autonomía colectiva con la consiguiente eliminación de previos y tradicionales espacios de negociación ocasionada por la intensificación de

la imposición legal[11] mediante la que se opera un reforzamiento de los poderes del empresario[12].

A tenor de estas directrices, y siendo la comisión paritaria una manifestación de la autonomía colectiva, cuya esencia y base de funcionamiento es la negociación -dada su composición mixta-, puede explicarse, siempre desde la perspectiva de la última reforma, que se la haya privado del desarrollo de las competencias más relevantes. En consecuencia, se trata de una cuestión de reorganización de poderes en la que este órgano, con su esencia negocial y equilibrada, no ha salido bien parado. Con todo, la heterogeneidad de las competencias que le preasignara el RD-Ley 7/2011 determina que no se haya dado una solución en bloque a todas ellas, y la consiguiente necesidad de realizar un examen individualizado de su destino final.

4.2.2. Los términos y condiciones del conocimiento y resolución de las cuestiones en materia de aplicación e interpretación de los convenios colectivos de acuerdo con el art.91 del Estatuto de los Trabajadores.

Esta competencia no ha resultado afectada sustancialmente por la modificación del art.85.3, puesto que su contenido material se encuentra en el art.91, al que expresamente remite, y éste, que fue reformado por el RD-Ley 7/2011, no ha sido revisado por la reforma de 2012. Por consiguiente, es esta una de las *cuestiones establecidas en la ley* de las que necesariamente debe conocer la comisión paritaria a tenor del mandato genérico establecido en el art.85.3,e) ET.

En consecuencia, a efectos de delimitar esta competencia ha de acudirse al art. 91 ET, que fue modificado por el RD-Ley 7/2011 pero que tradicionalmente, con una redacción confusa -además de incorrecta-, que literalmente parecía supeditar la acción de las comisiones paritarias respecto de la función de la jurisdicción social en esta materia[13], se refería a las genuinas competencias de administración del convenio, concretadas en el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de su aplicación e interpretación[14]. Por lo demás, desde su reforma por la Ley 11/1994, el

---

[11] En este sentido, se ha destacado que el espíritu liberal que inspira la reforma de 2012, paradójicamente, se torna intervencionista en aras a la imposición unilateral gubernamental del modelo organizativo laboral que se considera adecuado, vid. MOLINA NAVARRETE, C. "De las «reformas laborales» a un nuevo e irreconocible «estatuto del trabajo subordinado", Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF, nº348, 2012, p.60.

[12] Sobre la intensidad de este reforzamiento de los poderes empresariales en la adopción de medidas de flexibilidad interna por el RD-Ley 3/2012, vid. vid. VALDÉS DAL-RE, F. "Flexibilidad interna", en AAVV Especial Reforma Laboral 2012, Madrid (La Ley), 2012, p.35 ss.

[13] En su redacción originaria, mantenida hasta la reforma, el primer párrafo del art.91 disponía que con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias, de conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación con carácter general de los convenios colectivos, se resolverá por la jurisdicción competente.

[14] La doctrina y la jurisprudencia mayoritaria intentaban "corregir" la criticable dicción literal del precepto, interpretando integradoramente los diferentes párrafos del artículo, pese a que los restantes no aluden directamente a la comisión paritaria, así como otras referencias normativas, a fin de reforzar las competencias de las comisiones paritarias en esta materia, vid. ALEMÁN PÁEZ, F. Las comisiones paritarias, op. cit., pp. 41 y 42.

precepto, añadidamente, habilitaba el establecimiento de procedimientos de solución extrajudicial de conflictos a través de convenios colectivos y acuerdos marco o sobre materias concretas *ex* arts.83.2 y 3 ET, regulando algunos aspectos de los mismos.

El RD-Ley 7/2011 acometió la reforma, afortunada, del precepto, introduciendo modificaciones formales y sustanciales. Desde la primera de estas perspectivas, pero con repercusión de fondo, numeró los diferentes apartados que lo componen, mejorando la ordenación interna del artículo. Asimismo, toda la regulación relativa a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos que pueden establecerse en los convenios colectivos y acuerdos marco o sobre materias concretas se incorporó en el apartado 2. Por lo demás, la posibilidad de que dichos mecanismos de solución de conflictos se apliquen también en conflictos individuales, previo expreso sometimiento de las partes, se incluyó en el apdo. 5 y último, indicando que va referida a los procedimientos contemplados en los anteriores apartados, que son tanto los que se desarrollen ante la comisión paritaria como los que tengan lugar ante los órganos previstos en los mencionados acuerdos de solución extrajudicial de conflictos.

En cuanto a las modificaciones sustanciales, unas supusieron una revisión de fondo de la regulación precedente y otras incorporaron nuevas previsiones. Desde la primera perspectiva, se corrigió la redacción del problemático anterior primer párrafo del art.91, ahora apdo.1, a fin de afirmar concluyentemente que *sin perjuicio de las competencias legalmente atribuidas a la jurisdicción competente, el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos corresponderá a la comisión paritaria de los mismos.* Pese a tratarse de la reformulación de un precepto, que pudiera por ello haberse considerado una modificación meramente formal, la trascendencia del cambio determina que se considere sustancial, puesto que realmente varió el significado de la previsión. En este sentido, interpretaciones correctoras dirigidas a dar un sentido más coherente al precepto aparte, lo cierto es que de la literalidad de la redacción anterior a la reforma de 2011 se infería una posición subordinada de la comisión paritaria respecto de la jurisdicción social en el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos, mientras que la versión modificada establece de manera indubitada el protagonismo de aquélla en el desarrollo de estas funciones. Las restantes variaciones sustanciales consistieron en la incorporación de nuevas previsiones relacionadas con las funciones de interpretación y aplicación del convenio colectivo por las comisiones paritarias. En este sentido, el apdo.3 dispone que *en los supuestos de conflicto colectivo relativo a la interpretación o aplicación del convenio deberá intervenir la comisión paritaria del mismo con carácter previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales a que se refiere el apartado anterior o ante el órgano judicial competente.* Se imponía con ello que el convenio prevea la preceptiva intervención de la comisión paritaria en conflictos jurídicos -pues son éstos los que derivan de la interpretación o aplicación del convenio- previamente al planteamiento de los mismos mediante el procedimiento de solución extrajudicial de conflictos estatal o autonómico correspondiente, o ante la jurisdicción social. Esta exigencia

es lógica, puesto que la comisión paritaria asume el rol de "intérprete auténtico" del convenio, y pone de relieve, asimismo, la conexión existente entre función interpretativa y solución de conflictos.

En esta línea de reforzamiento del papel de la comisión paritaria en la interpretación y aplicación del convenio que operó el RD-Ley 7/2011, el apdo.4 reconoce a las resoluciones que dicte en ejercicio de estas funciones *la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos regulados en la presente ley.* Por consiguiente, se entiende que cumpliéndose los requisitos establecidos, el valor de las resoluciones dictadas en ejercicio de su función interpretativa o aplicativa del convenio ya no es el asignado tradicionalmente de interpretación auténtica, sino que trasciende del supuesto concreto para adquirir la proyección general propia de la eficacia normativa, lo que constituye una suerte de revalorización de la actividad por consolidación de su resultado. Además, a su vez, este cambio contribuye a agilizar la puesta en práctica del convenio, puesto que, en adelante, y salvo necesidad de reinterpretación adaptativa, ya no habrá lugar a discrepancias respecto de los aspectos sobre los que ya se haya pronunciado la comisión paritaria. Por lo demás, este cambio en la valoración de sus resoluciones también tiene importantes implicaciones a efectos de su impugnación.

Con la modificación de este precepto, el RD-Ley 7/2011 contribuía al reforzamiento y renovación de la más clásica, básica y connatural función de la comisión paritaria, consistente en interpretar y aplicar el convenio colectivo. Consolidaba con ello su condición de mecanismo de solución de los conflictos colectivos jurídicos derivados de la interpretación y aplicación del aquél, puesto que, muy frecuentemente, la base del conflicto es una interpretación discrepante del clausulado del convenio. Con ello, además, incidía en el objetivo general de la reforma que acometía de agilizar, flexibilizar y desjudicializar la solución de los conflictos colectivos.

El RD-Ley 3/2012 ha conservado invariado el art.91, y en consecuencia, mantiene intactas las competencias de interpretación y aplicación del convenio colectivo por las comisiones paritarias en la extensión y valoración que estableciera la reforma de 2011, que claramente redundó en su corrección y mejora. Con todo, no sorprende que esta materia no haya sido alcanzada por el afán reformador de aquél, puesto que se refiere a las competencias más básicas y genuinas de la comisión paritaria, puesto que incuestionablemente es el intérprete natural del convenio.

Por lo demás, si bien se ha eliminado la referencia específica a que conste como contenido mínimo del convenio los términos y condiciones de desarrollo de estas competencias, a tenor de la exigencia genérica contenida en el art.85.3,e) ET, es obligatorio que éste incluya como tal el procedimiento y los plazos de desarrollo de estas funciones, lo que supone que el convenio debe definir las pautas básicas de su ejercicio. Con todo, fuera de estas menciones mínimas, en el marco de su libertad en la determinación de las materias objeto de negociación, el convenio podrá regular cuantas otras cuestiones estime oportunas en relación con las competencias de interpretación y aplicación, como las circunstancias, eventuales especialidades del órgano y cuantos aspectos procedan en relación a su actuación tanto en desarrollo

de su función general de conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios, contemplada en el apdo.1, como en los supuestos en los que interviene como instancia previa al planteamiento de conflictos colectivos por la vía del procedimiento extrajudicial previsto en los acuerdos estatal o autonómicos, o en la judicial, prevista en el apdo.4.

4.2.3. Las funciones de adaptación y modificación del convenio

La incorporación entre el contenido mínimo del convenio colectivo de la atribución de las funciones de adaptación y modificación del convenio colectivo a la comisión paritaria que efectuó el RD-Ley 7/2011 supuso el reforzamiento competencial de este órgano más intenso realizado por esta norma, y con él se manifestaba la firme voluntad reformista de dinamizar el contenido del convenio y adaptarlo a las nuevas circunstancias que pudieran surgir durante su vigencia. Con ello, instrumentado a través de la comisión paritaria, parecía apostarse por el modelo dinámico de negociación colectiva, sepultando el estatismo propio de etapas pasadas[15]. En este sentido, la norma exigía que se reconociera a la comisión dos funciones dirigidas al ajuste del convenio a las necesidades de la empresa, si bien diversas en atención a su grado de intensidad. Así, la adaptación supone llevar a cabo la interpretación progresiva de la norma en atención a la evolución de las circunstancias a fin de alcanzar la solución de un problema no previsto expresamente, mientras que la modificación consiste en desarrollar la labor, más aguda e intensa en sus efectos, de introducir cambios en las condiciones preexistentes que supongan una innovación, o regular condiciones nuevas que carezcan de antecedentes en el convenio[16].

Por lo demás, a fin de preservar los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva, se exigía adicionalmente que, en desarrollo de la función normativa, la comisión paritaria integrase a todas las representaciones con legitimación para negociar, plasmando con ello la jurisprudencia constitucional previa en torno a las competencias normativas otorgadas a las comisiones paritarias por algunos convenios en ejercicio de la preexistente libertad de fijación competencial[17]. Esta imposición de la presencia de todas las representaciones legitimadas, aun no firmantes del

---

[15] La dinamicidad del convenio ha ido asentándose paulatinamente hasta alcanzar su máxima expresión con la reforma de 2012. En relación al avance que en este sentido supuso la reforma de 1994 respecto de la regulación precedente y del papel de las comisiones paritarias en éste, ya se indicaba que la comisión paritaria sirve a la solución de conexión y adaptabilidad necesaria entre realidad y norma, vid. APILLUELO MARTÍN, M. La intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo supraempresarial en la solución de conflictos de trabajo, op. cit., p.175. La asignación de funciones normativas por la reforma de 2011 incrementó de forma evidente tales posibilidades de adaptabilidad del convenio, y el fomento -de compleja puesta en práctica- de un modelo de convenio continuamente abierto a la renegociación por la de 2012 lo hace aún en mayor medida, si bien es cierto que esta norma apuesta en mayor medida por otras vías de dinamización del convenio.

[16] Sobre el particular, entre otras, STS de 28 de enero de 2000. Respecto de los contornos del concepto de modificación, vid. ALEMÁN PÁEZ, F. y RODRÍGUEZ CRESPO, M.J. "Aspectos orgánicos y funcionales de las comisiones paritarias. Panorama actual y líneas posibles de reforma", op.cit, p.9 ss.

[17] Entre otras, SSTC 73/1984, de 27 de junio, 213/1991, de 11 de noviembre, y más recientemente, 222/2005, de 12 de septiembre.

convenio, para el recto desarrollo de esta función resultaba problemática, al desnaturalizar la configuración de la comisión paritaria como órgano delegado de la comisión negociadora[18]. Con todo, tal desestructuración de su lógica compositiva podía salvarse mediante la incorporación de las representaciones legitimadas en aquélla *ad hoc,* sólo a efectos del puntual ejercicio de la función normativa, tornando a su composición habitual u ordinaria, paralela a la de la comisión negociadora, una vez cumplido ese cometido, puesto que la norma exigía dicha integración exclusivamente en el marco del ejercicio de dicha función[19].

Dado que la única base normativa con la que contaba la preasignación legal de estas competencias era el art.85.3,h), su derogación ha determinado la desaparición de la exigencia de que el convenio atribuya funciones de adaptación y normativas en favor de la comisión paritaria, si bien por lo que respecta a la primera, aunque en un grado matizado, en algunos casos seguirá desarrollándola a través de las competencias de interpretación.

Paralelamente a esta supresión, el RD-Ley 3/2012 ha introducido muy significativas modificaciones en diversos preceptos estatutarios a fin de posibilitar la adaptación del convenio colectivo y una intensa dinamización de su contenido. Así, por una parte, el nuevo párrafo segundo del art.86.1 ET dispone que *durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán negociar su revisión.* Si bien esta posibilidad ya existía con anterioridad en base a la autonomía colectiva de los sujetos legitimados, no se configuraba como un cauce ordinario o habitual, puesto que, a fin de preservar la deseable estabilidad normativa, como regla general, a tenor del art.86.1 ET, el convenio -en bloque o por materias- tendrá la duración que hayan fijado las partes. En consecuencia, en atención a esas premisas básicas, las partes legitimadas pueden de común acuerdo proceder a la negociación *ante tempus* de parte o la totalidad de la norma, si bien no pesa sobre ellas obligación en este sentido. Sin embargo, con la incorporación expresa de la posibilidad de renegociación del convenio en cualquier momento de su vigencia por los legitimados parece querer normalizarse su revisión abierta, tratando con ello de instaurar definitivamente un modelo dinámico de negociación colectiva[20].

Con todo, pese tratar de fomentarse la modificación flexible del convenio, no será previsiblemente frecuente que se produzca, puesto que el RD-Ley 3/2012

---

[18] Así lo indica MARTÍNEZ MORENO, C. "Las comisiones paritarias. Prevención y solución de conflictos. Regulación y posibilidades", op. cit., p.69.

[19] Esta concepción plástica, si bien podía chocar con la estabilidad y permanencia de la comisión paritaria -proyectada también en su dimensión morfológica-, estaba en total consonancia con los objetivos de agilidad y dinamicidad que fundamentaban la reforma de 2011, que quedarían igualmente reflejados en su composición interna, siendo por ello dicho planteamiento coherente con las renovadas directrices normativas.

[20] La consecuencia de llevar al extremo la renegociación es la pérdida de estabilidad de lo regulado, y el riesgo de que ese contenido normativo se devalúe tornándose en contractual y disponible, vid. MOLINA NAVARRETE, C. "De las «reformas laborales» a un nuevo, e irreconocible, «estatuto del trabajo subordinado»", op. cit., p.126.

ha instaurado y/o ampliado otros cauces de más sencilla aplicación mediante los que el empresario puede conseguir el ajuste de las condiciones de trabajo en general, y también específicamente las establecidas en el convenio colectivo, a las necesidades de la empresa. Así, por una parte, la consecución del mayor grado de adaptación inicial trata de favorecerse a través de la indisponibilidad con la que el nuevo art.84.2 ET establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa. A ello hay que añadir que el reformado art.82.3 ET amplía enormemente las posibilidades de la empresa de inaplicar las condiciones previstas en cualquier convenio colectivo. En este sentido, la regulación precedente sólo contemplaba el descuelgue de la empresa respecto del régimen salarial previsto en el convenio de ámbito supra empresarial por las específicas circunstancias económicas a las que hacía alusión. No obstante, la norma de 2012 ensancha enormemente los confines de esta medida al permitir, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la inaplicación del convenio colectivo aplicable, sea sectorial o incluso de empresa, en relación con un muy ampliado y cualitativamente importante grupo de condiciones de trabajo, a saber, jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando se excedan los límites de la movilidad funcional ordinaria y mejoras voluntarias de la seguridad social. Por lo que respecta al procedimiento, según se expondrá en el siguiente subepígrafe, en caso de no alcanzarse acuerdo de inaplicación durante el período de consultas, la nueva regulación trata de propiciarlo estableciendo una sucesión de fases a tal efecto, y si no se alcanza, instaura otras vías que aseguran una solución siempre que el empresario no renuncie a la aplicación de la medida.

Este reforzamiento del poder del empresario para adaptar las condiciones de trabajo a las necesidades de la empresa llevado a efecto por el RD-Ley 3/2012 deja en un segundo plano la renegociación de las condiciones establecidas en el convenio, pese a ser más acorde, deseable y legítima desde la perspectiva de los principios esenciales del Derecho del Trabajo, si bien -y de ahí su relegación- menos predecible en cuanto a su misma realización y a sus resultados. Con todo, pese a la devaluación de la autonomía de la voluntad ocasionada por esta norma, no existe obstáculo alguno para que, en virtud de la libre determinación del contenido negocial por las partes legitimadas, los convenios colectivos puedan reconocer competencias normativas en favor de las comisiones paritarias.

4.2.4. Los términos y condiciones para el conocimiento y resolución de las discrepancias tras la finalización del período de consultas en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos

El RD-Ley 7/2011 estableció simétricos procedimientos previos a la adopción de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo y de inaplicación salarial, previendo la intervención de la comisión paritaria, a solicitud de cualquiera de las partes, en los preceptivos períodos de consultas que debían

preceder a tales medidas y contemplando, para el caso de que no se llegase a acuerdo en su seno, la aplicación también voluntaria de los mecanismos específicos que debían prever los acuerdos de solución de conflictos estatal o autonómicos a tal efecto. Paralelamente, el art.85.3,h) establecía la exigencia de que el convenio colectivo incluyera como contenido mínimo la regulación de los términos y condiciones del desarrollo de aquella intervención por parte de la comisión paritaria. Estas funciones de resolución de discrepancias por la comisión paritaria en el marco de los anteriormente simétricos procedimientos de modificación sustancial de condiciones e inaplicación salarial han tenido un destino desigual en su propia subsistencia.

En este sentido, la reforma operada por el RD-Ley 3/2012 en el art.41 ET, relativo al procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo, ha eliminado toda referencia a la intervención dirimente de la comisión paritaria en el mismo. Paralelamente, ha obrado una redefinición restrictiva de las modificaciones que son consideradas colectivas y una paralela ampliación de las individuales. Por consiguiente, el procedimiento de aplicación para realizar modificaciones sustanciales de carácter colectivo, en el que se integraba la eventual intervención dirimente de la comisión paritaria, ha perdido importancia cuantitativa. Además, dado el muy considerable acortamiento del plazo de ejecutividad de la medida, que la norma de 2012 fija en siete días, frente a los treinta que estableciera la regulación precedente, también se reduce su relevancia cualitativa. En consecuencia, se aprecia que el objetivo de la reforma en esta materia no es otro que facilitar y agilizar la adopción de la medida por parte del empresario, por lo que el período de consultas parece configurarse más como un trámite previo a la aplicación de la decisión del empresario que como un espacio para la búsqueda de un acuerdo, explicándose desde esta perspectiva la desaparición de la eventual intervención de la comisión paritaria.

Por lo que respecta a la aplicación de la medida de descuelgue, ahora ya no salarial, sino de jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando se excedan los límites de la movilidad funcional ordinaria y mejoras voluntarias de la seguridad social, si bien subsiste la función de la comisión paritaria, su papel se ha devaluado en la práctica. En este sentido, en caso de desacuerdo durante el período de consultas, el nuevo procedimiento establecido en el art.82.3 ET prevé la intervención de la comisión a solicitud de cualquiera de las partes como instancia inicial. En defecto de acuerdo, se establece el recurso potestativo a los procedimientos que establezcan a estos efectos los acuerdos de solución extrajudicial de conflictos previstos en el art.83. Si aun así no se logra acuerdo en el período de consultas, sea por no instarse estos procedimientos o por no alcanzarse acuerdo en los mismos, se prevé que cualquiera de las partes pueda solicitar la solución a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, si la inaplicación de condiciones afectase a centros de trabajo radicados en diferente comunidad autónoma, y en caso contrario, a los órganos de las comunidades autónomas, los cuales adoptarán por sí mismos la decisión, o bien nombrarán un árbitro a tal efecto. Por consiguiente, si no hay

acuerdo en el período de consultas, el procedimiento puede concluir con un arbitraje obligatorio por la sola voluntad del empresario, que cuenta con el importante apoyo de la amplia definición normativa de las causas justificantes de la medida para un resultado favorable a su decisión. Al margen de los evidentes problemas de constitucionalidad que entraña la obligatoriedad de este arbitraje -pues la sola voluntad de una de las partes puede arrastrar obligatoriamente a la otra al mismo, contrariando la lógica estructural de este cauce de solución de conflictos, cuyo sometimiento ha de ser voluntariamente decidido por ambas al implicar un resultado obligatorio- y la presencia administrativa en el órgano al que se encomienda -que además resulta poco adecuado desde el punto de vista funcional[21]-, con el establecimiento de esta sucesión escalonada de intentos de lograr el acuerdo de inaplicación la comisión paritaria pierde protagonismo en esta materia. En este sentido, las muchas posibilidades que tiene el empresario de que el laudo respalde su decisión de inaplicación, por la amplitud de las causas habilitantes de la adopción de la medida, pueden hacer del período de consultas un mero trámite y, en consecuencia, determinar que el papel de la comisión en el marco de este procedimiento sea en la práctica irrelevante.

4.2.5. La intervención en el marco de los procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo colectiva o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos ante inexistencia de representantes legales de los trabajadores

Esta referencia también estaba vinculada a los simétricos procedimientos de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo y de inaplicación del régimen salarial que estableció la norma de 2011, manteniéndose inalterada la fórmula de suplencia de la representación legal a través de una comisión por el RD-Ley 3/2012 en el reformado marco de dichos procedimientos. Así, a tenor de los arts.41.4 y, por remisión a éste, 82.3 ET, cuando no existan representantes legales de los trabajadores en la empresa -se entiende que por ausencia de obligación o por incumplimiento de establecer órganos de representación unitaria-, a efectos de la negociación de los acuerdos dirigidos a la adopción de las medidas de modificación sustancial de carácter colectivo o de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en el convenio, la representación de los trabajadores se atribuirá a una comisión de tres miembros integrada, bien por trabajadores de la empresa elegidos por éstos democráticamente, o bien por los sindicatos más representativos y representativos del sector. Los preceptos referidos no efectúan mención alguna a la intervención de la comisión paritaria a estos efectos, que únicamente cobra sentido en relación con la designación de la comisión sustitutiva en la primera modalidad.

---

[21] En este sentido, la doctrina ha calificado esta asignación competencial de errática y extravagante, destacando que hubiera sido más adecuado atribuirla a la Fundación SIMA y a los órganos creados en las Comunidades Autónomas que desarrollan funciones equivalentes, vid. VALDÉS DAL-RE, F. "Flexibilidad interna", op. cit., p.43.

Esta indeterminación relativa a la función que había de desempeñar la comisión paritaria en relación con el nombramiento de la comisión sustitutiva de la representación legal determina que su eliminación como competencia integrada en el contenido mínimo no produzca relevantes efectos. En cualquier caso, no hay obstáculo alguno para que los convenios colectivos puedan establecer esa intervención y especificar el modo en que se desarrollará en virtud de la libertad negocial, si bien se trata de una función de relevancia menor.

5. LAS COMPETENCIAS DE LA COMISIÓN PARITARIA TRAS LA REFORMA DE 2012: MUCHO MÁS QUE UNA VUELTA A EMPEZAR -REFLEXIONES FINALES-

A tenor del art.85.3, e) ET, la comisión paritaria puede *entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas*, sin que, como se ha reiterado, se haga alusión directamente en el mismo a ninguna de las primeras. De este modo, parece tornarse a la situación previa al RD-Ley 7/2011, puesto que existe coincidencia en cuanto a la indeterminación de competencias específicas. No obstante, el panorama normativo configurado a raíz de la reforma obliga a matizar esa afirmación.

En este sentido, el RD-Ley 3/2012 ha mantenido la referencia a las funciones previstas en la Ley que introdujo la norma antecedente, si bien no sólo ha eliminado la exigencia de que conste como contenido mínimo de los convenios colectivos la asignación de determinadas competencias específicas a la comisión paritaria y/o los términos de su desarrollo, sino que en ocasiones las ha hecho desaparecer del diseño normativo de las medidas en las que se encuadra o las ha mantenido pero devaluando su importancia, al configurarlas como paso previo a la decisión de otro sujeto. En cuanto a las que le sean atribuidas por las partes en virtud de su libertad de contratación, también han sido indirectamente afectadas por la reforma puesto que el incremento de normas imperativas y la paralela limitación de la autonomía de la voluntad ha reducido los espacios que pueden ser objeto de eventual negociación, incidiendo, asimismo, en el potencial ámbito de funciones que pueden ser asignadas a las comisiones paritarias.

En cualquier caso, como se ha puesto de manifiesto al examinar qué ha sido de las funciones que otrora necesariamente debieran preasignar los convenios a las comisiones paritarias, todavía queda espacio para que las partes, en base a su libertad de determinación competencial -matizada por las normas imperativas y por las funciones atribuidas en la Ley- les reconozcan algunas importantes competencias, como es el caso de la normativa. Con todo, el favor mostrado por la reforma por otras vías no negociadas para la adopción de decisiones, más que de acuerdos, determina que su virtualidad a efectos prácticos vaya a ser escasa.

Segunda Ponencia

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y REFORMA DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL

Jaime Castiñeira Fernández
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE 2011
3. LA JUBILACIÓN FORZOSA Y LA JUBILACIÓN GRADUAL Y FLEXIBLE
4. LA JUBILACIÓN ANTICIPADA
5. LA JUBILACIÓN PARCIAL

1. INTRODUCCIÓN

La negociación colectiva es un contenido excluido, en principio, de nuestro sistema de Seguridad Social. Así el artículo 39.2 del R.D. Leg. 1/1994, de 20 de Junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en adelante LGSS, dispone que la Seguridad Social no podrá ser objeto de contratación colectiva, sin otra excepción que el establecimiento de las llamadas "mejoras voluntarias" y sobre todo, en este momento, mediante los planes y fondos de pensiones complementarios de la seguridad social pública, universal, general y suficiente. De la misma forma, el artículo 3 de la LGSS establece que será nulo todo pacto, individual o colectivo, por el cual el trabajador renuncie a los derechos que esta ley le confiere.

Sin embargo, es un hecho que la política de empleo, el mercado de trabajo y el propio desarrollo de la relación laboral, cuestiones éstas objeto de la negociación colectiva, están claramente interrelacionadas con la seguridad social. De esta forma, la relación existe tanto en el momento inicial de la contratación, con la política de incentivos al empleo, especialmente al indefinido, mediante la técnica de las bonificaciones a la cotización a la seguridad social, como durante el transcurso de la prestación del trabajo, facilitando las suspensiones del contrato de trabajo por diversas causas, personales y profesionales, así como proporcionando medidas de control del absentismo. Igualmente se facilita la flexibilidad para la finalización de la relación laboral, mediante las medidas paliativas de la extinción de los contratos de trabajo, tanto por medio de los planes sociales que acompañan a los expedientes de regulación de empleo, como por las políticas de jubilación forzosa, flexible o anticipada.

El vigente Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2010, 2011 y 2012[1], tiene como objetivo, entre otros, orientar la negociación de los convenios colectivos, estableciendo criterios y orientaciones para acometer en los procesos de negociación colectiva, para el cumplimiento, de los fines de mantener y recuperar el empleo, fomentando la estabilidad y reduciendo la temporalidad, así como estableciendo marcos para mantener y mejorar la posición de las empresas en los mercados y su productividad. Para la consecución de dichos objetivos y por lo que se refiere al empleo y la contratación, el AENC estipula que la jubilación

---

[1] El texto corresponde a la Ponencia presentada a las XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, por lo que está cerrado el 15 de noviembre de 2011. Únicamente se han introducido algunas referencias a los cambios normativos que se han producido con posterioridad. El trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2008-06296 "CONCEPTO Y CONTENIDO DE LA PROTECCION SOCIAL: UN ESTUDIO COMPARADO ENTRE ESPAÑA Y LA UE-15"

Suscrito por la CEOE y la CEPYME de una parte y por CC00 y UGT por otra, publicado en el BOE de 22-2-2010. Su naturaleza es obligacional, no normativa, al igual que los anteriores y el posterior, obligando por tanto jurídicamente exclusivamente a partes firmantes, aunque se comprometen a influir a sus organizaciones para que cumplan los acuerdos.

parcial y el contrato de relevo, así como la jubilación forzosa son instrumentos adecuados[2], al igual que se ha convenido en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014[3]. A su estudio le dedicaremos especial atención en esta ponencia, por cuanto la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, introduce modificaciones en su regulación. No examinaremos las medidas dedicadas a las bonificaciones a la contratación, ni las disposiciones de seguridad social de incentivo a la suspensión y a la reducción de jornada, ni los retoques a la prestación por desempleo y al control de las situaciones de incapacidad para el trabajo, que han sido objeto de modificaciones por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre[4].

Para comprobar la utilización por la negociación colectiva de esas cláusulas de empleo, el reciente RD 713/2010, de 28 de mayo sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, dispone la cumplimentación obligatoria de unas hojas estadísticas oficiales, a efectos de la elaboración de la estadística de convenios colectivos. En los anexos 2.1 y 2.2, correspondientes a los convenios colectivos de empresa y de sector respectivamente, se recoge el potencial contenido del convenio teniéndose que contestar a una serie de preguntas de manera afirmativa o negativa sobre las cláusulas del convenio. Dentro de las cláusulas de empleo y contratación se pregunta, entre otras cláusulas, sobre la existencia de "creación de empleo por jubilación anticipada (contratos de relevo)", mientras que en las que denomina "cláusulas sobre jubilación", se pregunta sobre si se han pactado dichas cláusulas y en caso afirmativo, si son sobre jubilación forzosa, de estímulo a la jubilación, para los que se jubilan con 65 o más años y para los que

---

[2] "g) La jubilación parcial y el contrato de relevo deben seguir siendo un instrumento adecuado para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de plantillas. Asimismo, debería seguirse desarrollando, a través de la negociación colectiva, la habilitación para el establecimiento de cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación, siempre que se cumplan los supuestos y requisitos legalmente establecidos".

[3] El II ANEC ha sido suscrito por las mismas organizaciones y publicado en el BOE de 6-2-2012. En su Capítulo II. 1.f), se dispone que, para el cumplimiento de las mismas finalidades que el I ANEC, "La jubilación parcial y el contrato de relevo deben seguir siendo un instrumento adecuado para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de plantillas. Asimismo, las Organizaciones firmantes consideran instrumentos adecuados para la consecución de aquellas finalidades, las jubilaciones anticipadas y medidas de prejubilación ligadas a las circunstancias económicas que atraviesan las empresas incluidas en la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de la Seguridad Social. Igualmente, debería seguirse desarrollando, a través de la negociación colectiva, la habilitación para el establecimiento de cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación, siempre que se cumplan los supuestos y requisitos legalmente establecidos."

[4] Ver por todos, Calvo Gallego, J. "Las transiciones laborales y el nuevo modelo productivo: la incidencia de la reforma laboral de 2010", J. , ponencia presentada a las XIX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, en Relaciones Laborales y Nuevo Sistema productivo, Castiñeira Fernández, J. Coordinador, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2011, pág. 39 y ss. y González Ortega, S. "Seguridad Social y reforma del mercado de trabajo", Temas Laborales, núm. 107/2010, págs.. 407 y ss.

se jubilan con menos de 65 años, sobre jubilación parcial y si se establecen planes de pensiones u otras prestaciones relacionadas con la jubilación[5].

Pese a las previsiones del RD 713/2010, la información estadística no puede calificarse como buena. Precisamente, en el momento de redactar esta Ponencia, no están publicados los Informes anuales sobre la negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, correspondientes a los años 2009 y 2010[6]. Si acudimos a la Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España 2010, nos encontramos con escasos datos, centrados exclusivamente en la jubilación parcial. Así existía en 2010 un porcentaje del 25'5% del total de convenios que contenían cláusulas de creación de empleo por jubilación parcial, que afectaban a un total del 27'6% del total de los trabajadores[7].El porcentaje de convenios de empresa con cláusulas de este tipo y el de convenios de otro ámbito es muy similar, el 25'8% y el 24'7% respectivamente, mientras que, por su parte, los trabajadores afectados son del 30'8% y del 27'3%.

La estadística recoge una serie de años desde 1999 a 2010, de la que se desprende que si bien ha aumentado significativamente el porcentaje de convenios que recogen las citadas cláusulas, el 10'5% en 1999 y el 24'7% en el 2009, con un ascenso significativo a partir del año 2008, sin embargo el número de trabajadores afectados no ha subido en la misma proporción, así ascendía al 22'7% en 1999 y al 26'1 en 2009. Incluso en el porcentaje de trabajadores afectados por convenios de empresa ha disminuido desde el año 2009, que incluía a un 34'0%, mientras que en el año 2010 se limitaba a un 30'8%, quizás, como sugiere el informe, estas cláusulas de empleo hayan pasado a formar parte de los acuerdos de empresa[8], lo que es muy posible dado el importante números de ellas afectadas por estas cláusulas y este tipo de acuerdos como veremos oportunamente.

---

[5] El R.D.Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, en su DA 2ª, mandata al Gobierno para que antes del 31 de diciembre de 2011, previa consulta y negociación con las organizaciones sindicales y empresariales más representativas, revise los modelos de las hojas estadísticas establecidos en el RD 713/2010, "con el objetivo de simplificar sus contenidos, refiriendo éstos a la información relevante y de utilidad pública a efectos de elaboración de la estadística de convenios colectivos", así como facilitar apoyo público para cumplimentar los datos estadísticos. Igualmente identificar vías adicionales de conocimiento distintas a las citadas hojas para obtener información completa y rigurosa de los contenidos de la negociación colectiva. Sorprende que sea el propio Gobierno, que aprueba el RDLey el que se mandate a sí mismo para aprobar una norma, en lugar de proceder a la aprobación de un decreto de modificación o de complemento del 713/2010. Mediante el artículo 7 del RDLey 7/2011 se crea el Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva, que contará en su seno con un Observatorio de la Negociación Colectiva, con la finalidad de la realización de estudios e informes y elaboración de documentos sobre la negociación colectiva. Con anterioridad al 31 de diciembre de 2011 el Gobierno reglamentará la constitución, organización y funcionamiento del citado Consejo.

[6] Los anteriores a esa fecha corresponden a la situación previa a la actual crisis económica, por lo que pueden ser poco representativos.

[7] Los datos del año 2010 son provisionales a febrero de 2011. Los correspondientes al 2009 son "casi" definitivos (sic). Ver pág. 430 de la Memoria.

[8] Ver CES Memoria 2010 cit., pág. 429.

La Memoria del CES también recoge la existencia de cláusulas de jubilación forzosa a los 65 años, ofreciendo algunos ejemplos pero sin datos sobre su frecuencia ni sobre trabajadores afectados.

Por lo que respecta a Andalucía, el "Informe sobre la Negociación colectiva de Andalucía 2010" elaborado por el CARL[9], contiene un mayor número de datos, así se recoge que la jubilación parcial con contrato de relevo se encuentra en el 39'75% del total de convenios vigentes, afectando al 52'10 de trabajadores, que supone un aumento de medio punto sobre el año 2009 y una ralentización del avance de los últimos años, con aumentos de cuatro puntos en los años 2009 y 2008 y siete puntos en el 2007. El porcentaje es mayor en los convenios de sector que en los de empresa, con la misma explicación del trasvase de dichas cláusulas a los acuerdos de empresa.

Tabla 1[10]. Contratos de relevo.

	Convenios	%	Empresas	%	Trabajadores	%
Sector	70	53,85	124.602	65,83	620.960	52,42
Empresa	213	36,60	213	36,60	36.015	47,06
TOTAL	283	39,75	124.815	65,74	656.975	52,10

En la Memoria del CARL se recoge la existencia de cláusulas de jubilación anticipada como medida de fomento de empleo, aunque sin concretar el tipo de fórmulas utilizadas. Dichas disposiciones se encuentran recogidas en el 53'23% de los convenios vigentes, afectando a un total del 64'32% de los trabajadores, con mayor incidencia en los convenios de sector que en los de empresa y con una distribución irregular entre las diferentes actividades económicas[11].

Tabla 2. Jubilación anticipada.

	Convenios	%	Empresas	%	Trabajadores	%
Sector	95	73,08	141.056	74,52	765.893	64,66
Empresa	284	48,80	284	48,80	45.217	59,09
TOTAL	379	53,23	141.340	74,45	811.110	64,32

También se encuentra en la Memoria del CARL una mención a los contratos de sustitución, que se recogen en el 24'02% de los convenios vigentes, afectando a un 21'08% de los trabajadores, con mayor incidencia en los convenios de sector que en los de empresa. Esta fórmula de anticipación de la edad de jubilación a los 64 años, con la obligación de ser sustituido el trabajador, regulada por el RD

[9] Ver CARL Memoria 2010, pág. 199 y ss.
[10] Las tablas están reproducidas de la Memoria del CARL.
[11] Ver los Gráficos 8 y 9 de la Memoria del CARL 2010, pág. 200.

1194/1985, de 17 de julio, ha sido suprimida por la Disposición Derogatoria única de la Ley 27/2011 citada. Por el contrario no se recogen cláusulas sobre jubilación forzosa.

Confiemos que con la creación del Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva, mejore la calidad de las estadísticas incorporando los datos recogidos de las hojas estadísticas oficiales de los convenios, así como que se publiquen con celeridad. Asimismo, como lleva a cabo el CARL, pueden hacerse estudios trimestrales provisionales y una Memoria Anual definitiva.

2. LA REFORMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE 2011

Si puede caracterizarse como de convulsa la legislación laboral del último bienio, la de seguridad social debe calificarse como contradictoria, rompedora de los consensos que se habían construido en los últimos quince años y de una eficacia muy relativa, ya que gran número de disposiciones tienen diferida su definitiva entrada en vigor a lo largo de un dilatado espacio de tiempo. No es objetivo de esta ponencia comentar el conjunto de la reforma[12], sino limitarla al aspecto que nos concierne pero algunas consideraciones debemos realizar. Como es sabido, el llamado Pacto de Toledo aprobado por el Congreso de los Diputados en 1995, con sus quince recomendaciones, cuyo seguimiento y actualización se efectuó por primera vez en el año 2003, tuvo por finalidad evitar la utilización de las pensiones como arma electoral, con la anuencia unánime de todos los partidos políticos, sumando su apoyo al Pacto, con posterioridad, los llamados "interlocutores sociales". En la legislatura que acaba de terminar, el 6 de mayo de 2008 celebró su sesión constitutiva la Comisión no permanente de seguimiento y evaluación de los acuerdos del Pacto de Toledo, que hasta el 29 de diciembre de 2010 ha celebrado cuarenta sesiones de trabajo, más una última, el 10 de febrero de 2001, en la que se presentaron las principales líneas de reforma del sistema de pensiones[13]. Pues bien, si el documento de trabajo sobre revisión del Pacto de Toledo realizado por el Gobierno y presentado en enero de 2010, podía constituir una base del trabajo de la Comisión del Pacto de Toledo, la aprobación del RD-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público rompió todos los consensos. Para intentar aplacar al Leviatán de los hoy llamados mercados, con el escaso resultado que se ha comprobado posteriormente, entre otras drásticas medidas, se congelaron las pensiones contributivas excepto las mínimas para el ejercicio del 2011 y se eliminó el régimen transitorio para la jubilación parcial previsto en la Ley 40/2007. La aprobación posterior, también sin consenso, del Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas

[12] Ver por todos, Gete Castrillo, P. "La reforma de pensiones de 2011: procedimiento y contenidos (I y II)", Relaciones Laborales números 19 y 20, 2011.
[13] Ver todas las Sesiones de la Comisión y las distintas comparecencias, en Congreso.es.

urgentes para la reforma del mercado de trabajo, tramitado como proyecto de ley y convertido en la Ley 35/2010 de 17 de septiembre, no ayudó a mejorar el clima político y la reforma de la seguridad social se convirtió en un arma de desgaste utilizada por todos los partidos.

En esa situación política el acuerdo sobre las posibles recomendaciones del Pacto de Toledo se hacía muy difícil, en especial sobre la edad de jubilación, con el Gobierno interesado en que apareciera la cifra mágica del retraso de la jubilación hasta los 67 años, aunque aprobado después con tantas excepciones y matizaciones que no puede decirse que vaya a tener, al menos con esta reforma, un carácter general. Consecuentemente, el acuerdo en las Recomendaciones que se aprueba dista mucho de las pretensiones iniciales, al igual de lo que posteriormente se sanciona en la ley 27/2011. En efecto, la Recomendación 12, dedicada a la edad de jubilación, que constata que no se ha alcanzado acuerdo alguno en materia de edad legal de jubilación, parte de considerar la prolongación de la vida laboral de los ciudadanos como un objetivo necesario y deseable, con el objetivo de aumentar la edad real de abandono del trabajo y en lo que nos interesa en este momento:

- Constata que la jubilación anticipada se ha convertido, básicamente en una fórmula de regulación de empleo, lo que debe modificarse, debiéndose reservar a los que con largas carreras de cotización y, voluntariamente, opten por acogerse a ella. No obstante, mediante norma con rango de ley, se puede establecer la jubilación anticipada en actividades penosas, peligrosas o insalubres, con elevada morbilidad o mortalidad o en personas discapacitadas.
- Sostiene que es necesario incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación, en concreto se establecerán medidas adecuadas para que aquellas cotizaciones que darían lugar a una pensión superior al tope máximo, den lugar a un incremento mensual de la pensión final, el cual ha de suponer una mejora de la pensión máxima establecida en la Ley.
- Considera que se debe mejorar la regulación del contrato de relevo e introducir esquemas de mayor permeabilidad entre la vida activa y pasiva, permitiendo e incrementando la coexistencia de salario y pensión.
- Afirma que se debe combatir la discriminación por edad en el mercado laboral, restringiendo al máximo el abandono prematuro de la vida laboral, siendo prioritario remover la normativa que fuerza a colectivos o personas a la jubilación obligatoria, en contra de sus deseos y capacidades. No debe establecerse un límite de edad para el trabajo en un régimen de libertades individuales y de derechos fundamentales.

El informe de la Comisión no permanente fue aprobado por el Pleno del Congreso el 25 de enero de 2011. Que el informe se consideraba un trámite lo prueba que el 28 de enero se publicita el anteproyecto de la reforma de las pensiones por parte del Ministerio de Trabajo y que el 1 de febrero se apruebe por el Gobierno y

los interlocutores sociales el Acuerdo Social y Económico, para el crecimiento, el empleo y la garantía de las pensiones, ASE, con el que el Gobierno conseguía para su reforma, con algunos retoques con la finalidad de que los interlocutores sociales pudieran justificar su aprobación, la legitimidad que la Comisión del Pacto de Toledo no le había otorgado.

El contenido del ASE difiere notablemente, en lo que ahora nos afecta, de las Recomendaciones que hemos resumido, contemplando una jubilación voluntaria a partir de los 63 años, con coeficiente reductor, continuando con la jubilación anticipada por crisis a los 61 años, y manteniendo las condiciones existentes con anterioridad a la firma del acuerdo para todas las personas afectadas por procesos colectivos de cualquier índole o concursales, incluso para las personas que tengan comprometida su salida para un momento posterior a la firma del ASE. Asimismo, la jubilación parcial, con cotización íntegra para el relevista y el relevado, elevándose progresivamente, permanece a los 61 años, con un régimen transitorio, desapareciendo la jubilación a los 64 años, con sustitución, al aprobarse la nueva norma.

Por lo que respecta a los trabajadores de más edad, entre 55 y 64 años[14], se acuerda en el ASE que con anterioridad al 30 de septiembre de 2011[15], el Gobierno, previa consulta y negociación con las organizaciones empresariales y sindicales firmantes, elabore Estrategia global de empleo de los trabajadores de más edad, que incluya medidas en materia de empleo, formación y condiciones de trabajo, con los objetivos de favorecer su mantenimiento y eventual reincorporación al mercado de trabajo de aquellos que pierdan su empleo. La Estrategia 55 y Más, así ahora denominada, fue aprobada en el Consejo de Ministros del 28 de octubre de 2011, "y constituye el complemento fundamental de la reforma de las pensiones". Hasta el momento se ha hecho público exclusivamente una referencia[16], destacando entre sus líneas de actuación, "la promoción de los contratos de relevo, de forma que simultáneamente se prolongue el empleo de los trabajadores mayores y se favorezca la contratación de jóvenes" y el "reexamen por los interlocutores sociales de las cláusulas de los convenios colectivos que establecen la jubilación obligatoria".

El problema de la reforma de las pensiones en este momento es que se plantea básicamente inserta en una política de reducción de gastos, obligada por la crisis económica-financiera agudizada en España por la tasa de desempleo, para

---

[14] Según el ASE, con una tasa de empleo en España del 43'7%, cinco puntos por debajo de la tasa de empleo de la Unión Europea-15 y diecinueve puntos por debajo de la tasa general de empleo que es el 62'8%.

[15] La DA 2ª del Real Decreto-ley 1/2011, de 11 de febrero, de medidas urgentes para promover la transición al empleo estable y la recualificación profesional de las personas desempleadas, concede un plazo de seis meses al Gobierno para su aprobación y añade a las Comunidades Autónomas como entidades con las que se colaborará en su elaboración.

[16] Por Resolución de 14-11-2011, de la Secretaría de Estado de Empleo se resolvió la publicación del Acuerdo, que se produjo en el BOE de 24-11-2011.

justificar ante los mercados que se está actuando con medidas drásticas, bien que luego se prolongue hasta en dieciséis años su completa efectividad. Además, se quiere seguir utilizando las instituciones de la Seguridad Social al servicio de coyunturales políticas de empleo y siendo pactada exclusivamente con los interlocutores sociales mayoritarios, soslayando la esencia del Pacto de Toledo -sacar a las pensiones del debate político- e incumpliendo las recomendaciones del Pacto de Toledo, al menos en lo que al contenido de este estudio le concierne. Al mismo tiempo, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, la Seguridad Social es de "estricta naturaleza pública y consecuentemente reacia a componendas de parte"[17]. Igualmente, aunque haciendo referencia a la negociación colectiva en sentido estricto en lugar de a la llamada concertación social, se ha sostenido que aquella no debe sobrepasar los límites de la protección complementaria privada y voluntaria en actuación del artículo 41 de la Constitución[18], por una serie de razones entre las que hay que destacar la discutible legitimidad de los interlocutores sociales tradicionales para convertirse en portavoces exclusivos de los intereses afectados por la Seguridad Social, que son los de todos los ciudadanos. En el ASE interviene también el Gobierno, en alguno de sus apartados, pero por mucho que se quiera ampliar la relevancia constitucional de los sindicatos y organizaciones empresariales, la soberanía popular radica en las Cortes Generales que tienen que velar por los intereses de todos los ciudadanos, teniendo en cuenta, además, que en cuestiones claves difícilmente van a ponerse de acuerdo las representaciones profesionales ya que, cuanto menos, representan interés diferentes. Que los representantes de la soberanía popular se limiten a ratificar lo que ha sido acordado previamente por las organizaciones profesionales no deja de ser una infravaloración y una utilización injustificada de los órganos legislativos[19].

Asimismo, la forma de aprobación de la Ley 27/2011 tiene que ser criticada. Una ley de su pretendida importancia, de la que sólo algunos preceptos entran en vigor en la fecha de su publicación, no puede ser aprobada exclusivamente por la Comisión de Trabajo e Inmigración, aunque con competencia legislativa plena[20]. De la misma forma un asunto tan importante como la reforma de pensiones, no puede ser debatido y votado en menos de cuatro horas y mucho menos ser aprobado en la Comisión por una mayoría tan exigua de diecinueve votos a favor, dieciocho en contra

---

[17] Gete Castrillo, ob. cit., RL nº 19, pág. 4 de la edición on-line.

[18] Barcelón Cubedo, S. "El derecho de la Seguridad Social. Situación actual y perspectivas de futuro", Temas Laborales nº 94/2008, pág. 59. Ver también, Valdés de la Vega, B., Mejoras voluntarias por edad de jubilación en la negociación colectiva, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 31 y ss.

[19] Como ha sostenido Gete Castrillo, ob. cit. "la concertación social no es el método más ajustado a la revisión normativa de temas tan importantes de carácter general y público como es el de las pensiones de la Seguridad Social, que deben ser defendidas frente a una más que evidente utilización instrumental por parte de los agentes sociales".

[20] Habrá que acudir más de una vez, en un futuro, al Diario de Sesiones para comprobar la coherencia de las posturas sostenidas por los diferentes grupos políticos, tanto en el seno de la Comisión no permanente del Pacto de Toledo como en las sesiones parlamentarias.

y una abstención[21]. Se ha hecho una reforma con un carácter de innecesaria urgencia, sin debate social en un tema tan extraordinariamente importante como la jubilación, acuciados por los mercados y, como luego se ha demostrado, por el adelanto electoral, con muchas dosis de incoherencia, fruto posiblemente de las transacciones urgentes entre grupos parlamentarios para lograr una mayoría aprobatoria. Hay que tener en cuenta que el Proyecto de Ley de Reforma contaba con nueve artículos, catorce disposiciones adicionales y seis disposiciones finales, mientras que la Ley 27/2011 cuenta también con nueve artículos, pero con cincuenta y dos disposiciones adicionales y doce disposiciones finales. De todas maneras, nada nos puede sorprender después de haberse reformado hasta la Constitución en el mes de agosto de 2011, tramitada casi como se convalida un Real Decreto Ley[22]. Cuando se comienza a perder el respeto a las formas es porque el contenido importa poco.

3. LA JUBILACIÓN FORZOSA Y LA JUBILACIÓN GRADUAL Y FLEXIBLE

Una de las medidas elementales para lograr una mejora de las cuentas de la seguridad social y lograr unas pensiones adecuadas y sostenibles es prolongar la vida activa de los trabajadores, en consonancia con la mayor esperanza de vida de las personas de más edad y de su mejor estado físico con carácter general. Se logra mediante la subida de la edad media de entrada en la jubilación, así como por la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de la jubilación. La Unión Europea presentó en 2010 el Libro Verde en pos de unos sistemas europeos adecuados sostenibles y seguros[23] , en el que se recuerda que en el Consejo Europeo de Barcelona se comprometieron los Estados miembros a retrasar cinco años la edad a la que la gente deja de trabajar[24]. Posteriormente, se ha aprobado el Libro Blanco "Agenda para unas pensiones adecuadas, seguras y sostenibles"[25], en el que se enumeran los retos actuales de los sistemas de pensiones, insistiéndose en la necesidad de las reformas, se informa del resultado de las consultas y el debate sobre el Libro Verde, se hacen recomendaciones específicas a los países miembros y se explican sus reformas más recientes en la materia.

En la Europa de los 27 la media de edad de salida del mercado de trabajo era de 59'9 años, en el 2001, y de 61'4 en el 2008, mientras que la española era de 60'3 y 62'6 respectivamente[26].

---

[21] Ver Congreso de los Diputados, Diario de Sesiones del 27 de junio de 2011, pág. 21.
[22] La proposición de reforma de la Constitución, se presentó el 26 de agosto ante el Congreso y se aprobó definitivamente por el Senado el 7 de septiembre.
[23] COM(2010)365 final.
[24] Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de los días 15 y 16 de marzo de 2002, documento SN 100/1/02 REV 1.
[25] 16.2.2012, COM (2012) 55 final.
[26] Ver Libro Verde pág. 34.

Por lo que respecta al Objetivo Europa 2020, que aspira a que se alcance una tasa de empleo del 75% es imprescindible que se consiga aumentar la tasa de empleo de los trabajadores entre 55 y 64 años. En el año 2010, la tasa de empleo de dichos trabajadores era la siguiente[27]:

Tabla 3.

	Total	Hombres	Mujeres
UE 27	46'3	54'6	38'6
Área Euro-17	45'8	53'8	38'6
España	43'6	54'7	33'2

Las razones de esa baja tasa de empleo, en la que la situación española es superior a la media europea en varones y se distancia en mujeres, es lo que hay que diagnosticar para que las pensiones sean más sostenibles y se mejore la perspectiva de una posible entrada en la pobreza[28]. Por lo que a nosotros respecta en este momento, tendremos que considerar la relación existente entre esos fines de aumento de la tasa de empleo con la prestación de jubilación, su reforma y la negociación colectiva para comprobar si estamos en el buen camino, especialmente cuando se está preparando por la Comisión el Año Europeo del Envejecimiento Activo 2012.

La prestación de jubilación ha sido objeto de numerosas modificaciones legislativas desde el Pacto de Toledo de 1995 y todas ellas han tenido un carácter contradictorio. Mediante el Real Decreto-Ley 16/2001, de 27 de diciembre[29], de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, se introdujo la jubilación anticipada, si bien que la cesación en el trabajo debía se involuntaria y con coeficientes reductores de la prestación, para aquellos trabajadores que no habían sido mutualistas laborales con anterioridad a 1967, con lo que el problema de la jubilación anticipada que en el momento actual estaría prácticamente resuelto cobraría nuevos bríos. La reforma de 2011 no podía ser menos que contradictoria, debido a la situación parlamentaria del gobierno y a la ausencia de pacto con el principal partido de la oposición. Así, de la pretensión inicial del Gobierno de posponer la jubilación ordinaria a los 67 años se ha llegado a una solución compleja y confusa, muy probablemente por haberse tenido que contentar a todos aquellos que han avalado la reforma, confederaciones empresariales, sindicatos más representativos y grupos parlamentarios minoritarios, para que puedan transmitir a sus representados que han conseguido una sustancial mejora del proyecto de ley.

---

[27] Ver Eurostat (online data code:Ifsi_emp_).

[28] Muchas de las personas no empleadas, especialmente mujeres, no serán titulares de una pensión de jubilación contributiva al no haber tenido una larga carrera de cotización.

[29] Fruto del Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social, suscrito en abril de 2001 entre el Gobierno, CCOO, la CEOE y la CEPYME.

3.1. La jubilación forzosa

Como es sabido, en el Proyecto de ley presentado por el Gobierno no se contenía mención alguna a dicha fórmula de jubilación, o con más precisión a la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por el trabajador de la edad ordinaria de jubilación. Lo que podría extrañar, teniendo en cuenta la recomendación 12 del Pacto de Toledo que como hemos indicado con anterioridad dice textualmente "Es prioritario remover la normativa que fuerza a colectivos o personas a la jubilación obligatoria, en contra de sus deseos y capacidades. No debe establecerse un límite de edad para el trabajo en un régimen de libertades individuales y de derechos fundamentales." De la misma forma es incoherente con que el propio Gobierno considere en la Estrategia 55 y Más, aprobada en el mes de octubre de 2011, como línea de actuación 1.4, "que los interlocutores sociales, en ejercicio de su autonomía colectiva, analicen conjuntamente la legalidad, acierto y oportunidad de mantener ese tipo de cláusulas en los convenios colectivos", en referencia a las de jubilación forzosa. Más sencillo hubiera resultado derogar la DA 10ª del ET en el Proyecto de Ley o acordar una enmienda transaccional durante su tramitación parlamentaria.

En efecto, en esta materia se presentaron dos enmiendas, la primera del Grupo Parlamentario Popular, que ofrecía una nueva redacción a la DA 10ª del ET[30], configurando la jubilación como un derecho subjetivo del trabajador indisponible por convenio colectivo y la segunda del Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió), que modificaba la redacción de la DA 10ª del ET en el sentido que el trabajador deberá tener cubierto el periodo mínimo de cotización "*que le permita aplicar el porcentaje del 100% a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión*"[31], con la justificación de permitir que aquellos trabajadores que no tengan el número mínimo de años para tener derecho a una pensión de jubilación del 100% de las bases se vean obligados a jubilarse contra su voluntad a una determinada edad. La enmienda transaccional fue acordada con el Grupo Parlamentario Catalán, rebajando el porcentaje propuesto del 100% al 80%, lo que fue incorporado al Informe de la Ponencia[32] como DA trigésima séptima. Además, se añadió un último párrafo a la DA 10ª: "Se habilita al Gobierno para demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación prevista en esta disposición adicional."

---

[30] "La jubilación es un derecho subjetivo del trabajador indisponible por convenio colectivo, que podrá ejercitarlo cuando reúna las condiciones y requisitos establecidos en las disposiciones que lo regulan". En base a que imponer la extinción del contrato de trabajo por haber cumplido una determinada edad constituye actualmente una discriminación desfavorable por razón de edad contraria al ordenamiento jurídico, y que la actual política de empleo se dirige hacia la prolongación de la vida laboral. Además cita la recomendación 12 del Pacto de Toledo antes expuesta y termina afirmando que constituye un avance en la consideración de un modelo de jubilación más orientado a los deseos de los trabajadores, compatible con la sostenibilidad en el futuro. Enmienda nº 213, BOCG, Congreso, 17-6-2001, pág. 115.

[31] Enmienda nº 328, BOCG, Congreso, 17-6-2001, pág. 183.

[32] BOCG, Congreso, 30-6-2001.

En su intervención en la Ponencia, el representante del Grupo Catalán Sr. Campuzano, consideró que se "introducían incentivos al alargamiento de la vida laboral. De manera significativa se modifica el Estatuto de los Trabajadores para reconsiderar las cláusulas de jubilación obligatoria existentes", lo que no deja de ser una manera optimista de acercarse a la jubilación forzosa[33]. La enmienda fue aprobada oportunamente.

Para después efectuar un estudio de la actual redacción de la DA 10ª del ET, llevada a cabo por la renumerada como DA 36ª de la Ley 27/2011, conviene exponer siquiera sea brevemente el camino normativo seguido por la jubilación forzosa en nuestro país en tiempos constitucionales. En la DA 5ª del ET de 1980 se fijaba como edad máxima de trabajo los 69 años, lo que fue objeto de recurso de inconstitucionalidad resuelto por la STC 22/1981 de julio que proscribe cualquier interpretación que la entienda como cláusula de jubilación forzosa al cumplir aquella edad, admitiendo su utilización como medida de fomento del empleo y de reparto de trabajo en sectores con especiales problemas de desempleo. Dicha doctrina fue seguida por numerosas sentencias del Tribunal Supremo, entre otras las de 28/3/83, 11/5/83, 2/6/86 y 9/12/86. Igualmente la STC 58/1985 de 30 de abril, interpreta en materia de negociación colectiva la vinculación existente entre la jubilación forzosa y las políticas de empleo. Con posterioridad, se considera por el propio Tribunal Supremo que no resulta obligado que el convenio colectivo necesariamente haya de incluir cláusula explícita que obligue a cubrir puestos de trabajo de los jubilados por otros desempleados y que es constitucional el pactar una edad de jubilación forzosa en el seno de la negociación colectiva siempre que se garantice el derecho del trabajador a la pertinente prestación de jubilación de la seguridad social, entre otras SSTS 27/10/87, 18/12/89 y 27/12/93[34].

En paralelo, el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la jubilación forzosa por imperativo legal de diversos colectivos, que además habían sufrido una disminución de la edad de jubilación descendiendo de 70 a 65 años, como la STC 108/1986, de 29 de julio en relación con jueces y magistrados, o la STC 99/1987, de 26 de junio, que considera que es posible una diferencia de trato entre los funcionarios públicos y el personal sometido al derecho laboral, ya que se trata de regímenes jurídicos distintos, aplicables a situaciones diferentes, uno es estatutario y otro laboral, no infiriéndose la igualdad de trato entre ellos de la Constitución, que tiene una diferente regulación y previsión constitucional, los artículos 35.2 y 103.3, lo que justifica regulaciones diferenciadas que no sean irrazonables[35].

---

[33] Ver Congreso de los Diputados, Diario de Sesiones del 27 de junio de 2011, pág. 13.

[34] Ver Sastre Ibarreche, R. "La aplicación de la disposición adicional 10ª del Estatuto de los Trabajadores por la negociación colectiva", Tribuna Social, nº 4, 1998, pág. 36 y ss. y bibliografía allí citada. Tomás Jiménez, N, "La jubilación forzosa y su evolución legislativa", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., La edad de jubilación, Comares, Granada, 2011, pág. 239 y ss.

[35] Por el contrario, se considera inconstitucional la imposición de una edad máxima para el acceso a la función pública local por la STC 37/2004 de 11 de marzo, al igual que la STC 63/2011 de 16 de mayo, en un

Con posterioridad, el Texto Refundido de 1995 del Estatuto de los Trabajadores contiene una DA la 10ª[36], que habilitaba expresamente al Gobierno y a la negociación colectiva para incorporar edades de jubilación forzosa como medida de fomento, con lo que se excluía la fijación de una jubilación forzosa de carácter general, pero continuaba abierta la posibilidad de tal jubilación como política de empleo sujeta a algunos condicionamientos, normativa que gozó, asimismo, de numerosas decisiones, en ocasiones contradictorias, del propio Tribunal Supremo (STS 10-11-2009). El Tribunal Constitucional tuvo oportunidad en sendas sentencias la 280/2006 y la 341/2006, de ratificar la validez de cláusulas de convenios colectivos de esta etapa con una interpretación bastante flexible de lo que debe entenderse por una política de empleo

La ley 12/2001, de 9 de julio, derogó la citada DA, al entender que correspondía a políticas de empleo y realidades demográficas distintas, pero los interlocutores sociales entendieron que la negociación colectiva podía pactar por ella misma, sin apoyo legal, cláusulas de jubilación forzosa, incluso sin contrapartidas de fomento del empleo[37] . La jurisprudencia del Tribunal Supremo fue unánime en esta ocasión y en dos sentencias de Sala General de 9 de marzo de 2004, seguidas por otras muchas, mantuvo que la imposición forzosa por la negociación colectiva requiere de una habilitación legal, al afectar al derecho al trabajo, reconocido en el artículo 35 de la CE, por lo que tras la derogación de la DA 10ª del ET no cabe pactar cláusulas convencionales sobre la materia, conservando sus efectos las cláusulas de jubilación forzosa durante la vigencia de los convenios colectivos pactados con anterioridad a la entrada en vigor del RD ley 5/2001, del que trae su origen la Ley 12/2001.

Como no podía ser de otra forma, en el marco de la Declaración para el Diálogo Social de 8 de julio de 2004, suscrita por el Gobierno y las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, nace la Ley 14/2005 de 1 de julio, como explica su exposición de motivos: "el Gobierno y las citadas organizaciones empresariales y sindicales han alcanzado un acuerdo sobre esta reforma normativa que se incorpora en sus propios términos en esta Ley", consistente en la resurrección de la DA 10ª del ET, si bien sujeta a objetivos de empleo, vigente en la actualidad con la modificación introducida por la DA 37ª de la Ley 27/2011.

El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, Gran Sala, ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre si es adecuada a la normativa comunitaria,

---

supuesto diverso, autorización para nuevas oficinas de farmacia, que excluía a los mayores de 65 años como peticionarios aunque ya tuvieran farmacia abierta en otra localidad, que considera que la edad es uno de los factores a los que alcanza la prohibición constitucional de fundar en ellos un tratamiento diferenciado que no se acomode a rigurosas exigencias de justificación y proporcionalidad.

[36] Esta DA en realidad incorporaba los condicionamientos que el Tribunal Constitucional había realizado a la DA 5ª del ET de 1980 y fue fruto de un Informe del Consejo General del Poder Judicial, contando con el visto bueno del Consejo de Estado. Ver Sastre Ibarreche, ob. cit. Pág. 41.

[37] Claramente se observa que los interesados en la jubilación forzosa han sido siempre los interlocutores sociales. Considero que, al igual que ocurre con la jubilación anticipada, con la forzosa se flexibilizaba mucho la salida del mercado de trabajo y se facilitaba la solución de las situaciones de crisis, trasladando los costes a toda la sociedad o al menos compartiéndolos.

Directiva 2000/78 del Consejo de 27 de noviembre de 2000[38], relativa a la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, la citada DA 10ª del ET y mediante la Sentencia de 16 de Octubre de 2007, caso Palacios de la Villa, resuelve que son válidas las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos que exijan que el trabajador haya alcanzado el límite de edad a efectos de jubilación y que cumpla con las demás condiciones en materia de seguridad social para acceder a la jubilación en su modalidad contributiva, siempre que dicha medida esté justificada objetiva y razonablemente por una finalidad legítima relativa a la política de empleo y al mercado de trabajo y los medios empleados para lograr este objetivo de interés general no resulten inadecuados e innecesarios a este respecto[39]. En relación, asimismo, con el artículo 6.1 de la Directiva 2000/78 hay considerar que los factores de calidad en el trabajo, de capacidad física para garantizar el buen ejercicio profesional y la compensación financiera han sido tenidos en cuenta por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea como componentes a tener en cuenta en su interpretación. Lo que se deduce de las SSTJCE 1/2010, de 12 de enero, asunto Petersen, referida a la jubilación forzosa de los dentistas, 2/2010, de 12 de enero, asunto Colin Wolf, respecto de la edad máxima para acceder al cuerpo de bomberos y la 350/2010, de 18 de noviembre, asunto Georgiev, sobre el mismo tema en el supuesto de catedráticos de universidad[40].

La actual redacción de la DA 10ª del ET redactada de nuevo por la DA 36ª de la Ley 27/2011 es la siguiente:

"En los convenios colectivos podrán establecerse cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, siempre que se cumplan los siguiente requisitos:

a) Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otras que se dirijan a favorecer la calidad del empleo.

b) El trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo deberá tener cubierto el periodo mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80 por ciento a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión, y cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

Se habilita al Gobierno para demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación prevista en esta disposición adicional."

---

[38] Traspuesta por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que modificó los artículos 4.2 c) y 17.1 del ET.

[39] Ver, por todos Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. , "Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo", Relaciones Laborales nº 2/2008, pág. 7 y ss. En el que comenta críticamente y relaciona la Sentencia Palacios de la Villa del TSJCE con las distintas Sentencias del Tribunal Constitucional que hemos citado y con otras de aquel Tribunal como la Mangold.

[40] Ver también la STJCE de 5 de marzo de 2009, Reino Unido.

Una de las peculiaridades de la ley 27/2011 es su entrada en vigor, muy retrasada en el tiempo, lo que es contradictorio con la celeridad de su aprobación. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en su DF 12ª, la ley entrará en vigor el 1 de enero de 2013, salvo dos disposiciones adicionales que entrarán en vigor el mismo día pero de 2012, un apartado de un artículo que lo hará en 2014 y una serie de disposiciones adicionales y finales que entraron en vigor el día de la publicación de la ley en el BOE[41], con un programa de aplicación transitoria especialmente complicado como veremos oportunamente. La DA 36ª entró en vigor el mismo día de la publicación. Como indicamos anteriormente, en la nueva redacción de la DA10ª del ET se habilita al Gobierno para demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación prevista en esta disposición adicional, lo que no ha llevado a cabo, ya que, como hemos visto expresamente se indica que entra en vigor el día de la publicación de la ley 27/2011. Por tanto, es una disposición que ha quedado sin contenido, ya que la norma habilita al Gobierno para demorar la entrada en vigor, no para suspenderla o derogarla. La solución era bien sencilla, o posponer la entrada en vigor sin fecha concreta, o atrasarla hasta el 2013 o 2014, pero se ha producido una deficiente redacción de la propia ley, lo que no es el único supuesto.

La entrada en vigor esta DA ha supuesto que los convenios colectivos que contuvieran cláusulas de jubilación forzosa, tengan que adaptarlas, por voluntad de la ley, al nuevo requisito de que los trabajadores tengan cubierto el periodo mínimo de cotización que les permita aplicar un porcentaje de un 80 por ciento a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión. El principio de jerarquía normativa se impone, aunque al igual que con la regulación anterior los convenios puedan adoptar cláusulas más favorables para los trabajadores ya que nos encontramos ante una normativa de mínimos[42], no pudiéndose alegar ni el equilibrio interno del convenio, ni vinculaciones a la totalidad o cualquier otra circunstancia. A esta solución se ha llegado en supuestos de regulaciones legales afectantes al contenido, incluso esencial, del convenio, como la modificación de la jornada legal, así en la STC 210/1990 de 20 de diciembre.

Un problema añadido a la aplicación de la actual redacción de la DA 10ª del ET es la futura edad de jubilación y el nuevo método de cálculo de la base reguladora. En la normativa vigente, artículo 161 LGSS, los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva son; haber cumplido sesenta y cinco años de edad y tener cubierto un periodo mínimo de cotización de quince años[43]. Mientras que el porcentaje del 80% de la base reguladora se alcanza

---

[41] La disposición derogatoria no se dice cuando entra en vigor, debiendo entenderse que es el día de su publicación.

[42] Ver ejemplos de mejora en la contratación colectiva de porcentajes de la base reguladora en, Almendros González, M.A., "La jubilación forzosa en la negociación colectiva", en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., La edad de jubilación, Comares, Granada, 2011, pág. 284 y ss.

[43] Además de al menos dos años deberán estar comprendidos dentro de los quince inmediatamente anteriores al momento de la jubilación, no computándose la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias.

con una cotización de 25 años, según dispone el artículo 163.1 de la LGSS. A partir de 2013 la edad legal de jubilación irá ascendiendo paulatinamente, desde 65 años y un mes en dicho año, subiendo un mes anual hasta el 2018 y dos meses anuales a partir de 2019, hasta el 2027 en que será de 67 años, según dispone la nueva DT 20ª de la LGSS, introducida por el artículo 4.2 de la Ley 27/2011, salvo que se acredite un número de años de cotización que también aumenta paulatinamente, tres meses cada año, circunstancia que producirá que la edad de jubilación permanezca en los 65 años[44]. Por lo que hace al porcentaje a aplicar a la base reguladora, continúa manteniéndose un 50% con 15 años de cotización y para los siguientes se lleva a cabo un cálculo por meses de cotización, con una situación transitoria de acuerdo con la nueva DT 21ª de la LGSS redactada por el artículo 4.7 de la Ley 27/2011:

Durante los años 2013 a 2019.	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 163, el 0,21 por 100 y por los 83 meses siguientes, el 0,19 por 100.
Durante los años 2020 a 2022.	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 106, el 0,21 por 100 y por los 146 meses siguientes, el 0,19 por 100.
Durante los años 2023 a 2026.	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 49, el 0,21 por 100 y por los 209 meses siguientes, el 0,19 por 100.
A partir del año 2027.	Por cada mes adicional de cotización entre los meses 1 y 248, el 0,19 por 100 y por los 16 meses siguientes, el 0,18 por 100.

El 80'03% de la base reguladora se obtiene con una cotización de 26 años y once meses, entre los años 2013 a 2019; el 80'11% con una cotización de 27 años y tres meses desde el 2020 al 2022; el 80'20%, con 27 años y diez meses de cotización desde el año 2023 al 2026 y el 80'02% con 28 años y dos meses de cotización a partir de 2027[45].

La actual redacción de la DA 10ª del ET continúa exigiendo que la jubilación forzosa debe vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otras que se dirijan a favorecer la calidad del empleo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el alcance de dicha exigencia legal y lo ha hecho a partir de dos Sentencias de Sala General de 22 de diciembre de 2008[46], seguidas,

---

[44] Circunstancia que no es relevante para la jubilación forzosa ya que con esos años cotizados siempre se obtendría el 100% de la base reguladora.

[45] Como puede comprobarse no es posible la sincronización de porcentajes con años de cotización en esta tabla.

[46] Interpretación que también se aplica a la DT única de la Ley 14/2005, que disponía que las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

entre otras, por las de 12/5/2009, 10/11/2009, 1/2/2010, 18/1/2011, 26/3/2010, 18/1/2011, 11/4/2011y 3/5/2011, de manera unánime interpretando que la limitación en la vertiente individual del derecho al trabajo tiene que tener correspondencia en la colectiva de políticas tendentes al pleno empleo y que en la doctrina constitucional el cese forzoso por edad se concibe instrumentalmente dirigido a políticas de empleo, su justificación viene determinada por el equilibrio entre las dos vertientes de tal manera que el cese del trabajador ofrezca la razonabilidad y la proporcionalidad exigidas por el Tribunal Constitucional.

También se aclara que la lista de medidas de política de empleo de la DA 10ª no es cerrada sino meramente ejemplificativa y no ha de entenderse limitada a la cobertura de la vacante del cesado, "sino que ha de serlo en el sentido más amplio de mantenimiento mejora del empleo, que realmente se concreta –pese a la redundancia de la norma en tres exclusivos apartados: a) estabilidad en el empleo (conversión de los contratos temporales en indefinidos); b) sostenimiento del empleo (contratación de nuevos trabajadores); y c) incremento en la calidad del empleo (fórmula que hace referencia a medidas de la más variada naturaleza, como promoción profesional, conciliación de la vida laboral y familiar, implantación de innovaciones tecnológicas, etc, que repercutan en bondad del empleo". Asimismo, para legitimar la validez de las cláusulas, no basta con la concreción de cualquier objetivo de los que enumera la norma, sino que entre el sacrificio individual que comporta el cese forzoso y la explicitada contrapartida colectiva de una beneficiosa política de empleo, ha de mediar un razonable y proporcionado equilibrio. Por último, las políticas de empleo tienen que expresamente estar referidas en el propio convenio, no cabiendo una justificación *ad extra* de ellas, "lo decisivo es el establecimiento en el convenio colectivo que las incorpora de las correspondientes medidas de promoción o fomento del empleo", "no basta la referencia a cualquier objetivo genérico, sino que son necesarias especificaciones concretas que han de incluirse en el propio convenio, aunque no necesariamente en el precepto que dispone la extinción del contrato por el cumplimiento de la edad de jubilación, sino en cualquier otro precepto, aunque siempre de forma inequívoca". Por consiguiente, en cada supuesto concreto habrá que comprobar si las cláusulas de jubilación forzosa cumplen estos requisitos exigidos por nuestra jurisprudencia, por lo que la litigiosidad continúa siendo muy numerosa lo que es palmario comprobando la abundancia de doctrina legal de los Tribunales Superiores de Justicia sobre este tema.

Una cuestión que ha tenido especial relevancia en las decisiones de nuestros tribunales es la de la naturaleza pública de la parte empleadora en las cláusulas de jubilación forzosa y no solo por el elevado porcentaje sobre el total de este tipo de litigios[47]. Recientemente y tras alguna indecisión como la de la STS 14/5/08, a

[47] Ver Sempere Navarro A.V., "Jubilación forzosa de trabajadores en el sector público", Aranzadi Doctrinal nº 8/2009.

partir de las SSTS de 22/12/2008, la línea jurisprudencial[48] es la de que los sujetos públicos no quedan eximidos de que se les aplique la DA 10ª del ET, "siquiera en determinados supuestos no resulte fuera de lugar una cierta flexibilización formal en la expresión de los objetivos de empleo, habida cuenta de la limitación que en cierto orden de previsiones pudiera comportar la sujeción a la Ley de Presupuestos y a la Oferta Pública de Empleo". Las razones por las que se justifica la decisión son que las Administraciones Públicas y con mayor motivo los Entes Públicos Empresariales están sujetas a las mismas reglas jurídicas que los demás empleadores y que si el legislador hubiera querido eximir a dichas instituciones de las exigencias de la DA 10ª del ET lo pudiera haber hecho, bien expresamente, bien "afirmando que en tal supuesto la vinculación a tal política había de entenderse cumplida con la general –oficial- manifestada en las Ofertas Públicas de Empleo", por lo que no cabe eximirla judicialmente de una contrapartida que normativamente se impone todos los sujetos empresariales. A lo que habría que añadir que la modificación de la DA 10ª por la Ley 27/2011 era una oportunidad excelente para llevar a cabo ese descuelgue.

El TS constata la dificultad real que supone coordinar en el sector público el cese forzoso por edad, que se negocia en una marco limitado con las políticas de empleo de las leyes de presupuestos, lo que representa "un claro obstáculo para la aplicación de las medida extintiva reinstaurada por la Ley 14/2005". Hay que tener en cuenta que para el año 2011, la Ley de Presupuestos establece en su artículo 23.1 que, el número total de plazas de nuevo ingreso del personal del sector público será, como máximo, igual al 10 por ciento de la tasa de reposición de efectivos y se concentrará en los sectores, funciones y categorías profesionales que se consideren prioritarios o que afecten al funcionamiento de los servicios públicos esenciales, por lo que habría que afinar otras políticas de empleo que puedan aceptarse según la jurisprudencia que hemos comentado[49]. No obstante, en la jurisprudencia también se indica, siguiendo las decisiones del STJCE citadas anteriormente, que no sería discriminatorio jubilaciones forzosas por edad cuando la edad tenga una especial importancia para el desempeño de una profesión o tenga que acreditarse una capacidad física para garantizar el buen ejercicio profesional, lo que ya se ha llevado a cabo mediante la DA 4ª de la Ley 9/2010, de 14 de abril, por la que se regula la prestación de servicios de tránsito aéreo, y se fijan determinadas condiciones laborales para los controladores civiles.

Por lo que respecta a la calificación jurídica del despido si no existe cláusula convencional al efecto o no se considera que reúne los requisitos exigidos, la

---

[48] Ver entre otras, las SSSTS de 12-5-09, 10-11-09, y 1-2-2010.

[49] De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 del RDLey 20/2011, de 30 de diciembre, durante el ejercicio 2012, no se procederá a la incorporación de nuevo personal con carácter general, salvo excepciones por razón de ofertas de empleo público de ejercicios anteriores, limitándose al 10 por ciento la tasa de reposición en los sectores y administraciones que se relacionan en el número 5 del citado artículo 3.

Jurisprudencia del Tribunal Supremo lo califica como improcedente sin mayores justificaciones, aunque también se ha sostenido que puede ser considerado como nulo[50].

Tras lo expuesto, hay que concluir que la extinción de la jubilación forzosa se ha hecho más compleja por el derecho transitorio en la implantación de la nueva edad de contratación y el porcentaje de la nueva base reguladora a utilizar, así como por la aplicación a los convenios colectivos en vigor el 2 de agosto de 2011 de las nuevas exigencias de la DA 10ª del ET. Igualmente podría haberse aprovechado la reforma para facilitar su aplicación en el sector público. Habrá que estar atento a la coherencia futura de los grupos políticos con las enmiendas presentadas durante la tramitación parlamentaria de la ley 27/2011.

3.2. La jubilación gradual y flexible

En la recomendación 12 del Informe del Pacto de Toledo, se afirma que es necesario incentivar la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad ordinaria de jubilación, en concreto se establecerán las medidas adecuadas para que aquellas cotizaciones que darían lugar a una pensión superior al tope máximo, den lugar a un incremento mensual de la pensión final, el cual ha de suponer una mejora de la pensión máxima establecida en la Ley. Igualmente, que se deben introducir esquemas de mayor permeabilidad entre la vida activa y pasiva, permitiendo e incrementando la coexistencia de salario y pensión, aumentando la compatibilidad entre percepción de la pensión y percepción del salario por actividad laboral "hoy muy restringida y que no incentiva la continuidad laboral". La respuesta a estas cuestiones por parte de la ley 27/2011 puede caracterizarse como una suma de disposiciones inconexas y poco significativas, fruto de la urgencia y la improvisación, sin relación alguna con la Estrategia 55 y Más, que paralelamente se estaba elaborando para aumentar la empleabilidad de los trabajadores de edad madura.

Hay que partir de que la edad de jubilación, a partir de 2013, no va a ser única, 65 o 67 años, siquiera que con un periodo transitorio tan largo como es el hasta el año 2027, sino que dependerá de la carrera de cotización del trabajador, también con un periodo transitorio según resulta de la endiablada tabla de la nueva DT 20ª LGSS redactada por el artículo 4.2 de la Ley 27/2011, por lo que las políticas colectivas de mantenimiento en el empleo de los trabajadores maduros tendrán que adecuarse a las circunstancias de cada trabajador[51].

El artículo 4.5 de la Ley 27/2011 retoca el artículo 163.2 LGSS aumentando los porcentajes a aplicar a la base reguladora, cuando el trabajador acceda a la

---

[50] Ver Tomás Jiménez, N, "La jubilación forzosa del personal laboral en el sector público", Aranzadi Social paraf. 32/2009 (Presentación), en donde sostiene, nota 10, que "si la cláusula del convenio es nula porque no se cumplen las exigencias de la ley 14/2005, el despido debería calificarse nulo, y así parece desprenderse de la lectura de la STC 280/2006". Herráiz Martín, M.S., "El mantenimiento de la jubilación forzosa, ¿una medida apropiada para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social", Diario La Ley, nº 7426 de 17 de junio de 2010, que cita la STSJ del País Vasco 2/2/09, que considera el despido como nulo "por lesivo de su derecho fundamental a no sufrir discriminación por razón de edad", sin mayores explicaciones o justificaciones.

[51] Otra cuestión es creer que no se van a producir modificaciones en esta materia hasta el año 2027.

pensión de jubilación a una edad mayor que la establecida legalmente siempre que al cumplir la edad de jubilación se hubiera reunido el período mínimo de cotización, reconociéndose al interesado un porcentaje adicional por cada año completo cotizado entre la fecha en que cumplió dicha edad y la del hecho causante de la pensión, cuya cuantía estará en función de los años de cotización acreditados en la primera de las fechas indicadas[52]. Si acredita hasta 25 años cotizados el porcentaje a añadir es un 2%, entre 25 y 37 años cotizados el 2'75% y a partir de 37 años cotizados el 4% lo que supone una pequeña mejora respecto a la situación actual[53]. El problema es que, frente a la recomendación del Pacto de Toledo expuesta anteriormente, no se ha modificado la prohibición de que tras la aplicación del porcentaje adicional a la base reguladora la pensión no pueda ser superior a la pensión máxima fijada anualmente, por lo que los efectos son limitados.

El artículo 2.1 de la Ley 27/2011 procede a adaptar el artículo 112 bis LGSS, sobre exoneración de cotización a trabajadores que continúen en activo, con una mayor edad que la legal para la jubilación a la modificación que esta ley lleva a cabo de la edad de jubilación y de los porcentajes que se atribuyen por año cotizado a efectos de cálculo de la pensión de jubilación. En consecuencia, la ley especifica las diferentes edades y los distintos períodos de cotización acreditados desde los que es factible acceder a una pensión de jubilación calculada con el porcentaje del 100 por 100, 65 años de edad y 38 años y seis meses de cotización o 67 años de edad y 37 años de cotización. El resto del artículo permanece inalterado. Por su parte, el artículo 2.3 de la ley, introduce en la LGSS una nueva DA, la 55ª, con la finalidad de que los trabajadores que hayan dado ocasión a las exenciones expuestas anteriormente con anterioridad a 2013 y que accedan a la pensión de jubilación con posterioridad a dicha fecha, el periodo durante el que se haya extendido dichas exenciones será considerado como cotizado a efectos del cálculo de la pensión correspondiente[54].

Un paso adelante en la convivencia entre la vida activa y pasiva, recomendada por el informe del Pacto de Toledo es la introducción, durante la tramitación parlamentaria de la ley, en el Informe de la Ponencia en el Congreso, de una Disposición Adicional, la 32ª, numerada de nuevo en la Ley 27/2011 como 31ª, con la rúbrica "complementariedad de ingresos con la pensión de jubilación", mediante la que se incorpora un apartado 4 en el artículo 165 LGSS[55]. Según esta

---

[52] Con anterioridad era a partir de los 65 años, cuando entre en vigor la norma, el 1 de enero de 2013, ascenderá progresivamente hasta el año 2027, salvo que se tenga cotizado una suma también creciente de años, según la nueva DT 20ª de la LGSS.

[53] En la redacción actual del artículo 163.2 LGSS, vigente hasta el año 2013, el porcentaje es del 2%, salvo que el acreditado hubiera acreditado al menos cuarenta años de cotización al cumplir 65 años, supuesto en el que el porcentaje se elevaría al 3%.

[54] Ambas disposiciones entran en vigor el 1 de enero de 2013.

[55] Fruto de una enmienda transaccional, sobre una enmienda presentada por el Grupo Catalán, la 313, en la que se añadía el trabajo por cuenta ajena "o con la realización de actividades para cualesquiera de las Administraciones Públicas".

DA 31ª, la pensión de jubilación será compatible con la realización de trabajos por cuenta propia cuyos ingresos anuales totales no superen el Salario Mínimo Interprofesional, en cómputo anual. Quienes realicen estas actividades económicas no estarán obligados a cotizar por las prestaciones de la Seguridad Social. Además, las actividades especificadas en el párrafo anterior, por las que no se cotice, no generarán nuevos derechos sobre las prestaciones de la Seguridad Social. Entendemos que la referencia al salario mínimo incluye a las pagas extraordinarias. La dicción literal del artículo, que ha entrado en vigor el 2 de agosto de 2011, exime de cualquier autorización de compatibilidad de la entidad gestora y es coherente con las decisiones jurisprudenciales sobre obligatoriedad de alta en el Régimen Especial de Autónomos.

Por el contrario, en el supuesto de la pensión por incapacidad permanente absoluta o de la gran invalidez el artículo 3.3 de la Ley 27/2011, añade un apartado 3 al art. 141 LGSS mediante el cual el disfrute de dicha pensión a partir de la edad de acceso a la pensión de jubilación será incompatible con el desempeño por el pensionista de un trabajo, por cuenta propia o por cuenta ajena, que determine su inclusión en alguno de los regímenes del Sistema de la Seguridad Social, en los mismos términos y condiciones que los regulados para la pensión de jubilación en su modalidad contributiva en el apartado 1 del artículo 165 de esta Ley. La exposición de motivos de la ley justifica la medida dado que la compatibilidad es una buena medida para favorecer la reinserción de los beneficiarios en el mundo laboral, pero pierde su sentido después del cumplimiento de la edad de jubilación, siguiendo al efecto la recomendación 18ª de la nueva reformulación del Pacto de Toledo. El razonamiento es sorprendente, ya que la citada recomendación manifiesta que debe flexibilizarse el régimen jurídico de las pensiones por incapacidad permanente para moderar las incompatibilidades y que no se tenga que optar por la pensión y por lo tanto permanecer en situación de inactividad. Asimismo considera que la legislación de seguridad social debe potenciar mecanismos de inclusión que faciliten la plena autonomía de dichas personas y que al alcanzar el pensionista la edad de jubilación, el régimen de incompatibilidad deberá regirse por los mismos criterios de compatibilidad que se pueden establecer para la pensión de jubilación. Que como acabamos de exponer, es compatible con ingresos hasta la cuantía del salario mínimo anual y precisamente según el número 4 del artículo 161 de la LGSS, el mismo artículo al que se refiere el nuevo apartado 3 del artículo 141 de la misma ley. Evidentemente, al proceder la DA 31ª de la LGSS, que introduce el nº 4 del artículo 161 de una enmienda transaccional no se ha advertido, entendemos, la incongruencia de la regulación. Las mismas razones terapéuticas de integración en la vida activa que existían anteriormente continúan después de la edad del acceso a la jubilación, que como hemos visto ya no es única sino que dependerá de la carrera de cotización de cada trabajador. ¿A qué edad será el acceso de un incapaz permanente absoluto que haya cotizado exclusivamente catorce años?. Por otra parte, la compatibilidad de

la jubilación con los ingresos por cuenta propia limitados al salario mínimo ha entrado ya en vigor, mientras que la adición del nº 3 al artículo 141 LGSS será la única disposición de la ley 27/2011 que entrará en vigor el 1 de enero de 2014, de acuerdo con lo dispuesto en su DF 12ª, sin que se me alcance una explicación.

Una situación especial de prolongación de la vida activa y compatibilidad de la pensión de jubilación, es la que afecta a la actividad por cuenta propia de los trabajadores jubilados que sean profesionales colegiados exonerados de la obligación de causar alta en el RETA[56]. La compatibilidad ha sido cuanto menos consentida, pero durante el trámite parlamentario se aprobó la Orden TIN 1362/2011, de 23 de mayo, BOE del 26 de mayo, que extendía expresamente a dichos trabajadores la normativa común del artículo 16 de la OM de 18 de enero de 1967[57], con la única justificación de "disipar las dudas que se han venido originando en la práctica". El nivel de la norma utilizada es sorprendente así como el momento utilizado para su aprobación, teniendo en cuenta que se estaba tramitando un proyecto de ley de reforma de pensiones, idónea para la regulación. Igualmente, no es comprensible que la propia DA única de la Orden, exonerara de la incompatibilidad a aquellos profesionales colegiados que vinieran compatibilizando la pensión con la actividad profesional, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la orden[58], sin ninguna justificación. Ni que pocos días más tarde y mediante una corrección de errores, BOE del 6 de junio, se excluyeran de la incompatibilidad a quienes en la fecha de entrada en vigor de la orden hubieran ya cumplido los 65 años de edad.

El grupo parlamentario catalán presentó dos enmiendas a este respecto en la tramitación parlamentaria de la Ley 27/2011, con la finalidad de derogar expresamente la citada orden ministerial y clarificar la compatibilidad de los profesionales colegiados[59]. Fruto de una enmienda transaccional se aprobó la DA 37ª[60], ejemplo de incongruencia e improvisación, que informa de que el Gobierno presentará un proyecto de ley que regule la compatibilidad entre pensión y trabajo, garantizando el relevo generacional y la prolongación de la vida laboral, así como el tratamiento en condiciones de igualdad de las diferentes actividades. Además, mientras no se produzca esta regulación, se mantendrá el criterio que se venía aplicando con anterioridad a la entrada en vigor de la Orden TIN/1362/2011, de

---

[56] De acuerdo con lo dispuesto en la DA 15ª de la L. 30/1995, en la redacción dada por el art. 33 de la L. 50/1998. Integrados o no en una de las mutualidades de previsión social alternativas al RETA.

[57] ¿Alguna vez se refundirá esta Orden y otras de la misma época?.

[58] El día primero del segundo mes siguiente al de su publicación en el BOE. Es decir el 1 de julio de 2011.

[59] Enmiendas 345 y 346 presentadas en la Comisión del Congreso.

[60] El representante del Grupo Catalán, Sr. Campuzano, manifestó que las enmiendas de Convergència i Unió a este proyecto de ley dan respuesta también a demandas concretas de los profesionales liberales, a los colegios de médicos, a los colegios de abogados, a los colegios de arquitectos y a los colegios de ingenieros, que manifestaron su rechazo absoluto a la pretensión del Gobierno de hacer incompatible su pensión de jubilación con la continuidad de la actividad profesional de estas personas, precisamente en la línea de facilitar la prolongación de la vida activa laboral.

23 de mayo. No se entiende que una ley derogue de hecho, pero no expresamente, una orden ministerial, ni que si el criterio sobre la compatibilidad era equivocado pueda continuar aplicándose.

Habrá que esperar a la aplicación de la Estrategia 55 y Más, o a la que la sustituya, para que, además de regular uniforme y coherentemente las incompatibilidades entre pensión y trabajo, cumpla las Recomendaciones 12 y 18 del Informe del Pacto de Toledo sobre permeabilidad y convivencia entre la vida activa y pasiva, así como la de incentivar eficazmente la prolongación voluntaria de la vida laboral más allá de la edad legal de la jubilación, sin limitarse las reformas a meros ahorros presupuestarios.

4. LA JUBILACIÓN ANTICIPADA

La Recomendación 12 del Informe del Pacto de Toledo, constata que la jubilación anticipada se ha convertido, básicamente, en una fórmula de regulación de empleo, lo que debe modificarse, debiéndose reservar a los que con largas carreras de cotización y, voluntariamente, opten por acogerse a ella. No obstante, mediante norma con rango de ley, se puede establecer la jubilación anticipada en actividades penosas, peligrosas o insalubres, con elevada morbilidad o mortalidad o en personas discapacitadas. La anticipación de la edad de jubilación en estos últimos supuestos, trabajos con elevados índices de morbilidad o mortalidad a causa de su naturaleza excepcional y de personas con discapacidad ya ha sido prevista en el artículo 161.1.bis LGSS, añadido por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, regulada esta última modalidad por el RD 1851/2009, de 4 de diciembre[61], mientras que el régimen jurídico y el procedimiento general para establecer coeficientes reductores y anticipar la edad de jubilación en el sistema de la Seguridad Social, ha sido aprobado por el Real Decreto 1698/2011, de 18 de noviembre, BOE de 23-11-2011.

En la Ley 27/2011, además de volverse a retocar la jubilación anticipada por causas no imputables a la libre voluntad del trabajador, se amplían todavía más las modalidades de jubilación, introduciendo la anticipada por voluntad del interesado, lo que va frontalmente en contra de la política de retraso en la edad de entrada en la jubilación. Posiblemente, ha sido moneda de cambio con los interlocutores sociales que legitimaron el aumento general de la edad de jubilación en el ASE de 2011.

Durante los años 2009 y 2010, las cifras de altas en la pensión de jubilación por modalidad y edad son las siguientes:

---

[61] La DA 18ª de la Ley 27/2011, modifica el artículo 3 de dicha norma bajando la edad mínima de jubilación a los cincuenta y seis años, desde los cincuenta y ocho anteriores, a las personas afectadas, en un grado igual o superior al 45 por ciento, por una discapacidad de las enumeradas en el artículo 2 de dicho RD.

Tabla 4[62].

	2009			2010		
	Numero	%	Importe medio En euros/mes	Numero	%	Importe medio En euros/mes
TOTAL	287.904		1.110,04	288.172		1.172,18
JUBILACIONES NO SOVI	271.661	100	1.155,18	273.548	100	1.215,56
Jubilación anticipada	112.427	41,39	1.275,43	109.644	40,08	1.326,37
Con coeficiente reductor	65.569	24,14	1.095,29	70.532	25,78	1.182,25
≤ 60 años	18.927	6,97	815,22	15.822	5,78	845,66
61 años	13.853	5,1	1.095,02	16.206	5,92	1.195,07
62 años	11.012	4,06	1.157,84	13.889	5,08	1.195,84
63 años	11.116	4,09	1.244,02	12.717	4,65	1.317,82
64 años	10.661	3,92	1.373,16	11.898	4,35	1.451,63
Sin coeficiente reductor	5.816	2,14	1.707,23	6.390	2,34	1.745,85
Especial a los 64 años	5.997	2,21	1.535,70	5.904	2,16	1.592,60
Parcial	35.045	12,9	1.496,29	26.818	9,8	1.546,85
Jubilación ≥65 AÑOS	159.234	58,61	1.070,28	163.904	59,92	1.141,43
JUBILACION SOVI	16.243		355	14.624		360,69

4.1. La jubilación anticipada por crisis

Como resulta de la tabla 4, la jubilación anticipada con coeficiente reductor de 61 años o más ha supuesto en el año 2010 un total del 20% de las pensiones de jubilación habidas, con un total de 54.710 trabajadores afectados, la segunda más importante tras la jubilación ordinaria a los 65 años.

En cuanto al nuevo régimen trae su origen del ASE 2011, que la denomina jubilación anticipada en situaciones de crisis. Así, el artículo 5 de la Ley 27/2011, da nueva redacción al apartado 2 del artículo 161 bis LGSS, introduciendo una letra A) vinculada a una extinción de la relación laboral no imputable al trabajador, aunque en realidad la reforma limita esta jubilación anticipada a las producidas por crisis económica de la empresa a la que prestaba sus servicios el trabajador. En la reforma se requiere un período mínimo de 33 años de cotización y haber cumplido 61 años de edad. Además, se exige estar inscrito en la oficina de empleo como demandante de empleo durante un plazo de, al menos, 6 meses inmediatamente

[62] Anuario de estadísticas laborales del Ministerio de Trabajo.

anteriores a la fecha de solicitud y que la extinción del contrato se haya producido como consecuencia de una situación de crisis o cierre de la empresa que impida objetivamente la continuidad de la relación laboral. Entendiéndose a estos efectos que pueden dar derecho al acceso a esta modalidad, si la extinción se hubiera producido por causas económicas conforme a los artículos 51 y 52 c) del Estatuto de los Trabajadores, o por fuerza mayor; por muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, así como por resolución judicial como consecuencia de un procedimiento concursal ex artículo 64 de la Ley concursal.

Además de estas causas económicas, se incluye "la extinción de la relación laboral de la mujer trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género", sin mayor precisión sobre el procedimiento extintivo de la relación laboral, ni siquiera sobre la voluntariedad de la extinción. Es loable las políticas de ayuda en este supuesto, pero deben llevarse a cabo sin forzar la coherencia de las normas, por ejemplo reconociendo dicha jubilación anticipada como voluntaria, ya que no es consecuencia de una situación de crisis, pero disminuyendo los requisitos para obtenerla se podría obtener la misma finalidad.

La nueva redacción recorta de manera importante este tipo de jubilación. Así, limita de manera muy significativa las causas de entrada, ya que en la normativa anterior se exigía que la extinción no fuera por causa imputable al trabajador, considerándose "en todo caso," por lo que admitía otras formas de demostrar la inimputabilidad, que la extinción era involuntaria cuando la extinción se producía por alguna de las causas previstas en el artículo 208.1.1 LGSS[63]. Además , la nueva normativa eleva los años cotizados exigidos de 30 a 33, eliminado la posibilidad existente anteriormente de no ser necesario el periodo de inscripción en la oficina de empleo, ni la involuntariedad en la extinción del contrato, si el empresario en virtud de obligación adquirida colectiva o individualmente abonara al trabajador tras la extinción del contrato y en los dos años inmediatamente anteriores a la solicitud de jubilación anticipada una cantidad que no fuera inferior a la que le hubiera correspondido por la prestación de desempleo y a la cuota que hubiera abonado o la de mayor cuantía que hubiera podido abonar en concepto de convenio especial con la Seguridad Social.

También se aumentan los coeficientes de reducción de la pensión, ya que será objeto de disminución mediante la aplicación, por cada trimestre o fracción de trimestre que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad legal de jubilación que en cada caso resulte de la aplicación de lo establecido en la letra a) del apartado 1 del artículo 161, de un coeficiente del 1,875 por 100 por trimestre, lo que equivale al 7'5% anual, para los trabajadores con menos de 38 años y 6 meses cotizados, y del 1,625 por 100 por trimestre, equivalente al

[63] Además de las causas actuales; por despido, por resolución voluntaria del trabajador en los supuestos previstos en los artículos 40, 41,3, 49.1.m y 50 del ET, por extinción no voluntaria en contratos temporales y por extinción empresarial durante el periodo de prueba.

6’5% anual, para los trabajadores con 38 años y 6 meses cotizados o más. A los efectos de determinar dicha edad legal de jubilación se considerarán cotizados los años que le resten al interesado desde la fecha del hecho causante hasta el cumplimiento de la edad que le corresponda, que irá aumentando paulatinamente de acuerdo a la nueva DT 20ª de la LGSS. Mientras que en la regulación anterior el porcentaje a deducir hasta los 65 años oscilaba entre el 7’5%, para una carrera de cotización de entre 30 y 34 años; el 7%, para entre 35 y 37 años cotizados; el 6’5% entre 38 y 39 años y el 6% con cuarenta o más años acreditados. Evidentemente es una ventaja la reducción por trimestre pero ha aumentado el porcentaje de deducción en las carreras de cotización largas.

Esta forma especial de jubilación entrará en vigor el 1 de enero de 2013, de acuerdo con la DF 12ª de la Ley 27/2011, por lo que seguirán pudiéndose jubilar anticipadamente con la regulación anterior hasta dicha fecha los trabajadores cuya extinción del contrato de trabajo no sea por causa a ellos imputable. Además existe una importante singularidad en el régimen transitorio de la Ley 27/2011, o una cierta ultraactividad de la normativa hoy vigente de la jubilación anticipada, que ha sido pactada en el ASE, pero aprobada con modificaciones mediante la DF 12ª 2. a) y b) de la citada ley. Así se establece que se seguirá aplicando la regulación de la pensión de jubilación, en sus diferentes modalidades, requisitos de acceso y condiciones y reglas de determinación de prestaciones, vigentes antes de la entrada en vigor de esta Ley, a las personas cuya relación laboral se haya extinguido antes de la publicación de la presente Ley. Al igual que a las personas con relación laboral suspendida o extinguida como consecuencia de decisiones adoptadas en expedientes de regulación de empleo, o por medio de convenios colectivos de cualquier ámbito y/o acuerdos colectivos de empresa, así como por decisiones adoptadas en procedimientos concursales, aprobados o suscritos con anterioridad a la fecha de publicación de la presente Ley, con independencia de que la extinción de la relación laboral se haya producido con anterioridad o posterioridad al 1 de enero de 2013.

Esta nueva regulación de la jubilación “involuntaria”, tiene un evidente efecto llamada que va a facilitar los procedimientos pactados de extinción de los contratos ante la realidad de una regulación futura menos favorable y ya conocida. Además, la normativa de la DF 12ª2.b), es muy imprecisa, porque, a diferencia de lo ocurrido con la aplicación transitoria de la jubilación parcial previa al RDLey 8/2010, que veremos oportunamente, existen instrumentos de pactos colectivos que no son públicos, como los acuerdos de empresa, por lo que dentro de varios años, después de 2013, se puede argumentar que existe un acuerdo colectivo de extinción de 2011, no registrado, pero que tiene efectos con posterioridad a 2013 y que en virtud de la DF 12ª, la norma a aplicar es la anteriormente vigente. Es evidente que la litigiosidad será importante en esta materia a partir de 2013.

La Ley 27/2011 dedica varias disposiciones adicionales a materias relacionadas con la jubilación[64]. Así la DA 24ª rubricada "Estudios actuariales en los coeficientes reductores de la pensión en la jubilación anticipada y ampliadores por retraso en la edad de jubilación", encomienda al Gobierno realizar un estudio actuarial, en el plazo de un año, relacionado con los coeficientes reductores de la pensión utilizados en la jubilación anticipada, previstos en el apartado 2 del artículo 161 bis de la Ley General de la Seguridad Social, así como de los coeficientes amplificadores de la pensión utilizados en el artículo 163, al objeto de evaluar su adaptación a los principios de proporcionalidad y contributividad al sistema. La pregunta es obvia, ¿no habrá habido tiempo de llevar a cabo todos los posibles estudios, con sus distintas variables, desde que en mayo de 2008 comenzara su andadura la Comisión no Permanente del Pacto de Toledo (y la crisis)?. También en dicho estudio, se contemplará específicamente la situación de los trabajadores que tuvieran la condición de mutualista el 1 de enero de 1967 y se hubieran jubilado anticipadamente a través de convenios colectivos de cualquier ámbito, acuerdos colectivos o contratos individuales de prejubilación de empresas, con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley. ¿Será diferente la situación de los que hayan entrado en la jubilación "voluntariamente", porque no hayan encontrado empleo, con independencia del instrumento de extinción de su contrato?.

Por su parte, la DA 6ª de la Ley 27/2011, modifica la normativa del convenio especial a suscribir en los expedientes de regulación de empleo, contenida en la DA 31ª LGSS, en relación con el artículo 51.15 ET[65] para adaptarla a las nuevas edades de jubilación contempladas en la Ley y a las diferentes reglas ahora existentes entre trabajadores jubilados anticipadamente por crisis y con carácter voluntario. Además, las cotizaciones correspondientes al convenio serán a cargo del empresario hasta que el trabajador cumpla los 63 años, salvo en los ERE por causas económicas, en los que dicha obligación se limitará a los 61 años. A partir del cumplimiento de dichas edades, las cotizaciones corresponderán al trabajador hasta el cumplimiento de la fecha de la jubilación ordinaria, o cuando acceda a la pensión de jubilación anticipada. Esta regulación entrará en vigor el 1 de enero de 2013, mientras que se continuará aplicando la normativa anterior, de acuerdo con lo dispuesto en la DF 12ª de la Ley 27/2001, en los supuestos y con las condiciones expuestas anteriormente.

Durante la tramitación parlamentaria de la Ley se incorporó una DA, la 16ª, conocida como "enmienda Telefónica", en relación a los expedientes de regulación de empleo que incluyan a trabajadores mayores de 50 años. La medida consiste en una aportación económica al Tesoro Público, lo que no se comprende ya que debiera ser la Tesorería de la Seguridad Social la que recibiera la aportación,

---

[64] Además dedica dos disposiciones finales la 3ª y la 4ª , respectivamente a una nueva redacción del apartado 2 del artículo 7 de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones y a modificar su DA 1ª.

[65] Expedientes de regulación de empleo de empresas no incursas en procedimiento concursal, que incluyan trabajadores mayores con 55 años o más, que no tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967.

al estar en juego el importe de las prestaciones y subsidios por desempleo, y está dirigida a empresas o grupos de empresa de más de 500 trabajadores con beneficios en los dos últimos años[66].

La disposición intentaba responder a una inquietud social ante extinciones de contratos que afectan a miles de trabajadores en empresas con beneficios, pero la forma en que se ha hecho dificulta, o quizás impida, el logro de su objetivo, ya que tiene un carácter retroactivo, va a aplicarse a los ERE iniciados a partir del 27 de abril de 2001 y su concreción se remite a la normativa reglamentaria lo que, hasta la fecha, no se ha producido. La seguridad jurídica brilla por su ausencia, teniendo en cuenta que han transcurrido ya más de seis meses desde la fecha a la que se retrotrae la medida sin haberse producido, ni el desarrollo reglamentario, ni concretado el propio contenido de la aportación económica ya que en la DA se recogen referencias a tener en cuenta, pero sin precisión alguna.

La DA 16ª dispone que los ERE tienen que haber afectado al menos a 100 trabajadores, en un periodo de tres años, con independencia del número de trabajadores de 50 o más años incluidos y que éstos trabajadores no hayan sido recolocados en cualquier otra empresa en los seis meses siguientes a la fecha de la extinción de sus contratos[67]. Reglamentariamente se determinará la aportación económica de las empresas, en función del número de los trabajadores de la empresa y de sus beneficios, así como de los afectados, tomando en consideración los costes que la prestación de desempleo de los trabajadores de 50 o más años afectados, le va a suponer al Servicio Público de Empleo Estatal[68].

Una medida que debería estudiarse es el rediseño del subsidio de desempleo, que cuenta hoy con una normativa compleja y obsoleta, como lo prueba que se tengan que improvisar subsidios temporales y prorrogarlos una y otra vez, a la par que continúa sin organizarse un sistema de renta mínima asistencial, a cargo de las Comunidades Autónomas dadas sus competencias, lo más igualitario posible en toda España contando con la intervención de la Conferencia Sectorial correspondiente. En ese contexto, es en el que se deben introducir las limitaciones que se consideren convenientes para que las prestaciones contributivas o asistenciales no se utilicen para que, en empresas con beneficios, una parte importante del importe económico de las reestructuraciones lo financie la Seguridad Social. Con estas medidas también se contribuye a la sostenibilidad del Sistema de Seguridad Social.

---

[66] No se concreta si el número de trabajadores de la empresa o grupos de empresas está limitado a España. No se alcanza a comprender la elección de la edad de los trabajadores afectados, ni la dimensión de las empresas.
[67] No se concreta cuando comienza el periodo de referencia de tres años, ni tampoco si la recolocación tiene que producirse mediante contrato de duración indefinida o puede bastar uno temporal.
[68] La DF 4ª del RDLey 3/2012, redacta de nuevo la DA 16ª de la Ley 27/2011. No es el lugar de comentar las modificaciones, importantes, que se han producido, solo debe destacarse que contiene una eliminación de restricciones y que se desarrolla el cálculo anual de la aportación al Tesoro Público, dependiendo de una serie de factores recogidos en un cuadro. Únicamente se remite a la norma reglamentaria para que establezca la liquidación y pago de la aportación económica.

4.2. La jubilación anticipada voluntaria

Una de las regulaciones más contradictorias de la Ley 27/2011 es la que se refiere a este tipo de jubilaciones en cuanto que se diferencia sustancialmente de la jubilación por crisis y de la de los antiguos mutualistas, además de haberse derogado la anticipada a los 64 años. En relación con esta última en el ASE se proponía, y la DD1. de la Ley 27/2011 ha ejecutado, la derogación del RD 1194/1985, de 17 de julio, por el que se regulaban las normas sobre anticipación de la edad de jubilación como medida de fomento del empleo, en virtud de las que se rebajaba a los sesenta y cuatro años la edad de jubilación, sin aplicación de coeficiente reductor, para los trabajadores por cuenta ajena cuyas Empresas los sustituyan, simultáneamente a su cese por jubilación, por otros trabajadores a tiempo completo por un periodo mínimo de un año[69]. Como hemos visto en la tabla 4, durante el año 2009 se produjeron 5.997 jubilaciones de este tipo, el 2'21% del total, mientras que en 2010 ascendieron a 5.904, el 2'16%. No son cifras muy significativas, pero evidentemente contribuyen a la creación de empleo. Sólo razones de ahorro pueden explicar, que no justificar, la medida, sobre todo porque continúa siendo posible la jubilación parcial anticipada con contrato de relevo.

Contradictoria con la cuestión anterior es el supuesto de la jubilación anticipada de los trabajadores que tuvieran la condición de mutualistas el 1 de enero de 1967, para los que el artículo 5.2 de la Ley 27/2011 da nueva redacción a la DT 3ª.1.2ª.párrafo primero, en el sentido de continuar la jubilación anticipada a los 60 años con un 8% de reducción en el supuesto de jubilación voluntaria, sin que se modifiquen el resto de los párrafos que contienen una jubilación anticipada debido a la extinción del contrato por causa no imputable a la libre voluntad del trabajador, con la misma regulación y los mismos menores coeficientes reductores que la anteriormente vigente para la jubilación anticipada en el artículo 161 bis LGSS que hemos visto anteriormente. Además fija expresamente que el coeficiente reductor de la cuantía de la pensión se reducirá por cada año o fracción que le falte al trabajador para cumplir la edad de 65 años, en lugar de la habitual fijada en el artículo 161.1.a) LGSS, por lo que ni se les aumenta la edad a partir de la que pueden jubilarse anticipadamente, continúa en 60 años, ni el periodo mínimo de cotización efectiva, 30 años, ni se les diversifica la causa de la extinción involuntaria, por crisis o por cualquiera otra, ni se les aumenta la edad teórica de cotización. Si bien están entrando en la edad de jubilación anticipada las últimas cohortes de los que fueron mutualistas el 1 de enero de 1967, no se alcanza a comprender esa diferencia de trato entre los mutualistas y los que no lo fueron.

La jubilación anticipada por voluntad del interesado es una novedad importante de la Ley 27/2001, que la regula en su artículo 5.1 al dar nueva redacción

---

[69] Maldonado Molina, J.A., y Viñas Armada, J.Mª, «La jubilación especial a los 64 años», en Monereo Pérez, J.L. y Maldonado Molina, J.A., La edad de jubilación, Comares, Granada, 2011, pág. 369 y ss.

al apartado 2 del artículo 161 bis LGSS, al haber posibilitado la jubilación antes del cumplimiento de la edad ordinaria sin necesidad de alegar ninguna causa, lo que resulta contradictorio con la tendencia de aumentar la edad de entrada en la jubilación, así como porque ha acogido, de manera más gravosa que la regulación anterior, a todos aquellos trabajadores que han perdido su trabajo por causas no imputables a su libre voluntad y que han sido segregados, como vimos anteriormente de la jubilación anticipada por crisis. Esta distinción cuyo origen se encuentra en el ASE, está en contradicción con todas las políticas de retraso de la edad de jubilación y de aumento de la vida activa y la diferencia de trato con las otras formas de jubilación no pueden considerarse ni objetivas ni razonables.

La regulación de este tipo de jubilación anticipada comparte con la jubilación por crisis el periodo mínimo de cotización efectiva, 33 años, así como los coeficientes reductores, la edad de jubilación y la regla por la cual a los efectos de determinar dicha edad se considerarán cotizados los años que le resten al interesado desde la fecha del hecho causante hasta el cumplimiento de la edad que le corresponda, que irá aumentando gradualmente de acuerdo a la nueva DT 20ª de la LGSS. Por el contrario se diferencia en dos puntos clave, la entrada a la jubilación anticipada que se hará teniendo cumplidos los 63 años de edad en lugar de los 61 de la jubilación por crisis y el que el importe de la pensión ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad, no pudiéndose acceder, en caso contrario, a esta fórmula de jubilación anticipada.

De acuerdo con la DF 8ª de la Ley 27/2011, que modifica el apartado 1 de la DA 8ª de la LGSS, esta forma de jubilación anticipada será de aplicación a todos los regímenes especiales, a partir de su fecha de entrada en vigor.

El retraso de la entrada en vigor, tendrá un efecto llamada para los interesados que optarán a la jubilación con anticipación a esa fecha para evitar disminución de derechos, aunque con posterioridad continuará aplicándose la regulación anterior de acuerdo con las diversas vías que permite la DF 12ª 2 a) y b) y que hemos visto anteriormente. Además, la nueva regulación con tres tipos distintos de jubilación anticipada -trabajadores mutualistas, por crisis y voluntaria- con tres edades para acceder a ella distintas , -60, 61 y 63- con diferentes derechos - existencia o no de complementos por mínimos- y un derecho transitorio que puede prolongarse en exceso, no parece que cumpla la recomendación 12 del Pacto de Toledo. Ésta estima que debe modificarse la jubilación anticipada entendida como fórmula de regulación de empleo, y con la nueva regulación precisamente se privilegia aquella procedente de un expediente de crisis, así como tampoco se cumple la disminución de fórmulas de acceso a la pensión de jubilación, al crearse una nueva, aunque haya desaparecido la que creaba empleo, la especial a los 64 años.

5. LA JUBILACIÓN PARCIAL

España, en crisis de empleo permanente, especialmente entre mujeres y jóvenes desde la transición política, contó muy pronto con una regulación de la jubilación parcial y el contrato de relevo[70], aunque con una escasa utilización. Sólo es a partir del año 2001, como consecuencia del citado Acuerdo para la Mejora y el Desarrollo del Sistema de Protección Social suscrito en abril de 2001 entre el Gobierno, CCOO, la CEOE y la CEPYME que se introdujo el concepto de jubilación flexible, a través de una serie de normas[71] y comenzó a invertirse la proporción de la edad media de entrada en la jubilación, ya que en el año 2001 sólo accedía el 37% a la prestación de jubilación con 65 o más años, mientras que en el 2010 el porcentaje ascendía hasta el 59'92%[72]. Por otra parte, el número de jubilaciones parciales no es especialmente significativo, en el año 2008 ascendieron a 35.449, lo que supuso un 14'10 del total, mientras que el 2009, fueron 35.045, el 12'90% y en el 2010, 26.818, el 9'8%, con lo que se demuestra que los continuos cambios normativos suponen un retraimiento de los interesados.

La aplicación e interpretación de la normativa del 2002 ha sido origen de numerosos litigios, con una importante serie de Sentencias del Tribunal Supremo en unificación de doctrina sobre los temas más variados que han aclarado muchos interrogantes y creado una importante doctrina general que trasciende las modificaciones puntuales[73].

Tras el cambio de Gobierno en 2004, se adoptó el Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social, firmado en 2006, esta vez también por UGT, y se produjo la modificación del artículo 166 LGSS por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, sobre jubilación parcial, igualándose la edad de entrada a este tipo de jubilación con la de los jubilados anticipados no mutualistas y añadiéndose una serie de nuevos requisitos. De esta forma se establecía, como regla general, el

---

[70] Garrido Pérez. E, El contrato de relevo, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Publicaciones, 1987.

[71] Especialmente Real Decreto Ley 16/2001, de 27 de diciembre, de medidas para el establecimiento de un sistema de jubilación gradual y flexible, convertido tras su tramitación parlamentaria en Ley 35/2002, de 12 de julio y los RRDD que la desarrollan 1131 y 1132/2022, de 31 de octubre.

[72] Ver por todos, Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer, M, "La flexibilidad en la edad de jubilación", (I y II), Relaciones Laborales nº 18 y 21, 2002; Alarcón Caracuel, M.R., "El concepto de jubilación flexible", Temas Laborales nº 66, 2002; Calvo Gallego, F.J., El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial, CARL, Sevilla, 2002; Del Rey Guanter, S. y Gala Durán, C., La jubilación gradual y flexible. Aspectos legales y análisis de la reciente negociación colectica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

[73] Entre las más recientes cabe destacar, las de STS 9/2/2010, sobre plazo de relevo del relevista y obligaciones en caso de incumplimiento; STS 15/7/2010, cálculo de la base reguladora teniendo en cuenta el incremento de las bases de cotización hasta el 100% aunque la empresa haya incumplido la obligación de sustituir al trabajador; SSTS de 4/10/2010 y 7/12/2010 , problemática del relevista que pasa a excedencia por cuidado de hijo; STS 5/10/2010, inexistencia de obligación del empresario en convertir un contrato a tiempo completo a otro a tiempo parcial más un contrato de relevo, salvo acuerdo de las partes o previsiones de convenio colectivo; STS 12/4/2011, imposibilidad de acceder a jubilación parcial un trabajador fijo discontinuo; STS 23/6/2011, obligación de sustitución de relevista que pasa a la situación de excedente voluntario

cumplimiento de 61 años de edad para que pudiera comenzar la jubilación parcial, la exigencia de que el trabajador tuviera una antigüedad de 6 años en la empresa y a que acreditara un período de cotización de 30 años. Además, se establecían, asimismo, ajustes en los porcentajes de reducción máxima y mínima de la jornada habitual de trabajo del trabajador que pasa a la jubilación parcial, así como la necesidad de que la base de cotización del trabajador relevista no pudiera ser inferior al 65 por ciento de aquella por la que venía cotizando el trabajador que pasa a la jubilación parcial. Ante el endurecimiento de los requisitos en materia de edad, antigüedad en la empresa, porcentaje de reducción de jornada y periodo de cotización necesario para el acceso a la jubilación parcial, se incorporó una DT 17ª a la LGSS, con un régimen transitorio mediante el que se implantaban de forma gradual los requisitos oscilando entre un periodo de 5 a 7 años , para los trabajadores afectados por compromisos suscritos anteriormente, hasta la vigencia de los mismos y en todo caso hasta el 31 de diciembre de 2009.

El RDLey 8/201 de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit fiscal, fue aprovechado para eliminar el régimen transitorio previsto visto en la Ley 40/2007 según dispuso su DD única, pero la DT 2ª estableció que, hasta el 31 de diciembre de 2012, podrán acogerse a la modalidad de jubilación parcial establecida en el artículo 166.2 LGSS, con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos en las letras b), c), d), e) y f) de dicho artículo, los trabajadores afectados por compromisos adoptados en expedientes de regulación de empleo o por medio de Convenios y acuerdos colectivos de empresa, aprobados o suscritos, respectivamente, con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto Ley, a los 60 años si el trabajador relevista es contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida y a los 60 años y 6 meses si el trabajador relevista es contratado en otras condiciones.

Como los acuerdos colectivos de empresa no son conocidos por las autoridades laborales ni están sometidos a su inscripción en un registro público, la Orden TIN/1827/2010, de 6 de julio, por la que se desarrolla, en relación con los acuerdos colectivos de empresa sobre jubilación parcial, lo dispuesto en la DT 2ª del RDLey 8/2010, de 20 de mayo, previó la elaboración por parte del Instituto Nacional de la Seguridad Social de una relación de empresas en las que se hayan suscrito acuerdos colectivos, con anterioridad al día 25 de mayo de 2010, que contengan compromisos en materia de jubilación parcial[74]. Fue publicada por Resolución del INSS, de 18 de noviembre de 2010, BOE de 2 de diciembre, no recogiéndose exclusivamente la relación de acuerdos colectivos sino también los códigos de cuentas de cotización, más de novecientos, ordenados por las distintas provincias, con lo que hay numerosas repeticiones, pero lo destacable es que un número importante de dichos acuerdos tiene una duración indefinida.

---

[74] Con la finalidad, expresamente indicada de que "se eviten posibles prácticas de percepción indebida de prestaciones, no acordes con la finalidad y el sentido perseguidos por la norma.

En este contexto de cambios y derechos transitorios, en el ASE se vuelven a adquirir compromisos en materia de jubilación parcial que, con matices se han incorporado a la Ley 27/2011. De esta forma, el artículo 6 de la Ley 27/2011, en relación con el artículo 166.2. LGSS, modifican las letras e) y f), añade la g) y un párrafo segundo a la letra d) [75]. Asimismo, se añade una DT 22ª a la LGSS, en materia de edad y base de cotización del trabajador jubilado parcialmente y se modifica en la DF 1ª el artículo 12.6 primer párrafo y 7 del ET en relación con el contrato de relevo[76]. En los casos en que la jubilación parcial precisa de la celebración simultánea de un contrato de relevo, la ley señala que deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización del trabajador relevista y del jubilado parcial, de modo que la correspondiente al trabajador relevista no podrá ser inferior al 65 por ciento de la base por la que venía cotizando el trabajador que accede a la jubilación parcial.

Además, en relación con la cotización durante el periodo de compatibilidad de la pensión de jubilación parcial con el trabajo a tiempo parcial, y sin perjuicio de la reducción de jornada, la empresa y el trabajador, habrán de cotizar por la base de cotización que, en su caso, hubiere correspondido de seguir trabajando a jornada completa. Esta novedad en materia de cotización se aplicará de forma gradual, nueva DT 22ª LGSS, siendo equivalente en el año 2013 al 30% de la cotización a jornada completa, y elevándose las bases de cotización en un cinco por ciento por cada año transcurrido desde el inicio de la vigencia de la ley, hasta su completa aplicación a partir del 1 de enero del año 2027, sin que, en ningún caso el porcentaje de la base de cotización fijado para cada ejercicio en la escala anterior pueda resultar inferior al porcentaje de actividad laboral efectivamente realizada.

Por otra parte, como hemos visto anteriormente, a diferencia de la Ley 40/2007 y el RDLey 8/2010, que establecían fecha cierta para la terminación del periodo transitorio de aplicación de la normativa anterior, la DF 12ª.2.c) dispone que seguirán aplicándose las condiciones vigentes a la entrada en vigor de la ley, el 1 de enero de 2013 a estos efectos, no sólo a aquellos que ya hubieran accedido a la jubilación parcial en ese momento, sino también a las personas incorporadas antes de la fecha de su publicación a planes de jubilación parcial, recogidos en convenios colectivos de cualquier ámbito o acuerdos colectivos de empresas, con independencia de que el acceso a la jubilación parcial se haya producido con anterioridad o posterioridad al 1 de enero de 2013, sin que, hasta el momento se haya publicado una orden ministerial similar a la de 6 de julio de 2010 fijando un plazo

[75] Mediante la que se disminuye en el supuesto de personas con discapacidad o trastorno mental el periodo de cotización a 25 años.

[76] La DA 34ª mandata al Gobierno para que en el plazo de un año presente un estudio relativo a un sistema específico de jubilación parcial a los 62 años a favor de autónomos que cesen en su negocio o lo traspasen a otra persona a la que deben formar.

para que la Administración conozca los compromisos adquiridos por las empresas en esta materia.

La nueva regulación de la jubilación parcial y el contrato de relevo tiene unos elevados costes para las empresas, ya que va a llegarse a cotizar al menos un 65% más entre relevista y relevado, en lugar del 100% de la cotización anterior del jubilado parcial, cuando acabe el extraordinariamente elevado periodo transitorio, catorce años, por lo que esta normativa está abocada a ser sustituida en un futuro cercano, sobre todo al coexistir con el periodo transitorio sin límite de la normativa anterior, como el que ha establecido la DF 12ª.2.c) de la Ley 27/2011. Es evidente que los empresarios desean estabilidad normativa y una regulación lo más unitaria posible para gestionar sus recursos humanos y la nueva normativa no las aporta. Si se ha pretendido solucionar las disfunciones de la actual regulación de la jubilación parcial, fundamentalmente en la utilización por la empresa del tiempo de trabajo del trabajador relevado y el importe de la cotización total del relevista y el relevado, podría haberse llevado a cabo sin aprobar una regulación como la actual que va a suponer un importante descenso de los trabajadores jubilados a tiempo parcial, en contra de la Estrategia 55 y Más para fomentar que, simultáneamente, se prolongue el empleo de los trabajadores mayores y se favorezca la contratación de jóvenes.

El impacto de esta reforma, tan improvisada y contradictoria como poco consensuada, con una entrada en vigor retrasada y paulatina, considero que apenas va a tener incidencia en la contratación colectiva, que tiene un horizonte lejano para su aplicación y que tenderá a esperar futuras correcciones introducidas de acuerdo al nuevo tiempo político que se avecina, en el que habrá que comprobarse la coherencia de las distintas formaciones políticas con los criterios que se han mantenido ante esta reforma. Todo ello de acuerdo, a lo que parece, con lo que disponga el Leviatán de los mercados.

Comunicaciones

LAS CLÁUSULAS CONVENCIONALES DE JUBILACIÓN OBLIGATORIA TRAS LA LEY 27/2011

Miguel Ángel Almendros González
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Granada

ÍNDICE

1. EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL
2. LA JUBILACIÓN FORZOSA TRAS LA LEY 27/2011
3. INCIDENCIA DE LA REFORMA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
4. CONCLUSIONES

1. EVOLUCIÓN NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL

La posibilidad de que los convenios colectivos incluyan cláusulas de jubilación obligatoria al cumplir el trabajador una determinada edad ha sufrido distintos avatares. Resumidamente se puede señalar lo siguiente:

1) La Disposición Adicional (D.A.) 5ª del Estatuto de los Trabajadores originario (1980), tras señalar que la capacidad para trabajar tendría en todo caso el límite máximo de los 69 años (si bien el Gobierno podía fijar otro en función de las disponibilidades de la Seguridad Social y del mercado de trabajo), permitía que en la negociación colectiva pudieran "pactarse libremente edades de jubilación, sin perjuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos". Por tanto, se trataba de la primera vez que legalmente se regulaba un supuesto de incapacidad para trabajar por razón de edad, sobre todo teniendo en cuenta que con anterioridad, y con apoyo normativo en una Orden Ministerial de 1 de julio de 1953, se prohibía pactar la jubilación forzosa, tanto en convenio colectivo (STS de 30 de junio de 1966, STS de 22 de septiembre de 1968 o STS de 7 de marzo de 1969) como mediante contrato individual de trabajo (STS de 23 de octubre de 1967 o STS de 22 de diciembre de 1967). Sin embargo, esta habilitación estatutaria para pactar cláusulas convencionales de jubilación forzosa sería rápidamente objeto de discusión. La STC 22/1981, de 12 de julio, matizaba que dicha disposición sería inconstitucional si se interpretaba como norma que incapacitaba para trabajar a los 69 años, provocando de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral, y que, por tanto, solo sería constitucional dicha disposición si se cumplían dos condiciones: que tuviera lugar la sustitución del trabajador jubilado por un desempleado y que el trabajador hubiera completado el período mínimo de cotización legalmente exigido para causar derecho a la pensión de jubilación contributiva[1].

2) Este precepto cambió su nomenclatura, a D.A. 10ª, con el Real Decreto Legislativo 1/1995 que aprobaba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (TRET), añadiéndose un primer párrafo que vinculaba genéricamente la jubilación forzosa a la política de empleo, al precisar que dentro de los límites y condiciones fijados en este precepto, la jubilación forzosa podría ser utilizada como instrumento para realizar una política de empleo. En este contexto, la línea jurisprudencial dominante era bastante flexible, quedando en entredicho la necesaria conexión con políticas de empleo.

3) Como reacción frente a esa abusiva interpretación flexibilizadora, se produce la derogación de la discutida D.A. 10ª del TRET por el Real Decreto Ley 5/2001, de

[1] Por su parte, la STC 58/1985, de 30 de abril, justificaba dicha disposición, entre otros razonamientos, en el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos, de tal modo que no se consideraba inconstitucional que mediante el Convenio pudiera fijarse un límite temporal al derecho individual, en la medida en que no se establecía sin compensación por el afectado (que pasaba a percibir la pensión de jubilación).

2 de marzo, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (convalidado en Ley 12/2001, de 9 de julio), al considerar que estaba "inspirada en concepciones y apoyada en realidades demográficas y del mercado de trabajo claramente desactualizadas". La jurisprudencia también confirmó que "dada la ausencia de una norma legal habilitante de la negociación colectiva en esta materia", no era ya posible establecer cláusulas de jubilación forzosa (*vid.* STS de 9 de marzo de 2004, en unificación de doctrina). Sin embargo, la negociación colectiva seguía estableciendo cláusulas de jubilación forzosa, provocando incertidumbre. Por ello las organizaciones empresariales y sindicales más representativas demandaban la oportuna reforma de la normativa para dotar de una mínima seguridad jurídica a la negociación colectiva.

4) Así, la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, vuelve a introducir una D.A. 10ª en el TRET, para que de nuevo "en los convenios colectivos se puedan establecer cláusulas que posibiliten, en determinados supuestos y bajo ciertos requisitos, la extinción del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación", siguiendo tanto la línea marcada en los años 80 por el Tribunal Constitucional como las prescripciones de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, sobre igualdad de trato en el empleo y la ocupación, y especialmente, lo establecido en su art. 6.1, que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios. En este mismo sentido se expresaba la STJCE de 16 de octubre de 2007 (caso Palacios). De este modo, tras la Ley 14/2005, los objetivos de política de empleo que justificaran la introducción de cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos no serán ya de carácter genérico e incondicionado, sino que deberán expresarse en el convenio colectivo, mencionando objetivos legítimos. Con ello se pretendía conciliar adecuadamente los derechos individuales de los trabajadores con los intereses colectivos derivados de circunstancias concretas relacionados con el empleo.

2. LA JUBILACIÓN FORZOSA TRAS LA LEY 27/2011

Antes de la reforma, la D.A. 10ª del TRET establecía un presupuesto y dos requisitos para que los convenios colectivos pudieran incorporar cláusulas de jubilación forzosa:

- Presupuesto: el cumplimiento de una determinada edad. Lo que determina la extinción del contrato de trabajo es el cumplimiento por parte del trabajador de la "edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de la Seguridad Social".

- Primer requisito: la extinción del contrato de trabajo por jubilación forzosa devberá "vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo". El precepto propone, a título meramente ejemplificativo, por lo que ni se trata de una lista cerrada ni tiene carácter exhaustivo, tales objetivos concretos: 1) mejora de la estabilidad en el empleo; 2) transformación de contratos temporales en indefinidos; 3) sostenimiento del empleo; 4) contratación de nuevos trabajadores; y 5) con carácter más abierto, cualquier otro que se dirija a favorecer la calidad del empleo.
- Segundo requisito: el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo por jubilación forzosa debía: 1) "tener cubierto el período mínimo de cotización o uno mayor si así se hubiera pactado en el convenio colectivo"; y 2) "cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva".

  Pues bien, a partir de su entrada en vigor el 2 de agosto de 2011, la D.A. 36ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, de actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social[2], modifica la D.A. 10ª del TRET. En concreto las novedades introducidas son solo dos:
- Se sustituye el requisito de tener cubierto el período mínimo de cotización u otro mayor que se hubiere pactado convencionalmente por otro requisito: tener cubierto "el período mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80 por 100 a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión", y, por supuesto, y en esto no cambia nada, cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. En teoría, con esta modificación se eleva el período de cotización necesario para jubilarse (*vid.* tabla 1), por lo que tiene lugar una previsible reducción del ámbito subjetivo de los trabajadores afectados por la jubilación obligatoria pactada en convenio colectivo. De este modo, la reforma mantiene la posibilidad de introducir cláusulas de jubilación obligatoria, pero en una posición intermedia: ni se deja como estaba ni se ha suprime, como pretendían algunas posiciones[3].

---

[2] Este precepto fue introducido durante la tramitación parlamentaria de la norma como modificación al texto del Proyecto propuesta por el Informe de la Ponencia (BOCG, Congreso de los Diputados, de 30 de junio de 2011). En los correspondientes debates que ratificaban la propuesta del Informe de la Ponencia se destacaba que la reconsideración de las cláusulas de jubilación obligatoria existentes constituye un incentivo más al alargamiento de la vida laboral (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo e Inmigración, de 27 de junio de 2011, página 13).

[3] La Enmienda núm. 327 del Grupo Parlamentario Catalán (CiU) proponía la derogación de la D.A. 10ª del TRET, con el objeto de eliminar las cláusulas de obligatoriedad de jubilación al cumplir una determinada edad. Por su parte, la Enmienda núm. 213 del Grupo Parlamentario Popular pretendía incorporar un nuevo art. al Proyecto de Ley titulado "Derecho subjetivo a la jubilación", por el que se proponía una nueva redacción a la D.A. 10ª del TRET: "la jubilación es un derecho subjetivo del trabajador indisponible por convenio

Tabla 1.

Años	Hasta 2/8/11	2011-2012	2013-2019	2020-2022	2023-2026	Desde 2027
% B. Reguladora	50%	80,00%	80,03%	80,11%	80,20%	80,02%
Período de cotización	15 años	25 años	26 años 11 meses	27 años 3 meses	27 años 10 meses	28 años 2 meses

- Se introduce una habilitación al Gobierno "para demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación prevista en esta D.A.". Dicha habilitación al Gobierno para retrasar la entrada en vigor de esta modificación de la D.A. 10ª del TRET no encaja ni concuerda con el hecho de que ésta está en vigor ya desde el mismo día siguiente a la publicación de la Ley 27/2011 en el BOE, desde el 2 de agosto de 2011 (Disposición Final 12ª, 1.a). También resulta llamativa que fueran "razones de política económica" las que justificarían la demora en su aplicación. En definitiva, esta previsión carece absolutamente de sentido y ha sido inaplicable.

La D.A. 10ª del TRET continúa exigiendo que las cláusulas convencionales de jubilación forzosa solo sean de aplicación a aquellos trabajadores que cumplan la "edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de la Seguridad Social". Teniendo en cuenta que la Ley 27/2011 modifica también dicha edad ordinaria de jubilación, aunque en esta materia a partir del 1 de enero de 2013, nos vamos a encontrar con algunas disfuncionalidades. Por lo pronto, ya no sería adecuado hablar en singular de "edad ordinaria de jubilación" sino que ahora habría que hablar en plural de "edades ordinarias de jubilación". Y es que tras la reforma, el art. 161.1 de la LGSS pasará a establecer dos edades de acceso a la pensión de jubilación:

colectivo, que podrá ejercitarlo cuando reúna las condiciones y requisitos establecidos en las disposiciones que lo regulan". Con ello se pretendía consagrar la jubilación como un derecho subjetivo del trabajador, pues "sostener lo contrario, esto es, imponer la extinción del contrato de trabajo por haber cumplido una determinada edad constituye actualmente una discriminación desfavorable por razón de edad contraria al ordenamiento jurídico" y además "el contexto económico y social actual ha cambiado y la jubilación forzosa ha dejado de ser un instrumento necesario para la regulación del mercado de trabajo, cuando la actual política de empleo se dirige hacia la prolongación de la vida laboral". De ahí que se recuerde cómo el pacto de Toledo suscrito en 2011 (Recomendación 12: Edad de Jubilación) consideraba como prioritario "remover la normativa que fuerza a colectivos o personas a la jubilación obligatoria, en contra de sus deseos y capacidades", no debiendo establecerse "un límite de edad para el trabajo en un régimen de libertades y de derechos fundamentales" (BOCG, Congreso de los Diputados, de 17 de junio de 2011). Igualmente se criticaba que con la reforma se obligue a trabajar más a quien no lo desea o a quien le va a resultar imposible para conseguir el mismo derecho, mientras se obliga a dejar la actividad a quien quiere y desea seguir en activo porque se mantiene la jubilación forzosa (Diario del Congreso de los Diputados, 21 de julio de 2011, página 19). En sintonía con estas posiciones, en la Comisión de Trabajo e Inmigración de 13 de julio de 2011, dicho grupo propone la supresión de las cláusulas de los convenios colectivos que establecen una edad de jubilación forzosa, aunque sea con determinadas condiciones y requisitos, pues se entiende la jubilación como un derecho subjetivo del trabajador, y no como un derecho disponible por convenio colectivo; y ello contribuirá a una jubilación con carácter voluntario, y no la jubilación forzosa que establece este proyecto de ley (Diario de Sesiones del Senado de 13 de julio de 2011).

(1) con carácter general, 67 años; (2) con carácter excepcional, 65 años (siempre que además se acrediten 38 años y 6 meses de cotización). No obstante, está previsto un régimen transitorio para la aplicación paulatina de la edad de jubilación y los años de cotización exigidos para tener derecho a la pensión de jubilación (Disposición Transitoria 20ª de la Ley 27/2011) que diversifica aún más las edades. De esta forma, desde el 2013 hasta el 2026 las edades de jubilación van a ir variando, tal y como se indica en la siguiente tabla:

Tabla 2.

Año	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	25	26	27
Edad*	65	65/1	65/2	65/3	65/4	65/5	65/6	65/8	65/10	66	66/2	66/4	66/6	66/8	66/10	67
Edad/ Período cotiz.*	65	65	65	65	65	65	65	65	65	65	65	65	65	65	65	65
	15	35/3	35/6	35/9	36	36/3	36/6	36/9	37	37/3	37/6	37/9	38	38/3	38/3	38/6

* Formato: Años/Meses

3. INCIDENCIA DE LA REFORMA EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El efecto que esta modificación tenga sobre las cláusulas convencionales de jubilación obligatoria está por ver. Todavía es muy pronto para hacer un seguimiento del impacto real de esta modificación en la negociación colectiva. Previsiblemente, y dada la inercia reguladora que presentan los convenios colectivos, la repercusión de la reforma legal será mínima, pues éstos suelen tener más en cuenta cómo era regulada determinada materia en el anterior convenio colectivo que las lecturas que subyacen a las modificaciones legales; pero eso siempre, claro está, que se superen los mínimos de derecho necesario. Por eso, la modificación que lleva a cabo la Ley 27/2011 sobre las cláusulas de jubilación forzosa exige a los convenios colectivos revisar fundamentalmente dos condiciones legalmente exigidas[4]: indirectamente, la edad de jubilación; y directamente, el período de cotización exigido para tener derecho como mínimo al 80 por 100 de la base reguladora.

3.1. Implantación de las cláusulas de jubilación forzosa

Pese a las dudas suscitadas entre la doctrina sobre la adecuada utilización y configuración de las cláusulas convencionales de jubilación obligatoria, lo

[4] Para ello, algunos convenios facultan a la Comisión Paritaria. Por ejemplo, el art. 39 del CC de Jardinería (BOE de 19 de agosto de 2011) cuando regula la jubilación obligatoria dispone que "queda expresamente facultada la Comisión paritaria para adecuar, en el momento que se estime pertinente este texto a las disposiciones legales o reglamentarias que afecten a esta materia e incluso modificar esta mejora para sustituirla por otra que la comisión estime conveniente. Si bien en dicho supuesto deberá constituirse la Comisión paritaria conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 85.3.h del ET".

cierto es que, se aprecian impulsos institucionales y negociales para introducir tales cláusulas de jubilación forzosa en los convenios colectivos[5]. Los estudios realizados sobre la incidencia de tales cláusulas en la negociación colectiva[6] revelan que el porcentaje de convenios colectivos que contienen tales cláusulas de jubilación forzosa oscila entre un 20 por 100 y 35 por 100.

En la medida que las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa asumen los requisitos y los condicionantes exigidos por la D.A. 10ª del ET, todas ellas responden a un modelo común. Pese a ello, la configuración negocial de la jubilación forzosa presenta algunas tendencias diferenciadoras, especialmente en lo que se refiere a la necesidad de justificar el recurso a la jubilación forzosa mediante la asunción de compromisos de empleo y de mejora de la calidad del mismo.

3.2. Requisitos para la jubilación obligatoria

La jubilación forzosa incondicionada vulneraría el derecho al trabajo del trabajador y supondría un trato discriminatorio por razón de la edad en la medida que los trabajadores de mayor edad se ven obligados a abandonar la empresa. Por eso, siguiendo las pautas marcadas por la D.A. 10ª del ET, los convenios colectivos condicionan la jubilación forzosa al cumplimiento de determinadas condiciones.

3.2.1. Cumplimiento de la edad de jubilación

El presupuesto necesario para proceder a la extinción del contrato de trabajo por jubilación es el cumplimiento de la "edad ordinaria de jubilación" por el trabajador. En la actualidad, el art. 161 de la LGSS exige todavía "haber cumplido sesenta y cinco años de edad", pues hay que tener en cuenta que aunque la modificación de la D.A. 10ª del ET ya ha entrado en vigor, la modificación de las edades de jubilación reguladas por el art. 161 de la LGSS no lo ha hecho todavía sino que lo hará en 1 de enero de 2013.

Ésta, 65 años, es precisamente la edad que siguen exigiendo de forma expresa la mayoría de los convenios colectivos para el cese por jubilación obligatoria del trabajador, incluso aquellos cuya vigencia es posterior a la Ley 27/2011[7]. Tales convenios deberán ser revisados, para no incurrir en nulidad, cuando comiencen a aplicarse las nuevas edades de jubilación a partir de 2013. Hasta ahora era muy

---

[5] Un claro ejemplo de ello lo encontramos en el Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-2012, que al referirse a los objetivos a conseguir en materia de empleo y contratación, anima a seguir desarrollando, a través de la negociación colectiva, la habilitación para el establecimiento de cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación, pero eso sí, siempre que se cumplan los supuestos y requisitos legalmente establecidos.

[6] Entre los que se encuentra uno propio: vid. ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: "La jubilación forzosa en la negociación colectiva", en VV.AA.: La edad de jubilación (Dirs, J.L. Monereo Pérez y J.A. Maldonado Molina), Comares, Granada, 2011, página 276.

[7] El CC de Alstom Transporte (BOE de 28 de octubre de 2011) es el único de los analizados que establece como causa de extinción del contrato de trabajo el cumplimiento de los 67 años (siendo todavía la edad legal ordinaria de jubilación 65 años).

poco frecuente encontrar convenios colectivos que tuvieran prevista la eventualidad de que fuera modificada la edad legal de jubilación[8]. En cambio, en el contexto actual, si analizamos los convenios colectivos más recientes constatamos que, tal vez siendo conocedores al menos desde principios de 2011 de las pretensiones de elevar la edad de jubilación, suelen matizar con mayor frecuencia que la edad de jubilación obligatoria será 65 años o, como alternativa, la que corresponda en cada momento por aplicación de la normativa de Seguridad Social[9]. De todas formas, y teniendo en cuenta el período transitorio previsto (2013-2022) es aconsejable utilizar una fórmula flexible que, en lugar de cuantificar la edad de jubilación, solo se remita a la que en cada momento esté vigente[10].

En cualquier caso, la edad de jubilación forzosa puede retrasarse voluntariamente, por acuerdo entre el trabajador y el empresario (vid. 3.2.4), o por imperativo legal, cuando faltara alguno de los requisitos exigidos por la normativa de la Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación contributiva, y en particular, por la insuficiencia de los períodos de cotización exigidos (ahora el necesario para tener derecho al 80 por 100 de la base reguladora)[11].

---

[8] Es el caso del art. 35.2 del CC Grupo Generali España (BOE de 10 de abril de 2007), cuando precisa que en el supuesto de que la edad para acceder a la jubilación, que actualmente se halla fijada en 65 años según la Ley de Seguridad Social, fuese aumentada, la edad de jubilación forzosa prevista en este convenio se entenderá referida a la nueva edad en que se pueda acceder a la pensión de jubilación.

[9] Así, el art. 12 del CC marco para los Establecimientos Financieros de Crédito (BOE de 13 de octubre de 2011) acuerda que "la edad obligatoria de jubilación será la de 65 años o la fijada como ordinaria en la normativa de Seguridad Social en cada momento"; el art. 18 del CC de Hero España (BOE de 4 de octubre de 2011) establece la jubilación obligatoria de todos los trabajadores ("incluidos lógicamente los que ostenten cargos directivos") a los 65 años de edad" (no obstante, precisa que "en cualquier caso, la edad de jubilación pactada como tope máximo, se irá adaptando a los distintos cambios legislativos"); el art. 39 del CC de Jardinería (BOE de 19 de agosto de 2011), establece la obligatoriedad de la jubilación a la edad de 65 años "siempre que así lo permita la normativa vigente"; el art. 11.2 del CC de Telefónica (BOE de 4 de agosto de 2011) señala que "la edad de jubilación forzosa en Telefónica de España será 65 años o en su defecto la que corresponda según los requisitos exigidos por la legislación vigente que resulte de aplicación a cada empleado para acceder al sistema público mediante su jubilación ordinaria"; y el art. 59 del CC de CTC Ingeniería Dedicada (BOE de 5 de agosto de 2011) determina que los trabajadores se "jubilarán en el momento de cumplir la edad de 65 años o aquella que se contemple en la LGSS como apta para el percibo de la prestación de jubilación contributiva".

[10] Así, el art. 82 del CC de Servicios de Asistencia en Tierra en Aeropuertos, Handling (BOE de 13 de octubre de 2011) manifiesta que "el cese obligatorio en el trabajo por jubilación se producirá al cumplir el trabajador la edad ordinaria que la legislación sobre Seguridad Social establezca en cada momento"; y el art. 76 del CC de Acciona Airport Services (BOE de 28 de septiembre de 2011) que "la jubilación será obligatoria al llegar el trabajador a la edad legal de jubilación vigente".

[11] No obstante, los convenios colectivos solo se siguen refiriendo a la falta al anterior requisito (tener cubierto el período de cotización mínimo: 15 años) para justificar el retraso de la edad de jubilación forzosa en la empresa. Así, el art. 12 del CC de Establecimientos Financieros de Crédito (BOE de 13 de octubre de 2011) condiciona la jubilación forzosa a los 65 años a que "en la fecha correspondiente el empleado hubiera completado los períodos de cotización para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. En caso contrario, la jubilación se llevará a efecto en la fecha en que queden completados"; el art. 76 del CC de Acciona Airport Services (BOE de 28 de septiembre de 2011), dispone que "la edad de jubilación se considerará sin perjuicio de que todo trabajador pueda completar los períodos de carencia para la jubilación, en cuyos supuestos la jubilación obligatoria se producirá al completar el trabajador dichos períodos de carencia en la cotización a la Seguridad Social"; el art. 41 del CC del Personal Laboral que presta servicios para las fuerzas de Estados Unidos (BOE de 23 de septiembre de 2011), precisa que los empleados se jubilarán obligatoriamente al cumplir los 65 años de edad, excepto cuando el empleado no tuviese completado el tiempo

3.2.2. Suficiencia de la cuantía de la pensión de jubilación: período mínimo de cotización exigido

El cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, por sí sola, no basta ni es suficiente para justificar la extinción obligatoria del contrato de trabajo. Deben cumplirse los demás requisitos de acceso a la pensión de jubilación. En particular, el art. 161.1.b de la LGSS exige que el trabajador tenga "cubierto un período mínimo de cotización de quince años". La mayoría de convenios colectivos condicionan la jubilación forzosa a que se hubiera completado dicho "período mínimo de cotización"; por lo que, como hemos visto, faltando dicho requisito, el trabajador no se podría jubilar forzosamente al cumplir los 65 años, sino después, cuando lo reuniera.

Sin embargo, tras la reforma, desde el 2 de agosto de 2011, ya no basta con ello, con tener cubierto el período mínimo de cotización para acceder a la jubilación contributiva, puesto que se pretende garantizar la suficiencia de la cuantía de la pensión de jubilación al exigir un período mínimo de cotización necesario para alcanzar al menos el 80 por 100 de la base reguladora (*vid.* Tabla núm. 1). No obstante, ningún convenio colectivo (tanto los anteriores como los posteriores a la reforma) recoge esta previsión, que constituye un mínimo legal. Mayoritariamente los convenios colectivos siguen exigiendo tan sólo el período mínimo de cotización necesario para acceder a la pensión de jubilación[12], por lo que tales cláusulas serían nulas y no se podrían aplicar.

Únicamente cumplen con este nuevo requisito legal (aun sin proponérselo) un número menor, pero significativo (en torno a un 20 por 100)[13], de convenios colec-

---

mínimo necesario de cotización a la Seguridad Social para causar derecho a la pensión de jubilación, en cuyo caso se jubilará obligatoriamente al completar dicho período mínimo de cotización"; el art. 120 del CC de Finanzauto (BOE de 26 de agosto de 2011) matiza que "en el caso de que al trabajador le falte algún requisito, podrá seguir en activo hasta cumplirlos"; y el art. 59 del CC de CTC Ingeniería Dedicada (BOE de 5 de agosto de 2011) determina que en el supuesto de que el trabajador, llegada la fecha en que cumpla 65 años, no tuviera cubiertas "las cotizaciones requeridas para tener acceso a esa prestación podrá continuar en activo hasta el momento de tenerlas, siempre que el tipo de actividad del servicio así lo permita".

[12] Incluso los posteriores a la reforma. De hecho, todos los publicados en el BOE después del 2 de agosto de 2011, menos dos. Por ejemplo, el art. 82 del CC del sector de Servicios de Asistencia en Tierra en Aeropuertos (BOE de 13 de octubre de 2011), que fue suscrito el 2 de junio de 2011 pero que expresamente se declara (art. 11) que dicho convenio comienza su vigencia a partir del día siguiente al de su publicación (esto es, el 14 de octubre de 2011), exige como único requisito para la jubilación forzosa que "el trabajador tuviera cubierto el período de cotización exigido para tener derecho a la correspondiente pensión". En el mismo sentido, el art. 12 del CC para los Establecimientos Financieros de Crédito (BOE de 13 de octubre de 2011); el art. 18 del CC de Hero España (BOE de 4 de octubre de 2011); el art. 49 del CC de CLH Aviación (BOE de 30 de septiembre de 2011); el art. 76 del CC de Acciona Airport Services (BOE de 28 de septiembre de 2011); el art. 41 del CC del Personal Laboral que presta servicios para las fuerzas de Estados Unidos (BOE de 23 de septiembre de 2011); el art. 120 del CC de Finanzauto (BOE de 26 de agosto de 2011); el art. 39 del CC de Jardinería (BOE de 19 de agosto de 2011); el art. 11.2 del CC de Telefónica (BOE de 4 de agosto de 2011); el art. 59 del CC de CTC Ingeniería Dedicada S.A. (BOE de 5 de agosto de 2011); o el art. 5.12 del CC de Tecnocom España Solutions (BOE de 27 de octubre de 2011).

[13] Vid. ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: "La jubilación forzosa en la negociación colectiva", op. cit., página 284. Para tales convenios, el tener derecho a la pensión de jubilación es una condición necesaria, pero no suficiente. Por ello, solo recurren a la jubilación forzosa cuando el trabajador que cesa en la prestación de servicios pasa a percibir una pensión de jubilación digna y suficiente para compensarle por la pérdida del empleo. De ahí

tivos que regulan la jubilación forzosa y que, al amparo de la anterior redacción de la D.A. 10ª del TRET (que permitía pactar convencionalmente un período de cotización mayor), ya exigían como mejora que el trabajador estuviera en condiciones de alcanzar la cuantía máxima de la pensión de jubilación (el 100 por 100 de la base reguladora)[14] por haber cotizado el número de años suficiente para ello (35 años, aunque los convenios no suelan precisar ni cuantificar este período de cotización necesario[15]). En cualquier caso, eran escasas las ocasiones en las que se exigía alcanzar otros porcentajes inferiores al 100 por 100 de la base reguladora[16]. Igualmente apenas existen previsiones convencionales de que dichos porcentajes de aplicación a la base reguladora en función del período de cotización pudieran ser modificados[17]. El que la ley exija solo el periodo de cotización necesario para alcanzar el 80 por 100 de dicha cuantía no afectaría a tales convenios colectivos, que cumplirían con creces el requisito legal. Está por ver si ello supone una invitación a la negociación colectiva (a tales convenios) a rebajar a dicho límite el correspondiente requisito (entendemos que no, además de que la propia inercia reguladora característica de la negociación colectiva mantendría previsiblemente dicho porcentaje máximo).

Una reflexión final: ¿y por qué no exigir la misma D.A. 10ª del TRET el período de cotización necesario para alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora? Nada impedía haberlo hecho[18]. Al mismo tiempo se hubiera reducido aún más la

---

que se exija como requisito adicional que el trabajador tenga derecho a la máxima cuantía de la pensión de jubilación. Desde esta perspectiva, la jubilación forzosa se condiciona a la calidad económica de la pensión.

[14] Los únicos convenios colectivos posteriores a la Ley 27/2011 que exigen la cotización necesaria para alcanzar el 100 por 100 de la base reguladora de la pensión son el CC de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos (BOE de 13 de octubre de 2011), suscrito el 8 de julio de 2011 y con vigencia en esta materia desde su publicación en el BOE, cuyo art. 46 condiciona la jubilación forzosa a cumplir "los requisitos exigidos por la legislación de la Seguridad Social para tener derecho a la percepción del 100 por 100 de la pensión"; y el CC del Grupo Zena (BOE de 27 de octubre de 2011).

[15] Excepcionalmente, el art. 12 del CC Valeo si lo hace, en la medida que configura la jubilación forzosa a los 65 años, siempre que "se tengan cotizados 35 años como mínimo" (que son con los que actualmente se alcanza el 100 por 100 del porcentaje aplicable a la base reguladora).

[16] Un caso lo constituye el art. 11.1 del CC del Espectáculo de la Comunidad de Madrid (BOCM de 7 de junio de 2007) cuando exige tener "cubierto el período mínimo de cotización a la Seguridad Social y cumplan los demás requisitos exigidos por la legislación vigente para totalizar al menos el 90 por 100 de la base reguladora, o bien puedan percibir la cuantía máxima que para las pensiones contributivas determine la legislación vigente". Además, para el año siguiente a la entrada en vigor del convenio se preveía que la jubilación obligatoria pudiera alcanzar también a aquellos trabajadores que totalicen al menos el 80 por 100 de su base reguladora.

[17] Por ejemplo, el art. 45 del CC de Industrias de Alimentos Compuestos para Animales (BOE de 23 de abril de 2010) expresa que "los trabajadores que cumplan 65 años y tengan cubiertas las condiciones exigidas por la normativa de la Seguridad Social para obtener el 100 por 100 de la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, deberán causar baja en la empresa por jubilación", pero "si el citado porcentaje fuese modificado legalmente, automáticamente quedaría referido el mismo al que estableciese la nueva disposición legal".

[18] En particular, no se entiende que si el objetivo de la reforma en este punto era mantener la habilitación a la negociación colectiva para pactar la extinción de los contratos por cumplimiento de una determinada edad, pero limitando y reduciendo dicha posibilidad; no se haya restringido más la aplicación de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa, hasta exigir el período de cotización necesario para alcanzar el 100 por 100, como perfectamente podía haber hecho (y no el 80 por 100 como finalmente se hizo). Precisamente, la Enmienda núm. 328 del Grupo Parlamentario Catalán pretendía exigir que el trabajador hubiera completado

discutida aplicación de las cláusulas de jubilación forzosa y se habría mejorado sensiblemente la suficiencia y calidad de la cuantía de la pensión de jubilación del trabajador afectado por la extinción contractual.

3.2.3. Justificación de la extinción contractual por jubilación obligatoria: la vinculación con objetivos de política de empleo

Los convenios colectivos deben justificar el carácter obligatorio (y no voluntario) de la jubilación forzosa en base a objetivos merecedores de protección y que prevalecerían sobre un derecho individual del trabajador (el derecho al trabajo). Para ello, la norma estatutaria exige la vinculación de la jubilación forzosa con objetivos coherentes de política de empleo, constituyendo el cumplimiento de tales compromisos de empleo la contrapartida de la extinción contractual por jubilación forzosa. En esto no se ha producido ningún cambio: el requisito a) de la D.A. 10ª del TRET sigue tal cual fue redactado por Ley 14/2005.

No obstante, la configuración convencional de estos objetivos de política de empleo de la empresa sigue siendo igualmente problemática tras la reforma[19]. En este punto es donde se concentran las críticas dirigidas a las cláusulas de jubilación forzosa y donde se sitúa el debate doctrinal y jurisprudencial. El principal problema es que los compromisos de empleo asumidos (directamente por el convenio o por remisión a los objetivos de política de empleo mencionados por la Disposición 10ª del TRET o, en su momento, por la Ley 14/2005) son generalmente indeterminados, vagos e imprecisos, con lo que la jubilación obligatoria quedaría en tales casos incondicionada[20]. En relación con esto, en la jurisprudencia encontramos (1) una

---

"el período mínimo de cotización que le permitiera aplicar el porcentaje del 100 por 100 a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión", con el objeto de impedir que aquellos trabajadores que no tengan el número mínimo de años para tener derecho a una pensión de jubilación del 100 por 100 se vean obligados a jubilarse contra su voluntad a una determinada edad.

[19] Y en algunos sectores más que otros, como ocurre en el sector público, por ser más difícil aún la vinculación con medidas de empleo en la Administración Pública que no son disponibles por convenio colectivo, pues los objetivos y las directrices de empleo son diseñadas por los Reales Decretos en los que se concretan las Ofertas de Empleo Público y las leyes presupuestarias en atención al interés general. Así, no es de extrañar que el art. 59 del CC del Personal Laboral de la Administración General del Estado (BOE de 12 de noviembre de 2009) tenga que vincular la jubilación forzosa a los objetivos de política de empleo "de acuerdo con los criterios que sobre estabilidad y mejora del empleo público se establezcan anualmente en el Real Decreto de Oferta de Empleo Público".

[20] Por ejemplo: art. 26 del CC de Madera (BOE de 7 de diciembre de 2007), art. 39 del CC de Banca Privada (BOE de 16 de agosto de 2007), art. 40 del CC de Estaciones de Servicio (BOE de 26 de marzo de 2007), art. 43 del CC de Mataderos de Aves y Conejos (BOE de 6 de julio de 2007), art. 42 del CC de Ediciones Zeta (BOE de 23 de febrero de 2007) o art. 82 del CC del sector de Servicios de Asistencia en Tierra en Aeropuertos (BOE de 13 de octubre de 2011) que escuetamente señala que la jubilación forzosa "se adopta en el marco de la política de fomento de la estabilidad y calidad de la contratación contemplada en el presente convenio". Por su parte, el art. 11.2 del CC de Telefónica (BOE de 4 de agosto de 2011) establece una edad de jubilación que "tiene como finalidad mejorar la estabilidad y sostenimiento del empleo, así como la contratación de nuevos trabajadores como objetivos coherentes de la política de empleo". Igualmente ambiguo y laxo es la el art. 59 del CC de CTC Ingeniería Dedicada S.A. (BOE de 5 de agosto de 2011) cuando declara que "la empresa, en función de las necesidades de empleo y regulaciones específicas en esta materia podrán establecer contratos de relevo que faciliten el acceso a la jubilación y el trabajo respectivamente, o la adecuación de la plantilla mediante la contratación de

línea interpretativa más flexible (avalada por sentencias como la STC 280/2006 o la STC 341/2006, e incluso por la STJCE de 16 de octubre de 2007), que entiende en todo caso justificada la jubilación forzosa por tratarse ella misma de una medida de política de empleo; y (2) otra corriente jurisprudencial, que poco a poco se va imponiendo, que exige que los objetivos de empleo sean específicos y concretos, negando que las cláusulas de jubilación forzosa puedan basarse solo en objetivos de política de empleo difusos, genéricos e incondicionados (STS de 2 de junio de 2008, y con algunos matices, STS de 22 de diciembre de 2008 y STS de 18 de enero de 2011). Por el momento, son minoritarios los convenios colectivos que establecen compromisos de empleo más concretos y específicos, y en particular:

- Compromisos concretos de mantenimiento del empleo, que prohíben la amortización del puesto de trabajo y obligan a la sustitución por otro trabajador[21] (contratación de nuevos trabajadores que eventualmente provocaría el rejuvenecimiento de la plantilla). No obstante, algunos convenios posibilitan el incumplimiento de estos compromisos de mantenimiento del empleo en situaciones de crisis de empresa[22], dejando incondicionada la jubilación forzosa.
- Compromisos de estabilidad en el empleo, encaminados principalmente a la reducción de la temporalidad, mediante la transformación de contratos temporales en indefinidos, mediante la fijación de límites a la contratación temporal o mediante medidas de recolocación[23].

---

personal nuevo a través de los correspondientes programas de empleo para compensar las bajas que por jubilación obligatoria o parcial se produzcan".

[21] En este sentido: art. 58 del CC de Prensa No Diaria (BOE de 24 de febrero de 2009), art. 60.1 del CC de Empresas de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia (BOE de 5 de julio de 2010), art. 50 del CC de Grandes Almacenes (BOE de 5 de octubre de 2009), art. 76 del CC de Acciona Airport Services (BOE de 28 de septiembre de 2011), cuando establece el compromiso de la empresa de cubrir las plazas que por jubilación forzosa quedaran vacantes, bien mediante la transformación de contratos temporales indefinidos, o bien mediante la contratación de nuevos trabajadores, y reconociendo que en ningún caso se producirá amortización definitiva del puesto dejado vacante con motivo de la jubilación; art. 5.12 del CC de Tecnocom España Solutions (BOE de 27 de octubre de 2011) que señala que el trabajador deberá jubilarse en el transcurso del mes natural en que cumpla 65 años siempre y cuando la empresa incorpore a otro trabajador por cada persona que se jubile en dichas circunstancias; o art. 21 del CC de Alstom Transporte (BOE de 28 de octubre de 2011), que obliga a la empresa a realizar "un contrato indefinido por cada ocasión en que se aplique la jubilación forzosa".

[22] El art. 46 del CC de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos (BOE de 13 de octubre de 2011), condiciona la jubilación forzosa a que "la empresa, dentro de los 6 meses siguientes a la jubilación obligatoria de cada trabajador deberá contratar los servicios de dos trabajadores de los que, al menos, uno de ellos deberá ser contratado por tiempo indefinido o, alternativamente, deberá contratar los servicios de un trabajador y convertir en indefinido el contrato temporal que la empresa ya tuviera suscrito con otro trabajador"; pero sin embargo, tal exigencia queda desvirtuada en la medida que cuando concurra alguna de las causas previstas en el art. 52.c del TRET para la extinción objetiva del contrato de trabajo "la empresa quedará exenta de la obligación de llevar a cabo las contrataciones sustitutivas".

[23] Son los casos, respectivamente, del art. 20 del CC de la Industria de Harinas Panificables y Sémolas (BOE de 3 de septiembre de 2007); del art. 18 del CC de Hero España (BOE de 4 de octubre de 2011), que señala que la extinción contractual por jubilación forzosa se adecuará "a lo establecido en la ley 14/2005, de 1 de julio, y se vincula a los objetivos previstos en la misma sobre transformación de los contratos temporales en indefinidos (…) y nuevas contrataciones de fijos discontinuos"; del art. 45 del CC de Industrias de Alimentos Compuestos para Animales (BOE de 23 de abril de 2010); o del art. 49 del CC de CLH Aviación (BOE de 30 de septiembre

- Compromisos cuantificables de creación de empleo.
- Compromisos de mejora de la calidad del empleo. Los más frecuentes son la utilización de contratos de relevo a jornada completa y de modalidades contractuales que favorezcan la estabilidad en el empleo, la ampliación de la duración máxima de los contratos temporales, las mejoras en materia de prevención de riesgos laborales, las mejoras retributivas o la creación de planes de pensiones para los empleados[24].

En consecuencia, las cláusulas de jubilación forzosa que no expresen las medidas de mejora de la cantidad y calidad del empleo a adoptar por la extinción contractual del trabajador afectado incurren en nulidad por oponerse a una norma de rango superior. En cualquier caso, la cuestión crucial en esto es garantizar el cumplimiento de tales compromisos, y por tanto, la justificación de la consecución de tales objetivos de política de empleo. Para acreditar la adopción de las medidas de empleo comprometidas algunos convenios colectivos cuentan con derechos de información específicos reconocidos al propio trabajador y a la representación legal de los trabajadores[25]. Otras veces, se da un paso más, institucionalizando el seguimiento y control del grado de cumplimiento de los compromisos asumidos a través de *comisiones paritarias*, ya se trate de la misma Comisión de interpretación y aplicación del convenio

---

de 2011), cuando declara que "la jubilación forzosa se establece como objetivo de política de empleo y viene encuadrada en el conjunto de medidas tendentes a la mejora de la calidad en el empleo, que la negociación colectiva de la empresa ha venido desarrollando al objeto de consolidar el sostenimiento del empleo y la mejora de su estabilidad. Dicha política de empleo, articulada en los distintos Convenios Colectivos de la empresa, se ha centrado en la estabilidad de la plantilla, mediante la recolocación de los trabajadores afectados por la pérdida de actividad en la empresa, así como por las medidas de empleo orientadas a garantizar la viabilidad de la empresa. Como continuación de dicha política se establecen en el presente Convenio las medidas de garantía de empleo relacionadas con: la retirada del permiso de conducir, incapacidad física o incapacidad permanente, recolocación del personal, etc. Particularmente interesante resulta el CC del Grupo Zena (BOE de 27 de octubre de 2011), que es uno de los pocos que regula la jubilación forzosa en las disposiciones sobre empleo (en concreto, en su D.A. 5ª), y tras declarar que "como parte integrante del plan de garantía y crecimiento del empleo, y con amparo en la jurisprudencia constitucional, las partes (…) son conscientes de que es necesario acometer una política de renovación y reparto o distribución del trabajo, limitándolo a un grupo de trabajadores que ya han tenido una larga vida activa a favor de otro grupo que no ha disfrutado de tal situación", condiciona la jubilación forzosa a la sustitución por otro trabajador, teniendo en cuenta que esta "política de jubilaciones potenciará especialmente el fomento de la contratación indefinida de los trabajadores al amparo de las modalidades de contrato formativo que hayan agotado la duración máxima legalmente establecida".

[24] Vid. entre otros: art. 7.2 del CC de Colebega (BOE de 24 de octubre de 2007), art. 93 del Convenio General de la Construcción (BOE de 17 de agosto de 2007) o art. 35.1 del CC Grupo Generali España (BOE de 10 de abril de 2007). Por su parte, el art. 39 del CC de Jardinería (BOE de 19 de agosto de 2011) declara que las partes firmantes son "conscientes de que es necesario acometer una política de empleo encaminada a mejorar la estabilidad y la calidad del mismo" y precisamente la jubilación forzosa "se encuentra directamente vinculada al objetivo de mejora de la estabilidad en el empleo, cuya plasmación en el presente Convenio colectivo se encuentra en la regulación de la subrogación pactada, así como a la prolongación del plazo máximo de duración de los contratos temporales".

[25] En este sentido, el art. 7.2 del CC de Colebega (BOE de 24 de octubre de 2007) o el art. 11.1 del CC del Espectáculo de la Comunidad de Madrid (BOCM de 7 de junio de 2007), que considera cumplidos los requisitos de política de empleo que señala este art. si en el plazo máximo de tres meses desde la extinción del contrato, la empresa pudiera acreditar la contratación de forma indefinida de un nuevo trabajador o pudiera acreditar la transformación en indefinido de alguno de los trabajadores con contrato temporal. De dicha acreditación recibirá copia el trabajador afectado por la extinción del contrato, así como los representantes legales de los trabajadores en la empresa, si los hubiera.

colectivo, ya se trate de Comisiones *ad hoc* específicamente creadas para el seguimiento de los compromisos de empleo vinculados a la jubilación forzosa[26].

3.2.4. Ausencia de pacto individual en contrario

Algunos convenios colectivos incorporan una cláusula de salvaguarda por la que, mediante pacto o acuerdo individual entre el trabajador y el empresario, no tendría lugar la jubilación obligatoria (pese a cumplir todos los requisitos para proceder a ello) y el trabajador podría continuar prestando servicios en la empresa[27]. En tales casos, vía convencional, se ha añadido un requisito adicional para proceder a la jubilación forzosa, negativo, que no hubiera tenido lugar tal acuerdo. Así, solo en ausencia de pacto individual en contrario tiene lugar la extinción del contrato de trabajo por jubilación obligatoria. En cualquier caso, la D.A. 10ª del TRET ni se refería ni se refiere tras la Ley 27/2011 a estos pactos individuales de prolongación de la vida laboral en la empresa, que son de estricta construcción de la negociación colectiva.

4. CONCLUSIONES

- A diferencia de lo que ocurrió en su momento con la Ley 14/2005, que incluía una Disposición Transitoria Única para determinar el régimen aplicable a los convenios colectivos anteriores a la entrada en vigor de la misma, la Ley

---

[26] Es el caso del art. 29 del CC Iberdrola Grupo (BOE de 29 de enero de 2008), que crea una comisión en materia de seguimiento del empleo, integrada por una representación de la empresa y otra representación de las secciones sindicales, con la misma composición que la Comisión Paritaria del presente convenio, que ejercerá una función de seguimiento y control de la previsiones establecidas en materia de empleo. Para ello, la empresa facilitará a las organizaciones sindicales firmantes del convenio, con periodicidad trimestral, la siguiente información: la identificación de los trabajadores afectados por amortizaciones individuales de sus puestos de trabajo, causas justificativas y procedimiento de recolocación; el número de nuevos empleo creados, con identificación de los trabajadores contratados y el tipo de contrato concertado, y en general cualquier otra que resultare relevante en materia de empleo. Igualmente, el art. 16 del CC de Sial Servicios Auxiliares (BOE de 25 de octubre de 2011) condiciona la jubilación forzosa al compromiso de "cubrir por los métodos establecidos (…) las plazas que por esta razón quedaran vacantes y fueran necesarias, en idéntica categoría profesional o en otras distintas que se hubiesen creado por transformación de vacantes", estando la empresa obligada a informar puntualmente a la Comisión de Interpretación y Vigilancia del Acuerdo de las jubilaciones que se vayan produciendo, las categorías profesionales en que tengan lugar y el plazo para la provisión de vacante, cuando esta proceda.

[27] Entre otros: art. 93 del Convenio General de la Construcción (BOE de 17 de agosto de 2007), art. 20 del CC de la Industria de Harinas Panificables y Sémolas (BOE de 3 de septiembre de 2007), art. 26 del CC de Madera (BOE de 7 de diciembre de 2007) o art. 72 del CC de Industrias Lácteas (BOE de 22 de enero de 2009). Y tras la Ley 27/2011: art. 82 del CC del sector de Servicios de Asistencia en Tierra en Aeropuertos, Handling (BOE de 13 de octubre de 2011), que reconoce que "en cualquier caso, se podrá pactar una fecha posterior para el cese por jubilación en caso de acuerdo entre el empresario y el trabajador"; art. 46 del CC de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos (BOE de 13 de octubre de 2011), que "cabe pacto individual por escrito entre empresa y trabajador que posponga dicha jubilación obligatoria"; o art. 8.1 del CC de Lufthansa Cargo AG (BOE de 29 de septiembre de 2011), que "la continuidad de la relación laboral precisa de un acuerdo escrito". El que el empresario pueda llegar a acuerdo con un trabajador concreto (y no lo haga con otros) no afecta al principio de no discriminación. Sólo si fuera arbitrario, carente de justificación o causa, sin fundamento en necesidades de la empresa, podrían albergarse dudas al respecto. Serían los órganos jurisdiccionales los que tendrían que pronunciarse sobre cada caso concreto que le fuera planteado.

27/2011 que modifica la D.A. 10ª del TRET no tiene previstas reglas transitorias para los convenios colectivos en vigor con cláusulas de jubilación forzosa no ajustadas a las nuevas condiciones exigidas. Por ello, tales cláusulas serían nulas por oponerse a una norma de rango superior (principio de jerarquía normativa). No pudiéndose llevar a cabo extinciones contractuales por jubilación forzosa que desatiendan los nuevos mínimos legales establecidos por la D.A. 10ª del TRET y por la LGSS.

- Los convenios colectivos que establecen cláusulas de jubilación forzosa deben tener en cuenta la próxima modificación en la edad ordinaria de jubilación. En esta coyuntura, y con la variable distribución de edades de jubilación que se van a aplicar transitoriamente a partir de 2013, sería mucho más aconsejable que los convenios colectivos recurrieran a una cláusula-tipo en la que se determinara la edad ordinaria de jubilación por remisión a la exigida en cada momento normativa de la Seguridad Social. Algunos ya lo venían haciendo; aquellos otros que expresamente señalan los 65 años como edad de jubilación forzosa deberán ser revisados a partir de 2013, pues contradecirían abiertamente la legalidad[28].
- La elevación del período de cotización requerido para la jubilación forzosa al necesario para alcanzar el 80 por 100 de la base reguladora de la pensión es positivo (aunque lo hubiera sido más si se hubiera exigido el 100 por 100), por cuanto: (1) restringe la aplicación de estas polémicas cláusulas de jubilación forzosa al ser más rigurosos los requisitos, pues se pasa de 15 a 25 años de cotización necesaria (que se convertirán en 28 años y 2 meses de cotización a partir de 2027), y (2) garantiza una cuantía digna de la pensión de jubilación que le queda al trabajador que se ve obligado a abandonar su trabajo por el mero cumplimiento de una determinada edad, y con la que en cierto modo se le compensa (sin perjuicio de premios por jubilación que específicamente puedan establecer los convenios colectivos).
- Los problemas que presentan las cláusulas de jubilación forzosa siguen afectando especialmente a la necesidad de vincularlas a medidas efectivas de empleo (cuantitativa y cualitativamente), y respecto a ello la Ley 27/2011 ha preferido no incidir, por lo que, dado que se ha optado por mantenerlas en lugar de suprimirlas, se ha dejado pasar una oportunidad para exigir legalmente una mayor concreción de tales compromisos de empleo por parte de los convenios colectivos y de los correspondientes procedimientos de control y seguimiento, y así impedir el abusivo recurso incondicionado a la jubilación forzosa.

---

[28] Lo que llama poderosamente la atención es que dicha circunstancia no haya sido tenido en cuenta por muchos de los más recientes convenios colectivos analizados, suscritos cuando ya se conocían las intenciones de elevar la edad ordinaria de jubilación, y que sin embargo, siguen aludiendo a los 65 años.

JUBILACIÓN FORZOSA Y EXTINCIÓN DEL CONTRATO: ¿UN 'TÉRMINO' EN UN CONTRATO INDEFINIDO?

Ignasi Beltran de Heredia Ruiz
Profesor Agregado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat Oberta de Catalunya (UOC)

ÍNDICE

1. HIPÓTESIS DE TRABAJO: ¿UN TÉRMINO EN UN CONTRATO INDEFINIDO?
2. JUBILACIÓN FORZOSA: TÉRMINO E INEFECTIVIDAD CONTRACTUAL
3. JUBILACIÓN FORZOSA: DERIVACIONES CONCEPTUALES Y PRÁCTICAS DE LA INEFECTIVIDAD POR LA LLEGADA DE UN TÉRMINO
4. VALORACIÓN FINAL

1. HIPÓTESIS DE TRABAJO: ¿UN TÉRMINO EN UN CONTRATO INDEFINIDO?

La jubilación del trabajador, en virtud del art. 49.1.f) ET es una circunstancia justificadora de la extinción del contrato de trabajo. No obstante, al igual que sucede con la figura de la suspensión por incapacidad temporal, el Estatuto de los Trabajadores es especialmente parco, haciendo una remisión en toda regla al régimen jurídico previsto en el Derecho de la Seguridad Social.

La jubilación como causa extintiva, como se sabe, puede operar en dos situaciones bien diferenciadas: por decisión voluntaria del trabajador, siempre que cumpla con los requisitos necesarios para tener acceso a una prestación de la Seguridad Social; o bien, "forzosamente", como una consecuencia derivada de una determinada política de empleo recogida en la negociación colectiva[1].

La extinción del contrato en este último supuesto rige conforme ciertas reglas y particularidades. No obstante, el propósito del presente ensayo no consiste en analizar los requerimientos legales exigibles para la validez de estas cláusulas convencionales, ni tampoco su compleja trayectoria legislativa[2]. Aspecto ya analizado profusamente por la doctrina laboral más autorizada[3]. Nuestra intención, en cambio, partiendo de la base de la completa legalidad de las mismas[4], consiste en evaluar, desde la perspectiva estrictamente contractual, el mecanismo jurídico-dogmático que precipita la inefectividad contractual.

A nuestro entender, haciendo una primera evaluación, todo parece indicar que el contrato se extingue a consecuencia de una combinación de factores directamente asociados al transcurso del tiempo: edad de 65 años, carencias genérica y

---

[1] Apartado a) DA 10ª TRET: "Esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otras que se dirijan a favorecer la calidad del empleo". En relación a la interpretación de la expresión "objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo", vid. STS 22 diciembre 2008 (RJ 2009\1828).

[2] DA 5ª ET/1980; STC 22/1981; STC 58/1985; DA 10ª TRET; STC 280/2006; STC 341/2006; Ley 12/2001; Ley 14/2005; y, hasta el momento, Ley 27/2011.

[3] Por ejemplo, entre otros, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (2008). «Discriminación por razón de edad y jubilación forzosa en convenio colectivo». Relaciones Laborales nº 13, p. 3 y ss.; Fernández Fernández y Megino Fernández (2009). «Jubilación forzosa: criterios para su examen como medida objetiva y razonable o discriminación por razón de edad». Aranzadi Social nº 3 (BIB 2009\420); y García Quiñones (2009). «Regulación convencional de la jubilación forzosa y objetivos coherentes de política de empleo (Comentario a la STS —Sala General— de 22 de diciembre de 2008) ». Relaciones Laborales nº 12, p. 701 y ss.

[4] Como se sabe, el art. 6.1 Directiva 2000/78, de 27 de diciembre, Establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, prevé que "no obstante lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 2, los Estados miembros podrán disponer que las diferencias de trato por motivos de edad no constituirán discriminación si están justificadas objetiva y razonablemente, en el marco del Derecho nacional, por una finalidad legítima, incluidos los objetivos legítimos de las políticas de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, y si los medios para lograr este objetivo son adecuados y necesarios". Vid. al respecto también la SSTJCE 16 octubre 2007 (TJCE 272); y 13 septiembre 2011 (JUR 322107).

específica y porcentaje mínimo de la base reguladora. Requisitos que tienen una peculiar operatividad, pues, cabe la posibilidad de que en el momento que el trabajador alcance la edad de jubilación prevista en el Convenio Colectivo no cumpla con los requisitos para obtener la prestación de la Seguridad Social, o bien, lo haga insuficientemente. En tal caso, la extinción quedaría, en último término, "condicionada" a que los cumpla.

No cabe duda que, de confirmarse esta hipótesis brevemente expuesta, se produciría una profunda reconceptualización de las modalidades de contratación existentes hasta la fecha y, muy especialmente, de la "indefinida". En efecto, fíjese que podría entenderse que todas las relaciones contractuales "indefinidas" integradas dentro del ámbito de aplicación del convenio colectivo correspondiente estarían sometidas a un plazo[5]. Temporalidad, sin duda, *sui generis*, por cuanto que, a diferencia de los supuestos del art. 15 ET, estaría desprovista de una "causa de temporalidad" y, quizás, lo más relevante, de una regulación específica, debiéndose tratar de determinar el régimen jurídico aplicable para estos supuestos extintivos.

Pues bien, en las páginas que siguen, trataremos de explorar las múltiples aristas que esta hipótesis brevemente descrita arroja.

2. JUBILACIÓN FORZOSA: TÉRMINO E INEFECTIVIDAD CONTRACTUAL

Como premisa de partida, permítannos que iniciemos nuestro análisis a partir de la definición del concepto de "término". Como sabe, a diferencia de la "condición", aquél gravita sobre la certidumbre del advenimiento, de modo que está vinculado irremediable al transcurso del tiempo (*certus an*)[6]. A partir de esta sencilla descripción, podemos sostener lo siguiente:

Primero, la previsión convencional de una edad de jubilación forzosa, la exigencia de las carencias genéricas y específicas y del porcentaje mínimo de la base reguladora entran, sin ningún género de dudas, en la categoría de "término". De hecho, desde el inicio de cualquier relación de trabajo subsumible en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo que prevea una edad de jubilación (legalmente constituida), puede saberse en qué momento exacto se extinguirá (salvo, claro

---

[5] Afirmación que - en hipótesis - también sería extensible a las modalidades de contratación temporal cuyo término fuera posterior al que se deriva del cumplimiento de la edad de jubilación o de los requisitos para el acceso a la prestación de la Seguridad Social.

[6] En cambio, "cuando sea incierto el momento en el que debe tener fin la eficacia del contrato, en el sentido de que está pendiente, no tanto el momento, cuanto el evento futuro considerado en sí mismo (incertus an) se tendrá, en vez de término, condición". Citando a Messineo, Suárez González (1967). La terminación del contrato de trabajo. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, p. 22. En términos similares, Betti (2000). Teoría general del negocio jurídico. Comares, Granada, p. 479 y ss.; y Abella Mestanza (1976). Despidos especiales por razón de las personas. Tesis Doctoral, p. 21 y ss.

está, que la citada cláusula sea modificada, o bien, acontezcan otras circunstancias que provoquen sobrevenidamente la inefectividad contractual).

De hecho, esta tesis ya fue defendida por el Profesor SUÁREZ GONZÁLEZ en los años 60. En concreto, afirmaba que: "No vemos ninguna dificultad en configurar técnicamente la jubilación, cuando es obligatoria, como término directamente determinado, establecido por las Reglamentaciones y convenios para los trabajadores que alcanzan una determinada edad. En el momento de celebrar el contrato, las partes no pueden eludir tal posibilidad, que entra en la categoría del *certus an, certus quando*. (…) A nuestro entender, la imposibilidad hace referencia a supuestos que no se pudieron prever o que, previstos, no se pudieron evitar en el momento de la celebración del contrato: cuando tal imposibilidad se puede prever como cierta y hasta en fecha segura, nos encontramos ante un patente caso de término final, que respecto del contrato produce los mismos efectos que el término normal y que, en su tratamiento jurídico, se diferencia de éste en que la jubilación implica para el trabajador el nacimiento del derecho a devengar, en ciertas condiciones, determinadas prestaciones de la Seguridad Social"[7].

En el epígrafe que sigue se analizarán las derivaciones conceptuales y jurídico-positivas que se desprenden de esta afirmación.

3. JUBILACIÓN FORZOSA: DERIVACIONES CONCEPTUALES Y PRÁCTICAS DE LA INEFECTIVIDAD POR LA LLEGADA DE UN TÉRMINO

Si queremos ser coherentes con las consecuencias de nuestras aseveraciones, su aceptación (y de hecho no se nos ocurre argumento alguno que razonablemente nos lo impida) nos lleva irremediablemente a la – lógica - "necesidad" de defender las siguientes hipótesis:

I.- La existencia de una cláusula de jubilación forzosa convierte a todo contrato indefinido en un contrato sometido a una duración perfectamente determinada. Sin duda, es muy probable que se trate de un término lejano, pero –a nuestro entender– este factor no es suficiente para desvirtuar que nos hallamos dentro de la categoría *certus an*[8].

II.- A fin de salvar la legalidad de esta nueva modalidad contractual temporal, puede entenderse que, implícitamente, la DA 10ª TRET está habilitando a los

---

[7] Suárez González (1967), p. 19 y 20 (vid. también, p. 5).

[8] A su vez, por ejemplo, podría darse el siguiente supuesto: empresa contrata a una persona de 63 años para cubrir una necesidad permanente del proceso productivo. En tal caso, atendiendo a la legislación vigente, la modalidad contractual más apropiada sería el contrato indefinido (ordinario o de fomento de la contratación indefinida, según el caso). No obstante, no dejaría de ser un contrato indefinido –por decirlo de algún modo– "atípico", pues, las partes serían conscientes de que –cumpliéndose los requisitos para el acceso a la prestación de jubilación– se extinguiría transcurridos 2 años.

convenios colectivos para que prevean contratos sometidos a término sin necesidad de que concurra causa de temporalidad alguna.

III.- Si se acepta que en estos supuestos extintivos la inefectividad contractual es la consecuencia de la llegada de un término, se estaría poniendo en entredicho que la contratación temporal *per se* es contraria a la "estabilidad en el empleo". Pues, *de facto*, un número considerable de contratos "formalmente indefinidos" serían, en realidad, de duración determinada[9].

IV.- Salvo que el convenio colectivo establezca alguna regla específica, debería acudirse a lo previsto en el art. 49.1.c) TRET. Y, en concreto, sería exigible la denuncia del contrato. O, lo que es lo mismo, si no se produce o es extemporánea provocaría, en virtud del principio de conservación del negocio jurídico, la tácita reconducción, convirtiéndose el contrato temporal en un contrato indefinido. Por consiguiente, si en el momento que se cumplen todos los requisitos (edad, carencias y base reguladora mínima) el empresario no promueve la extinción, éste no podría plantearla legítimamente con posterioridad. Lo que significa que para proceder a la extinción debería acudir a las vías previstas en el art. 52 TRET, o bien, resolver reconociendo la improcedencia.

V.- Si denunciado el contrato finalmente se extingue, debería poderse exigir la indemnización legal prevista para la extinción de los contratos de duración determinada. Especialmente, porque el supuesto que es objeto de análisis no entraría en ninguna de las categorías excepcionadas del apartado 1º del art. 49.1.c) TRET ("interinidad y contratos formativos"), y sí, en cambio, en la de "expiración del tiempo convenido". Con la particularidad –repárese–, que para estos casos no se prevé límite indemnizatorio alguno.

VI.- Cabría plantearse qué sucede con las cotizaciones por Desempleo a la Seguridad Social, pues, como es sabido, los "contratos de duración determinada", como los que se derivarían de la tesis que defendemos, están sujetos a una cotización especial.

4. VALORACIÓN FINAL

La inefectividad contractual en los casos de jubilación forzosa podría justificarse argumentando que se trata de una consecuencia derivada de un mandato legal/convencional. No obstante, consideramos que esta explicación es insuficiente, porque deja sin desvelar los factores que hacen que un contrato perfectamente

[9] De hecho, defendemos que el concepto "estabilidad en el empleo" se refiere única y exclusivamente a la "conservación del negocio jurídico" (temporal o indefinido). Lo que, dicho de otro modo, significa que la celebración de un contrato temporal no es, en absoluto, contraria a la estabilidad. La existencia de cláusulas convencionales previendo la jubilación forzosa corroboraría este planteamiento. Vid. al respecto extensamente, Beltran de Heredia Ruiz (2011). La estabilidad en el empleo: un concepto al margen de la duración temporal o indefinida del contrato. Aranzadi (Thomson-Reuters), Pamplona.

válido y vigente pierda su efectividad sobrevenidamente. Entendemos, en cambio, que la Teoría General del Contrato y de las Obligaciones y, en concreto, el concepto de "término", permite explicar sin fisuras este fenómeno.

Las consecuencias jurídicas que se derivan de la tesis que se defiende en este ensayo son, como se ha podido constatar, de gran calado. Desde un punto de vista conceptual, parece razonable entender que el número de contratos verdaderamente "indefinidos" es menor del que arrojan las estadísticas. Y, desde un punto de vista jurídico-positivo, debería poderse exigir, por un lado, la denuncia del contrato y, por otro, el pago de la indemnización prevista en el art. 49.1.c) TRET. Sin olvidar su impacto en las cotizaciones de la Seguridad Social.

Es evidente que la suma de todos estos factores convierte a la jubilación forzosa en una alternativa "poco" atractiva. Por ello, para finalizar, sería deseable una mayor concreción normativa de los aspectos contractuales asociados a esta causa extintiva.

EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CUMPLIMIENTO DE LA EDAD ORDINARIA DE JUBILACIÓN

"La jubilación forzosa a la luz de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social"

Manuela Durán Bernardino
Becaria FPU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

ÍNDICE

1 PLANTEAMIENTO GENERAL EN EL CONTEXTO ACTUAL
2. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE DE REGULACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CUMPLIMIENTO DE EDAD
3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA JUBILACIÓN FORZOSA EN ESPAÑA
4. SITUACIÓN ACTUAL. LEY SOBRE ACTUALIZACIÓN, ADECUACIÓN Y MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, DE 1 DE AGOSTO DE 2011
5. PLANTEAMIENTO CRÍTICO DEL SIGNIFICADO Y UTILIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN FORZOSA

1 PLANTEAMIENTO GENERAL EN EL CONTEXTO ACTUAL

La jubilación se configura como una de las prestaciones más importantes en el ámbito de la seguridad social, no sólo por el número de beneficiarios de la pensión sino también por su coste para las arcas de la Seguridad Social, lo que se ha convertido en una de las principales razones de su constante e incesable modificación con la intención de adaptarla a la realidad socio-económica y, especialmente, al incremento de la esperanza de vida. Son estas circunstancias las que han obligado a reabrir nuevamente el debate sobre esta controvertida materia.

La reciente reforma del sistema de pensiones trata de hacer frente a la evolución demográfica acaecida en nuestro país con la intención de garantizar la viabilidad financiera de nuestro sistema. Uno de sus ejes centrales deriva de la edad de jubilación con el objeto de prolongar la vida laboral. En concreto, se trata de un reajuste del ciclo vital consistente en el aumento de la edad de jubilación o su retraso voluntario, teniendo en cuenta que si la esperanza de vida tiende a alargarse, es necesario que la vida laboral también se prolongue para lograr la sostenibilidad del sistema[1]. Este crecimiento demográfico unido a la elevada tasa de desempleo que sufren muchos países, entre los que se encuentra España como uno de los principales afectados, ha provocado que mientras el número de perceptores de la pensión de jubilación se incrementa día a día, el número de cotizantes se reduce a un ritmo preocupante, peligrando la estabilidad del sistema. Es por ello que en el ordenamiento nacional, atendiendo precisamente a las directrices de la Unión Europea, prima el modelo de jubilación gradual y flexible, desincentivando la jubilación anticipada.

Sin embargo, el propósito del legislador de fomentar el retraso en la edad de jubilación no es coherente con las tradicionales cláusulas de jubilación forzosa establecidas mediante Negociación Colectiva, que permiten a las empresas obligar a sus empleados a jubilarse al cumplir la edad ordinaria de jubilación. A raíz de la crisis económica que se está viviendo a nivel mundial y con la intención de impulsar la cifra de personas mayores en activo a medida que aumenta el envejecimiento de la población, numerosos países han optado por eliminar la jubilación forzosa, un ejemplo reciente lo encontramos en Reino Unido[2]. Éste no ha sido el caso de España, donde se siguen permitiendo las cláusulas de jubilación forzosa a pesar de la tendencia legislativa actual de fomentar la jubilación flexible y gradual, desincentivar la jubilación anticipada y prolongar la vida laboral activa de los trabajadores.

---

[1] En este sentido, MONEREO PÉREZ, J.L.: "El sistema de pensiones en el marco de la nueva revisión y actualización del Pacto de Toledo", Aranzadi Social: Revista Doctrinal, N.º 15, diciembre, 2010, págs. 58 y ss.

2 http://www.eleconomista.es/economia/noticias/2740275/01/11/Reino-Unido-suprime-la-jubilacion-forzosa-a-los-65-anos.html.

2. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE DE REGULACIÓN DE LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO POR CUMPLIMIENTO DE EDAD

En el ordenamiento jurídico español la jubilación obligatoria o forzosa ha sido una medida tradicional, impuesta a través de dos mecanismos; en forma de norma de Estado o a través de convenio colectivo[3], siendo este último la vía más utilizada.

La jubilación forzosa acordada en convenio colectivo consiste en un cese en el trabajo a consecuencia del cumplimiento de una determinada edad, una causa de extinción del contrato de trabajo, que sin estar recogida como tal en el listado de causas concretas del artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores1, supone de facto una vía de extinción independiente a la voluntad del trabajador, siendo el empresario el que puede disponer sobre el ejercicio de esta facultad[4]. Provocando esta circunstancia numerosos problemas en el encuadramiento de esta figura.

Siendo la jubilación del trabajador con carácter general voluntaria, la utilización de esta medida conlleva ciertos sacrificios en los derechos individuales del propio trabajador afectado, tales como la limitación de su libertad de decidir por si mismo el momento de acceso a la jubilación, de su derecho al trabajo (art. 35 CE)[5], así como una discriminación por razón de edad (art. 14 CE), vulnerando la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación. No obstante, esta limitación en el derecho al trabajo originada por la utilización de cláusulas de jubilación obligatoria (y no voluntaria) en convenio colectivo, se ha venido justificando a nivel nacional a través de su vinculación a objetivos de políticas de empleo, atendiendo así a las directrices europeas. Y es que si atendemos a los últimos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las

---

[3] El considerando 36 de la Directiva 2000/78/CE que «Los Estados miembros podrán confiar la aplicación de la presente Directiva a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos, en lo relativo a las disposiciones que entran en el ámbito de los convenios colectivos, siempre y cuando los Estados miembros tomen todas las disposiciones necesarias para poder garantizar en todo momento los resultados establecidos por la presente Directiva», dando así la posibilidad de que donde se establece que el convenio colectivo sea el instrumento jurídico a través del cual se regule la aplicación de la jubilación forzosa.

[4] ABRIL LARRAÍNZAR, P. y LANZADERA ARENCIBIA, E.: "La extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de una edad: la jubilación forzosa", CEFGestión: Revista de actualización empresarial, N.º 122, 2008, pág. 51.

[5] No hay que olvidar que el derecho al trabajo es un derecho constitucional. En este sentido, BAYLOS GRAU, A.: "El derecho al trabajo como derecho constitucional", en VVAA., SALINAS MOLINA, F., MOLINER TAMBORERO, G. (Dirs.): La protección de los derechos fundamentales en el Orden Social, Cuadernos de Derecho Judicial, consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2005, págs. 13-53; MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C.: "El derecho al trabajo, la libertad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVVARRRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Dirs.), Comentario a la Constitución Socio-Económica de España, Comares, Granada, 2002, págs. 287-365.

Comunidades Europeas[6], el artículo 6.1 de la Directiva 2000/78, al contemplar la posibilidad del establecimiento de diferencias de trato fundamentadas en la edad, requiere una demostración de que son medios proporcionados para alcanzar una finalidad legítima, en nuestro caso, la articulación de compromisos de creación o mantenimiento del empleo.

La realidad es que son escasas las cláusulas convencionales sobre jubilación forzosa que concretan tal exigencia de vinculación a objetivos coherentes con la política de empleo, lo que ha originado que nos encontremos ante una práctica negocial ampliamente examinada en sedes doctrinales, judiciales, legislativas y sindicales.

3. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL DE LA JUBILACIÓN FORZOSA EN ESPAÑA

3.1. Estatuto de los Trabajadores de 1980. Disposición Adicional Quinta

Tradicionalmente, en nuestro Ordenamiento se ha concebido la jubilación como un derecho del trabajador a decidir libremente sobre su cese en el trabajo por razón de edad. Así se configuraba en la Orden Ministerial de 1 de julio de 1953 que recogía la prohibición legal de pactar la jubilación forzosa, impidiendo que los convenios colectivos o contratos de trabajo pudieran establecerla de forma obligatoria[7]. En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Supremo en reiterada jurisprudencia (STS de 30 de junio de 1966; STS de 22 de septiembre de 1966 STS de 7 de marzo de 1969; STS de 23 de octubre de 1967; STS de 22 de diciembre de 1967)[8].

En este contexto, en el que la jubilación es voluntaria como regla general, la Disposición Adicional 5.ª del Estatuto de los Trabajadores de 1980, introdujo un cambio radical, estableciendo que «en la negociación colectiva podrán pactarse libremente edades de jubilación, sin prejuicio de lo dispuesto en materia de Seguridad Social a estos efectos», añadiendo el artículo 49 del Estatuto de los Trabajadores, por su parte, que «el contrato de trabajo…se extinguirá por jubilación del trabajador», lo que derogaría a dicha Orden Ministerial[9] (STS de 7 de octubre de 1980; STS de

---

[6] STJCE 5 de marzo de 2009 (Asunto C-388/07), STJCE 12 de octubre de 2010 (Asunto C-45/09) y la STJCE 12 enero 2010 (Asunto C-341/08).

[7] LOPEZ CUMBRE, L.: La pensión de jubilación, Derecho de la Seguridad Social, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 421.

[8] PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: Las cláusulas d ejubilación forzosa en los convenios colectivos, 2004, http://www.aedave.es/common/sa/info-sector/laboral/informes del bufete/envio 14 jubilacion forzosa en cc.pdf, pág.5.

[9] Véase, LAHERA FORTEZA, J.: "Prohibición de cláusulas convencionales de jubilación forzosa: un problema complejo de fuentes de derecho", Relaciones Laborales, 2004, tomo I, págs. 661 y ss.; MARTINEZ GIRÓN, J.: "La jubilación por edad y los convenios colectivos. Efectos de la derogación de la disposición adicional 10.ª del Estatuto de los Trabajadores", Actualidad Laboral, N.º 8, 2002, págs. 145 y ss.; MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L.: "La vinculación de la jubilación forzosa a objetivos coherentes con la política e empleo tras la Ley 14/2005. comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León, Valladolid, de 5 de junio de 2006", Aranzadi Social, 2006, tomo IV, págs. 3118-3125, (BIB

25 de noviembre de 1980). De esta forma, se permite la conversión de lo que venía siendo un derecho en una obligación[10], condicionando la capacidad del trabajador y su permanencia en el mercado laboral al cumplimiento de una edad determinada. En concreto, estableció un límite máximo de edad para trabajar de 69 años.

Este nuevo enfoque jurídico de la jubilación, que permitía la extinción del contrato de trabajo por razón de la edad, planteó numerosos interrogantes en sede doctrinal y judicial sobre su posible inconstitucionalidad al entender vulnerados los derechos de los artículos 14, 35.1 y 53.1 CE. Estas cuestiones fueron resueltas por el TC en dos importantísimas sentencias; la STC 22/1981, de 2 de julio (RTC 1981,22)[11], estableció la inconstitucionalidad de la referida Disposición Adicional Quinta del Estatuto de los Trabajadores "interpretada como norma que establece la incapacidad para trabajar a los 69 años y de forma directa e incondicionada la extinción de la relación laboral a esa edad". En cambio, no se pronunció sobre la constitucionalidad del párrafo segundo de la Disposición Adicional 5.ª, esto es, si se ajustaba a los preceptos constitucionales la posibilidad de que en convenio colectivo se fijasen edades de jubilación obligatoria (STS de 4 de julio de 1983 o STCT de 13 de abril de 1984).

Esta cuestión fue resuelta posteriormente en la STC 58/1985, de 30 de abril, que analiza de forma concreta el párrafo litigado confirmando su constitucionalidad. No obstante, esta posibilidad debería dotarse de ciertas garantías. En concreto, se exigió que la jubilación forzosa se enmarcara en una política de empleo, sin poder ser utilizada para la amortización de los puestos de trabajo de los jubilados forzosos, que atendiera las disponibilidades económicas del sistema de la Seguridad social y que el trabajador afectado tuviera completado el período mínimo de cotización legalmente exigido para causar derecho a la pensión de jubilación contributiva[12]. Es decir, la fijación de una edad máxima de permanencia en el trabajo, sería constitucional siempre que estuviera justificada objetiva y razonablemente[13] a través del establecimiento de políticas de empleo.

3.2. Estatuto de los Trabajadores de 1995. Disposición Adicional Décima

Años más tarde, la comentada disposición se reformula con la aprobación del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995),

---

2006/1824); MONTOYA MELGAR, A. y SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Contrato de trabajo, jubilación y política de empleo", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N.º extraordinario sobre jubilación flexible, 2003, pág. 25; SASTRE IBARRECHE, R.: "La jubilación forzosa por edad", Revista Española de Derecho del Trabajo, N.º 43, julio-septiembre, 1990, págs. 472 y ss.

[10] MALDONADO MOLINA, J.A., GRANADOS ROMERA, I., ROMERO CORONADO, J., CABALLERO PÉREZ, M.J.: "La pensión de jubilación: Configuración general y modalidad contributiva", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y MORENO VIDA, M.N. (Coords.), La Seguridad Social a la luz de sus reformas pasadas, presentes y futuras, Comares, Granada, 2008, pág. 596.

[11] ALONSO OLEA, M.: Jurisprudencia Constitucional sobre trabajo y Seguridad Social, tomo I, Civitas, Madrid, 1984, págs. 31 y ss.

[12] En caso contrario, nos encontraríamos ante un despido improcedente. STS de 8 de marzo 2000 (RJ 2000, 2612).

[13] En este sentido, sentencia del Tribunal constitucional 96/1985, de 9 de julio (RTC 1985,96).

donde la Disposición Adicional 5.ª pasó a ser la Disposición Adicional 10.ª, tan sólo corrigiendo parcialmente su redacción, al eliminar la referencia a los sesenta y nueve años como límite máximo de edad de trabajar y, con la finalidad de adecuar su contenido a la doctrina del Tribunal Constitucional, incluyendo en su párrafo primero la referencia de la utilización de la jubilación forzosa «como instrumento para realizar políticas de empleo»[14], requisito imprescindible para garantizar la constitucionalidad de esta medida.

No obstante, los deseos del TC plasmados y exigidos por la posterior disposición adicional 10.ª, no causaron los efectos deseados en la negociación colectiva. Ya que si bien las cláusulas convencionales de jubilación forzosa respetaban el derecho del trabajador afectado a la percepción de su correspondiente pensión, no hacía lo propio respecto a la necesidad de que dicho cese forzoso se vinculase a la consecución de fines relacionados con la política de empleo. Además, tales prácticas encontraron respaldo en los tribunales y particularmente en el Tribunal Supremo, que fue flexibilizando la exigencia a la política de empleo desatendiendo los criterios interpretativos del TC[15] (STS 14 de julio 2000).

Así, es patente y objeto de numerosas críticas, la desnaturalización que de los fines anudados a la jubilación forzosa ha llevado a cabo cierta negociación colectiva, amparada por esa permisibilidad jurisprudencial, convirtiéndose de esta forma, en el soporte jurídico que permitía la reestructuración de la plantilla de la empresa sin coste alguno. Ante esta situación y la preocupación latente por los problemas que amenazaban, y amenazan en la actualidad, el futuro de nuestro sistema de Seguridad Social, se aprueba el Pacto de Toledo en 1995 proyectando un cambio de orientación (Recomendación Décima), al declarar que la edad de jubilación debe ser flexible y dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad, considerando conveniente facilitar la prolongación voluntaria de la vida activa de quienes lo desean, y estableciendo medidas para fomentar este cambio de políticas[16].

3.3. La Ley 12/2001, de 9 de julio. Derogación de la Disposición Adicional Décima

En este contexto de flexibilización de la jubilación forzosa por todos los agentes sociales implicados y con el cambio de orientación política que apostaba por retrasar la edad del cese en el trabajo prolongando la vida laboral activa[17], se aprueba

---

[14] DE MIGUEL LOZANO, A.: "Una defensa alternativa de la jubilación forzosa en los convenios colectivos" Revista de Derecho Social, N.º 26, 2004, págs. 180 y ss.

[15] MELLA MÉNDEZ, L.: "Cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación", iusel.com, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, N.º 10, febrero, 2006, págs. 13 y ss.

[16] Para una mejor comprensión, véase, MONEREO PÉREZ, J.L.: "La nueva fase del desarrollo del Pacto de Toledo: el acuerdo para la mejora y el desarrollo del sistema de protección social", Relaciones Laborales, N.º 24, 2001, págs. 11-52; MONTOYA MELGAR, A. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "contrato de trabajo, jubilación…", op. Cit., págs. 37 y ss.

[17] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Trabajadores de edad avanzada: empleo y protección social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, N.º 33, 2001, pág. 238.

el RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo, de Medidas Urgentes de Reforma del Mercado de Trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad, convalidado posteriormente por la Ley 12/2001, de 9 de julio**,** que deroga la Disposición Adicional 10.ª ET al enmarcarse en una realidad demográfica y del mercado de trabajo diferentes al momento en el que se aprobó el Estatuto de los Trabajadores de 1980[18].

Este cambio originó divergencias doctrinales y judiciales en lo que se refiere a la potestad de los interlocutores sociales para seguir negociando sobre la jubilación forzosa de los trabajadores en los convenios colectivos y su viabilidad en nuestro Ordenamiento, tras quedar sin amparo legal.

En el plano doctrinal fueron muchas y muy variadas las opiniones doctrinales al respecto. Un fuerte sector se mostró a favor de la imposibilidad de negociar cláusulas de jubilación forzosa, defendiendo el carácter habilitante de la disposición derogada, de forma que una vez desaparecida la mención legal desaparece también la potestad de las partes de pactar edades de jubilación forzosa[19]. Además, el nuevo tratamiento dado a la jubilación en las reformas recientes parece optar por una orientación claramente diferente a la de la jubilación forzosa[20]. En este sentido se manifestaba la STSJ de Madrid, de 17 de diciembre de 2002.

Por el contrario, otro sector doctrinal se manifiesta a favor de la posibilidad de negociar válidamente cláusulas de jubilación forzosa aún después de la derogación de la Disposición Adicional Décima del ET, al considerar que la derogación simplemente suponía la eliminación de los estímulos legales, a pesar de lo cual la negociación colectiva conserva en plenitud la facultad de introducir fórmulas de jubilación forzosa[21]. El convenio colectivo no encuentra su habilitación fundamental para regular la jubilación forzosa en la disposición adicional décima ET, sino que está habilitado de forma directa por el artículo 37.1 de la Constitución Española, siempre que respete otros derechos y bienes constitucionales[22]. Se trata de una mate-

---

[18] En este sentido, SEMPERE NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L y GOMEZ CABALLERO, P.: Apuntes sobre la jubilación forzosa, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 49-53.

[19] En este sentido, puede verse: MERCADER UGINA, J.R. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M.: "El fin de la validez de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa: comentario a la SSTS 4 marzo 2004", Aranzadi social, 2004, tomo V, págs. 1081 y ss. (BIB 2004/1620); ALZAGA RUIZ, I.: "La jubilación forzosa pactada en convenio colectivo tras la derogación de la Disposición Adicional Décima del Estatuto de los Trabajadores", Aranzadi Social, 2003, tomo III, págs. 2959 y ss.; ALARCÓN CARACUEL, M.R.: "El concepto de jubilación flexible", Temas Laborales, N.º 66, 2002, pág. 133; MONTOYA MELGAR, A. y SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "Contrato de trabajo, jubilación…" op. Cit., pág. 29.

[20] CAMOS VICTORIA, I.: "La pensión de la jubilación en el Régimen General de la Seguridad Social", en VV.AA., Pensiones de jubilación o vejez, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pág. 112.

[21] En este sentido, puede verse: RODRÍGUEZ PIÑERO, M., VALDÉS DAL RÉ, F., y CASAS BAAMONTE, M.E.: "La reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad", Relaciones Laborales, N.º 7, 2001, pág. 24; PÉREZ YÁÑEZ, R.M.: "La reforma del 2001: algunas consideraciones sobre la derogación de la disposición adicional 10ª ET", Temas Laborales, N.º 61, pág. 360.

[22] MONEREO PÉREZ, J.L y MOLINA NAVARRETE, C.: "El derecho al trabajo, la libetad de elección de profesión u oficio: principios institucionales del mercado de trabajo", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M.N. (Dirs), Comentario a la Constitución Socioeconómica de España, Comares, Granada, 2002, pág. 331.

ria que puede formar parte del contenido de los convenios colectivos en virtud de lo dispuesto en el artículo 85.1 ET[23].

En el plano judicial, como no podía ser de otra manera, se plantearon numerosas demandas de trabajadores afectados que entendían que su cese por razón de edad era discriminatorio, contrario a la Constitución y, por tanto, nulo, o improcedente.

El Tribunal Supremo puso fin a este largo debate doctrinal y judicial a través de dos importantes sentencias dictadas en unificación de doctrina. En primer lugar, la STS de 9 de marzo de 2004 (RJ 2004, 841) afirmó la imposibilidad de que la negociación colectiva continuara fijando edades de cese forzoso en el trabajo por necesitar de la habilitación de la ley, estando dicha autorización derogada desde 2001 y reconoció la validez de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa que estuvieran vigentes antes de la derogación de la DA 10.ª. De forma que queda fuera de toda duda la privación a los interlocutores sociales de tal facultad[24].

Esta conclusión suscita nuevos interrogantes acerca de los efectos que la derogación podía tener sobre los convenios colectivos vigentes antes de la entrada en vigor del RD Ley 5/2001. Sobre esta cuestión, también se pronunció la STS de 9 de marzo de 2004, resolviendo que la desaparición de la disposición adicional décima no anula retroactivamente las cláusulas convencionales que previeron edades de jubilación forzosa cuando la misma estaba todavía vigente, sino que continuarán desplegando su eficacia hasta el transcurso de la vigencia del correspondiente convenio.

Sin embargo, la relevancia práctica de la voluntad del legislador, manifestada en la norma derogatoria y de forma concreta en este pronunciamiento del TS de eliminar la jubilación forzosa en los convenios colectivos, fue prácticamente inexistente una vez más, en tanto que la negociación colectiva continuó regulando edades de jubilación forzosa en los mismos términos a como ya lo viniera haciendo antes de este cambio normativo.

En este contexto, las reacciones de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas firmantes del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva vigente para el año 2004 no se hicieron esperar[25], presionando insistentemente al Gobierno para qué reestableciera la norma que ofreciera cobertura expresa a la negociación colectiva, con la finalidad de pactar cláusulas de este tipo.

---

[23] En este sentido se manifestaban las STSJ de del País Vasco, de 19 de febrero de 2002, de Navarra, de 1 de septiembre de 2003, de Cataluña, de 29 de octubre de 2002 y de la Comunidad Valenciana, de 21 de noviembre de 2002.

[24] SEMPERE NAVARRO, A.V., MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L y GOMEZ CABALLERO, P.: Apuntes sobre la jubilación forzosa, op. Cit., pág. 65.

[25] ELORZA GUERRERO, F.: "La jubilación forzosa del trabajador por convenio colectivo como causa de extinción del contrato de trabajo", Temas Laborales, N.º 77, 2004, págs. 292 y ss.

3.4. Situación precedente. La Ley 14/2005, de 1 de julio y el resurgimiento de la Disposición Adicional Décima

Este estado discordante entre la voluntad del legislador y la de los interlocutores sociales, desemboca finalmente en la Ley 14/2005, de 1 de julio, sobre las cláusulas de los convenios colectivos referidas al cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación (BOE 2 julio 2005), siendo fruto de uno de los primeros acuerdos alcanzados entre el Gobierno y las organizaciones sindicales y empresariales[26].

Con la intención de dotar de seguridad jurídica a la negociación colectiva y evitar la conflictividad existente, la Ley 14/2005, reincorpora a nuestro Ordenamiento la derogada Disposición Adicional 10.ª ET, confiriéndole una nueva redacción para adecuar su contenido a lo dispuesto por la doctrina del Tribunal Constitucional, y una Disposición Transitoria respecto al régimen aplicable a los convenios colectivos anteriores a su entrada en vigor.

Sin embargo, las modificaciones que introduce suscita diversos problemas que aún hoy continúan discutiéndose en sedes doctrinales y judiciales. Con respecto a la disposición adicional 10.ª, el legislador ha optado claramente por una posición acorde con el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, permitiendo la potestad de la negociación colectiva para introducir cláusulas de extinción del contrato de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación , supeditando nuevamente su validez al requisito de política de empleo y cumplimiento del periodo de carencia para tener acceso a la pensión contributiva de jubilación. No obstante, en esta ocasión la norma exige que tales objetivos de empleo queden definidos «expresamente» en el propio convenio colectivo, en los términos que el legislador ejemplificativamente establece.

Por su parte, la Disposición Transitoria declara válidas las cláusulas de cese forzoso pactadas en convenios colectivos celebrados antes de la entrada en vigor de la Ley, siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de la Seguridad Social, y culmina excluyendo expresamente de esta regla aquellas situaciones jurídicas que hubieran adquirido firmeza antes de tal fecha. De este modo, la Ley 14/2005 permite la extinción del contrato de trabajo carente de causa que justifique el sacrificio del derecho individual y la discriminación por edad, ya que si bien en la Disposición Adicional Décima se requiere pacto sobre empleo para la validez de las cláusulas de jubilación forzosa, en la disposición transitoria no se exige. Por lo tanto, no sólo se estarían generando problemas dentro de nuestro propio ordenamiento jurídico, sino también con el Derecho Comunitario. No hay que olvidar, que el artículo 6 de la Directiva 2000/78/CE, establece expresamente la posibilidad de establecer diferencias de trato fundamentadas en la edad, sin incurrir en discriminación, siempre que se justifique

---

[26] CRUZ VILLALÓN, J. y GÓMEZ GORDILLO, R.: "La nueva regulación de la jubilación forzosa vía negociación colectiva", Temas Laborales, N.º 83, 2006, pág. 12.

objetiva y razonablemente, en el marco del derecho nacional, que tenga una finalidad legítima relativa a la política de empleo, del mercado de trabajo y de la formación profesional, no cumpliéndose en lo dispuesto por la Disposición Transitoria.

Sobre esta cuestión ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en varias ocasiones[27]. Cabe destacar la Sentencia de 16 de octubre de 2007 (C-411/2005, Palacios de la Villa), donde, si bien se exige la vinculación de esta medida a políticas de empleo (con independencia de que se encuentre o no establecido expresamente como requisito por la Ley 14/2005), se presume que dicho requisito se encuentra en lo dispuesto por la Disposición Transitoria. El problema que aquí se plantea es que los intereses colectivos no solo se vinculan a objetivos de empleo, sino que además, concurren intereses económicos empresariales en el sentido de flexibilización y amortización de plantilla, con el consentimiento de los propios sujetos colectivos[28]. Por este motivo, hubiera sido oportuno que el Tribunal se mostrara más contundente en la determinación de este requisito en convenio colectivo, más aún cuando, en el transcurso de los años, ha quedado demostrado la clara ineficacia de las cláusulas de jubilación forzosa en el sentido de que no se están utilizando como instrumento idóneo para alcanzar el interés colectivo de crear más y mejor empleo (lo que justificaría el sacrificio de derechos laborales individuales), sino como una vía para amortizar puestos de trabajo[29].

4. SITUACIÓN ACTUAL. LEY SOBRE ACTUALIZACIÓN, ADECUACIÓN Y MODERNIZACIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, DE 1 DE AGOSTO DE 2011

El último pronunciamiento sobre esta controvertida materia, se ha producido recientemente con la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social, que aunque mantiene la posibilidad de que en los convenios colectivos se establezcan cláusulas que permitan la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, introduce dos modificaciones significativas en los requisitos que la sustentan.

En primer lugar, se sigue vinculando esta medida a objetivos coherentes de política de empleo, aunque la reforma enumera los objetivos que se consideran admisibles al respecto. En concreto, hace referencia a la mejora de la estabilidad en el empleo[30], la

---

[27] Sentencia de 5 de marzo de 2009; Sentencia de 12 de octubre de 2010 y Sentencia de 12 de enero de 2010.
[28] TOMÁS JIMÉNEZ, N.: "La jubilación forzosa y su evolución legislativa", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A., La edad de jubilación, Comares, Granada, 2011, pág. 255.
[29] HERRAIZ MARTÍN, M.ªS.: "El manenimiento de la jubilación forzosa, ¿una medida apropiada para la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social", Diario La Ley, N.º 7426, 2010.
[30] Algunos Convenios lo recogen directamente, es el caso del artículo 20 del CC de la Industria de Harinas Panificables y Sémolas (BOE de 3 de septiembre de 2007).

transformación de contratos temporales en indefinidos[31], el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores[32] o cualesquiera otras que se dirijan a favorecer la calidad del empleo[33]. Por lo tanto, no se trata de una lista cerrada ni tiene carácter exhaustivo[34].

Resulta de gran relevancia los compromisos sobre política de empleo a los que ahora si hace alusión la Ley 14/2005, sin embargo, el carácter indefinido y poco concreto de los mismos, no contribuye decisivamente al fortalecimiento de una política de empleo convencional. Por este motivo, no cabe duda de que va a tener que seguir siendo la jurisprudencia la que diga cuando se garantiza de forma razonable y efectiva un objetivo de empleo, al no ser admisible cualquier medida tendente a mejorar la calidad en el empleo sin una concreción expresa.

En segundo lugar y con unos resultados de mayor trascendencia, es el cambio introducido por la reforma respecto al segundo requisito exigido en la formulación de cláusulas de jubilación forzosa mediante convenio colectivo, relativo a garantizar que el trabajador afectado tenga cubierto el periodo de carencia para tener acceso a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva (art. 161.1.b LGSS). El legislador ya no se conforma con que el convenio colectivo garantice al trabajador afectado tener cubierto el periodo mínimo de cotización y los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva, sino que deberá tener cubierto el periodo mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80 por ciento a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión. Esta modificación va claramente en la línea de prolongar la vida laboral activa del trabajador, ya que una vez cumplida la edad ordinaria de jubilación, no será suficiente con tener cubierto el periodo mínimo de cotización que anteriormente permitía la extinción de la relación laboral, sino que el trabajador deberá continuar trabajando hasta alcanzar el 80% de la base reguladora para tener acceso a la prestación.

A pesar de su relevancia, cabe advertir que realmente la reforma no es tan novedosa en este sentido, ya que algunos convenios colectivos ya contemplaban como contrapartida al sacrificio del trabajador afectado por una cláusula de jubilación forzosa, la garantía de acceder a una jubilación digna y suficiente. Por regla general, los convenios colectivos exigen el periodo mínimo de cotización[35], pero

---

[31] Aunque de forma indirecta, lo establece el artículo 45 del CC de Industrias de Alimentos Compuestos para Animales (BOE de 23 de abril de 2010.

[32] Un ejemplo ilustrativo lo encontramos en el artículo 7 del CC de Cajas de Ahorro (BOE de 10 de marzo de 2009.

[33] En este sentido, el artículo 7.2 del CC de Colebega (BOE de 24 de octubre de 2007) se compromete a que los trabajadores con contrato de relevo sean incorporados desde el primer día a tiempo completo.

[34] ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: "La jubilación forzosa en la negociación colectiva", en VV.AA. MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir. Y Coord.), La edad de jubilación, Comares, Granada, 2011, pág. 274.

[35] Entre otros, recogen esta cláusula de estilo: el artículo 40 del CC de Estaciones de Servicio (BOE de 26 de marzo de 2007), el CC de UIMP, el artículo 27 CC Iberdrola grupo (BOE de 29 de enero de 2008), el artículo

existen cláusulas convencionales que exigen un período de cotización "mayor", siendo lo más habitual en estos caso, que se exija el período de cotización necesario para que el trabajador tuviera derecho al 100 por 100 de la base reguladora[36].

En la misma línea de flexibilizar la edad ordinaria de jubilación, la reforma introduce modificaciones de trascendente importancia que, aunque no de forma directa, afectan a la jubilación forzosa. En concreto, establece una edad de jubilación dual dependiendo del período cotizado que se tenga[37]: a los 65 años (cuando cuente con 38 años y 6 meses cotizados), y a los 67 años (cuando el trabajador cuente con 15 años cotizados), atendiendo también al derecho transitorio establecido al efecto que prevé una aplicación gradual del establecimiento de la edad de jubilación a los 67 años hasta 2027 (Disposición Transitoria Vigésima y Disposición Final Sexta).

Por lo tanto, los convenios colectivos que establezcan cláusulas de jubilación forzosa deberán contemplar este nuevo aspecto, que no sólo modifica la edad ordinaria de jubilación sino que también afecta al periodo mínimo de cotización exigidos para tener derecho a la prestación.

5. PLANTEAMIENTO CRÍTICO DEL SIGNIFICADO Y UTILIZACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN FORZOSA

La jubilación forzosa pactada en convenio colectivo supone un ataque frontal a los derechos individuales del trabajador afectado al lesionar su derecho a la estabilidad en el empleo a partir de una determinada edad. Dicha limitación se ha venido justificando a través de la vinculación de esta medida a objetivos coherentes con la política de empleo, expresados en el convenio colectivo[4,] y a que el trabajador afectado por la extinción del contrato de trabajo tuviera cubierto el período de cotización necesario para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva[38].

93 del Convenio General de la construcción, el artículo 20 del CC de la Industria de Harinas Panificables y Sémolas (BOE de 3 de septiembre de 2007 o artículo 58 del CC de Enseñanza Privada de Régimen General (BOE de 26 de abril de 2006.

[36] Entre otros, cabe citar el artículo 45 del CC de Industrias de Alimentos Compuestos para animales (BOE de 23 de abril de 2010); el artículo 12 del CC Valeo, que configura la jubilación forzosa a los 65 años condicionándolo a un periodo cotizado de 35 años cotizados como mínimo (que son con los que antes de la reforma se alcanzaba el 100 por 100 del porcentaje aplicable a la base reguladora, actualmente es necesario un periodo de 37 años cotizados como mínimo) y el artículo 60 del CC de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia (BOE de 5 de julio de 2010).

[37] PANIZO ROBLES, J.A.: "Dos décadas de reformas de la Seguridad Social: del Pacto de Toledo de 1995 al Acuerdo Social y económico de 2011", Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros, N.º 336, 2011, págs. 77.

[38] «El derecho a percibir una pensión de jubilación lo genera el propio trabajador, ya cese de forma obligatoria o voluntaria en el trabajo, no pudiéndose considerar recompensado el sacrificio individual de trabajador con el acceso a la prestación», en este sentido, APARICIO TOVAR, J., OLMO GASCON, A. M.: La edad como factor de tratamientos desiguales en el trabajo, Bomarzo, Albacete, 2007, pág. 203.

Durante un larga e intensa historia legislativa y jurisprudencia, ha quedado demostrada la clara ineficacia de las cláusulas de jubilación forzosa al no ser utilizadas en pro de la política de empleo, sino como vía para amortizar puestos de trabajo, lo que unido a la situación económica por la que atraviesa España ha originado que un sector creciente de la doctrina iuslaboralista defienda fervientemente la supresión de esta medida.

Con la intención de garantizar la viabilidad financiera de nuestro Sistema de Seguridad Social entre ingresos (cotizaciones) y gastos (prestaciones), los últimos pronunciamientos del legislador han ido en la línea de retrasar cada vez más la jubilación, dificultando por un lado la jubilación a edades inferiores a la fijada como ordinaria de jubilación e incentivando la continuidad de la vida activa. Así queda constatado en la última reforma efectuada por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, donde sorprende el aumento de la edad de jubilación a los 67 años a la vez que se sigue permitiendo la utilización de la jubilación forzosa en convenio colectivo.

Esta tendencia evidencia una grave incongruencia al permitirse, por un lado, la extinción de una relación laboral por el simple hecho de cumplir la edad ordinaria de jubilación y, por otro, incentiva la prolongación de la vida laboral más allá de los 65 años.

No obstante, estos dos planteamientos podrían coexistir si realmente los convenios colectivos incluyeran objetivos coherentes de política de empleo en las cláusulas de jubilación forzosa, sin producirse la amortización del puesto de trabajo, no teniendo por qué suponer necesariamente una carga excesiva para las arcas de la Seguridad Social. Sin embargo, la mala práctica que de ella se viene haciendo lleva a la conclusión de que la jubilación forzosa pactada en convenio colectivo es contraria a la política de envejecimiento activo e inutiliza el propósito de mantenimiento del empleo de los trabajadores de más edad[39]. Por lo que la mejor solución sería derogarla[40].

Sin embargo, la última reforma efectuada en este sentido por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, no ha suprimido la posibilidad de que en los convenios colectivos se establezcan cláusulas que permitan la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación fijada en la normativa de Seguridad Social, sino que sigue permitiendo su utilización aunque vinculada a objetivos coherentes de política de empleo y a que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización que le permita aplicar un

---

[39] VV.AA., SEMPERE NAVARRO, AV. y QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. (Dirs.): empleo y protección social de los trabajadores de edad avanzada: análisis comparado de la situación actual y propuesta de futuro, Consejo Económico y Social, Madrid, 2009, pág. 263. En el mismo sentido, TOMÁS JIMENEZ, N.: "La jubilación forzosa y su evolución legislativa", en VV.AA. MONEREO PÉREZ, J.L. y MALDONADO MOLINA, J.A. (Dir. Y Coord.), La edad de jubilación, Comares, Granada, 2011, pág. 264.

[40] ESCUDERO ALONSO, L.J.: "Jubilación forzosa establecida por convenio colectivo: Comentario de Jurisprudencia Social", Consell obert: Recull informatiu del Consell General de Col-legis de Graduats Socials de Catalunya, N.º 248, 2010, págs. 18 y 19.

porcentaje de un 80 por ciento a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión. No cabe duda que esta modificación sigue siendo insuficiente, siendo lo deseable que al trabajador afectado se le garantizara el 100 por 100 en el acceso a la pensión.

Lo criticable es que la reciente reforma ha desaprovechado una maravillosa oportunidad para evitar el uso inapropiado que de la jubilación forzosa se viene practicando. Dejando a un lado el recurso extremo de suprimir la Disposición Adicional 10.ª del ET, podría haber efectuado una redefinición de la vinculación de la jubilación forzosa con los objetivo de empleo, con una mayor y mejor concreción de los compromisos y un adecuado procedimiento para su seguimiento y control.

REPRESENTACIÓN EN LA EMPRESA Y SISTEMA DE SUPERVISIÓN Y CONTROL DE LOS PLANES DE PENSIONES DEL SISTEMA DE EMPLEO: ESTADO DE LA CUESTIÓN TRAS LA STC 128/2010 Y LA LEY 27/2011

Juan Antonio Fernández Bernat
Profesor Asociado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Granada

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA COMISIÓN DE CONTROL: LA DESIGNACIÓN DE SUS MIEMBROS
3. LA STC 128/2010 Y EL PROBLEMA DE LOS "PARTÍCIPES EN SUSPENSO"
4. LA SOLUCIÓN LEGAL: LA DISPOSICIÓN FINAL 3ª DE LA LEY 27/2011
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, la negociación colectiva ha sido (y continua siéndolo) una de las fuentes principales de las medidas de protección social complementaria. Una de estas medidas, los planes de pensiones del sistema de empleo, ya tiene cierta presencia en el ámbito de la contratación colectiva. A ello ha contribuido, entre otros factores, los apoyos legales otorgados en favor de un mayor protagonismo de la autonomía colectiva en el ámbito de los planes, acogiendo lo que ya era una práctica habitual en otros ordenamientos. En concreto, fue la Ley 24/2001 la que introdujo importantes cambios cualitativos respecto del papel a jugar por los interlocutores sociales en la creación y desarrollo de los sistemas complementarios en España vía planes de pensiones.

Precisamente, uno de estos cambios que incorporó la norma citada estaba relacionado con el mecanismo de representación y supervisión de los planes, esto es, la Comisión de Control, cuyos miembros (en el caso de los partícipes y beneficiarios) podían ser designados directamente a través de la Comisión Negociadora del Convenio o por acuerdo de los representantes de los trabajadores. Con este procedimiento se buscaba vincular el plan de pensiones (en este caso de empleo) a los procesos de representación y negociación laboral. Con el reconocimiento de esta vía de designación por parte de la Ley 24/2001 con intervención de la autonomía colectiva se abría una nueva etapa caracterizada por una mayor vinculación del instrumento de previsión a la negociación colectiva.

Pues bien, esta última opción, contemplada en el art. 7.2, párrafo 4º del Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones (en adelante TRLPFP), ha sido declarada inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional 128/2010, de 29 de noviembre (BOE 5 enero 2011), procediendo el Tribunal Supremo, en sentencia de 4 de abril de 2011, a anular parcialmente el art. 31 RPFP. El legislador, por su parte, ha tenido que reformular el precepto legal acomodándolo a las exigencias planteadas por el intérprete constitucional. Así, a través de la Disposición final tercera de la *Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social* (BOE 2 agosto 2011) se ha dado nueva redacción al apartado 2º del art. 7 del TRLPFP.

Sendos pronunciamientos, junto con la intervención normativa reformadora, resultan fundamentales ya que inciden directamente en la configuración legal del *modelo participativo y de control* del sistema integrado de planes y fondos de pensiones. Nuestro propósito, precisamente, es examinar a través de esta comunicación los cambios provocados en este sentido por dichas decisiones judiciales y también por el legislador al objeto de comprobar hasta qué punto se ha podido alterar el sistema vigente claramente favorecedor del principio de autonomía colectiva negocial en el ámbito del sistema-plan.

2. LA COMISIÓN DE CONTROL: LA DESIGNACIÓN DE SUS MIEMBROS

Uno de los pilares básicos del sistema institucional de los planes de pensiones es la existencia *ad hoc* en cada plan de un mecanismo colegiado de supervisión de su funcionamiento y ejecución. En otras palabras, la normativa ha querido reservar un papel esencial a la función correctiva y de conducción de los planes y de los fondos en que se integran. Y tal ocupación se otorga al conjunto de los elementos personales que se dan citan en un plan del sistema de empleo, esto es, los partícipes, beneficiarios y promotor. Ahora bien, la importancia de esta función fiscalizadora no debe eclipsar aquella otra que cabe reconocer en estos mecanismos de control de los planes, a saber, la de servir de cauce institucional de carácter instrumental para articular el derecho de participación de los interesados en la gestión de la previsión privada. Por tanto, la comisión de control del plan ostenta un doble papel: por un lado, actúa como órgano supervisor del funcionamiento del plan y, por otro, se constituye en cauce de participación y representación de los interesados.

Por lo demás, las funciones de la comisión de control del plan son esenciales para la vida de éste. La Comisión es, en efecto, precisamente el órgano que supervisa y controla el cumplimiento de las cláusulas del plan en las que se plasman los derechos de sus partícipes y beneficiarios. Además de seleccionar el actuario o actuarios que deban certificar la situación y dinámica del plan, la comisión de control de los planes de empleo nombra sus propios representantes en la comisión de control del fondo de pensiones (esto es, del patrimonio adscrito y afectado al cumplimiento del plan), pudiendo incluso constituirse ella misma en comisión de control del fondo cuando éste integre un único plan de pensiones. Y esta última, a su vez, entre otras funciones relevantes, examina y aprueba la actuación de la entidad gestora del fondo, pudiendo incluso sustituirla. La comisión de control de los planes de empleo decide en las demás cuestiones sobre las que la Ley le atribuye competencia y representa judicial y extrajudicialmente los intereses de los partícipes y beneficiarios en relación con el plan de pensiones. En cuanto órgano que canaliza la intervención de partícipes y beneficiarios (además del promotor) ha sido acertadamente considerada, junto con la comisión de control del fondo, con la que puede identificarse en los términos ya dichos, como el centro neurálgico del plan/fondo y el mecanismo mediante el que se instrumenta la autotutela colectiva de aquéllos.

Uno de los principios informadores del órgano de supervisión del plan de pensiones es el relativo a la libertad organizativa de que gozan los sujetos constituyentes del sistema de previsión. Pues bien, en este punto, referido al procedimiento de designación o elección de los miembros de la comisión de control, dicho principio se reconoce expresamente en la propia norma reglamentaria, al hacer ésta responsable a las especificaciones del plan de la regulación de dicha

materia (art. 31.1 RPFP). Por tanto, corresponde a las partes negociadoras del contrato de previsión determinar las reglas relativas a la forma de hacer efectiva la designación o elección de los componentes de aquél órgano.

Y así, la primera de las decisiones que corresponde adoptar a los sujetos negociadores es el referido al sistema de determinación de los miembros de la comisión de control, lo que, hasta la STC 128/2010, suponía optar por alguna de las alternativas siguientes: por el procedimiento de designación colectiva, con intervención de la comisión de negociadora del convenio y/o de los representantes de los trabajadores, pudiendo recaer tal designación en personas distintas de los partícipes o beneficiarios del plan; o por el sistema electoral, con participación directa de los partícipes, siendo éstos los electores y elegibles del proceso. Con la primera de las opciones señaladas, al igual que ocurre en el caso de la formación de la comisión promotora del plan, se trataba de aprovechar las instituciones propias de la negociación colectiva en estricta correspondencia con el objetivo de favorecer un mayor protagonismo de ésta en el ámbito de los planes de pensiones del sistema de empleo.

Aunque ambos sistemas de designación/elección se presentaban como dos opciones alternativas, había que tener en cuenta que aún cuando el acuerdo de formalización del plan como sus especificaciones se hubieran decantado por el procedimiento de designación, siempre era posible la aplicación del proceso electoral para el caso de los representantes de los partícipes y beneficiarios, en concreto, cuando tal designación no tuviera lugar, pese a ser éste el procedimiento previsto en el plan. Dicho de otro modo, de no existir una propuesta de la parte laboral de la comisión negociadora o de no alcanzarse el acuerdo de negociación colectiva necesario era preciso celebrar el proceso electoral correspondiente. Por todo ello, resultaba preceptivo que las especificaciones de los planes de pensiones contemplaran las reglas del proceso electoral que, subsidiariamente, debían aplicarse como consecuencia de la falta de designación directa.

2.1. La intervención de la autonomía colectiva

Uno de los aspectos más importantes de la evolución normativa de los planes de pensiones del sistema de empleo es el relativo a la mayor vinculación entre la dinámica del régimen de previsión y la negociación colectiva. Este acercamiento entre la fuente de definición de los derechos de pensión complementaria, el convenio o acuerdo colectivo, y el instrumento de regulación de tales derechos, el plan de pensiones, tiene lugar de diversas formas, pero en lo aquí nos ocupa se ha producido a través del reconocimiento legal de un procedimiento de designación colectiva, vía comisión negociadora, vía acuerdo colectivo de eficacia general. De este modo, con este reforzamiento de la presencia de la autonomía colectiva en este punto se favorece una suerte de conexión entre el sistema privado de pensiones y el desenvolvimiento de las relaciones laborales.

En el ámbito legal, tal posibilidad se encontraba en el art. 7.2, párrafo 4º TRLPFP, el cuál dejaba en manos del plan la responsabilidad del establecimiento de procedimientos de designación colectiva, distinguiendo, a su vez, tres fórmulas: la primera, la que tenía como protagonista a la comisión negociadora del convenio que sirve de soporte al plan; la segunda, la que resultaba del acuerdo adoptado por la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa; y, la tercera, la que era fruto de la combinación de las dos anteriores. Esta última posibilidad remitía a aquella situación prevista en el último párrafo del art. 31.2 RPFP en la que, una vez efectuada la designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por la comisión negociadora del convenio y así se preveía en la especificaciones del plan, las renovaciones o revocaciones posteriores de aquéllos se produciría por la mayoría de los representaciones de los trabajadores en la empresa. De este modo, de una designación colectiva inicial de la autonomía convencional se pasaba a otra (revocación o renovación) efectuada por la representación de los trabajadores.

Con respecto a la primera de las opciones planteadas, la que tiene lugar en el seno de la comisión negociadora, cabe realizar las siguientes matizaciones. En primer lugar, hay que tener en cuenta la regla general prevista en el art. 31.2, párrafo 2º RPFP que establecía, al igual que en el caso de la comisión promotora, la necesidad de que cada parte designara, respectivamente, "a los miembros de la comisión de control representantes del promotor, y a los miembros representantes de partícipes y beneficiarios". Estamos ante una solución que permite resolver las dificultades que se podrían llegar a dar en el caso de tener que alcanzar un acuerdo en el seno de la comisión, con la posibilidad de vetos entre ambas partes. En atención a ello, por tanto, corresponderá a cada parte la designación de sus representantes.

Y así, tratándose de la comisión negociadora de convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior (esto es, de planes de promoción individual) y en lo que respecta a la designación de los representantes del promotor, cabe pensar que éstos serán designados libremente por el mismo en cada momento. Por su parte, los representantes de partícipes y beneficiarios deberán ser designados conforme algún tipo de criterio. De este modo, y recurriendo en analogía a la jurisprudencia existente respecto a la constitución de la comisión negociadora de un convenio colectivo[1], podría resultar de aplicación, también en este punto, el criterio de la representación proporcional, esto es, que la elección de los miembros del banco social de la comisión de control del plan por la comisión negociadora no pueda resolverse acudiendo al sistema de mayorías vigente en ésta. Al contrario, será necesario respetar la proporcionalidad de las distintas candidaturas electorales que hayan alcanzado representación. En suma, todas ellas tendrán derecho, cuando menos, a participar en la designación.

---

[1] Son decisivas las SSTS 30 octubre 1995 (*RJ* 1995, 7930) y 31 octubre 1995 (*RJ* 1995, 7937).

Por otro lado, y hasta la STC 128/2010, la segunda de las opciones con que contaba el plan a efectos de la designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios en la comisión de control era la que resultaba del acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa. Resultaba obvio que en tal caso la elección de los representantes del promotor se habría efectuado sin el sometimiento a ninguna regla, correspondiendo a aquél el ejercicio de la facultad de designar a sus representantes con total libertad. Por su parte, y con respecto a la designación que debía efectuar la parte social, cabía realizar las siguientes matizaciones. De un lado, el acuerdo que sirviera de soporte a tal designación debía contar con el respaldo de la mayoría de las organizaciones sindicales con implantación en la empresa o en el ámbito del convenio, esto es, que la decisión de efectuar la designación de los miembros de la comisión de control directamente por el comité de empresa o los delegados de personal debía adoptarse por mayoría que representara, al menos, el 51 por ciento de la suma de los miembros de dichos órganos de representación. Ahora bien, dicho porcentaje debía entenderse como un mínimo legal, en el sentido de que no habría excesivos problemas en admitir que las especificaciones de los planes pudieran exigir a estos efectos algún tipo de mayoría cualificada. Por otro lado, cabía pensar que en el acuerdo que recogiese la voluntad colectiva de aplicar el procedimiento de designación directa debería determinarse el modo concreto de efectuar tal designación, el cuál podría llevarse a cabo teniendo en cuenta el grado de representación de cada organización sindical presente en los órganos unitarios de representación de los trabajadores. Para determinar la referida proporción, lo habitual sería considerar los resultados de las elecciones sindicales celebradas con anterioridad al momento de la designación. En todo caso, tampoco hubiera sido extraño que los candidatos a ocupar el banco social del órgano de supervisión de los planes fueran designados por las organizaciones sindicales mayoritarias en el ámbito de la representación unitaria correspondiente, excluyendo, por tanto, a las minorías. Aunque, nada impediría en este punto que se pudiera rechazar el criterio de la proporcionalidad.

3. LA STC 128/2010 Y EL PROBLEMA DE LOS "PARTÍCIPES EN SUSPENSO"

Se ha dicho más arriba que el órgano de supervisión y participación de los elementos personales del plan de pensiones en la modalidad de empleo resulta un elemento esencial de dicho sistema de previsión. No en vano a dicho mecanismo de representación se otorga importantes funciones referidas todas a ellas al desarrollo y normal desenvolvimiento del plan. Pues bien, pese a lo anterior (o por ello precisamente) lo cierto es que a la comisión de control siempre le ha acompañado la polémica: unas veces, por la composición de la misma, debatiéndose el legislador entre el principio de primacía o de paridad en cuanto a la representación de partícipes y beneficiarios frente al promotor; y ahora, con ocasión del sistema de

designación directa que preveía la norma legal. En el primer caso, han sido necesarias intervenciones normativas de diferente signo, rigiendo en la actualidad la paridad en dicho órgano de control. En el segundo caso, se ha optado por declarar inconstitucional dicho sistema de designación sindical teniendo en cuenta el principio de igualdad previsto en el art. 14 CE. De este último aspecto se ha encargado la STC 128/2010, de 29 de noviembre.

De entrada, dicha resolución jurisprudencial trae causa de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en relación con el inciso cuarto del art. 7.2 TRLPFP. Dicho Auto a su vez surge como consecuencia de la demanda planteada por la Asociación de Prejubilados de Telefónica contra los arts. 31 y 35 RPFP: en concreto, contra los apartados 2 y 3 del artículo 31 (que regula la designación o elección de los miembros de la comisión de control de los planes de pensiones del sistema de empleo) y de los apartados 3 y 5 del artículo 35 (que regula los derechos de los partícipes en caso de cese y movilización de derechos). Sin embargo, tan sólo el apartado 2 del art. 31, el cuál viene a coincidir con lo dispuesto en el art. 7.2 TRLPFP, será el precepto determinante del planteamiento final por el Tribunal Supremo de la cuestión de inconstitucionalidad. Precisamente, en base a la coincidencia entre el precepto reglamentario sobre cuya validez ha de pronunciarse el TS y el precepto con fuerza de ley cuyo enjuiciamiento corresponde al TC, se plantea dicha cuestión[2].

El TC recuerda que el nombramiento de los representantes de los partícipes y, en su caso, beneficiarios se puede realizar o bien por un sistema de elección o bien por un sistema de designación, respecto de los cuáles ya se habló *in extenso* más arriba. Precisamente, es esta segunda opción la que presenta mayores objeciones desde el punto vista constitucional. A juicio del Tribunal, dicho mecanismo de designación, que no de elección, de los miembros de las comisiones de control de los planes de empleo podría no ser objeto de reproche alguno si, a su vez, quienes realizan dicha designación hubieran adquirido la previa condición de representantes de los partícipes y beneficiarios en los planes de empleo por elección de éstos. Se trataría, en este caso, de un sistema de elección indirecta equiparable a cualquier otro de análoga naturaleza. Ocurre, sin embargo, que al permitir la Ley la designación directa de los miembros de la comisión de control por parte bien de la comisión negociadora del convenio, bien de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa, y existiendo partícipes que no ostentan ya la condición de trabajadores de la empresa (ni, por lo tanto, pueden participar en los procesos electivos del nivel de empresa para nombrar representantes de los trabajadores), estos partícipes –denominados partícipes en suspenso- quedan en realidad excluidos de toda

[2] Un análisis de la STC 128/2010 se puede ver en MERCADER UGUINA, J. R., "¿A quiénes representan los representantes de los trabajadores en la empresa? El caso de la designación de los miembros de las comisiones de control de los planes de pensiones", *JL*, núm. 45, 2011, pp. 5-10.

intervención en el nombramiento de los miembros de las comisiones de control de los planes de empleo. Por ello, y en línea con lo anterior, se considera por el TC que el inciso relativo a los representantes de los trabajadores (del que, como se ha dicho, es mera trascripción el precepto reglamentario impugnado) podría ser contrario al principio de igualdad consagrado en el art. 14 CE al excluir a los partícipes en suspenso (con suspensión o extinción de la relación laboral) de la posibilidad de elegir a sus representantes en las comisiones de control del plan cuando se utiliza la modalidad de designación directa, generándoles con ello una discriminación, sin fundamento suficiente, respecto del resto de los partícipes (los trabajadores en activo).

De lo anterior se deduce, a juicio del TC, que la previsión contenida en el inciso 4º del art. 7.2 TRLPFP establece un trato diferenciado: los partícipes del plan que se encuentren en activo podrán designar, a través de sus representantes en la empresa, a los integrantes de la comisión de control del plan; por el contrario, aquellos que no se encuentren en activo (por encontrarse en excedencia, en situación de jubilación u otras situaciones similares) no podrán elegir ningún miembro sino acatar los que sean elegidos en el seno de la empresa. Esta diferencia de trato, según el intérprete constitucional, no tiene ninguna justificación objetiva y razonable que avale la exclusión de determinados partícipes en el proceso de designación de sus representantes en el seno de la comisión de control.

La solución al recurso contencioso-administrativo contra el RPFP interpuesto por la Asociación de Prejubilados de Telefónica estaba pendiente de la decisión que adoptara el TC sobre la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TS respecto del inciso cuarto del art. 7.2 TRLPFP. Pues bien, una vez que el intérprete constitucional se ha pronunciado sobre este asunto, el TS ha dictado sentencia sobre el citado recurso que impugnaba el RPFP. La sentencia del TS de 4 de abril de 2011 estima parcialmente dicho recurso, de modo que se acogen positivamente las impugnaciones relativas al art. 31 RPFP, en coherencia con la línea marcada por el TC, pero se desestima la impugnación respecto a las disposiciones contenidas en el art. 35 del reglamento. De forma más concreta, el TS en el fallo de la sentencia procede a anular, por su disconformidad con el ordenamiento jurídico, los siguientes preceptos reglamentarios: *a) la parte del inciso primero del apartado dos del artículo 31 que se refiere a la "designación de los representantes de los partícipes y beneficiarios por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa"; b) la parte del inciso tercero del apartado dos del artículo 31 que se refiere a los "representantes de los trabajadores en la empresa con independencia de que sean o no partícipes"; c) el inciso sexto del apartado dos del artículo 31 en su totalidad; y d) la parte de la letra a) del apartado 3 del artículo 31 en la que se dispone que "las especificaciones podrán excluir de la condición de elegibles a los partícipes en suspenso por extinción o suspensión de la relación laboral con el promotor".*

4. LA SOLUCIÓN LEGAL: LA DISPOSICIÓN FINAL 3ª DE LA LEY 27/2011

Ya se ha apuntado con anterioridad que la Comisión de Control de los planes de pensiones del sistema de empleo no ha resultado ser una figura pacífica en el devenir de estos mecanismos de previsión social de carácter privado. De hecho, una de las cuestiones más controvertidas de todo el sistema jurídico-positivo de los planes de pensiones ha sido el de la composición de la comisión de control. Prueba de ello son las idas y venidas del legislador en esta materia que ha visto como en los últimos años ha sido objeto de importantes modificaciones normativas. Precisamente, la primera reforma significativa recae sobre el principio de primacía de los partícipes en la comisión de control. En efecto, hasta la Ley 24/2001 se otorgaba un papel protagonista a los partícipes en dicho órgano, ya que se les garantizaba la mayoría absoluta de los representantes. Pero, finalmente, será el nuevo artículo art. 7.3.a) TRLPFP, objeto de reforma por la Ley 24/2001, quién atienda de forma definitiva una vieja reivindicación empresarial, modificando la composición de la comisión de control, de manera que la representación de los elementos personales se convertirá en paritaria, haciendo desaparecer la posición privilegiada que mantenían partícipes y beneficiarios.

Otra cuestión ciertamente polémica en el marco de los planes de pensiones de la modalidad de empleo y vinculada con la Comisión de Control es el papel de la negociación colectiva. Como se sabe, la LPFP (Ley 8/1987) tan sólo aludía tangencialmente a la negociación colectiva como fuente originadora de la obligación empresarial de constituir un plan de pensiones para su personal empleado [art. 5.3, último párrafo RPFP (RD 1307/1988)], lo que se traducía en que el sistema privado de pensiones correspondiente podía ser también organizado exclusivamente por iniciativa del empleador al margen de todo compromiso previo contraído en el marco de la negociación colectiva en orden a su establecimiento. Pese a este sistema desincentivador del principio de la autonomía colectiva negocial, la Ley 24/2001 y el actual TRLPFP (RDLeg. 1/2002)[3] han terminado por instaurar un nuevo modelo legal claramente favorecedor de la negociación colectiva en el ámbito de los sistemas privados de pensiones. En el caso que nos ocupa, dicho alentamiento legislativo a favor de la autonomía colectiva tiene lugar a través de la utilización de las vías de representación establecidas en el marco de las relaciones laborales con objeto de que a través de ellas se pueda efectuar la designación de los componentes de la Comisión de Control. Y es precisamente este punto (en lo tocante a designación directa realizada por los representantes de los trabajadores) el que hoy resulta controvertido

[3] Un análisis de las características fundamentales del modelo legal de planes de pensiones, insistiendo en las innovaciones introducidas por el RDLeg 1/2002 y en algunos puntos críticos se puede encontrar en MONEREO PÉREZ, J. L., "El Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones 1/2002: la cristalización de las direcciones fundamentales de la política de "reforma social", *Revista de Derecho Social*, núm. 22, 2003, pp. 47-77.

y respecto del cuál el TC se ha decantado por eliminar al entender que con el mismo se estaba infringiendo el principio de igualdad.

A partir de la solución dada a este asunto por el TC se hacía necesario poner de manifiesto las diferentes soluciones por las que el legislador debía decantarse al objeto de atender dicha declaración de inconstitucionalidad del inciso 4º del art. 7.2 TRPFP. Y así, la primera de estas propuestas pasaría por sacrificar el principio de autonomía colectiva a favor de un proceso electivo sin más. En principio este camino parecería inevitable a tenor del contenido de la sentencia. Los efectos perniciosos de esta opción son más que evidentes si se tiene en cuenta lo costoso y poco operativo que puede llegar a resultar el desarrollo de un proceso electoral en comparación con la sencillez y eficacia del procedimiento de designación directa.

Sin embargo, los términos en los que se expresaba el TC no resultaban tan rotundos. Es más, el propio Tribunal parecía sugerir la posibilidad de que el sistema de designación pudiera pervivir, siempre y cuando no resultara atentatorio del principio de igualdad contenido en el art. 14 CE. Hablaba nuestro máximo intérprete constitucional de la existencia de "alternativas menos restrictivas que no pondrían en entredicho la vinculación a la negociación colectiva de estos planes".

Sea como fuere, lo cierto es que el legislador ha optado finalmente por reformular la redacción del art. 7.2 LPFP a través de la de la Disposición final tercera de la *Ley 27/2011, de 1 de agosto*. En esta disposición se mantiene igualmente la vía de intervención de la negociación colectiva en la designación de los miembros del órgano de supervisión y control del plan, pero se incorporan mecanismos de participación de quienes no son partícipes en activo. Así, se establece que "en los planes de pensiones del sistema de empleo las especificaciones podrán prever que la comisión negociadora o, en su defecto, la comisión paritaria de interpretación y aplicación del convenio colectivo estatutario u otros órganos de composición paritaria regulados en el mismo puedan designar a los miembros de la comisión de control o establecer procedimientos de designación directa de dichos miembros. Se indica, igualmente, que "las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo podrán prever la designación directa de los representantes de los partícipes y, en su caso, de los partícipes que han cesado la relación laboral y de los beneficiarios, por acuerdo de la mayoría de los representantes de los trabajadores en la empresa". A falta de un sistema de designación directa, "todos los representantes de los partícipes y beneficiarios serán nombrados mediante procedimiento electoral". En los sistemas de designación directa anteriores, "cuando la suma de partícipes que hayan cesado la relación laboral con el promotor y de beneficiarios supere el 20 por ciento del colectivo total del plan, deberá designarse al menos un miembro de la comisión de control que proceda de entre los mismos". Cuando el número de partícipes que hayan cesado la relación laboral con el promotor y de beneficiarios supere el 20 por ciento del colectivo total del plan, "deberá efectuarse un proceso electoral si así lo solicitan al menos un tercio de los mismos". En este caso, las especificaciones del plan podrán optar por ordenar la celebración de un proceso electoral para la elección de todos los representantes de

partícipes y beneficiarios en la comisión de control, sin que sea obligatoria la representación específica establecida en el párrafo anterior. Asimismo, en los planes de pensiones de empleo de promoción conjunta constituidos en virtud de acuerdos de negociación colectiva estatutaria de ámbito supraempresarial, se podrá utilizar cualquiera de los métodos de designación y/o elección descritos anteriormente.

5. CONCLUSIONES

Como se ve, el legislador ha optado por la posibilidad de compaginar la sencillez y eficacia del procedimiento de designación directa en conexión con el respeto del principio de autonomía colectiva con la consideración debida de la figura de los partícipes en suspenso. Mantiene, por tanto, la vía de la designación sindical o los procedimientos de designación directa, aunque reformulados, incorporando la figura de la Comisión Paritaria, por ejemplo, pero abre nuevas opciones en favor de una mayor participación de los partícipes en suspenso. A esta solución legal, que consideramos acertada, se ha llegado en base a las siguientes consideraciones.

En primer lugar, parecería en todo punto lógico descartar la vía de privar de legitimidad a las organizaciones de defensa y representación de los trabajadores para intervenir en la designación de los miembros de las comisiones de control. El apoyo legal dado tras la Ley 24/2001 al principio de autonomía colectiva negocial en materia de planes no resulta indiferente, como el propio TC ha reconocido en la STC 128/2010. Y es que en los planes de pensiones de la modalidad de empleo, adquiere un papel nuclear la noción de interés colectivo, el cual se manifiesta en el seno de la comisión de control, como sujeto encargado de la defensa de los intereses colectivos de previsión. El reconocimiento a los órganos de representación laboral (unitaria y sindical) de la capacidad de intervenir en la designación de los miembros no puede entenderse sino como una extensión de la legitimación que dichos sujetos ostentan en el marco laboral para la defensa de los llamados intereses colectivos generales, esto es, los intereses legítimos de una colectividad indefinida o indeterminada de trabajadores (“activos” y “pasivos”).

En segundo lugar, la disociación partícipe en activo y partícipe en suspenso no resulta trasladable en este asunto como pretendía hacer ver el TC. Al respecto conviene hacer una consideración trascendental cuando el plan de pensiones es fruto de la negociación colectiva (en casi todos los casos). Y es que cabe recordar que en dicha situación en particular los sujetos negociadores de un convenio están legitimados para regular la relación de previsión colectiva de los trabajadores pasivos y los partícipes en suspenso. El convenio colectivo no tiene por objeto exclusivo la regulación de las condiciones de trabajo, es un producto de la autonomía privada colectiva como fuente de producción capaz de crear o establecer medidas de protección social complementaria incluidos los compromisos por pensiones creados en el marco de la negociación colectiva (arts. 41 y 37.1 CE; 85 ET y 39.2 y 191 y ss. TRLGSS). Por ello, a reserva de los límites que

pudiera disponer el legislador estatal, es evidente que un instrumento típicamente iuslaboral como el convenio colectivo, al poder regular materias de previsión complementaria puede incidir sobre situaciones postcontractuales, sometiéndose éstas –como, en general, todo el estatuto jurídico de previsión voluntaria con base en la negociación colectiva- en principio a las vicisitudes del convenio colectivo.

En tercer lugar, a nuestro entender el problema no estriba tanto en si ambos (partícipes en activo y partícipes en suspenso) se encuentran representados por el comité de empresa y delegados de personal sino en cómo se atiende equilibradamente sus intereses en el seno de la comisión de control. Este último aspecto –el de la diversidad de intereses existente en el seno de la comisión de control de los planes- resulta fundamental. Acepta el TC la posibilidad de que partícipes en activo y partícipes en suspenso puedan tener intereses divergentes, lo que no resulta descabellado, en lo que a las estrategias de inversión y desarrollo del plan se refiere. Pero ello no invalida el proceso de designación directa vía autonomía colectiva negocial, ya que dicho proceso toma como referencia los órganos de representación laboral donde tanto unos como otros están materialmente integrados como empleados. De hecho, es este último aspecto –la mayor presencia de partícipes en suspenso y beneficiarios en el plan- lo que motivó la demanda planteada por la Asociación de Prejubilados de Telefónica. Los sucesivos planes de prejubilación de Telefónica han disminuido la plantilla de trabajadores en activo lo que convierte a aquellos en mayoría en el sistema-plan. Tratándose de un colectivo tan significativo parece razonable atender adecuadamente los intereses del mismo bien a través de la creación de un subplan o bien decantándose por un proceso electoral[4]. Incluso se podía haber optado por el mantenimiento de la comisión de control, pero incorporando procedimientos que garanticen la participación de quienes no son participes activos en la adopción de acuerdos que les afecten directamente, como puede ser articular mecanismos de consulta de tales acuerdos, o invitar a la asistencia a sesiones de la comisión de control, con voz al menos, a representantes de los partícipes en suspenso. Ahora bien, dicha circunstancia no invalida de manera general el sistema de designación directa previsto legalmente.

Precisamente, este último camino ha sido el escogido por el legislador tratando de atender el problema nada desdeñable de la mayor presencia de los partícipes en suspenso entre el colectivo del plan. Este es el fundamento jurídico del cambio legislativo y de la modificación de la norma: garantizar, de esta forma, que todos los elementos personales del plan de pensiones estén en situación de representar sus intereses a través de la comisión de control, sin llegar a invalidar los procedimientos de designación directa de carácter sindical.

La solución legal articula la doctrina asentada por el Tribunal Constitucional con la naturaleza propia de los planes y fondos de pensiones de empleo, ya que los planes de pensiones del sistema de empleo son instrumentos de previsión social

---

[4] *Vid.*, Comunicado de CONFEDETEL en *eduardorojoblog.blogspot.com* (9 de enero de 2011).

complementaria que articulan compromisos por pensiones originados a través de la negociación colectiva, del mismo modo la promoción de estos instrumentos se sitúa en el seno de las relaciones laborales de carácter colectivo. Por lo cual, existe una inseparable conexión tanto del derecho o compromiso por pensiones como del instrumento que lo articula con las relaciones laborales colectivas. En consecuencia, no se trata de meras fórmulas mercantiles de ahorro privado, sino de instituciones de matriz colectiva vinculadas a los procesos de representación y de negociación colectiva en las empresas y en los sectores de actividad. Estos procedimientos refuerzan y compatibilizan la participación de partícipes, partícipes que han cesado en la relación laboral y beneficiarios, con la simplicidad, agilidad y economía de los sistemas de designación directa de los miembros de las comisiones de control de los planes de pensiones de empleo[5].

6. BIBLIOGRAFÍA

DELGADO PLANÁS, C.: *Cómo complementar la pensión de jubilación a través de la empresa. La previsión empresarial en España*, Madrid, McGraw Hill, 2000.

FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: *Los planes de pensiones del sistema de empleo,* Cizur menor, Aranzadi, 2007.

GARCÍA BECEDAS, G., "Funciones y responsabilidades legales de las Comisiones de Control y sus miembros (sinopsis legislativa a 31.12.2003)", en VV. AA.: *Seguridad social complementaria*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2004.

GARCÍA VIÑA, J., *Los planes y fondos de pensiones. Elementos clave de previsión social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006

MERCADER UGUINA, J. R., "¿A quiénes representan los representantes de los trabajadores en la empresa? El caso de la designación de los miembros de las comisiones de control de los planes de pensiones", *JL*, núm. 45, 2011.

MONEREO PÉREZ, J. L.: "Instrumentación jurídica e institucional de los Planes y Fondos de Pensiones (I y II)", *Revista Española de Derecho del Trabajo,* núms. 40 y 41, 1989.

— "Notas sobre la caracterización jurídica de los planes privados de pensiones (en especial de los planes del sistema de empleo)", *Temas Laborales*, núm. 16, 1989.

— "Instituciones de control y gestión de los Planes y Fondos de Pensiones (las formas de participación de los interesados en la gestión de estos sistemas de previsión voluntaria)", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 48, 1991.

[5] Esta era, por lo demás, la argumentación incorporada a la Enmienda núm. 392 del grupo Socialista presentada al *Proyecto de Ley sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social.*

— "La posición jurídica de los partícipes en la estructura de gestión y el sistema de adopción de acuerdos en las comisiones de control de los planes y fondos de pensiones", *Relaciones Laborales*, Tomo I, 1992.

— *Público y privado en el sistema de pensiones*, Madrid, Tecnos, 1996.

— "Los Planes de Pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias", en VV. AA.: *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

— *Los planes de pensiones del sistema de empleo: La incidencia de la Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

— "El tratamiento de la relación post-contractual en el marco de una negociación colectiva renovada", en VVAA.: *La negociación colectiva en el escenario del año 2000 (XII Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1999.

— "El Texto Refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones 1/2002: la cristalización de las direcciones fundamentales de la política de "reforma social", *Revista de Derecho Social*, núm. 22, 2003.

— "Convenio colectivo modificativo y pensionistas (problemas sustantivos y de legitimación procesal)", en VVAA.: *Derecho Vivo del Trabajo y Constitución. Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Fernando Suárez González,* Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-La Ley, 2003.

— "La protección social complementaria de las pensiones. Los planes privados de pensiones", en VV. AA. (Monereo Pérez, J. L. y García Ninet, J. I. dirs. y Moreno Vida, M.ª N. y Vicente Palacio, A. coords.): *Comentario sistemático a la legislación reguladora de las pensiones*, Granada, comares, 2004.

MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: *Las especificaciones de los planes de pensiones del sistema de empleo. Un estudio técnico de la experiencia negociadora*, Granada, Comares, 2004.

— "Planes individuales y planes asociativos de pensiones", VV.AA. (Coord. López Cumbre, L.), *Tratado de Jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enrique de la Villa Gil con motivo de su jubilación*, Madrid, Iustel, 2007.

— *Los Planes de Pensiones en el Sector Público*, Cizur Menor, Aranzadi, 2008.

— *Planes y Fondos de Pensiones: propuestas de reforma*, Documento de Trabajo, Fundación Alternativas, núm. 137, 2008.

— *Los Planes y Fondos de Pensiones. Guía de Negociación Colectiva,* Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009.

— "La edad en los sistemas de previsión privada", VV.AA. (Dir. y Coord. Monereo Pérez, J. L. y Maldonado Molina, J. A.), *La edad de jubilación*, Granada, Comares, 2011.

MORENO ROYES, F., SANTIDRIÁN ALEGRE, J. y FERRANDO PIÑOL, A., *Los planes y fondos de pensiones. Comentarios al reglamento*, Madrid, C.D.N.-Ciencias de la Dirección, 1988.

ROMERO BURILLO, A. M., *Los planes de pensiones del sistema de empleo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2002.

SUÁREZ CORUJO, B., *Los planes de pensiones del sistema de empleo. Principios ordenadores,* Valladolid, Lex Nova, 2003.

TAPIA HERMIDA, A. J.: *Manual de Derecho de Seguros y Fondos de Pensiones,* Cizur Menor, Aranzadi, 1.ª ed., 2006.

VV. AA.: *El futuro de las pensiones en España. Seguridad Social y Fondos de pensiones*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985.

— *Los Fondos de Pensiones*, Madrid, Bolsa de Madrid, 1984.

— (Martínez Lafuente, A. dir.): *Estudios sobre planes y fondos de pensiones,* Barcelona, Ariel, 1989.

— (Monereo Pérez, J. L.; Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.ª N. dirs.), *Comentario al Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones*, Granada, Comares, 2003.

— *Los planes de pensiones en el sistema de protección social: el modelo de pensiones complementarias (VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social)*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 1997.

— *La previsión social complementaria en España. La empresa ante la exteriorización de los compromisos por pensiones*, Madrid, Edit-In, 2001.

— *Previsión social de las Administraciones Públicas Locales*, CASER-CAP, 2004.

— *Previsión Social 2003-2004*, Madrid, Francis Lefebvre, 2002.

JUBILACIÓN PARCIAL Y CONTRATO DE RELEVO

José Manuel López Gómez
Profesor Asociado de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

ÍNDICE

1. OBJETO
2. INTRODUCCIÓN, ANTECEDENTES
3. REQUISITOS PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA
4. RÉGIMEN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL
5. CONCLUSIONES

1. OBJETO

El objeto de esta comunicación es analizar la institución de la jubilación parcial anticipada y los contratos a tiempo parcial y de relevo asociado necesariamente a ésta, tras las reformas de la misma, Ley 40/2007, de 4 de diciembre y RDL 8/2010, de 20 de mayo, y la jurisprudencia recaída tras en este periodo[1].

2. INTRODUCCIÓN, ANTECEDENTES

La institución de la jubilación parcial/ contrato de relevo nace en nuestro país con la Ley 30/1984 con una claro objetivo de fomento del empleo juvenil o renovación generacional del empleo con una fórmula de empleo compartido, dada "La intensidad alcanzada por el paro juvenil", decía su exposición de motivos), secundariamente, pretendía instrumentar un sistema flexible y paulatino que permitiera un gradual acceso a la jubilación[2]. Sin embargo, inicialmente no parece que tuviera mucho éxito, por lo que las Leyes 12/2001 y Ley 24/2001 y el RD 1131/2002, reforman la institución con el expreso "propósito de introducir una mayor flexibilidad en el acceso a la jubilación, con la finalidad de que la edad de acceso a la misma esté dotada de los caracteres de gradualidad y progresividad"… "y a la vez que su puesto se cubra o por una persona desempleada o vinculada por contrato de duración determinada con la misma empleadora".

Por el contrario, la Ley 40/2007, bajo la presión de los Mercados financieros, acomete una Contrarreforma que endurece los requisitos para el acceso a la jubilación parcial, olvidando la política de empleo, no obstante establece un régimen transitorio para aliviar las medidas, que el RD 8/2010, suprime, poniendo fin a la aplicación paulatina y gradual prevista en aquélla.

No obstante, subsiste el RD 1131/2002, por supuesto en lo que no oponga a la legislación posterior, aunque se inspiraba en una línea de flexibilidad que la Contrarreforma quiere evitar, lo que dificulta la labor del interprete y pueden cuestionar la jurisprudencia que durante mucho tiempo ha interpretado las normas desde el prisma finalista.

---

[1] Por razones de espacio, queda al margen de este estudio la jubilación parcial "autónoma" o "postergada", art. 166.1 LGSS. Vid RODRIGUEZ PIÑERO, M., La flexibilidad de la edad de jubilación", RL nº 1/2003; ALARCÓN CARACUEL, M.R., "El concepto de jubilación flexible", Temas Laborales, nº 66, 2002, p.150 y ss.

[2] Siguiendo la Recomendación 1982/857/CEE, de 10 de diciembre, que disponía que "debería reconocerse al trabajador asalariado la facultad, durante un período determinado, de solicitar anticipadamente su pensión o, por el contrario, aplazarla más allá de la edad prescrita"

3. REQUISITOS PARA EL ACCESO A LA JUBILACIÓN PARCIAL ANTICIPADA

3.1. Beneficiarios

Según el art. 166 LGSS pueden acceder a la jubilación parcial los trabajadores por cuenta ajena, lo que, según reiterada jurisprudencia[3], excluye a los funcionarios, lo cual parece claro cuando están incluidos en el régimen de clases pasivas, pero no resulta tan obvio cuando están acogidos al RGSS, ya que el art. 67 EBEP, dispone que "procederá la jubilación parcial, a solicitud del interesado, siempre que el funcionario reúna los requisitos y condiciones establecidos en el Régimen de Seguridad Social que le sea aplicable", lo que ocurre en ese caso. No obstante, la jurisprudencia y algún sector doctrinal entienden[4] que esa norma no es directamente aplicable según la DA 7ª y el 67.2 EBEP y el que contrato de relevo no tiene cabida en la Función Pública. Sin embargo, la argumentación no parece sólida[5], porque la referencia de LGSS a los trabajadores por cuenta ajena no puede interpretarse en el contexto del ET, que excluye a los funcionarios de su ámbito, sino en el de la LGSS, que asimila funcionarios –incluidos en su ámbito- y trabajadores, ambos empleados por cuenta ajena, pues esa exclusión se refiere al trabajo por cuenta propia. Tampoco parece que el EBEP sea una norma programática que requiera desarrollo reglamentario para su aplicación, porque la previsión de "realizar un estudio que aborde la aplicación de la normativa de jubilación, entre los diferentes empleados públicos", no priva de eficacia, ni demora la vigencia de la norma, pues nada se dice de que durante la realización del estudio se suspenda la aplicación de las normas y, por último, nada impide que se realice un contrato de relevo por una Administración pública, pues la contratación laboral temporal ha sido admitida tradicionalmente desde la Ley 30/1984 y el trabajo a tiempo parcial ya se contempla en el EBEP. Tampoco admite la jurisprudencia[6] que el personal estatutario de las instituciones sanitarias pueda acogerse a la jubilación anticipada con similares argumentos.

No cabe duda que el personal laboral de las Administraciones públicas sí puede acogerse a la jubilación parcial anticipada, aunque han surgido dudas sobre si lo pueden hacer quienes previamente eran funcionarios públicos de alguna forma reconvertidos en personal laboral, entendiendo alguna STSJ que existe fraude de

---

[3] SSTSJ Navarra 4-12-2010, AS 196 ; Castilla y León, 5-11-2008, AS 2009\192; Murcia 11 y 14-4-2011, JUR 186016 y 176217; Asturias 2-12-2011, JUR 62131; P. Vasco 20-7- 2010, JUR 406487; SSTS 8-6.2000, AS 2966; 5-9-2000, JUR 307375.

[4] BARRIOS BAUDOR, G. y DEL VALLE DE JOZ, J.I., "Jubilación parcial y contratos de trabajo vinculados", 2010, 50

[5] LOPEZ CUMBRE, "La aplicación de la jubilación parcial en el empleo público", RJ Castilla y León. n.º 22, 2010, p. 61.

[6] STS 22-07-2009, RJ 5532, con voto particular; SSTSJ Andalucía 21-1, 17-7, 10-12, AS 932, 2594, 826/2010; Castilla León 11-3-2010, AS1522, entre otras muchas. Una crítica en de SOTO RIOJA, J.M., "la jubilación parcial y anticipada del personal estatutario de los servicios de salud", Temas Laborales, núm. 93, 2008, p. 257

Ley al pretenderse por esta vía acceder a una prestación a la que como funcionario no tendría derecho[7], pero es mayoritaria la tesis que sostiene que no puede considerarse fraudulento el propósito de aprovechar la oportunidad que ofrece la legislación pues, si con arreglo a Ley se ha convertido lícitamente en trabajador por cuenta ajena, tiene derecho a todas las ventajas que conlleva el estatus propio del personal laboral[8].

Dentro de ese concepto de trabajadores por cuenta ajena no entran los trabajadores por cuenta propia o autónomos y tampoco los socios trabajadores y socios de trabajo de cooperativas.

En cuanto a las relaciones laborales especiales, pueden ser beneficiarios los deportistas profesionales y artistas, pues el ET se aplica supletoriamente, más dudoso es el caso del personal de alta dirección y representantes de comercio, pues el ET sólo se les aplica por remisión directa, aunque la jurisprudencia ha admitido contratos a tiempo parcial y no se encuentran obstáculos para celebrar un pacto con el mismo contenido del contrato de relevo.

3.2. Realizar un trabajo a tiempo completo

Si durante la vigencia de la regulación previa a la Ley 40/2007 se planteaban dudas[9] sobre si un trabajador a tiempo parcial podía acceder a la jubilación parcial anticipada, la actual redacción del art. 166 LGSS no deja lugar a dudas, al referirse exclusivamente a "los trabajadores a tiempo completo".

3.3. Antigüedad

La Ley 40/2007, exige un nuevo requisito para acceder a la jubilación parcial anticipada: una antigüedad mínima de seis años en la empresa o el grupo empresarial, computándose a estos efectos la antigüedad acreditada en la empresa anterior caso de sucesión de empresas, para paliar posibles abusos, contrarios a la buena fe contractual[10]. Esta previsión, finaliza la polémica sobre el posible fraude de Ley que se podría suponer la contratación a una persona para acceder inmediatamente a la jubilación parcial anticipada, pero subsiste aún la cuestión sobre si el tiempo prestado como funcionario se computa como antigüedad en caso de su reconversión a personal laboral, pues algún TSJ, bajo la premisa de su inaplicación a los funcionarios, entiende que no, ya que no se puede establecer un nexo causal entre ambas relaciones [11], mientras que otros mantienen que debe computarse todo el tiempo tra-

---

[7] STSJ Cataluña 10-2-2010, AS 323

[8] SSTSJ Baleares 6-11-2007, AS 2008/304; Cantabria 11-5-2010, AS 1809; P. Vasco de 16-11 y 27-12-2010, AS 589 y 1327/2011.

[9] LÓPEZ GANDÍA, La jubilación parcial, cit., pág. 23y 34; CALVO GALLEGO, F.J., "El acceso progresivo a la jubilación. Del contrato de relevo a la jubilación parcial", 2002, p.65

[10] LALAGUNA HOLZWARTH, E., "La transformación y endurecimiento del acceso a la jubilación parcial. AS, BIB 2010\2073

[11] STSJ Cataluña 9-02-2011, AS 1028

bajado para la misma Administración[12], cualquiera que sea la naturaleza del vínculo, porque desde una interpretación literal y sistemática se considera que se exige una determinada "antigüedad en la empresa", pero no que toda la relación sea proceda de una vinculación contractual laboral.

La antigüedad exigida es de seis años ininterrumpidos lo cual no significa que el contrato deba tener una duración indefinida[13] y puede alcanzarse incluso aunque se haya cotizado durante algún periodo previo en otro régimen de seguridad social, aplicando el principio de que donde la ley no distingue no debemos distinguir", salvo que se aprecie fraude de Ley[14]. Tampoco puede exigirse que el periodo previo haya sido con contrato a tiempo completo durante los seis años, pues "la Ley no indica en absoluto que la vinculación laboral durante la totalidad de tal período lo sea también a tiempo completo"[15].

No obstante la Ley 40/2007 dispuso un régimen transitorio, como paracaídas, previendo que este requisito se introdujera de forma paulatina y gradual en el período comprendido entre el 1.1. 2008 y la entrada del año 2012, así en 2008 se exigían 2 años de antigüedad de la empresa, en 2009 3 años, en 2010, 4 años, y así sucesivamente hasta el año 2012, pero el RDL 8/2010, elimina el régimen transitorio establecido en la DT 17ª LGSS, salto ahora sin paracaídas.

3.4. Edad

Para el acceso a la jubilación parcial anticipada se requiere "Haber cumplido la edad de 61 años", si bien aparentemente y con carácter transitorio puede bastar tener 60 años, si se tuvo la condición de mutualista el 1.1.1967 –aunque , en tal caso, la cuantía de la pensión se reducirá en un 8% por cada año o fracción de año que, en el momento del hecho causante, le falte al trabajador para cumplir la edad ordinaria de jubilación, ahora 67 años.

Aunque en la reforma de la Ley 40/2007 este requisito se difería hasta el año 2014, estableciéndose un periodo transitorio, tras la entrada en vigor del RDL 8/2010, se exige desde un primer momento, si bien, en virtud de su DT 2ª, hasta el 31.12.2012, pueden acogerse a la jubilación parcial anticipada, reuniendo el resto de los requisitos, los trabajadores afectados por compromisos adoptados en EREs o por medio de Convenios y acuerdos colectivos de empresa, aprobados o suscritos, respectivamente, con anterioridad al 25.5.2010, fecha de su entrada en vigor, con edad de 60 años, si el relevista es contratado a jornada completa y duración indefinida, o 60 años y 6 meses si el trabajador relevista es contratado en otras condiciones.

---

[12] SSTSJ Cantabria 11-5-2010, AS 1809; P.Vasco de 16-11 y 27-12-2010, AS 589 y 1327/2011.
[13] En contra, LÓPEZ BALAGUER, M., "Jubilación parcial en el contrato de trabajo. Ley 40/2007…", 2008, p. 55.
[14] STSJ Valencia, 2-3-2010, AS 2011\360, con referencia al RETA, como socio industrial minoritario,
[15] STSJ P. Vasco de 3-6-2008, JUR 391493, 14-7-2009, AS 2561 y C-M de 16-3-2011, AS 1541

Por otra parte, la Ley 40/2007 suprime del 166,1 a) LGSS, la posibilidad de tener en cuenta bonificaciones o anticipaciones de edad, que se preveían en el RD 1311, art. 9, respecto a actividades penosas, tóxicas, peligrosas o insalubres (minería, mar, personal de vuelo, artistas y profesionales taurinos y discapacitados con mas de un 65% de minusvalía).

3.5. Periodo de carencia

El art. 166,1,b) reformado, exige "acreditar un período previo de cotización de 30 años, sin que, a estos efectos, se tenga en cuenta la parte proporcional correspondiente por pagas extraordinarias." [16], multiplicándose por más de dos las exigencias preexistentes a la Ley 40/2007, en la que sólo se requería un período mínimo de carencia genérico de 15 años, esto es, de 4700 días de cotización a los 5475 días reales[17]. También en este caso el periodo transitorio y gradual contemplado en la Ley 40/2007, en virtud del cual el período de carencia exigido se incrementaba anualmente en 3 años hasta el 2012, desde los 15 a los 30 años- se elimina, por el RDL 8/2010.

3.6. Acuerdo entre las partes de reducción de jornada

El art. 12.6 ET, exige igualmente el requisito de "acordar con su empresa una reducción de jornada y de salario". Sin el concurso de voluntades no, pues, posibilidad alguna de acceder a la jubilación parcial anticipada, no es pues un derecho perfecto, absoluto, sino un derecho individual relativo[18] sino "un derecho de opción potestativo" que requiere el consentimiento de ambas partes, no pudiéndose imponer a ninguna de ellas[19]. Respecto de la posibilidad de establecer la obligatoriedad de la jubilación parcial por convenio colectivo, la doctrina lo admite sólo respecto del empresario, pues considera irrenunciable el carácter voluntario de la conversión de un contrato a tiempo completo en otro a tiempo parcial (art. 12.4 e) ET)[20].

Aunque el art. 12.6 ET y la DA del RD 1131/2002, utilicen los términos "contrato de trabajo", mayoritariamente se entiende que se trata de "novación modificativa" que no extingue el contrato anterior, ni inicia un nuevo cómputo de la antigüedad[21]. No obstante, los términos parecen claros, se trata de un "nuevo"

---

[16] Cómputo que se tenía en cuenta en virtud de reiterada jurisprudencia: SSTS 10-6-1974, RJ 3021, 4-5 y 11-6 y 4-5/1992, RJ 3505, 4570 y 5569 respectivamente

[17] PAREDES RODRIGUEZ, J.M., "El «tijeretazo» en materia de Seguridad Social: RDL8/2010, AS, BIB 2010\1488

[18] LÓPEZ BALAGUER, "Jubilación parcial…", cit., pág. 61

[19] GARRIDO PÉREZ, E. "El contrato de relevo", 1987, p. 69. SSTSJ Madrid 16-4-2010 y C-L 29-1-2010, AS 1329

[20] GARRIDO PÉREZ, "El contrato de relevo", cit., p. 71; PUMAR BELTRAN, 2004, "La jubilación parcial como manifestación de flexibilidad", Temas Laborales núm. 82/2005. p. 143/144.

[21] CALVO GALLEGO, "El acceso progresivo…", cit., p.65; LÓPEZ BALAGUER, "Jubilación parcial…", cit., pág. 65.

contrato de trabajo[22], aunque puede considerarse una unidad contractual a efectos del cómputo del complemento salarial de antigüedad o similares y de posibles indemnizaciones, de hecho la DA 1ª *in fine* dispone que "la celebración del contrato del trabajador que se jubila parcialmente no supondrá la pérdida de los derechos adquiridos y de la antigüedad que correspondan al trabajador".

Para mayor seguridad jurídica y evitar fraudes, la DA 1ª RD 1131/2002, dispone "con carácter imperativo"[23] que el contrato de trabajo del trabajador que se jubila parcialmente ha de "formalizarse por escrito en modelo oficial", haciendo constar "los elementos propios del contrato a tiempo parcial, así como la jornada que realizaba antes y la que resulte como consecuencia de la reducción de su jornada de trabajo".

La reducción pactada de la jornada, según el art. 166.2 c) LGSS, debe estar "comprendida entre un mínimo de un 25% y un máximo del 75%, o del 85% para los supuestos en que el trabajador relevista sea contratado a jornada completa mediante un contrato de duración indefinida", incrementándose el mínimo de trabajo de jubilado exigido en la normativa precedente.

La distribución de la jornada de trabajo que proceda por la reducción pactada puede establecerse a conveniencia de las partes, por días, semanas, meses…incluso pueda producirse una concentración del trabajo en meses al año, lo que no lo convierte en un fijo discontinuo sino que seguiríamos ante un contrato a tiempo parcial "concentrado"[24], aunque alguna jurisprudencia considera fraude de Ley si todo el tiempo de trabajo se concentra al inicio de la jubilación consiguiéndose realmente una jubilación anticipada sin coeficientes reductores[25].

3.7. Contrato de relevo

El art. 12.6 ET establece como requisito imprescindible e inescindible, que la empresa concierte, simultáneamente al contrato a tiempo parcial del jubilado, un contrato de relevo, con objeto de sustituir la jornada de trabajo dejada vacante por el trabajador que se jubila parcialmente, conforme a las siguientes reglas:

a) "Se celebrará con un trabajador en situación de desempleo o que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada". Requisito que, según reiteradas SSTS[26] se entiende cumplido cuando el relevista, al momento de suscribir el contrato de relevo, se halla desempleado, aunque anteriormente –mediando días- haya estado vinculado con la empresa con un contrato indefinido a tiempo parcial (fijo-discontinuo), o hubiera estado contratado de forma indefinida, si está inscrito como desempleado

---

[22] DEL REY GUANTER, S. y GALA DURAN, C., "La jubilación gradual y flexible", 2004, p. 98.
[23] STS Andalucía 28-1- 2009, AS 939.
[24] LÓPEZ GANDÍA, La jubilación parcial, cit., pág. 40.
[25] STSJ Aragón 21-11-2007 JUR 2008\228923.
[26] SSTSJ Cataluña 10-5-2010, JUR 305996, Navarra 30-7-2002, AS 3153 y Cantabria 25-5-2010 AS 1864.

días antes o temporalmente durante varios años con diversos contratos encadenados. Es más, se considera en desempleo a quien presta servicios a tiempo parcial y busca una mejora de empleo[27], "desempleado parcialmente", "porque no cabe considerar, a estos efectos, que el reglamento imponga la situación legal de desempleo referida en el art. 208 LGSS". Todo ello, salvo que se acredite fraude de Ley, que no se puede presumir, salvo prueba en ese sentido[28]. En efecto, la referencia "situación de desempleo" no se puede identificar con la "situación legal de desempleo", que se exige para causar derecho a la prestaciones, ya que la institución del contrato de relevo constituye una medida de fomento de empleo, que debe incluir necesariamente a los jóvenes que desde otra interpretación quedarían excluidos de la posibilidad de contrato de relevo[29]. Pero, teniendo en cuenta que la finalidad de la norma es tanto que se pueda acceder a la jubilación como que se reparta el empleo[30], no puede apoyarse una práctica que en realidad amortice el puesto de trabajo, pues lo que pretende la norma es que se mantenga .en su conjunto el nivel de empleo de la empresa, conforme a una interpretación histórica y sistemática, pues no es lo mismo "estar inscrito" que "estar en desempleo".

Ciertamente, la actual redacción del art. 12 ET permite realizar el contrato de relevo con un trabajador que tuviese concertado con la empresa un contrato de duración determinada, pero ello, en sentido contrario, no implica que se pueda contratar a un trabajador fijo de plantilla, ni aunque lo fuera a tiempo parcial[31], o con sucesivos contratos encadenados, que, por vía de hecho acredita una necesidad indefinida.

b) El contrato debe formalizarse "por escrito en modelo oficial" y debe especificar "el nombre, edad y circunstancias profesionales del trabajador sustituido y las características del puesto de trabajo que vaya a desempeñar el trabajador relevista". La forma escrita y sus menciones tiene carácter solemne[32], por lo que su incumplimiento, además de las consecuencias respecto de las presunciones de indefinición de los contratos, acarreará también la responsabilidades económicas respecto del abono por el empresario del importe de la pensión.

---

[27] STSJ P. Vasco, de 7-6-2010, AS 2496; Valencia, de 19-2-2009, AS 1479; Madrid 27-5-2010, JUR 2011\35052.

[28] Excepción, STSJ Rioja 28-6-2010, AS 1718, "el fin último de la norma ... no se cumple cuando se disimula formalmente una situación de empleo estable, transformándola ficticiamente en una situación de desempleo, al apreciarse fraude de Ley".

[29] En contra parece, VALDÉS ALONSO, Concepto de desempleo a efectos del contrato de relevo, AS 5/2011.

[30] CALVO GALLEGO, "El acceso… ", cit., p.150; IGARTUA MIRO, M.T, Jubilación parcial y contrato de relevo. Problemas relativos a la interpretación del requisito de estar "desempleado" impuesto al relevista AS 18/2002, BIB 2002\2282, LÓPEZ BALAGUER, "Jubilación parcial…", cit., pág. 80.

[31] LÓPEZ BALAGUER, "Jubilación parcial…", cit., pág. 81.

[32] STS Andalucía 28-1- 2009, AS 939.

c) La duración del contrato de relevo puede ser indefinida o determinada, en este caso por un periodo mínimo, igual al tiempo que falte al trabajador jubilado parcialmente para alcanzar la edad de 65 años, siempre que la reducción de la jornada de éste sea inferior al 75%, porque si llega hasta el máximo permitido del 85%, el contrato ha de ser indefinido. Salvo este supuesto, se da la opción de elegir bien un contrato indefinido, bien un contrato de duración determinada, "como mínimo" hasta la fecha en la que se prevea que el jubilado parcial cumplirá 65 años[33]. Lo que parece extraño es que se prevea una mayor duración temporal, sin apoyo en causa alguna, que permite fijar aleatoriamente cualquier otra fecha posterior, incluso un término cierto, que rompe el tradicional principio de causalidad en la contratación de duración determinada.

Si el contrato de relevo se concierta por tiempo determinado, su duración se extiende como mínimo hasta la fecha en la que el trabajador relevado cumpliera 65 años, se trata, por tanto, de un contrato de duración determinada a tiempo cierto, sometido a término resolutorio, sin que la regulación de este contrato permita su extinción antes de la fecha cierta en él prevista, por extinción del contrato del trabajador relevado. En efecto, el puesto de trabajo –entendido en un sentido amplio- del trabajador que accede a la jubilación parcial cubierto originariamente, mediante contratación de duración indefinida o determinada, debe mantenerse hasta que aquél alcance la edad de 65 años, según dispone la DA R.D. 1131/2002, incluso, según esa norma, «si el trabajador jubilado parcialmente fuera despedido improcedentemente antes de cumplir la edad que le permite acceder a la jubilación ordinaria o anticipada y no se procediera a su readmisión, la empresa deberá ofrecer al trabajador relevista la ampliación de su jornada de trabajo y, de no ser aceptada por éste dicha ampliación, deberá contratar a otro trabajador en quien concurran las circunstancias a que se refiere el apartado anterior».

Así se observa que la institución de la jubilación parcial, indisolublemente ligada al contrato de relevo, persigue un doble propósito: por una parte, facilitar la transición progresiva de la vida activa al retiro, y por otra mantener al mismo tiempo en beneficio de un trabajador relevista el empleo o puesto de trabajo parcialmente vacante como consecuencia de la jubilación parcial[34], hasta el punto de que los posibles incumplimientos de esta obligación generan, además de los que procedan en cada caso, responsabilidades económicas, pues el empresario se verá obligado a abonar a la entidad gestora el importe devengado de la prestación de jubilación parcial desde el momento de la extinción del contrato hasta que el jubilado parcial acceda a la jubilación ordinaria o anticipada.

d) En cualquier caso, el contrato de relevo debe mantenerse hasta que el jubilado cumpla los 65 años. La obligación de mantener el puesto de trabajo,

---

[33] Añadido este extremo en la reforma de 2007, zanja a polémica de cual era la edad ordinaria de jubilación.
[34] STS 4.10.2010, RJ 7999.

contratando en su caso a otro relevista, subsiste no solo en caso de despido improcedente, sino que se extiende a otros casos de extinción[35], incluido el despido objetivo por causas económicas del jubilado parcial o del relevista, el fallecimiento o caso de que el jubilado parcial pase a la situación de jubilación total anticipada, pues la finalidad de la institución del empleo-jubilación parcial es armonizar o combinar los intereses de las partes sobre la base de mantener el volumen de empleo.

El deber de mantener puesto persiste incluso cuando el relevista pasa a la situación de excedencia voluntaria[36], pues "el término "cese" referido al trabajo no es necesariamente equivalente a los supuestos de extinción del art. 49 E, sino que, en este contexto, incluye los supuestos de cese temporal que constituyan un incumplimiento total o de larga duración del deber empresarial de contratación de un trabajador relevista, pues el objetivo de mantener el empleo vacante no se podría alcanzar de otra forma. Por el contrario, no se requiere la sustitución del relevista que, por razones de guarda legal de un menor, reduce su jornada al 50%, al permanecer el contrato de relevo[37]. Tampoco si la extinción del puesto de trabajo se produce mediante un expediente de despido colectivo total (ERE), pues en ese caso la jurisprudencia[38] exonera de responsabilidad al empleador porque la obligación de contratar se hacía inviable, ni por subrogación, en caso de cambio de titularidad de la empresa[39].

Aunque la DA 2ª.3 del RD 1131/2020 exige que las nuevas contrataciones se hagan "en la modalidad de contrato de relevo", "tanto si se trata de sustituir al relevista como si se trata de sustituir al trabajador que había reducido parcialmente su jornada de trabajo", en caso de suspensión de la relación laboral del relevista, el contrato del segundo relevista podría ser de interinidad, haciendo depender su duración del reingreso en la empresa del primer relevista sustituido, carácter de interinidad se superpone –no se contrapone– a la naturaleza del contrato de "relevo", pues, la interinidad modula la duración del segundo contrato del relevista sustituto, pero no desvirtúa la naturaleza del contrato de relevo en cuanto a su objeto y finalidad[40].

Finalmente, si, al cumplir dicha edad, el trabajador jubilado parcialmente continuase en la empresa, el contrato de relevo de duración determinada puede extinguirse, pero también puede prorrogarse mediante acuerdo de las partes por períodos anuales, extinguiéndose, en todo caso, al finalizar el período correspondiente al año en el que se produzca la jubilación total del trabajador relevado, art 12.7.b) ET, por lo que se introduce un nuevo contrato a término, no causal.

---

[35] SSTS 22.9. 2010, RJ 7575 y 25.2. 2010, RJ 1477; STSJ Madrid 26-2-2007, JUR 323252.
[36] SSTS 8 y 9.7.2009 (RJ 4561 y 6084), 7.12.2010, RJ 1294.
[37] STS de 23 junio 2011 RJ 2011\5433.
[38] SSTS de 29/5/08 (RJ 3465), de 23/6/08 (RJ 4460) y de 16/9/08 (RJ 7640).
[39] SSTS de 25/1, 18 y 20/5/10 (RJ 643, 5298 y 5327).
[40] STS 4.10.2010, RJ 7999 y 7.12.2010, RJ 1294.

e) La duración de la jornada, deberá ser, como mínimo, igual a la reducción de jornada acordada por el trabajador sustituido (12.7 c ET), no obstante, la distribución de la jornada de trabajo será la que se acuerde entre las partes, con los límites legales o convencionales de cualquier contrato, pero no tiene porque coincidir con la dejada vacante por el trabajador relevado, existiendo independencia entre ellas, hasta el punto que el propio precepto aclara que "el horario de trabajo del trabajador relevista podrá completar el del trabajador sustituido o simultanearse con él".

Se admite que, pactada originariamente una jornada inferior a la ordinaria, posteriormente se acuerde su ampliación llegando, incluso a la jornada completa, sin que este hecho implique fraude de Ley[41], pues no se persigue un fin distinto al previsto en el ordenamiento jurídico, sino que puede ser una buena práctica permitida por éste, incluso fomentada.

En cualquier caso, según el art. 12,2 RD 1131/2002, si, dentro de los limites correspondientes, el jubilado parcial acuerda un incremento del porcentaje de reducción de jornada, sólo previsto por periodos anuales, el relevista tiene derecho a incrementar también su jornada en el mismo porcentaje, pero si no acepta la ampliación, el empresario debe celebrar un contrato de de relevo con otro a tal fin. La norma, a estos efectos, no distingue el contrato del relevista era a tiempo parcial o a tiempo completo, por lo que se ha considerado[42] que a falta de previsión procedería, no la ampliación del relevista a tiempo completo, sino a la celebración de un nuevo contrato de relevo como mínimo para cubrir la nueva reducción de jornada, aunque parece una interpretación algo forzada, dado que el precepto sólo establece como tope máximo la jornada completa, y esa interpretación tendría un efecto disuasorio para contratar desde el inicio a tiempo completo[43].

f) "El puesto de trabajo del trabajador relevista podrá ser el mismo del trabajador sustituido o uno similar, entendiendo por tal el desempeño de tareas correspondientes al mismo grupo profesional o categoría equivalente" (art. 12.7 d) ET), incluso, "en los supuestos en que, debido a los requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial, el puesto de trabajo que vaya a desarrollar el relevista no pueda ser el mismo o uno similar que el del jubilado parcial, deberá existir una correspondencia entre las bases de cotización de ambos, en los términos previstos en el artículo 166.2.e) LGSS", que exige que base de cotización del relevista no sea inferior al 65% de la base de cotización del jubilado parcial . Por tanto, del tenor de esta regulación se puede apreciar que se dota de una amplia

---

[41] STSJ Castilla León, 26-9-2007, AS 2008\557. Sin embargo, la STS Aragón 21-11-2007 JUR 2008\228923, considera que si coincide la prestación laboral a tiempo completo de la relevista con la prestación laboral de la relevada, también a tiempo completo a consecuencia de la concentración en un solo periodo de la jornada parcial contratada existe fraude de Ley.

[42] DEL REY GUANTER y GALA DURAN, "La jubilación gradual…, p. 104.

[43] LÓPEZ GANDÍA, La jubilación parcial, cit., p. 41, LÓPEZ BALAGUER, "Jubilación parcial…", cit., p. 98.

flexibilidad a este contrato, ya que admite una cierta desconexión entre las funciones de la persona relevista - al igual que hemos visto en cuanto a su jornada y horario- y las de la jubilada o relevada, sin que pueda establecerse relación de interdependencia entre contrato del jubilado parcial y el de relevo[44]. En ese sentido, la jurisprudencia menor sostiene que para establecer el contenido del puesto de trabajo del relevista puede acudirse en primer lugar a los criterios de para el establecimiento del sistema de clasificación profesional del art. 22.1) ET, por categorías o grupos profesionales, pudiéndose incluir tanto diversas categorías profesionales como distintas funciones, especialidades, profesionales.

g) Pero es que además de no existir esa identidad o similitud entre las funciones del relevado y relevista, la clave para entender correcto o no el contrato de relevo la proporciona la correspondencia entre las bases de cotización ambos en los términos previstos en el art. 166.2e) LGSS . Por tanto, lo determinante no son las funciones que realizan que la base de cotización del relevista no sea inferior al 65% de la base de cotización del jubilado parcial[45]. No obstante surgen dudas, dada la remisión al reglamento que realiza el propio art. 12.7 ET para la determinación del concepto "requerimientos específicos del trabajo realizado por el jubilado parcial", a efectos de "considerar que el puesto de trabajo del trabajador relevista no pueda ser el mismo o uno similar al que venía desarrollando el jubilado parcial, pues bien podría entenderse que hasta tanto no se determinen en los requisitos las tareas a realizar no podrían exceder de las correspondiente a la categoría o grupo profesional del relevado.

h) El contrato de relevo puede celebrarse por tiempo indefinido o por tiempo determinado, hasta que el trabajador jubilado parcialmente alcance la edad de sesenta y cinco años. En el primer caso, podrá extinguirse por las mismas causas que cualquier relación laboral indefinida. En el segundo caso, el contrato puede extinguirse por las causas establecidas en el art. 49 ET, en especial, cabe señalar la extinción por decisión unilateral del empresario cuando se alcance el término resolutorio acordado, fecha de cumplimiento de la edad de 65 años del relevado (¿"o superior"?), prevista en el art. 49.1c) ET.

Así, el contrato de relevo se configura como un contrato sometido a término resolutorio, en principio a fecha cierta, sin que del tenor de precepto se pueda desprender que se encuentra sometido a condición –la vida del contrato del jubilado

---

[44] GARRIDO PÉREZ, "El contrato de relevo", cit., p. 87, LÓPEZ BALAGUER, "Jubilación parcial…", cit., p. 9.

[45] SSTS Pais Vasco, 7-7 y 27-4-2010, AS2496, AS 2010\2405; SSTSJ de Cataluña 9-2-2009, 2010\157162; Aragón de 26-10-2009,AS 2010/742 de Valencia de 31-3-2009, JUR 259652.

parcial– o que se trate de un contrato de interinidad[46], pues no se trata de sustituir a un trabajador con contrato en suspenso con reserva de puesto de trabajo, por ello, la extinción del contrato a tiempo parcial de relevado, no influye en la vida de la relación laboral del relevista, ni tampoco la extinción de la jubilación parcial debiera afectar a esta otra relación[47]. De la misma forma, caso de que el jubilado parcial decida prorrogar su situación más allá de los 65 años el contrato de relevo no se prorroga de forma automática, sin perjuicio de la posibilidad de acordar prórroga indefinida o anual.

Sin embargo, algunos TSJ[48] mantienen la teoría de la conexión entre la duración de ambos contratos, de forma que "si el contrato de relevo tuviese una duración determinada, el término previsto puede cambiar por circunstancias específicamente vinculadas a los avatares que experimente el contrato a tiempo parcial del trabajador sustituido. En concreto, si este contrato se extingue, también el de relevo se tiene que extinguir, aun cuando su duración prevista inicialmente fuera otra, … so pena, en tal caso, de desnaturalizar el contrato de relevo y convertirlo en contrato ordinario, cuya extinción, por tanto, se desvincularía por completo de la jubilación del trabajador relevado. Pero esa doctrina puede considerarse superada, por la propia Ley que actualmente respecto de la duración del contrato de trabajo se refiere claramente a la edad de 65 años, frente a la anterior redacción que la fijaba en función de la edad ordinaria de jubilación y por el TS que sostiene que las dos situaciones jurídicas, contrato de relevo y contrato a tiempo parcial/jubilación parcial, se interdependizan, pues, aunque, en su origen el contrato de relevo surge de una novación del contrato de trabajo del relevado que convierte su relación de trabajo en empleo a tiempo parcial, esta conexión originaria no determina una dependencia funcional del contrato de relevo respecto de la situación de jubilación-empleo parcial, pues se trata de una conexión meramente externa, de coordinación y no de subordinación de un contrato a otro, hasta el punto que el contrato de relevo puede ser desde el principio indefinido[49]. Por ello, en caso de fallecimiento del trabajador-jubilado parcial, la jurisprudencia[50] sostiene que la muerte del trabajador relevado es, ciertamente, causa de la extinción de su contrato de trabajo, pero tal acontecimiento no tiene incidencia en el contrato de trabajo del relevista, el cual, se haya suscrito por tiempo indefinido o por una duración determinada, se mantiene

---

[46] LÓPEZ GANDÍA, La jubilación parcial, cit., p. 77; CALVO GALLEGO, F.J., "El acceso progresivo…, cit., p. 158, LÓPEZ BALAGUER, "Jubilación parcial…", cit., pág. 90; STSJ Galicia 18-12.2010, AS 270; STS 11.3.2010 RJ 1481 "ninguna similitud cabe establecer entre el relevo y la interinidad en cuanto a naturaleza y fines, exceptuando el carácter temporal".

[47] STSJ Castilla León 17.9.2009, AS 2415, País Vasco 26-9-2006, AS 2007/871; STSJ Aragón, 27.12.2010, AS 2011\174, caso de jubilación total anticipada del jubilado parcial. Incluso, se extiende esa consideración a múltiples situaciones, la declaración del sustituido en situación de incapacidad permanente, la ejecución de otro trabajo por parte del sustituido y la muerte del trabajador relevado,": STSJ Madrid11.9.2009, AS 2010\16.

[48] STSJ Madrid11-9.2009, AS 2010\16.

[49] STS 25.2.2010 RJ 1477. P Vasco 26.9.2008,AS 2007\871.

[50] STS 25.2.2010, RJ 1477, STSJ Valencia 28.6.2010, AS 2503.

vivo y vigente. Incluso[51], la extinción del contrato de trabajo del relevado por el ERE, no supone la extinción del propio contrato de relevo, el cual, conforme al art. 12.6 ET, sigue en vigor, por lo menos, hasta que se produzca la llegada del término pactado.

Con independencia de lo anterior, la extinción del contrato de relevo por la llegada del término pactado genera el derecho a la indemnización de 8 días de salario por año trabajado pues, en todo caso, no cabe realizar una interpretación extensiva de una norma restrictiva de derechos, como la del 49 c) ET que exceptúa de dicha indemnización a los contratos formativos y de interinidad[52].

4. RÉGIMEN DE LA JUBILACIÓN PARCIAL

4.1. Hecho causante

El hecho causante de pensión se entiende producido el día del cese parcial en el trabajo que se viniera realizando, siempre que se hayan suscrito los correspondientes contratos a tiempo parcial y de relevo, sin que las posibles irregularidades que pueda cometer el empleador, en la contratación o respecto de la obligación de mantener el empleo, puedan incidir en la pensión del jubilado parcial, sin perjuicio de las responsabilidades económica del empresario, aplicando por analogía[53] la regla establecida en la DA 2ª RD 1131 para el caso de incumplimiento de mantenimiento del empleo, ya que "las posibles irregularidades de la contratación entre la empresa y el sustituto podrán originar los perjuicios correspondientes para ambas partes contratantes, pero no se proyectan a la jubilación anticipada del trabajador sustituido, salvo el caso de que se alegue y pruebe su participación en tales irregularidades"[54]. No obstante, algún autor tacha esta doctrina judicial de contemplar la institución sesgadadamente, desde la óptica del tránsito a la jubilación, olvidando la función de reparto de empleo, desde cuya óptica, el contrato de relevo es presupuesto insoslayable[55].

4.2. Cuantía

La cuantía de la pensión de jubilación parcial (art. 12.1 RD 1131/2002) se calcula aplicando el porcentaje de reducción de jornada acordada al importe de pensión que le correspondería, según los años de cotización acreditados en el momento del hecho causante, si fuera jubilación total, pero sin aplicar el coeficiente adicional

---

[51] STSJ Castilla León 17.9.2009, AS 2415.
[52] STS 11.3.2010 RJ 1481.
[53] LÓPEZ GANDÍA, La jubilación parcial, cit., p. 63.
[54] SSTS 22-9-2006, RJ 2006/6596 y 15.6.2010, RJ 7119; SSTSJ Cantabria 12.12.2006, AS 2007\27; 3.3.2010, JUR 2010\357938; Madrid 8.4.2011, AS 2011\114; Cataluña 17.9.2009, JUR 242508 LÓPEZ GANDÍA, La nueva regulación de la jubilación parcial tras la reforma del 2007, 2008, p. 60.
[55] RODRIGUEZ CARDO, I.A., Jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible", 2010, p.177.

del 2%, correspondiente sólo mayores de 65 años(art. 163.2 LGSS) , por lo que no podrá exceder del 100%. Cabe resaltar que, a diferencia con la jubilación anticipada total, no se aplican coeficientes reductores de los porcentajes a aplicar en función de la edad, lo que hace que se haya utilizado esta modalidad en detrimento de la jubilación anticipada y se presente como alternativa suprimida la posibilidad de jubilación anticipada a los 64 años.

Aunque el art. 12.3 RD 1131/2002, dispone que, en los supuestos de pluriempleo, para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación parcial, "sólo se tendrán en cuenta las bases de cotización correspondientes al trabajo desempeñado hasta dicho momento y que es objeto de la correspondiente reducción de jornada". Si el importe de la pensión, así calculada, fuera inferior al que resulte de aplicar ese porcentaje al importe de la pensión mínima vigente en cada momento para los jubilados mayores de 65 años, se aplican los complementos de mínimos correspondientes, aunque no se establece expresamente la misma regla para el límite máximo de la pensión. El jubilado parcialmente por lo demás tiene garantizada la revalorización de su pensión en los mismos términos que las pensiones contributivas y el reconocimiento y percepción de las prestaciones sanitarias, tanto médicas como farmacéuticas, así como de las prestaciones de servicios sociales, según los arts.. 12.4 y 17RD 1131/2002.

De común acuerdo, jubilado parcial y emperador, pueden acordar la ampliación del porcentaje de reducción de jornada, dentro de los topes previstos (75 % u 85 %, según los casos), incrementándose igualmente la cuantía de la pensión aunque no en cualquier momento, sino por períodos anuales, siempre que también se hubiera ampliado el contrato de relevo o contratado a un nuevo relevista, como ya hemos visto.

4.3. Compatibilidades e incompatibilidades

Por definición, la pensión de jubilación parcial resulta compatible con el trabajo que se ha reducido (art. 12.6 ET) e igualmente resulta compatible, en su caso, "con otros trabajos a tiempo parcial anteriores a la situación de jubilación parcial, siempre que no se aumente la duración de su jornada", incluso, con los trabajos a tiempo parcial concertados con posterioridad, cuando se haya cesado en los trabajos que se venían desempeñando en otras empresas, siempre que no se aumente la duración de la jornada realizada, previsión que debiera extenderse también a los casos en que se celebra un nuevo contrato a tiempo parcial una vez extinguido el que, en su momento, supuso el reconocimiento de la pensión, siempre que su jornada fuera igual o inferior a aquélla[56]. Como consecuencia lógica de lo anterior también se considera compatible con la prestación de desempleo, y con otras prestaciones sustitutorias de las retribuciones que correspondieran a los trabajos a tiempo parcial concertados con anterioridad a la situación de jubilación

[56] DEL REY GUANTER, S. Y GALA DURÁN, C., "La jubilación gradual…,p. 111.

parcial. Expresamente no se dispone pero parece lógica su compatibilidad con las prestaciones por incapacidad temporal referidas al trabajo a tiempo parcial del jubilado[57].

De una lectura en sentido contrario del 14.1 a) RD 1131/2002 se desprende que la pensión resulta incompatible con trabajo a tiempo completo para otra empresa, aunque se hubiera iniciado con carácter previo al reconocimiento de la pensión[58]. Por la misma razón, la pensión de jubilación parcial es incompatible con nuevos contratos a tiempo parcial y con actividad por cuenta propia[59], aunque parte de la doctrina[60] sostiene el art. 14 no se refiere a los supuestos de pluriactividad y la cautela no tiene sentido frente a la situación originaria sino sólo frente a la sobrevenida pero olvida que en el trabajo por cuenta propia no cabe control para que se mantenga a tiempo parcial, ni se contempla el alta parcial.

También es incompatible con posible ampliación de la dedicación de los contratos a tiempo parcial antes señalados, pues en estos casos, la pensión de jubilación parcial queda en suspenso. En tal caso, se plantea el problema del cálculo de la pensión tras el periodo de suspensión, sosteniéndose que se debe recalcular el importe, teniendo en cuenta las bases de cotización del periodo de suspensión[61], pero parece mas correcto aplicar las reglas comunes de la suspensión de la pensión de jubilación total, por analogía.

La pensión de jubilación parcial (art.14.2 RD 1131/2002) es incompatible con las pensiones de IPA y gran invalidez, con las de IPT para el trabajo que dio lugar a la jubilación parcial y con la pensión de jubilación derivada de otra actividad distinta a la realizada en el contrato de trabajo a tiempo parcial. Se llega[62] incluso a considerar que la compatibilidad es admisible incluso cuando la IPT tiene origen en la misma la relación laboral previa en misma con la que se pacta la reducción de jornada, cuando la incapacidad es para otra categoría profesional, distinta a la realizada ahora a tiempo parcial, por ascenso o reclasificación profesional, pues cambiar de categoría o grupo profesional supone un cambio de "trabajo" y no "el mismo trabajo. Estas posiciones parten de una dudosa interpretación literal del precepto, pues bien se podría entender que distinto "trabajo", en el contexto sistemático del art. 14 RD 1131/2002, distinta relación laboral en otra empresa, esto es devengada desde una situación de pluriempleo, pues resulta contradictorio que la pérdida de una renta profesional se proteja a la vez con dos prestaciones, aún cuando tienen la misma finalidad de sustitución, al menos, no se debería computar

---

[57] LÓPEZ GANDÍA, La nueva regulación de la jubilación…, cit., p. 68.
[58] STSJ Aragón 18-3-2009, JUR 274622: si previamente se ha convertido a tiempo parcial podría apreciarse fraude de Ley.
[59] STSJ Aragón 26-10-2009, JUR 483316.
[60] LÓPEZ GANDÍA, La nueva regulación de la jubilación…, cit., p. 69.
[61] CALVO GALLEGO, "El acceso progresivo a la jubilación…", cit., p.128, LÓPEZ GANDÍA, La nueva regulación de la jubilación…, cit., p. 69.
[62] SSTSJ P.Vasco 12-1-2010, AS 1239, Aragón 13-3-2011, JUR 237015 y Andalucía 14-12-2007 JUR 189540.

a efectos de la pensión de jubilación las cotizaciones previas a la declaración de IPT[63]. En todo caso, a la postre resultará incompatible cuando se acceda a la pensión de jubilación definitiva.

Extinción (art. 16 RD 1131/2002), la pensión de jubilación parcial se extingue por el fallecimiento del pensionista, el reconocimiento de la jubilación ordinaria o anticipada o el reconocimiento de una pensión de IP incompatible. Se prevé igualmente como causa de extinción de la pensión la consiguiente extinción del contrato de trabajo a tiempo parcial, realizado por el jubilado parcial, pero no se considera así caso de que se sustituya por otro empleo, igualmente a tiempo parcial, incluso, si éste supone un aumento de dedicación, simplemente se produce un ajuste proporcional del porcentaje de jubilación[64].

Sin embargo, se exceptúa de esa regla la extinción del contrato de trabajo declarada improcedente. Tampoco se produce la extinción de la pensión cuando se devengue la prestación de desempleo, compatible con la jubilación parcial, o a otras prestaciones sustitutorias, en cuyo caso la extinción de la jubilación parcial se produce en la fecha de la extinción de las mismas, aunque el cese tuviera origen en un despido objetivo, procedente o consentido, o en un ERE extintivo[65], pero no se puede compartir que se extinga la pensión cuando el cese en las prestaciones por desempleo se produce por la suscripción de nuevo un contrato a tiempo parcial[66] pues parece una interpretación muy rigurosa, contradictoria con las reglas de compatibilidad y desincentiva la búsqueda de empleo, ya que, al fin y al cabo, se sustituye un contrato a tiempo parcial involuntariamente perdido por otro de las mismas características.

4.4. Tránsito a la jubilación total

Llegada la edad correspondiente, el trabajador acogido a la jubilación parcial voluntariamente podrá solicitar la pensión de jubilación ordinaria o anticipada. No obstante, el art. 18 RD 1131/2002 dispone algunas especialidades, la principal es que, para el cálculo de la base reguladora de la pensión definitiva, se tienen en cuenta las bases de cotización correspondientes al período de trabajo a tiempo parcial, incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido de haber realizado la jornada a tiempo completo[67].

En el supuesto de que el empleador hubiera incumplido sus obligaciones respecto del mantenimiento del empleo, o no hubiese efectuado las oportunas

---

[63] El TS no ha considerado que exista contradicción con otras SSTS, Auto de 15.7. 2010 JUR 2010\354016

[64] STSJ Cataluña 10-4-2008, JUR180083. En contra, STS Aragón 28-12-2007, JUR 184436.

[65] SSTSJ, Madrid, 30-1-2009, JUR, 155972, La Rioja de 11-9-2009, JUR 437377 y Castilla León de 23-2-2010, AS 1439.

[66] En contra, si se causa baja sólo parcialmente en las prestaciones de desempleo, STSJ Cataluña de 23-3-2009, JUR 395845.

[67] Aunque se alude al porcentaje de jornada desarrollado antes de pasar a la situación de jubilación parcial, como ya vimos, tras la Ley 40/2007, sólo cabe provenir de una jornada a tiempo completo.

cotizaciones, la base reguladora se calcula teniendo en cuenta el incremento de las bases de cotización hasta el cien por cien[68], pues, como ha establecido la STS[69], dicho precepto establece que, para disfrutar de ese incremento ficticio de las bases de cotización, es condición que la jubilación parcial "se hubiese simultaneado con un contrato de relevo", pero tal exigencia debe entenderse como que el contrato de relevo se haya celebrado a su debido tiempo, pero en ningún caso de forma que se haga recaer sobre el jubilado parcial las consecuencias de un incumplimiento que no es suyo sino del empresario.

5. CONCLUSIONES

a) En un país que tiene el triste dato de soportar la mayor tasa de jóvenes en desempleo –42%– de la OCDE, triplicada en los tres últimos años, una institución como el contrato de relevo, vinculado a la jubilación parcial, como mecanismo de aseguramiento del puesto de trabajo y relevo generacional, parece como antaño, absolutamente necesario, es más posiblemente se requiere una Reforma, que lejos de obstaculizarlo, potencie que el trabajador relevista sea efectivamente un joven desempleado y que se asegure el mantenimiento del empleo.

b) Desde el punto de vista del equilibrio del Sistema financiero de la Seguridad Social, se viene manteniendo la inviabilidad de la jubilación anticipada[70], pero si se piensa en el medio y largo plazo, asegurar el mantenimiento de un puesto de trabajo y la incorporación de un cotizante joven parece más oportuno que la política de ahorro a corto plazo, que deja sin perspectivas profesionales a una juventud que empieza a mostrar su indignación.

c) Las reformas de 2007 y su versión endurecida de 2010, olvidan que las relaciones entre jubilación parcial y contrato de relevo no sólo tratan de adelantar paulatina y progresivamente la edad de jubilación, sino que se sitúan en la perspectiva de la política de empleo, a su vez al servicio de la viabilidad del Sistema, dada la interrelación política de empleo y seguridad social.

d) La sucesión de reformas y contrarreformas han producido disfunciones y seguramente se requiere una reforma, al menos a nivel reglamentario[71], dado que la interpretación de las normas ha sido muy flexible, más enfocada hacia el derecho a la pensión que a la creación de empleo, sin embargo, la Ley 40/2007 y el RD 8/2010 se limitan a endurecer los requisitos para el acceso a la jubilación parcial, olvidando la política de empleo.

---

[68] En contra, RODRÍGUEZ CARDO, Jubilación parcial…", cit., p. 398.
[69] STS 15.7.2010, RJ 7119, En coherencia con la STS de 22-9-2006, RJ 6596, ya citada.
[70] PAREDES RODRÍGUEZ, J.M., "La jubilación parcial en el Sistema español de S. Social", 2008, p. 212.
[71] RODRÍGUEZ CARDO, Jubilación parcial…", cit., p. 268.

NUEVO MARCO NORMATIVO DE LA JUBILACIÓN Y FUNCIONALIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Ramón López Fuentes
Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

ÍNDICE

1. CUESTIONES PRELIMINARES: JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO
2. FUNCIONALIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR: ASPECTOS PRINCIPALES EN LOS QUE PUEDE INTERVENIR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA A EFECTOS DE JUBILACIÓN
3. EDAD Y EMPLEO: UN DEBATE PERMANENTE
4. CONCLUSIONES

1. CUESTIONES PRELIMINARES: JUSTIFICACIÓN DEL TRABAJO

La necesidad de reformas estructurales se viene utilizando como caballo de batalla para hacer frente a la situación de "pertinaz" crisis que venimos arrastrando en los últimos años. Sin embargo, cada vez son más los críticos con las medidas que hasta ahora han sido adoptadas para reducir el déficit público y controlar el gasto, pues, fundamentalmente las mismas se han centrado en aspectos concretos relacionados con garantías y derechos laborales (reforma del mercado de trabajo, sistema de pensiones y negociación colectiva). Cuestiones que, por su sensibilidad social y sin entrar en sobre la necesidad e idoneidad de las mismas, siempre van a resultar controvertidas, sobre todo por la indefinición que hay cada vez que se habla de qué son esas reformas estructurales o, y en caso, de la norma que nos ocupa, por las constantes remisiones a la necesidad de desarrollos de futuro. De ahí que, a nuestro juicio, en realidad se haya aprovechado para tomar atajos "estructurales", claramente vinculados a planteamiento neoliberales, que sin abordar reformas económicas de mayor calado contenten las expectativas de los foros financieros[1].

Partiendo de esa idea, y dada la múltiple funcionalidad que en nuestro sistema tiene la obligación de cotizar[2], nuestra intención es usar esta comunicación para destacar como las reformas introducidas por la ley 27/2011 en aras a acentuar -de nuevo- la "contributividad" del sistema, permiten algunos resquicios colectivos para poder actuar en la mejora prestacional de los sujetos, ya sea limitando el uso de los instrumentos que facilita la norma, ya sea estableciendo medidas correctoras o participando del desarrollo y concreción de las mismas. Obviamente, esas medidas no se van a centrar -al menos directamente- en la determinación de la cuantía de la cuota -o, en su caso, sobre las percepciones sujetas a cotizar, dada la naturaleza y reserva de su regulación-, sino, y sobre todo, en el cómo algunos de los cambios introducidos por la Ley pueden verse afectados por la negociación colectiva e incidir en las prestaciones. Ya sea por actuar en relación a la edad exigida, y de esa forma incidir sobre la base reguladora o sobre los porcentajes aplicables, al ampliar, reducir o

---

[1] Incluso de reestructuración del sector público que, probablemente, tuviesen un efecto, cuanto menos similar, si no de mayor impacto a lo hastsa ahora realizado. Ejemplo de esos "olvidos", lo tenemos en el hecho de afrontar modificaciones de calado en el sistema tributario -lo que obviamente, podría afectar incluso a la obligación económica de cotizar al sistema de seguridad social, de forma que pudiesen acomodarse más los llamados "costes sociales" a la idea de contributividad a la que alude la ley 27/2011, de 2 de agosto-, o definir y priorizar la línea presupuestaría del Estado -pese a la reforma de urgencia aprobada sobre nuestro texto constitucional para poder fijar un techo de gasto-, o incluso reestructurar y fijar medidas vinculadas a las optimización de recursos de las propias y múltiples administraciones de que disponemos, sin olvidar las constantes referencias a la necesidad de controlar el propio mercado y entidades financieras.

[2] Esto es, se ahonda en la idea de que estamos ante una nueva y cada vez más importante instrumentalización de la cotización con las políticas de empleo-. Ejemplo de lo anterior es cómo la financiación del FOGASA cobra nuevo protagonismo, así como las partidas destinadas a la Formación Profesional. Demostrando no sólo el carácter finalista de la cotización para con las prestaciones del Sistema, sino con las medidas relacionadas con la política de empleo; ya que dichas aportaciones tienen un nuevo peso en el modelo de financiación del régimen del despido (así como, en su caso, de los planes de formación "por y para el empleo", sin perjuicio de su repercusión sobre los modelos de formación permanente, ya dentro de lo que son instrumentos activos de lucha contra el desempleo).

limitar los márgenes que legalmente se puedan fijar[3]. Por todo lo anterior, nuestra intención se centrará más en destacar un glosario de posibles problemas y acciones a desarrollar desde un plano claramente normativo, que en dar respuestas[4]. A partir de ahí, puede entenderse la parcialidad y concreción de este trabajo, al dejar al margen otras muchas cuestiones de interés como puede ser la línea de simplificación e integración de colectivos, actualizando su situación, de incidencia de las nuevas reglas de cálculo...éct.

2. FUNCIONALIDAD DE LA OBLIGACIÓN DE COTIZAR: ASPECTOS PRINCIPALES EN LOS QUE PUEDE INTERVENIR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA A EFECTOS DE JUBILACIÓN

El incremento y protagonismo de la contributividad es una constante en las últimas reformas en materia de Seguridad Social, dada la idea que del sistema mantiene nuestro legislador. Donde dicha obligacion se articula como un obligación económica general, principal y primigenea del Sistema en su vertiente contributiva[5], pero sin considerar integradamente la múltiple funcionalidad que dicha obligación juega dentro del Sistema[6], según los regímenes y colectivos protegidos[7].

---

[3] Con todo, y por cuestiones de espacio (y también de tiempo), se trata de un primer análisis, rápido y centrado en aspectos muy concretos. Donde, por razones obvias, hemos de prescindir de mayor referencia y calado sobre temas relacionados con los trabajadores autónomos -donde habrá que analizar cuestiones relacionadas con los acuerdos de interés profesional y su incidencia en materia de previsión social-, así como de algunos otros añadidos a la Ley durante el trámite parlamentario, donde se puede incluso hacer una clara mala interpretación de algunas propuestas después plasmadas en la norma e incluso criticar una posible mala regulación normativa.

[4] Pues, además, no podemos olvidar que se trata de medidas que en muchos casos aún han de concretarse reglamentariamente y que hay que considerar en relación a la Reforma laboral del año 2010, con la reforma de la negociación colectiva de este mismo año, sin perder de vista todo el conjunto de medidas adoptadas de forma dispersa a lo largo de este año y el anterior -tal y como ocurre con la Ley de Economía Sostenible, y sus normas de desarrollo, o los diversos Decretos donde se han introducido reformas en materia de fomento del empleo y la ocupación, incluidos los últimos aprobados en Consejo de Ministros del día 28 de Octubre y que, nos tememos, no sean los últimos-.

[5] Esto es, en cuanto se produce el presupuesto de hecho de la obligación de cotizar, surge la obligación de contribuir al Sistema, con independencia o no de que se generen futuras prestaciones, e incluso de que se formalice su correspondiente afiliaciòn o alta. Lo que, obviamente lleva a relativizar así su relación con el cumplimiento de otras obligaciones formales para con el Sistema de Seguridad Social, en concreto con los actos de encuadramiento. O mejor dicho, a dejar en entredicho el papel constitutivo de dichas obligaciones formales. que nos parece que quedarían en un segundo plano, a tenor del hecho de que la cotización es una obligación financiera que viene impuesta al sujeto, en cuanto condición paralela al inicio de cualquier actividad profesional que lleve implícita la entrada en el nivel contributivo del Sistema, con independencia de que posteriormente se materialice ésta o no en el pago de una cuota, y de que la misma pueda generar derecho a prestaciones o no.

[6] A la vez que sigue manteniendo diferentes reglas para materializar la cuota, al poder fijarse ésta en atención a ciertas tablas de cotización; sobre cuotas fijas; sobre un canon o sobre una parte de las retribuciones efectivas que perciben los sujetos, ...es decir, aún perviven diversos criterios a la hora de materializar la cuota correspondiente. Precisamente con base a reconocer que no siempre se va a cumplir la obligación de cotizar, se posibilita el régimen de responsabilidades en orden a las prestaciones y respecto a las propias cotizaciones. Como de forma general también reseña MARTINEZ LUCAS, L. Responsabilidad en orden a las prestaciones de la Seguridad Social. Madrid. 1996.

[7] SSTC 103/1983 FJ 4º y 134/1987. Asimismo vid la referencia que al tema establece SÁNCHEZ-ÚRAN AZAÑA, Y. Seguridad... cit. p. 113 y 126, en cuanto a la revalorización de prestaciones y la limitación a la

Lo que, a su vez, justifica la necesidad de adoptar y mantener mecanismos de totalización[8].

Frente a ese papel financiero-formal[9], los interlocutores sociales sí pueden actuar en el plano colectivo para adoptar medidas que incidan y se reflejan una ampliación o mejora de la obligación de cotizar que repercuta en cómo computar la carencia que exige el Sistema para acceder a sus prestaciones, siendo, además, el

---

que se ven sometidos los complementos de pensiones de carácter público. Crítica que entronca con la dificultad de homogeneizar en su tratamiento a los pluriactivos, como también pone de relieve la misma autora en la p. 79 y 80. Dificultad añadida que no debe desconocer el posible efecto distorsionador de los topes, aún cuando, y sin perjuicio de lo que en su momento se diga, éstos se pudieran justificar su posible no regresividad como en distintos pronunciamientos ha señalado nuestro TC. Al respecto vid. DE VAL ARNAL/ROMÁN CASTILLO, J. "La verdadera reforma... cit. p. 9. Sobre la referencia a límites de cotización -con independencia de que éstos puedan justificarse en la formulación de topes prestacionales del Sistema- destaca la compleja y heterogénea regulación que nos podemos encontrar en cada caso para fijar las cuotas correspondientes a cada trabajador y, en especial, cuando se trata de pluriactivos. Al respecto vid. STC 70/1991.

[8] Precisamente es por esa razón, la necesidad de conocer toda la "cotización" de los sujetos, se adoptan diferentes técnicas integradoras de aquella, con el fin de mejorar las disfuncionalidades que dicha exigencia puede plantear cuando se relaciona carga económica y acceso a prestaciones. La importancia de esta materia radica en su formulación como elemento corrector de la disfuncionalidad que puede suponer no reunir carencia suficiente en un Régimen concreto, pero sí en el conjunto de la vida profesional del sujeto, lo que claramente influye en la fijación de la cuantía de las prestaciones que puedan corresponderle al mismo. Una situación que, aunque sea parcialmente, se ha tratado de solventar con diversas normas, algunas incluso de carácter, como ocurrió con la Ley 49/1999, al permitir una amplia aplicación de la totalización de cotizaciones entre regímenes a la hora de calcular las bases de cotización, e incluso para computar la carencia necesaria para acceder a la prestación; Justificada sobre la base de "garantizar las notas de futuridad... y de incertidumbre... inherentes al concepto de riesgo asegurable, protegiendo al Sistema de Seguridad Social de posibles abusos y de agresiones injustas al equilibrio de un Sistema financiero actuarial" (vid. STSJ La Rioja de 21 de Abril de 1992 (RAR 1844)). Ya sea por la presencia de cotizaciones en diferentes Regímenes, o respecto a las aportaciones vertidas a otros sistemas nacionales, ya que, precisamente en las últimas reformas, se ha eliminado la teoría de los días-cuota, como ya anticipó la Ley 40/2007, de diciembre, como consagra la ley 27/2011, incidiendo incluso en el hechos de no tomar como unidad las fracciones de año, a diferencia del modelo anterior. Incidiendo así en el concepto de que una cuestión es el valor de la cotización como tiempo, y otra diferente su contenido económico, como se deduce de alguna de las Sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, al profundizar en el alcance de la cotización a tiempo parcial. Sin embargo, no podemos desconocer que las prestaciones se agrupan y caracterizan por la existencia de un núcleo común de ellas en todos y cada uno de los regímenes que integran el Sistema. Por tanto, será importante dilucidar cual sea ese núcleo esencial de prestaciones del Sistema o prestaciones comunes a todos y cada uno de ellos - entendido, que aún siendo comunes en su concepción, pueden presentar diversidad en su regulación; y por tanto obligándonos a cuestionar hasta que punto existe esa identidad en su naturaleza-

[9] Donde sólo indirectamente se puede actuar en el plano colectivo -por ejemplo, a través de la exigencia y fijación de una estructura salarial clara, de régimen salarial diferenciado en función de antigüedad..éct-, pues el análisis de esta materia suele centrarse más en cómo hay que entender la relación entre actos de encuadramiento y obligación de cotizar, pues, a nuestro juicio, la cotización no se identifica, ni supedita necesariamente con el cumplimiento de aquella obligación formal. Afirmación ésta, que nos permite cuestionar aquellas posiciones que relacionan el fundamento último de la cotización con dichos actos de encuadramiento –al considerarlos con carácter constitutivo y no instrumental-, y establecerla como una obligación no plenamente diferenciada de éstos, vid. STC 189/1987 y SÁNCHEZ-ÚRAN AZAÑA, Y. Seguridad... cit. p. 82, en cuanto se considera la situación de alta como requisito imprescindible para que puedan considerarse como válidas las cotizaciones realizadas a destiempo, a efectos de determinar el periodo de cotización mínimo exigido para causar derecho a las prestaciones...". Exigencia que sin embargo, y tal y como veremos su momento, pone de relieve dos cuestiones diferentes: el papel de los actos de encuadramiento como elementos que permiten abordar una valoración sobre la intencionalidad del sujeto y, por tanto, sobre la validez de las cotizaciones que se han realizado; frente al hecho de que la cotización también suponga la efectividad y presupuesto de hecho del nacimiento de la obligación de cotizar. Es decir en función de un principio de proporcionalidad que ya recoge la STS de 25 de enero de 1999 (RAR 2476).

referente para determinar las bases reguladoras de la mayoría de las prestaciones contributivas del Sistema[10], así como, en su caso, respecto a la duración y extensión de prestaciones concretas, tal y como ocurre con la jubilación[11], destacando, además, cada vez más la importancia de las cotizaciones en materia de política de empleo[12].

3. EDAD Y EMPLEO: UN DEBATE PERMANENTE

Las modificaciones introducidas por la Ley 27/2011, de 2 de agosto, vuelven a suscitar el tradicional debate sobre cómo puede afectar al mercado de empleo el retraso de la edad de jubilación, dado al alto nivel de la tasa de desempleo entre personas jóvenes. No es algo nuevo, con una clara interrelación dentro del mercado de trabajo entre un importante colectivo de personas ya maduras, en la mayoría de los casos con contratos "de cierta" estabilidad, frente a personas jóvenes en precario[13]. Pero también es cierto que las medidas adoptadas por la ley, al menos en lo que afecta a la edad ordinaria de jubilación, prevén un período transitorio largo, y se han adoptado sobre previsiones demográficas y económicas de ampliación de esperanza de vida; lo que, una vez más, demuestra como los cálculos

---

[10] De nuevo el temor a postular una modificación del actual modelo de financiación - o al menos del reparto de la carga económica del mismo -; y que paralelamente obliga a considerar si no estamos en una lógica evolución del Sistema hacía formulas "impositivas claras", que condicionen el cómo haya que entender éste, en cuanto posible elemento de quiebra de principio unívocos, el respeto a los derechos en vías de adquisición de los cotizantes. Así, MARTÍNEZ LUCAS, J.A. Manual... p. 3, en cuyo trabajo incide en la necesidad de diferenciar las fuentes de financiación de los niveles de protección del Sistema, en la línea ya señalada por el Pacto de Toledo o GÓMEZ SALA, J.S. Características.... al destacar precisamente la falta de una verdadera doctrina financiera de la Seguridad Social.

[11] Al repercutir en los porcentajes aplicables y ampliar o reducir éstos la cuantía final de la prestación que se perciba. O incluso para determinar la posible ampliación de la vida laboral, con el correspondiente incremento del porcentaje, como se hace en materia retraso de edad de jubilación e incluso por anticipo de la misma. Quizás todo lo anterior explique porqué las principales medidas de reforma propuestas desde el Pacto de Toledo inciden, directa o indirectamente, en cuestiones relacionadas con la obligación de cotizar. Ya sea porque las recomendaciones propuestas afectan a la carencia a considerar para acceder a las prestaciones, porque hacen referencia a cuáles son las percepciones sujetas a cotización, o porque se alude a cómo repercuten las cotizaciones a la hora de pasar de invalidez a jubilación... étc Aspectos estos que, sin desconocer su reflejo en otros planos, si que se centran en la rama tradicional de pensiones, así vid ALARCÓN CARACUEL/GÓNZALEZ ORTEGA. "Los principio...cit. p. 148 y ss. Asimismo, vid en su publicación "La reforma de la jubilación ordinaria", en el VI reunión científica de especialistas de Seguridad Social, González Ortega, S. Carmona, Sevilla, 2011.

[12] Como demuestra el hecho de que su cumplimiento o no sirva como llave de acceso a los beneficios vinculados a la contratación pública o a los programas de fomento del empleo, además de que, por supuesto, permite fijar diferentes grados de responsabilidad para con el Sistema Precisamente por el protagonismo de la cotización, nuestro legislador –y en algunos casos los tribunales- han establecido elementos correctores para evitar los efectos perjudiciales de los descubiertos no imputables al sujeto protegido, cit. STS de 19 de febrero de 2001 (RJ 2808). Amén, de completar así el sistema de fórmulas que permiten integrar entre sí los diferentes períodos cotizados que puede acreditar un trabajador, aunque siempre con el fondo de delimitar los diversos grados de responsabilidad que pudiesen devenir por el incumplimiento de la obligación de cotizar. Y las consideraciones generales que por su falta cabe realizar, como desarrolla GALA DURÁN, C. La Responsabilidad Empresarial por incumplimiento de las obligaciones de Afiliación, Alta y/o Cotización a la Seguridad Social. Pamplona, 1997. P.122.

[13] En cuanto base del problema para la reforma del sistema de pensiones. MONEREO PÉREZ, J.L et altri. La edad de jubilación. Comares, 2011.

actuariales forman parte de las medidas adoptadas en los sistemas de protección social, incluso en el sector público, en aras a justificar una nueva vuelta sobre la idea de contributividad del sistema y los límites de aquella[14]. Luego, es claro que lo más llamativo de la reforma parece ser el hecho de retrasar la edad ordinaria de jubilación, exigiendo un mayor esfuerzo contributivo para alcanzar un mismo nivel en el porcentaje de la pensión de jubilación que se pueda obtener en el futuro, lo que nos lleva destacar el alcance del nuevo art. 162, en la redacción dada por el artículo 4.3 de la Ley, sobre determinación de la Base Reguladora[15]. Obviamente, el análisis, sin ser incorrecto, puede parecer simplista, si no se analizan otros aspecto, incluida la consagración del carácter voluntarista de la jubilación y las medidas que desde el plano colectivo se abren para mejorar esa situación y, en su caso, corregir algunas de las disfuncionalidades del Sistema.

3.1. Medidas colectivas para mantener o retrasar la edad de jubilación

En este apartado, podemos ver diferentes opciones, donde, desde la concertación social, y, en su caso, desde los convenios colectivos y acuerdos de empresa, se podrían adoptar medidas para mejorar la cuantía de las pensiones futuras en materia de jubilación, sobre todo a partir de la edad mínima para jubilarse.

I. En concreto, hay que tener en cuenta la amplia transitoriedad que se formula en la ley para aplicar las medidas de retraso en la edad de jubilación -o, en su caso, acceder desde los 65 años, mediante una carencia ampliada-[16]. A partir de ahí, es claro que nuestro legislador vuelve a incidir en el carácter voluntarista de la jubilación. Una idea muy clara a la luz del nuevo art. 112 bis de la LGSS, de forma que toda supresión de la jubilación forzosa en las cláusulas de los convenios colectivos supone un avance en la limitación a continuar en activo y, por tanto, un añadido para mejor aplicar dicho precepto que, obviamente hay que, a su vez, relacionar con la nueva redacción que se dá ala art. 163.2 por el art. cinco de la Ley 27/2011. Puesto que si no existen normas sobre jubilación forzosa se facilita la dilatación de carreras de seguro, por más que ello pueda no

---

[14] Al respecto es un claro ejemplo el contenido de la Exposición de Motivos de la Ley, así como el propio texto. Por todos, vid, en su caso, conclusiones VI Reunión Científica de Especialistas en Derecho de la Seguridad Social, Carmona. Sevilla., 27 y 28 de Octubre de 2011. Coordinador. Prof. Santiago González Ortega.

[15] Siendo éste, a nuestro juicio, quizás uno de los aspectos más importantes de la reforma, ya que la transitoriedad de la norma es menor que en el apartado primero, amén de introducir diversas reglas correctoras que pueden perjudicar carreras de seguro con diversos períodos de "no cotización". En esta línea vid. TRILLO GARCIA, A. "La reforma de la jubilación anticipada, parcial y flexible", pendiente de publicación en LEX NOVA.

[16] El art. 4 da nueva redacción al art. 161. LGSS modificando no sólo la edad de acceso mínimo, que a partir del 2027 será de 67 años-vid. nueva DT 20ª, introducida por el apartado dos del mismo art. 4 de la Ley-, sino que establece, para el caso de carreras de cotización amplias la posibilidad de mantener la edad mínima actual de 65 años, con una ampliación de los actuales 35 años mínimos para el 100% de la Base Reguladora los 38 años y seis meses. Esos sí, se redunda sobre la no aplicación de la teoría de los días-cuota y, en su caso, no redondeo al alza de las fracciones de tiempo resultantes, lo que, si unimos a los cambios en materia de bases y porcentajes aplicables, nos llevan a numeros diferentes al modelo previo, para una visión general del mismo vid. GALA VALEJO, C. La jubilación : su protección en el sistema español de Seguridad Social. Madrid. 2010.

siempre resultarle tan interesante de cara a su futuro pensionable, pero sí a mantener su situación económica actual, amén de una rebaja sustancial en materia de cotización [17]. Se trataría de que mediante una no "actuación colectiva", se dé mayor libertad a las partes para poder continuar en activo, de forma que no sólo hay un menor coste social, sino un posible incremento prestacional. Aunque, también podría fijarse medidas de estímulo a la contratación a cambio de no fijar cláusulas de jubilación forzosa, ya sea para realizar nuevas contrataciones o convertir los contratos temporales existentes en indefinidos, dado el ahorro que en cotizaciones se puede producir, eso sí vinculándolo a la situación real de la empresa o a procesos de formación para sustitución de puestos....éct[18]..

II. Precisamente al hilo de la jubilación forzosa y de su posible desaparición o no de los textos de los convenios, hay que reconocer las dificultades para ello. De ahí que también podemos encontrarnos medidas que, aún reconociendo tal posibilidad de jubilación forzosa mejoren las expectativas de derecho de dichos trabajadores, en los términos que se da a la nueva DA 10ª del TRET. Lo que, cuanto menos nos obliga a cuestionarnos la vigencia de la ley 14/2005, que, a nuestro juicio, con esta nueva redacción de la Ley 27/2011 parece derogarla[19]. De forma que ahora nos quedaría:

   II.1. Una mayor amplitud que en la anterior regulación, ya que, no se indica otra limitación a la presencia de dichas cláusulas que el hecho de que puedan fijarse, por lo que, incluso podrían incluirlas *ex novo* aquellos convenios que no las tuviesen con anterioridad[20]. Eso sí, sin olvidar que estamos ante cláusulas potestativas -luego, el papel de la negociación colectiva en la materia es esencial-, siempre y cuando, además, el trabajador haya cumplido la edad mínima ordinaria de jubilación.

   II.2. Que han de darse una serie de requisitos adicionales al hecho de su establecimiento en negociación colectiva y cumplimiento de la edad mínima de jubilación:

---

[17] No olvidemos que se estable un doble límite: de porcentaje aplicable y otro general, en los términos de la Ley de presupuestos, lo que, unido a un mayor período de cálculo, puede dificultar el acceso a pensiones por encima del límite máximo, siendo esa una fórmula para poder hacerlo. Por cuanto, dependiendo de la edad del sujeto y de los años cotizados, no sólo habrá un ahorro en materia de cotizaciones, sino un incremento de la futura pensión. Por más que para calcular el mismo haya que considerar el art. 47 de la LGSS, para, a partir de ahí determinar el porcentaje máximo que pudiese cobrar -en su caso en función de los años de retraso-. De esa forma, se fija un verdadero complemento mensual a la pensión máxima que, eso sí, se sitúa en términos de techo con la base máxima de cotización en cada momento, ex art. 163.2 LGSS.

[18] Y el papel, que en su caso, pueden desempeñar las Comisiones y grupos designados al efecto, STS de 27/09/2011, nº ref. Recurso 134/2010.

[19] Y la interpretación que de la misma se ha hecho, pues, la nueva redacción de la Ley no hace si no recoger en su mayor parte el contenido de las Sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2008, dictadas en Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, no. 3460/2006 y no. 856/2007.

[20] Aunque, es cierto, que la aplicación de la misma no será inmediata, dado que, como recoge el inciso final de la DA 36ª "Se habilita al Gobierno para demorar, por razones de política económica, la entrada en vigor de la modificación prevista en esta disposición adicional", por lo que, obviamente, transitoriamente, debemos mantener el tener de los Convenios vigentes, STS 18/07/2011, nº ref. Recurso 4265/2010.

a) Que la medida se vincule a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo, tales como la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores o cualesquiera otras que se dirijan a favorecer la calidad del empleo (por lo que cabe también incluir referencias a la promoción profesional, conciliación de vida familiar y profesional, implantación de innovaciones tecnológicas, no aplicación de procesos de despidos, ni suspensiones de contratos...etc.. Y que, por tanto, se trata de una redacción en clara línea con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, además, exige su plasmación en el texto del Convenio -sin otras justificaciones al margen- y ha de hacerse de forma "...concreta y, siempre a de mediar un razonable y proporcionado equilibrio justificativo entre el sacrificio individual del cese forzoso y el beneficio colectivo de una política de empleo".

b) Que el trabajador afectado por la extinción del contrato tenga cubierto, al menos, un periodo mínimo de cotización que le permita aplicar un porcentaje de un 80 por ciento a la base reguladora para el cálculo de la cuantía de la pensión. Es decir, no sólo se fija un porcentaje mínimo, sino que nada impide que el mismo se pueda ampliar, inclusive hasta el 100%. Es más, incluso se puede complementar esta materia con la regulación en materia de prestaciones complementarias, dando así encaje al papel que pueden desempeñar las diversas Comisiones que se establecen en la propia Ley en su Disposición Final 3ª, donde se establece la modificación del art. 2º de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, en función del alcance y tipología del Plan y Fondo, si bien condicionado al cumplimiento de lo dispuesto en la DA 19ª[21].

c) Por último, se exige cumplir los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva. Esto, encontrarse en situación de alta o asimilada a la misma, por lo que será en esta materia donde, además se pueden fijar mejoras a través de Convenios Especiales22.

---

[21] Una más de las tantas obligaciones de estudio, informe, étc...que implican un desarrolllo diferido y, obviamente, a concretar por el nuevo gobierno que salga de las elecciones del 20N, por lo que, de nuevo habrá que ver el grado de cumplimiento del mismo y, en su caso, el sesgo con el que se haga ese informe sobre el desarrollo de la previsión social complementaria, dado el importante "bocado" económico que puede suponer para diversas entidades privadas, dada las diversas formas de organización y hasta de posible rescate de las mismas, vid STS 18/07/2011, nº ref. Recurso 175/2010.

[22] En los términos de la DA 2ª de la Ley 27/2011 y que, obviamente, puede llevar incluso a que por esa vía se "resucite" vía convenio la extinta jubilación extraordinaria a los 64 o, en su caso, a los 66, pese a la expresa supresión de la misma, dada su regulación y necesaria adecuación a la negociación colectiva, FERNANDEZ COLLADOS, B. La Jubilación un año antes de la edad ordinaria como medida de fomento del empleo. Pamplona. 2010.

Luego, es una materia, donde, además, no sólo inciden o se pueden conectar la nueva regulación en materia de Expedientes de Regulación de Empleo, sino que incluso se trata de una materia que puede verse condicionada por el futuro desarrollo de la DA 37ª ante la posibilidad de compatibilizar trabajo por cuenta ajena y jubilación -sin perjuicio, ahora ya en un plano individual, de la DA 31ª en materia de compatibilidad con restas por trabajo por cuenta propia23-.

Precisamente, y pese a esa falta de previsión sobre cuando y cómo será compatible el trabajo con la pensión de jubilación, ya tenemos una primera situación en la que la negociación colectiva pueda actuar en esa materia: en aquellas situaciones en las que una vez declarado Incapacitado Permanente en los términos del art. 3 de la Ley, en sus apartado dos y tres, pues, obviamente nada impide "recolocar" al trabajador hasta la edad de jubilación y, en su caso más, allá, si estuviésemos ante incapacidades permanentes totales, en los términos que tiene el nuevo art. 141.1 y 141.3 de la LGSS.

En conclusión, aunque parece que se da un mayor margen para que cualquier convenio pueda fijar cláusulas de jubilación forzosa[24], la misma está pendiente de mayor desarrollo y aplicación, teniendo en cuenta, en primer lugar que es algo potestativo, que ha de estar claramente justificado y, además, que se han de garantizar unos niveles mínimos de rentas a los trabajadores que acedan a dicha forma de jubilación, así como poder fijarse medidas complementarias de mejoras prestacionales, ya sea de la propia jubilación o de incapacidad.

II.3. Mención aparte merece en esta materia la regulación de los expedientes de regulación de empleo y el papel que en los mismos tenga la negociación colectiva, dada su clara relación con el art. 51 del TRET y el papel que en materia de despidos colectivos tiene la negociación colectiva, por lo que, obviamente, estamos ante una materia de amplia repercusión, calado y contenido en relación a los acuerdos de empresa. En concreto, la ley recoge un doble referente en la materia, sin olvidar la remisión que ya hemos hecho a cómo habrán de regularse los Convenios Especiales, en los términos ya indicados de la DA 2º de la Ley, en relación, ahora con la DA 16º y, en su caso, la DA 13ª. De todo ello, nos queda, obviamente, una clara diferencia y limitaciones a los EREs de empresas con beneficios y de ciertas dimensiones[25], dando así una nueva redacción a la DA 31ª de la LGSS, e introduciendo esa nueva DA 16ª.

---

[23] Una materia que cuanto menos puede significar un replanteamiento en materia de mantenimiento de empleo en relación a las actividades Colegiadas.

[24] Sin perjuicio del alcance y funcionalidad de la misma, STS 07/07/2011, nº ref. Recurso 1347/2010.

[25] En cuanto al menos han de englobar a 500 trabajadores, y que en el trámite parlamentario se introdujo con un claro destinatario. Lo que reitera el mantenimiento de una figura mal regula y peor usada en nuestro

3.2. Medidas de anticipo de la edad de jubilación y no penalización prestacional

Para entender el porqué de una regulación tan minuciosa en materia de anticipo de la edad, hay que acudir a la misma Exposición de motivos de la Ley, donde se indica como se constata que la " la jubilación anticipada se ha convertido, básicamente, en una fórmula de regulación de empleo, por lo que su formulación legal debe cambiar, reservando el acceso anticipado a la pensión de jubilación para los casos en que se acrediten largas carreras de cotización"[26]. Por ello, nuestra intención es destacar en qué medida puede actuarse por la negociación colectiva en la materia, sobre todo en aquellos supuestos en los que se trata de medidas de verdadero fomento del empleo y, por ende, sin penalización para los propios beneficiarios.

Con todo y pese a ese punto de partida, también es cierto, que varias de las medidas adoptadas habrán de concretarse en el futuro, condicionándose, a su vez, a las propias disponibilidades del Sistema, por lo que nos vamos a mover en el campo de las posibles hipótesis frente a la situación actual, da ahí que sea conveniente diferenciar según estemos ante:

I. Colectivos de especial atención.

Bajo esta denominación nos referimos a un doble supuesto por el que, sin penalización en la cuantía final de las prestaciones, se anticipa la edad ordinaria de jubilación para determinados colectivos, en atención a circunstancias personales en el desempeño del mismo. Para ello se acude a la presencia de coeficientes reductores por años de actividad, de forma que los mismos sólo tienen esa virtualidad, no pudiendo utilizarse, además, para acceder a otras formas de jubilación anticipada y, donde, a nuestro juicio, el papel de la negociación colectiva va a ser esencial, tanto en cuanto a la ampliación de cupos y reglas de compatibilidad -en caso del trabajo para discapacitados- como, en su caso, describiendo y siguiendo las especiales condiciones de Seguridad y Salud en la actividad.

I.1 Por un lado, a aquellos colectivos que cuya edad podrá ser rebajada por Real Decreto, a propuesta del Ministro de Trabajo e Inmigración, en aquellos grupos o actividades profesionales regulados conforme al art

ordenamiento -por todo vid. LÓPEZ CUMBRES, L: La Prejubilación. Edt Civitas, 1998. Cuyo ejemplo más claro, a nuestro juicio, se manifiesta en cómo las entidades financieras han usado y abusado de esta figura para renovar sus activos humanos, con un coste económico y social muy alto que, obviamente han repercutido en sus cuentas de resultados, en una cuantía importante y que, de haberse hecho de otra forma, probablemente implicasen un menor efecto económico de la crisis o, al menos, una percepción de menor despilfarro por parte de los sectores financieros, pero, donde, al memos a nuestro juicio, se sigue manteniendo una deficiente regulación para empresas o grupos de empresas de menos de 500 trabajadores.

[26] Claramente facilitada por la regulación previa y sus instrumentalización. Al respecto vid. RODRÍGUEZ CARDO, I.A. La jubilación parcial, contrato de relevo y jubilación flexible. Lex Nova. 2010.

161 bis de la LGSS[27] y que, conforme a la nueva redacción de la DA 23ª de la Ley 27/2011 habrá de completarse, en el plazo de un año con un nuevo procedimiento "general de aprobación de coeficientes reductores de la edad de jubilación en los distintos sectores y ámbitos de trabajo, adecuando en su caso los porcentajes actuales de cotización. A este fin, se realizarán los estudios necesarios sobre siniestralidad en el sector, penosidad, en la que se tendrá también a estos efectos la turnicidad, el trabajo nocturno y el sometimiento a ritmos de producción, la peligrosidad y toxicidad de las condiciones del trabajo, su incidencia en los procesos de incapacidad laboral que genera en los trabajadores y los requerimientos físicos exigidos para el desarrollo de la actividad". Como puede apreciarse hay una ampliación de los factores a considerar, al incluirse la turnicidad y el trabajo nocturno como factores a tener en cuenta, lo que, obviamente va a implicar medidas de presión desde diversos niveles colectivos para la inclusión y aplicación de coeficientes reductores a nuevos colectivos profesionales o, por vía de asimilación, a empresas que dentro de los sectores ya afectados, se ven sometidos por similares condiciones laborales[28], incluso más allá de la mera condición de asalariado.

En este caso, es claro como la concertación social, especialmente en el plano sectorial, puede ser crucial para aportar datos concretos en materia de prevención de riesgos que permita actualizar el elenco de colectivos afectados y la aplicación de esos coeficientes reductores o, en su caso, incluso, estudiar la supresión de los mismos[29].

Se trata de una reivindicación tradicional y, a nuestro juicio, de compleja plasmación práctica ya que son muy numerosos los grupos profesionales que, por vía de equiparación, vienen demandando esa aplicación: dadas las especiales características en las que se desarrolla en trabajo de dichos colectivos, por lo que, mucho nos tememos que, o no se haga, o se haga

---

[27] Cuyos trabajos sean de naturaleza excepcionalmente penosa, tóxica, peligrosa o insalubre y, acusen elevados índices de morbilidad o mortalidad, siempre que los trabajadores afectados acrediten en la respectiva profesión o trabajo el mínimo de actividad que se establezca.

[28] Piénsese por ejemplo, en el sector de servicio a bordo de AVE, mayoritariamente integrado por mujeres, donde precisamente las condiciones de trabajo son similares o incluso más gravosas que otros trabajadores al servicio de la empresa titular del negocio ferroviario, donde sí se aplican coeficientes reductores por su original vinculación a RENFE, e incluso dentro de la misma empresa, en atención al momento de entrada y actividad. Una situación que, obviamente, es también predicable y una vieja reivindicación del sector transportes, en general, donde abundan los trabajadores autónomos o en las tareas agrícolas, o incluso en materia de control aereo, STS .30/06/2011, nº ref. Recurso 3716/2010..

[29] En concreto, cabe citar, entre otros, determinados trabajadores Ferroviarios, del mar, minería, bomberos, personal de vuelo, ciertas empresas en situaciones de "Reconversión"; artistas, toreros y los miembros de la Policía Autónoma Vasca situación ésta que, tras las recientes declaraciones de ETA, parece abrir un nuevo marco de actuación que puede esgrimirse por otros colectivos policiales para exigir similares reglas de tratamiento, pues, precisamente a nivel de Cuerpos y Fuerzas de Seguridad Nacional han visto ampliada su edad de jubilación, aunque acompañadas de otras medidas laborales que, si no por la vía de derecho, sí de hecho, ya venían utilizando, en la línea seguida por las Leyes Orgánicas 9/2011 y 11/2011.

con cuentagotas y en función de la capacidad de presión que tengan los colectivos afectados.

I.2. Al igual que en caso anterior, se establece la aplicación de coeficientes reductores para personas con discapacidad en un grado de discapacidad igual o superior al 65 % en los términos contenidos en el correspondiente Real Decreto acordado a propuesta del Ministro de Trabajo y Asuntos Sociales o también en un grado de discapacidad igual o superior al 45 %, siempre que, en este último supuesto, se trate de discapacidades reglamentariamente determinadas en los que concurran evidencias que determinan de forma generalizada y apreciable una reducción de la esperanza de vida de esas personas. Redacción que, obviamente, hay que conectar con el nuevo art. 166.2.d), en su segundo párrafo, donde el hecho de más relevante es la referencia al trastorno mental, como si supusiese un tratamiento diferenciado de cualquier tipo de incapacidad, en relación a la jubilación parcial, conforme a la nueva redacción que establece el art. 6 de la Ley 27/2011, pues los coeficientes reductores no computan a efectos de aplicar otras medidas de jubilación parcial.

Un colectivo que, conforme a la DA 18ª no podrá jubilarse antes de los 56 años, lo que, obviamente y dada la naturaleza de la materia, nos obliga a retomar la cuestión ya vista en torno a la compatibilidadd trabajo-prestación de incapacidad y jubilación, en los términos del nuevo art. 140 de la LGSS, y las DDAA 19ª, 29ª y 37ª, por las posibles reglas de integración de las normas en materia de previsión social complementaria y de cotización a tiempo parcial.

I.3. La Jubilación parcial.

En este último apartado nos vamos a referir a ciertas situaciones en las que, a través de la negociación colectiva se puede instrumentalizar la jubilación parcial, en cuanto derecho individual[30], como medida para favorecer intereses colectivos de política de empleo. Al poder negociarse que, independiente de no ser necesario el contrato de relevo, la aplicación de jubilaciones parciales conlleve esa carga o que, incluso, se favorezca una vez llegada a la edad mínima ordinaria de jubilación -volviendo a la tradicional diferenciación de jubilación "flexible", en cuanto verdadera alternativa a otras fórmulas de jubilación forzosa, e independientemente de la futura regulación jubilación-trabajo que haya de realizar el nuevo gobierno, por cuanto puede ser un verdadero elemento de renovación-sustitución en el empleo, dada su propia temporalidad[31].

---

[30] Por cuanto es un derecho del trabajador, que parece no condicionado a más requisito que su solicitud, por más que ello pueda plantear problemas organizativos empresariales, más allá de otras consideraciones sobre edad máxima, STS de 23/06/2011, nº ref. Recurso 3884/2010.

[31] En esta linea vid. STS de 28/09/2011, referencia recurso nº 215/2010.

Es cierto que plantear así la cuestión puede suponer una carga añadida a la empresa[32], en según que circunstancias, pero también es cierto que la misma incluso se puede complementar con la obligación de transformación de dicho contrato de relevo, una vez proceda la jubilación definitiva del trabajador, o incluso que, sin que existiese el mismo, haya un compromiso de contratación para no amortizar niveles de empleo o que inclusive se use como medida alternativa a situaciones de crisis empresarial, a efectos de no afectar a otros trabajadores y concebirse así como una alternativa más en materia de fomento y mantenimiento de la ocupación, al transformarlos en contratos parciales, lo que, obviamente, incide en la propuesta de la Ley sobre el alcance de las cotizaciones de los contratos a tiempo parcial.

II. La jubilación anticipada como respuesta a las situaciones de crisis empresarial.

En este caso y dada la relación que tiene la negociación colectiva con la materia, nos centraremos en cómo queda el art. 161 bis.2, de la LGSS, en su apartado A. Por cuanto algunos de los aspectos de nueva regulación pueden verse mejorados, de cara a su aplicación, sin perjuicio de que, obviamente, haya que definir en primer lugar qué se entiende por causa no imputable al trabajador, en cuanto que de inmediato podemos tener en cuenta el art. 208 de la LGSS[33], de ahí que, el propio precepto indique que será así, siempre y cuando la misma derive de las causas previstas en el mismo precepto[34], incluidos los supuestos de violencia de género, dando lugar a las correspondientes extinciones del contrato de trabajo, ya sea por cierre total o no, por cuanto la norma parece no precisar más al respecto, dejando, a nuestro juicio, resquicios para que los agentes so-

---

[32] En cuanto que, además se exige la obligación de seguir cotizando como si estuviese plenamente en activo el trabajador, amén de una correlación entre las bases del relevado y el relevista, en los términos de los nuevos apartados g) y e), respectivamente, del art. 166 de la LGSS, conforme al art. 6 de la Ley 27/2011, a diferencia de la situación previa y su coordinación con otros contratos, vid. BARRIOS BAUDOR, G.L. Jubilación parcial y contratos vinculados (a tiempo parcial y de relevo. Aranzadi. 2010.

[33] Por lo que, en realidad, estaríamos ante supuestos en los que previa acción colectiva de negociación hay una jubilación diferida en el tiempo, bien por agotamiento de la prestación por desempleo o bien del subsidio de desempleo, y sólo en el caso de no reunir requisitos para poder acceder a las mismas, solicitar directamente la jubilación (una vez pasado el periodo de inscripción mínima de seis meses), por cuanto, obviamente, lo que prima es falta de voluntariedad en el cese, STS de 30/06/2011, nº ref. Recurso 5870/2011. Luego, al conjunto de periodos cotizados habría que añadir las correspondientes a las situaciones de desempleo que se produzcan o que, incluso, se puedan establecer mediante Convenios Especiales a partir de una edad mínima de 61 años y 33 años mínimos de cotización, considerados de forma íntegra.

[34] Esto es, por despido colectivo basado en causas económicas autorizado por la autoridad laboral, conforme al artículo 51 del Estatuto de los Trabajadores; despido objetivo por causas económicas, conforme al artículo 52.c) del Estatuto de los Trabajadores; extinción del contrato por resolución judicial, conforme al artículo 64 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal ; muerte, jubilación o incapacidad del empresario individual, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, o la extinción de la personalidad jurídica del contratante y extinción del contrato de trabajo motivada por la existencia de fuerza mayor. Como puede verse, en la mayor parte de los supuestos hay una actuación colectiva previa, con o sin acuerdo, para determinar una situación objetiva: el cierre o una situación de crisis en la empresa.

ciales acuerden aplicar criterios concretos en razón de la edad -por tanto, de dudosa legitimidad- a cambio de mantener otros niveles de empleo, dado que la norma habla de impedimentos objetivos de la relación laboral, no de la actividad empresarial.

Estamos, a nuestro entender, en su caso, ante una regla complicada, pues no sólo se penaliza la cuantía de la pensión -de forma diversa según el periodo cotizado que acredite, sino que la misma se hace por trimestre o fracción de trimestre que le quede al trabajador para cumplir la edad de jubilación, desde la fecha del hecho causante, debiendo ésta considerarse a la fecha de la solicitud y no de la extinción que da lugar a poder acudir a dicha modalidad, por lo que, obviamente, toda fórmula de retraso de la misma -incluso mediante Convenio Especial- podría reducir los efectos negativos de la misma, de ahí la regla adicional de considerar también como períodos cotizados la diferencia entre la edad que tenga el sujeto en la fecha del hecho causante y la del cumplimiento de la edad que le corresponda para determinar la edad legal de jubilación.

4. CONCLUSIONES

La aprobación de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, implica no sólo recoger las propuestas previas en materia de Jubilación, sino que en dicha norma se han añadido diversos aspectos y materias que, inicialmente, al menos, no estaban presentes, enriqueciendo, pero también añadiendo complejidad a una materia, de por sí, ya compleja. Es cierto que, a diferencia de otras actuaciones legislativas en materia laboral, esta norma es fruto de un cierto nivel de consenso, fruto de la concertación social. De ahí, nuestro interés e intención de destacar aquellos aspectos que, relacionados con la jubilación -en sentido estricto-, pueden verse modificados -ampliados o no-, por medio de instrumentos colectivos, de manera que se establezcan criterios que permitan incrementar o fomentar medidas de mejora en el resultado final al que se llegue una vez se acceda a la jubilación y donde, pese a lo que pueda parece, precisamente hay campo para una interrelación de los diversos tipos de instrumentos de la negociación colectiva.

Obviamente, no hemos abordado otras cuestiones relacionadas con el tema, que cuanto menos tienen un calado similar[35] o más profundo. Siquiera hemos pretendido analizar las novedades en los aspectos propios de la jubilación, sino destacar cómo esos aspectos pueden verse afectados por actuaciones colectivas, de forma tal que se puedan paliar los efectos de una norma que sin cuestionar su necesidad, sí que puede ser tomada con ciertas reservas. Tanto por lo que deja

[35] Sirva a modo de ejemplo toda la problemática en torno a la cotización de nuevos colectivos, a la asimilación de condiciones de acceso, a la integración y cómputos de determinados períodos de inactividad, como ocurre en caso de servicio militar o excedencia por cuidado de hijos, la disfuncionalidad entre un período mínimo de quince años para la pensión máxima y la toma de cálculo sobre veinticinco...éct.

por desarrollar, como por el sentido de lo que sí está cerrado: mayor esfuerzo de aportación al sistema para llegar a similares niveles de prestaciones, por más que ello pueda significar el establecimiento de niveles mejorados de prestaciones para sectores de trabajadores "tipo, en detrimento de otros colectivos de mayor precariedad y no siempre de mayor picaresca. Es decir, una verdadera reforma estructural, en línea con la línea seguida en términos muy de moda: aplicar un verdadero proceso "Dukan" sobre los derechos sociales. Es decir, llevando a un adelgazamiento rápido de ciertas conquistas y condiciones, cuyo resultado no está contratado en su efectividad y donde parece claro, eso sí, que puede que no haya una fácil recuperación posterior. Pero que, a diferencia de quién tiene y quiere perder peso, no era la intención de la mayor parte de los trabajadores, que de esa forma se ven abocados a hacer un mayor esfuerzo y sacrificio para hacer frente al desatino provocado por quiénes sí han aligerado el sistema y pretenden volver a engordarlo a costa de otros.

Por último, hay que decir que estamos ante una reforma poco acertada, a nuestro entender, en cuanto a la técnica jurídica, al incorporar materias diversas y no siempre incardinarlas con cierto orden, donde, obviamente, se aprecia el trabajo técnico, frente a aquel que tiene un mayor calado político, con importantes remisiones de futuro y "deberes" para el próximo gobierno, en algunos casos, quizás innecesarios en su referencia. Lo que nos lleva a pensar que se trata, como en otras ocasiones, de ir preparando el campo para una reforma de mayor calado -ya se prevé la redacción de un nuevo texto refundido-, y siempre en constante revisión -conforme a esa idea de factor de sostenibilidad, a la que alude el art. 8 de la Ley-, pero que, a diferencia de otras sistuaciones previas trata de compensarse con mejoras adicionales -que cuantitativamente aportan poco, por más que sí sean interesantes desde el punto de vista cualitativo-, pero que, en el fondo, esconden un cada vez mayor protagonismo de configurar un sistema público de prestaciones basado en criterios actuariales, donde, obviamente, cabe el peligro de que cada queden fuera o con una cobertura muy escasa, colectivos de trabajadores cuya único problema es tener vidas laborales atípicas. Es decir, con constantes salidas y entradas del mercado, con contrataciones en precario y con dificultades para encontrar una actividad estable y permanente en el tiempo, que precisamente parece que es lo atípico.

EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA EN LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Teresa Velasco Portero
Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
ETEA - Universidad de Córdoba

ÍNDICE

1. LOS FRÍOS (¿O ESCALOFRIANTES?) DATOS RESPECTO A LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA
2. LA PROTECCIÓN DE LA SITUACIÓN LABORAL DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO A NIVEL LEGAL
3. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU CONCRECIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

1. LOS FRÍOS (¿O ESCALOFRIANTES?) DATOS RESPECTO A LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN ESPAÑA

La violencia de género es un fenómeno que, a pesar de la sensibilización y el compromiso cada vez mayor de la sociedad y poderes públicos para su erradicación, afecta a un número muy importante de mujeres en nuestro país.

El número de víctimas mortales es el dato más impactante: a 18 de octubre de 2011 se habían producido 52 muertes por violencia de género. De ellas, 13 habían muerto en Andalucía, lo que supone que esta comunidad autónoma concentra el 25 % del total de víctimas[1]. Pero las víctimas mortales son solo la punta del iceberg. La violencia se ejerce siguiendo un patrón determinado, en el cual la violencia psicológica es paso previo a la violencia física. Por cada víctima mortal, hay miles de mujeres que están sufriendo violencia psicológica y muchas otras que están sufriéndola además física. La historia de la violencia de género está marcada por el miedo de la víctima.

En el año 2010 se produjeron 134.130 denuncias por violencia de género, y a 31 de agosto de 2011 había en España 95.520 mujeres con atención policial activa, de las cuales 21.047 tenían protección policial activa.

La situación social y laboral de estas mujeres es muy variada. La violencia de género se produce en todas las clases sociales, y sus víctimas pueden ser amas de casa, estar en el desempleo, ser autónomas, funcionarias o tener un contrato laboral común.

En España, la legislación lleva años preocupándose por la erradicación de este tema, por su prevención y por la atención a las víctimas. Las primeras medidas fueron de carácter penal (la famosa orden de protección), pero poco a poco fue calando la idea de que es necesario un tratamiento trasversal del problema, buscando sus causas para eliminarlas, y protegiendo a la víctima en los distintos ámbitos de su vida (atención psicológica, médica y también laboral).

2. LA PROTECCIÓN DE LA SITUACIÓN LABORAL DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO A NIVEL LEGAL

La atención a los problemas específicos de la trabajadora que sufre una situación de violencia de género en su vida privada fue una novedad de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género. Hasta entonces solo se habían adoptado algunas medidas

---

[1] Son datos hechos públicos por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Según la misma fuente, el porcentaje de víctimas en Andalucía fue del 23.3% en 2010, el 25% en 2009, 11.8% en 2008, 11.3 % en 2007, 30.4% en 2006, 15.8% en 2005, 26.4% en 2004 y 18.3% en 2003.

tendentes a aumentar la empleabilidad de las víctimas (Programas de fomento del empleo), pero no se había tenido en cuenta la situación de las mujeres que, sufriendo una situación de violencia de género, estaban sometidas a la tensión de tener que cumplir con sus obligaciones laborales con normalidad, bajo riesgo de perder su puesto de trabajo, además de estar en una situación de riesgo evidente por el cumplimiento de un horario laboral que puede ser predecible por el agresor.

Atendiendo a este problema específico, la LOIVG consagró una serie de derechos laborales específicos de la trabajadora víctima de violencia de género. Para ello, reformó el texto del ET, así como la LGSS. Con carácter general hemos de decir que la activación de estos derechos requiere la concurrencia de, al menos tres condiciones: que se trate de una mujer, que sea víctima de violencia de género[2] y que la medida que se pretenda adoptar sea necesaria para atender a su singular situación personal. A estos requisitos previos hay que sumar el que la mujer haya denunciado la situación y se haya dictado orden de protección[3], aunque excepcionalmente se puede sustituir por el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género, hasta tanto se dicte la orden de protección. En uno y otro caso tiene que haber denuncia, lo cual ha sido criticado por algún autor, ya que cierra el acceso a la protección laboral al nutrido grupo de mujeres que por miedo o vergüenza no denuncian; esto es cierto, pero también lo es el hecho de que de esta manera se está incentivando a estas mujeres para que inicien el procedimiento de tutela, así como la consideración de que la mujer que guarda silencio sobre su problema probablemente lo guarde también ante su empresario.

a) Los derechos a la reducción de la jornada y a la reordenación del tiempo de trabajo

La LOIVG establece regula estos dos derechos como alternativos, no cumulativos. La trabajadora víctima de violencia de género, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tiene derecho bien a reducir su jornada

---

[2] En el sentido del art. 1 de la LOIVG: "La presente ley tiene por objeto actuar contra la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejercen sobre ésta por parte de quiénes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aún sin convivencia".

[3] La orden de protección a las víctimas de la violencia doméstica unifica los distintos instrumentos de amparo y tutela a las víctimas de estos delitos y faltas. A través de un rápido y sencillo procedimiento judicial, la víctima obtiene un estatuto integral de protección que concentra de forma coordinada una acción cautelar de naturaleza civil y penal. Esto es, una misma resolución judicial que incorpora conjuntamente tanto las medidas restrictivas de la libertad de movimientos del agresor para impedir su nueva aproximación a la víctima, como las orientadas a proporcionar seguridad, estabilidad y protección jurídica a la persona agredida y a su familia, sin necesidad de esperar a la formalización del correspondiente proceso matrimonial civil. La orden judicial de protección supone, a su vez, que las distintas Administraciones públicas, estatal, autonómica y local, activan inmediatamente los instrumentos de protección social establecidos en sus respectivos sistemas jurídicos. La orden de protección se obtiene de forma rápida, pues responde a la idea de que no es posible una protección real de la víctima si esta protección no se activa con la máxima celeridad.

de trabajo con disminución proporcional del salario o bien a reordenar su tiempo de trabajo (ya sea por medio de una adaptación del horario, o por aplicación de un horario flexible o de otras formas de ajuste del tiempo que existan en la empresa). Ninguna de las posibilidades está sujeta a límite máximo de duración, por lo que hay que interpretar que el derecho subsistirá mientras persista la necesidad. La referencia a otras formas de ajuste del tiempo de trabajo hay que entenderla en relación con posible trabajo nocturno, trabajo a turnos, jornada intensiva….Sólo se podrá exigir al empresario la utilización de estas modalidades si es una forma de prestación de trabajo presente en la empresa, de manera que el ejercicio del derecho tiene que ser compatible con la organización del proceso productivo en la empresa concreta[4]. Además, el ajuste no puede afectar a las funciones que la trabajadora viene realizando, de manera que si para su puesto de trabajo no esta previsto, por ejemplo, el establecimiento de turnos, no puede cambiar de puesto. Por estas dificultades, parece más probable que la víctima que tenga problemas para compatibilizar el horario de trabajo con sus necesidades de asistencia o protección opte por reducir el horario, a pesar de la consiguiente reducción de salario y de protección social [5], o bien por renunciar a la asistencia o protección si no pueden hacer frente a una reducción de salario.

Estos derechos están consagrados en el art. 37.7 ET en los siguientes términos: "La trabajadora víctima de violencia de género tendrá derecho, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario o a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.

Estos derechos se podrán ejercitar en los términos que para estos supuestos concretos se establezcan en los convenios colectivos o en los acuerdos entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o conforme al acuerdo entre la empresa y la trabajadora afectada. En su defecto, la concreción de estos derechos corresponderá a la trabajadora, siendo de aplicación las reglas establecidas en el apartado anterior, incluidas las relativas a la resolución de discrepancias.[6]" Se

---

[4] En este sentido, MENENDEZ SEBASTIÁN, P., en la monografía pendiente de publicación MENENDEZ SEBASTIÁN, P. Y VELASCO PORTERO, T., sobre "Las medidas laborales de la Ley de Violencia de Genero".

[5] La trabajadora se convierte en una trabajadora a tiempo parcial, y como tal se le aplican las reglas especiales de cotización de este tipo de trabajadores, lo que puede incidir negativamente en el acceso a determinadas prestaciones (les resulta más difícil conseguir los periodos de carencia), o en la cuantía de éstas (que dependen de las bases de cotización, relacionadas con el salario).

[6] Las reglas de dicho apartado son las correspondientes a la reducción de jornada por cuidado de familiares y al permiso de lactancia, y son las siguientes: "La concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada, previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo, corresponderá al trabajador, dentro de su jornada ordinaria. El trabajador deberá preavisar al empresario con quince días de antelación la fecha en que se reincorporará a su jornada ordinaria.

Las discrepancias surgidas entre empresario y trabajador sobre la concreción horaria y la determinación de los períodos de disfrute previstos en los apartados 4 y 5 de este artículo serán resueltas por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en el artículo 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral."

produce, por tanto, una remisión a la negociación colectiva del desarrollo de los derechos. En defecto de esta regulación, la ley establece que la concreción corresponderá a la trabajadora, lo que supone una importante medida protectora de la víctima ante la posible pasividad de la negociación colectiva.

b) El derecho a la movilidad geográfica (art. 40.3 bis ET)

La trabajadora víctima de violencia de género que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando sus servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo, del mismo grupo profesional o categoría equivalente, que la empresa tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo. El traslado tendrá una duración inicial de seis meses, durante los cuales la empresa tiene la obligación de reservar el puesto de trabajo. Terminado dicho periodo, la trabajadora puede optar entre regresar a su antiguo puesto o continuar en el nuevo, en cuyo caso decaerá su derecho a la reserva. Para que la trabajadora pueda ejercer este derecho a la movilidad geográfica, la empresa tiene el deber de informarle de las vacantes que existan en otros centros de trabajo, ya sean en la misma localidad o en otra distinta. El traslado no tiene que respetar las funciones que se realizaban en el puesto de trabajo originario, ya que puede ser a un puesto de categoría equivalente; esta amplitud, que puede parecer chocante en un traslado, se justifica en que no se trata de una situación impuesta por el empresario, sino que responde a la necesidad de protección o asistencia de la trabajadora.

c) Derecho a la suspensión contractual (art. 45 n ET y 48.6 ET)

La LOIVG creó una nueva causa de suspensión del contrato de trabajo, "por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género". La suspensión, que exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y retribuir, se produce a solicitud de la trabajadora, y tendrá la duración que ésta decida, siempre que no exceda de seis meses. Si pasado este tiempo la efectividad del derecho a la protección o asistencia de la víctima sigue haciendo necesaria la suspensión, el juez podrá prorrogarla por periodos de tres meses, con un máximo de dieciocho meses. Mientras dura la suspensión, la trabajadora tiene derecho a la reserva de su puesto de trabajo, y el empresario puede suplirla con un contrato de interinidad; si esto ocurre, la propia LOIVG establece que la empresa tendrá derecho a una bonificación de las cuotas empresariales a la Seguridad Social por contingencias comunes, durante todo el período de suspensión de la trabajadora sustituida, lo cual aligera los costes sociales del empresario.

El ejercicio de este derecho a la suspensión del contrato lo acompaña la LOIVG de una serie de medidas en materia de Seguridad Social que le dan un atractivo único, que no está presente en el resto de las suspensiones contractuales. Estas medidas son las siguientes:

1. El tiempo en que el contrato está en suspensión, se considera tiempo cotizado a efectos de la mayoría de las prestaciones de seguridad social (aunque la cotización no se haya producido).
2. Consideración del período de suspensión como situación asimilada al alta.
3. Acceso a la prestación por desempleo, que además se produce en unas condiciones muy beneficiosas. A la gran ventaja que supone de por sí el hecho de poder acceder a la prestación por desempleo en un caso de suspensión y no de extinción del contrato, se unen otros privilegios: en primer lugar, que las cotizaciones acreditadas para tener derecho a la prestación por desempleo fundada en la suspensión no agotan su efecto, de manera que las que se utilizaron para reconocer esta prestación pueden ser nuevamente tenidas en cuenta para causar una nueva prestación por desempleo por una posterior suspensión o extinción del contrato por cualquier causa (esto supone un posible doble cómputo de cotizaciones). En segundo lugar, que a efectos de una prestación por desempleo a la que se llegara posteriormente, se computarán tanto las cotizaciones tenidas en cuenta para ésta (acabamos de ver que no agotan su efecto) como las cotizaciones efectuadas durante el propio periodo de desempleo correspondiente a la suspensión; por último, el "compromiso de actividad" que lleva aparejado el cobro de la prestación por desempleo se diluye en el caso de la trabajadora víctima de violencia de género, pues en las colocaciones que se le ofrezcan habrá que tener en cuenta sus especiales necesidades de protección y asistencia.

d) Posibilidad de dimisión con acceso a prestación por desempleo (art. 49.1 m ET y 208.1 e LGSS)

La LOIVG modifica el Estatuto de los Trabajadores en el sentido de que se considera expresamente causa de dimisión "la decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar definitivamente su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género". Es una solución drástica, que se producirá cuando la trabajadora considere que el trabajo le resulta incompatible con su situación, y que no va a solucionarse en el plazo de suspensión del contrato. Pues bien, si la trabajadora opta por esta solución, la LOIVG también le abrió el acceso a la prestación de desempleo, que normalmente no opera en caso de dimisiones voluntarias, sino en caso de extinciones involuntarias[7]. La trabajadora puede acceder directamente a la prestación asistencial, o bien primero a la contributiva y, al agotarla, a la asistencial en caso de que continúe en situación de desempleo y carezca de medios económicos.

[7] La dimisión voluntaria solo se considera situación legal de desempleo en los casos de traslado, modificación sustancial de condiciones, dimisión forzada por incumplimiento de sus obligaciones por parte del empresario y en éste de la víctima de violencia de género.

e) Protección frente al despido

Los problemas que la situación de violencia genera en la víctima pueden estar provocando incumplimientos en su trabajo, lo que hasta la LOIVG podía dar lugar a que el empresario la despidiera disciplinariamente. La LOIVG atendió expresamente a este problema, estableciendo en su art. 21 que "Las ausencias o faltas de puntualidad al trabajo motivadas por la situación física o psicológica derivada de la violencia de género se considerará justificadas cuando así lo determinen los servicios sociales de atención o los servicios de salud, sin perjuicio de que dichas ausencias sean comunicadas por la trabajadora a la empresa a la mayor brevedad".

Por otra parte, también se establece que las faltas de asistencia motivadas por el ejercicio de los derechos no se computan a efectos de un posible despido por circunstancias objetivas (párrafo segundo del art. 52 d ET).

La ley no se queda aquí, sino que considera también la posibilidad de que el empresario, una vez que la trabajadora ha sido declarada víctima de violencia de género y decida ejercer alguno de los nuevos derechos laborales que la ley le concede, se vea tentado de despedirla, a causa de los inconvenientes que este ejercicio le produzca. Para evitarlo, los despidos de trabajadoras que hayan ejercido este tipo de derechos se consideran nulos (art. 53.4 b ET con respecto al despido objetivo y 55.5 b ET con respecto al despido disciplinario).

3. EL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA TRABAJADORA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y SU CONCRECIÓN EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA ANDALUZA

Con este marco legal, la negociación colectiva tiene un doble papel en materia de protección de la víctima de violencia de género: por una parte, en virtud del principio de norma mínima, los derechos consagrados en el ET suponen un mínimo de protección del trabajador, que la regulación convencional puede repetir o mejorar. Por otra parte, en relación con los derechos de reducción de jornada y de reordenación del tiempo de trabajo el art. 37.3 ET hace una remisión expresa a la negociación colectiva para que regule los términos de su ejercicio.

A pesar de ello, y a pesar también de la gran sensibilización social con el tema de la violencia de género, y de la progresiva preocupación de los interlocutores sociales por los temas de igualdad y conciliación de vida familiar, laboral y personal, es muy llamativo el hecho de la mayor parte de los convenios colectivos vigentes en España no abordan el tema de la protección de la trabajadora víctima de violencia de género. Muy pocos de ellos mejoran o complementan la regulación

legal[8]. Este mismo panorama es el que se presenta en la Comunidad Autónoma Andaluza, a pesar de que el número de víctimas de este tipo de violencia es mayor que en otras comunidades, por lo que es de suponer que habrá más trabajadoras que lo sufran. En el presente estudio se analizan las cláusulas de los convenios colectivos vigentes en Andalucía que se ocupan de este tema.

Para ello, se ha hecho una búsqueda entre todos los convenios vigentes en octubre de 2011 de ámbito autonómico y provincial. De ellos, tan solo se han encontrado tres autonómicos que contengan alguna referencia a la víctima de violencia de género, y entre los provinciales, tan solo treinta y tres. Además, muchos de ellos tan solo contienen una referencia tangencial a la protección de la víctima, y otros copian parte de la LIVG, ni siquiera su contenido laboral completo. Solo algunos, de manera muy excepcional, concretan las condiciones de ejercicio de los derechos o mejora parte de la protección.

a) ***Convenios que contienen solo una referencia tangencial a la protección de la víctima*****:** Muchos de los convenios analizados tan solo hacen una referencia genérica al compromiso contra la violencia de género, como por ejemplo "Respetando la confidencialidad debida, las empresas facilitarán al máximo a las trabajadoras víctimas de violencia de género el disfrute de todos los derechos y garantías previstos en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de Género"[9] o el compromiso de "Aplicar, desarrollar, y en su caso mejorar, las medidas contempladas en la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género, en adelante LOMPIVG, garantizando los derechos relativos a las condiciones laborales de las mujeres víctimas de violencia de género, reguladas en dicha Ley."[10] Es el caso, por ejemplo y de manera llamativa por tratarse de un sector muy feminizado, del Convenio Colectivo del sector de Limpieza de Edificios y Locales de Centros no Hospitalarios de Granada (BO Granada, 19 de octubre de 2010), así como el de Industrias en General de Huelva, el de Siderometalurgia de Jaén, Agricultura y Ganadería de Málaga y el de Transportes por Carretera de Sevilla.

b*) Convenios que repiten la regulación legal*: De entre estos, algunos de ellos solo recogen algunos de los derechos que consagra el ET (no consideración de las faltas de asistencia como absentismo[11], o la nulidad del despido [12]o en muchos casos, tan solo el de reducción de jornada o reordenación del tiempo de

---

[8] Vid. Kahale Carrillo, D. , "Los derechos laborales de las mujeres víctimas de Violencia de Género en el contenido de los convenios colectivos" Revista Themis; Pérez Campos, A. "Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva", Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLIII (2010).

[9] Convenio Colectivo del de Empresas de Transportes por Carretera de Mercancías de Almería (BO Almeria 4 de julio 2011).

[10] Convenio Colectivo del sector de la madera de Córdoba (BO Córdoba 20 de noviembre de 2008).

[11] Convenio Colectivo de la Construcción y Obras Públicas de Jaén.

[12] Convenio colectivo del sector trabajo en el campo de Almería; Convenio colectivo Provincial de la industria de la alimentación de Almería.

trabajo[13]. Algún otro, con vocación docente, recopila todos los derechos laborales de la víctima, en los mismos términos legales[14]. Otra variedad frecuente es la de aquellos convenios que recogen el derecho a la reducción de jornada o reordenación del tiempo de trabajo y el traslado, aunque sin aportar nada nuevo con respecto a la ley[15]; otros hacen otro tipo de selecciones de los derechos legales, haciendo referencia incluso a la bonificación de cuotas de seguridad social en los contratos de interinidad para sustituir a la trabajadora[16].

c) Convenios que concretan o mejoran la protección legal: Es el grupo menos numeroso pero más interesante. Se trata de los siguientes convenios:

1. Convenio Colectivo del sector de Derivados del Cemento de Córdoba: Como elementos más llamativos se encuentra la posibilidad de que las trabajadoras víctimas de violencia de género tengan preferencia a la hora de elegir turno de vacaciones (art. 39). En cuanto al derecho a la movilidad geográfica, el art. 41 establece que "Se priorizará el traslado de centro de la mujer víctima de violencia de género, (siempre que así lo elija voluntariamente la trabajadora); y en el caso de que ambos, maltratador y maltratada, trabajen en el mismo centro, se obligara al traslado de centro al maltratador."
2. Convenio Colectivo de trabajo para el sector del Comercio de Granada (BO. Granada 12 febrero 2010)

   Su Artículo 32 establece un complemento asistencial a las prestaciones por incapacidad temporal, que se reduce a partir del tercer proceso de IT dentro del mismo año, salvo en los casos en que la IT provenga de supuestos de violencia de género.
3. Convenio Colectivo del sector de Oficinas y Despachos de Málaga.

---

[13] Convenio Colectivo Provincial de trabajo para Estudios Técnicos y Oficinas de Arquitectura y Oficinas y Despachos en general para los años 2010 a 2012, Almería; Convenio Colectivo para el año 2010 del sector del Comercio Textil de Almería; Convenio Colectivo del sector de Industria Siderometalúrgica de Almería; Convenio provincial del campo de Córdoba (BO Córdoba 27 enero 2010), Convenio colectivo para clínicas privadas de Jaén; Convenio Colectivo de Sector de Limpieza de Edificios y Locales de Sevilla; Convenio Colectivo del sector de Industrias de Aderezo, Relleno, Envasado y Exportación de Aceituna de Sevilla; Colectivo de la «Mancomunidad de Municipios de la Comarca de Écija»; Convenio Colectivo del Sector de Salas de Exhibición Cinematográfica de Sevilla; Convenio Colectivo del sector Faenas Agrícolas, Forestales y Ganaderas de Sevilla y su provincia; Convenio Colectivo del sector del Aceite y sus derivados de Sevilla; Convenio Colectivo del sector de la Automoción de Málaga.

[14] Es el caso del Convenio Colectivo provincial de Piel-Marroquinería de Cádiz (BO de Cádiz, 3 de agosto 2011); Convenio Colectivo de Industrias Panificadoras de Córdoba (BO de Córdoba, 12 de diciembre de 2006).

[15] Convenio Colectivo del sector del Transporte de Mercancías por Carretera de Córdoba (BO de Córdoba, 12 de julio de 2011); Convenio autonómico Convenio Colectivo de la empresa del sector del estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública mediante control horario y cumplimiento de las Ordenanzas de Aparcamientos en la Comunidad Autónoma (BOJA 16 de septiembre de 2008).

[16] Convenio Colectivo de Pompas Fúnebres de Huelva (BO de Huelva, 9 de septiembre de 2010);

Su art. 13 establece que se priorizará el traslado de centro de la mujer víctima de violencia de género, (siempre que así lo elija voluntariamente la trabajadora), y en el caso de que ambos, maltratador y maltratada, trabajen en el mismo centro, se obligara al traslado de centro al maltratador.

4. Convenio Colectivo del sector de la Construcción y Obras Públicas de Sevilla.

   Este convenio, además de recoger los derechos legalmente previstos, contiene la siguiente mejora: "Articulo 58. Vacaciones. Las mujeres víctimas de violencia de género, tendrán preferencia a la hora de elegir el turno de vacaciones, debido a su situación más vulnerable y mientras dure su proceso judicial."

5. Convenio Colectivo Autonómico de Sector para las Empresas dedicadas a la Gestión del Servicio del Taxi en Andalucía (BOJA 19 de octubre de 2011) Artículo 10. Vacaciones: "También tendrán preferencia en escoger turnos las personas víctimas de violencia doméstica, siempre que ese tiempo fuese necesario para normalizar su situación familiar."

6. Convenio Colectivo del Personal Docente e Investigador Laboral de las Universidades Públicas de Andalucía (BOJA 9 mayo 2008) Además de repetir los derechos legales a la consideración de las faltas de asistencia como justificadas, y los de reordenación del tiempo de trabajo, se concreta el tema del derecho a la reducción de jornada en los siguientes términos:

   "Art. 31 Reducciones de jornada: e) Reducción por razón de violencia de género. Las mujeres víctimas de violencia de género tendrán derecho a una reducción de jornada de un tercio o de la mitad, percibiendo, respectivamente, un 80 o un 60 por ciento de la totalidad de las retribuciones, tanto básicas como complementarias, con inclusión de los trienios. En el caso de que la mujer víctima de violencia de género se vea obligada a abandonar el puesto de trabajo en la localidad donde venía prestando servicios, para hacer efectiva su protección o su derecho a la asistencia social integral, tendrá derecho preferente a ocupar otro puesto de trabajo de la misma categoría y área de conocimiento que la universidad tenga vacante en cualquier otro de sus centros de trabajo. Asimismo podrá solicitar el traslado, que tendrá carácter preferente, a otra universidad firmante de este convenio."

4. CONCLUSIONES

La negociación colectiva tiene un importante papel en el tema de protección de la trabajadora víctima de violencia de género, tanto por la vía de la posible mejora de los derechos legalmente reconocidos, como por la vía de concretar el régimen de ejercicio de los derechos a la reducción de jornada y a la reordenación

del tiempo de trabajo. Sin embargo, se trata de una oportunidad desaprovechada, como se ha puesto de manifiesto en diferentes estudios efectuados a nivel estatal.

Lo mismo ocurre en la Comunidad Autónoma Andaluza, a pesar de que se trata de una de las Comunidades donde el problema de la violencia de género es más virulento. En el presente estudio se comprueba que son escasos los convenios que se ocupan del tema, la mayoría para repetir de manera fragmentada la regulación legal, y alguno, de manera excepcional para establecer algún derecho nuevo, como es el caso de la preferencia de la víctima de violencia de género a la hora de elegir turno de vacaciones.

5. BIBLIOGRAFÍA

ALBERDI, I. y MATAS, N.: *La violencia doméstica. Informe sobre los malos tratos a mujeres en España.* Fundación La Caixa, Barcelona, 2002.

ALBIOL MONTESINOS, I: *Derecho del Trabajo, Tomo II: Contrato individual*. Tirant, Valencia, 2004.

ALCALE SÁNCHEZ, M.: *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ALONSO BRAVO, M.: *"La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras"*, en AA.VV. Igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la negociación colectiva en Castilla y León, Junta de Castilla y León, Salamanca, 2001.

CABRERA MERCADO, R. y CARAZO LIÉBANA, M.J.: *Análisis de la legislación autonómica sobre violencia de género*. Madrid, Ministerio de Igualdad, 2009.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *La dimensión laboral de la violencia de género*. Bomarzo, Albacete, 2005.

GALA DURÁN, C.: *"Violencia de genero y Derecho del Trabajo: una aproximación a las diversas medidas previstas"*. RL, nº10, 2005.

GARCÍA NINET, I.: *"Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (III)"*. Tribuna Social, nº 171, 2005.

— *"Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (II)"*. Tribunal Social, nº 170, 2005.

— *"Medidas laborales previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (I)"*. Tribunal Social, nº 169, 2005.

KAHALE CARRILLO, D.: *"Los derechos laborales de las mujeres víctimas de Violencia de Género en el contenido de los convenios colectivos"*. Revista Themis, nº 2.

LOUSADA AROCHENA, J.F.: *"Aspectos laborales y de Seguridad Social de la violencia de género en la relación de pareja"*. Actualidad Laboral, nº 7, 2005.

MARTÍN VALVERDE A.: *"Disposiciones laborales y sociales de la «Ley de protección integral contra la violencia de género»"*. Derecho de los Negocios, nº174, 2005.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P. y VELASCO PORTERO, M.T.: *La incidencia de la violencia de género en el contrato de trabajo*. CINCA, 2006.

— *"La suspensión del contrato de trabajo de las víctimas de violencia de género como medida de protección integral: mucho ruido y pocas nueces"*. Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, 271/2005.

MOLINA NAVARRETE, C.: *"Las dimensiones socio-laborales de la "lucha" contra la "violencia de género"*. A propósito de la LOIVG, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género –BOE de 29 de diciembre–". CEF, nº 264, 2005.

PEREZ CAMPOS, A.: *"Igualdad y no discriminación en la negociación colectiva"*. Anuario Jurídico y Económico Escurialense, XLIII (2010).

PUEBLA PINILLA, A DE LA.: *"Aspectos laborales y de protección social en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género"*. RL, nº6, 2005.

QUINTANILLA NAVARRO, B.: *"Violencia de género y derechos sociolaborales: la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género"*. Temas Laborales, nº 80/2005, pp 11-64º.

SELMA PENALVA, A.: *"Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales"*. AL, 9/2011.

SEMPERE NAVARRO, A.V.: *"Aspectos sociolaborales de la LO 1/2004, de 28 de diciembre"*, en J. MUERZA ESPARZA (Cood.). Comentario a la Ley Orgánica de Protección Integral contra la Violencia de Género. Aspectos jurídicos Penales, Procesales y Laborales. Thomson-Aranzadi, 2005.

— *"La Ley Orgánica de Protección contra la violencia de género: una introducción para laboralistas"*. AS, nº 4/2005.

Tercera Ponencia

NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Eva Garrido Pérez
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DINAMICIDAD DE LOS CONTENIDOS: ADAPTABILIDAD PREVIA COMPOSICIÓN DE LOS CONFLICTOS NEGOCIALES
3. DINAMICIDAD EN EL PROCEDIMIENTO NEGOCIAL: VÍAS DE SOLUCION PARA BLOQUEOS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
4. PERCEPCION Y RECEPCION EN LOS ACUERDOS INTERPROFESIONALES DEL NUEVO ESQUEMA DE INTERVENCIÓN MEDIADORA Y ARBITRAL
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los elementos estrella del debate suscitado en torno al RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, y mas aún en la fase negocial antecedente (luego fallida) entre las partes sociales, lo ha constituido sin duda la cuestión de la ultraactividad del convenio y con ello la aparición de un arbitraje obligatorio como última ratio para conseguir el objetivo de la consecución de un convenio colectivo.

Muchas han sido las voces que han afirmado, algunas, o alertado, otras mas prudentes, sobre la inconstitucionalidad del arbitraje obligatorio previsto en la norma, pero con apenas añadidos específicos que concreten los particulares términos que no pasarían por el tamiz de la Constitución, mas allá de apuntar el presunto ataque a la autonomía colectiva y al derecho de negociación colectiva.

Obviamente, uno de las pretensiones del presente análisis podría ser el aportar algunas consideraciones al debate sobre la corrección constitucional, o ausencia de la misma, de las menciones contenidas en el RDL 7/2011 al arbitraje obligatorio. Y aun cuando esta temática deba en consecuencia constituir una pieza ineludible en el estudio de los procedimientos de solución de conflictos laborales en la negociación colectiva, bajo el nuevo diseño delineado por el RDL 7/2011, en todo caso no es mas que uno de los pilares o ejes básicos sobre los que gira finalística y materialmente la reforma en esta concreta materia. De hecho, las nuevas reglas que afectan al contenido, modificación, inaplicación y vigencia de los convenios colectivos, son las que expresan el objetivo de dar agilidad y dinamismo a un sistema de negociación colectiva que, se dice al menos en la Exposición de Motivos del RDL 7/2011, adolece de una y otra, tanto en los procesos de negociación como en sus contenidos.

En tal sentido se apunta la crítica de que tras la denuncia, los convenios tardan en negociarse, dilatándose ampliamente en el tiempo, cuando no sucede que se producen situaciones de paralización y bloqueo, lo que impide que el convenio pueda cumplir su nueva y primordial función, proclamada sin cesar en esta reforma, de "ajustarse a las nuevas condiciones económicas y productivas". Función que es la que igualmente encuentra dificultades de cumplimiento ante unos contenidos que no se acomodan con prontitud a la situación por la que atraviesa la empresa, o no permiten ser modificados o inaplicados cuando ciertas circunstancias así lo requieran.

Ante esta apuntada disfunción, se plantea el objetivo, tal y como se indica en la Exposición de Motivos del RDL 7/2011, de "introducir niveles de dinamismo y agilidad en la negociación colectiva, tanto en los procesos de negociación de los convenios colectivos como en sus contenidos, de manera que se aumente su capacidad de adaptabilidad a los cambios en la situación económica y sociolaboral en unos términos que equilibren flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores". Una afirmación que es una mas que evidente declaración de

intenciones acerca del modelo de negociación que precisamente se quiere fortalecer; uno en el que el convenio colectivo no sólo sea el fruto garantizado de un proceso negocial, sino que además se configure como un instrumento moldeable, en permanente variación en cuanto se produzcan circunstancias que así pudieran aconsejarlo. O en otros términos, que el convenio colectivo tenga una naturaleza de estabilidad como marco de ordenación, pero de variabilidad en cuanto a su contenido.

A ello responden las medidas adoptadas en el RDL 7/2011 que afectan a los convenios colectivos y con las que se pretende cumplir ese objetivo de dinamismo y agilidad: la reforma en los artículos 85.3 (contenido del convenio) y 86.3 (vigencia del convenio), conjuntamente con la operada en los arts. 41.6 (modificaciones sustanciales) y 82.3 (descuelgue salarial).

En todos ellos hay un elemento común, que actúa a su vez de hilo conductor y de conexión para justificar su reforma: la previsión de procedimientos de solución no judicial de conflictos. Las llamadas ciertamente imperativas a los Acuerdos Interprofesionales y a la articulación en los mismos de procedimientos idóneos y eficaces para la solución de las controversias, aparecen destinadas a crear una clara red de seguridad que evite la inoperatividad de procesos negociales tendentes a la modificación, inaplicación o más aun consecución de un convenio colectivo.

Esa red de seguridad aparece así absolutamente necesaria para forzar a los sujetos negociadores a actuar en un escenario negocial mucho mas dinámico donde prime la consecución de acuerdos, ya sea directamente adoptados por las partes o ya sea por intervención de un tercero. Ello explica que en el texto de la norma, el recurso incentivado e incluso en alguna ocasión obligado a medios de solución extrajudicial para la solución de discrepancias en determinados procesos consultivos o negociales, aparezca como mecanismo de cierre que garantiza la consecución de un acuerdo para evitar situaciones de petrificación negocial o de estancamiento en procesos de modificación o inaplicación de convenios. En suma, el legislador no solo quiere que se firmen convenios como fruto de la actividad negocial de las partes sociales, sino que además pretende que el convenio sea en definitiva un acuerdo coyuntural, expresión de las condiciones existentes al momento de su negociación, y en consecuencia susceptible de ser alterado o modificado cuando aquellas cambien. En cierto modo es una revalorización del principio "*rebus sic stantibus*" que terminaría siendo la regla general que excepcionara aquel otro del "*pacta sunt servanda*".

En este diseño, el derecho de negociación colectiva parece derivarse hacia un deber de ejercicio continuo que permita dar resultados en permanente renegociación o modificación, precisamente en aras a requerimientos de flexibilidad y adaptación.

En consecuencia, y esto es lo que se pretende confirmar con el análisis que sigue, el RDL 7/2011 expresa un motivo, o mas bien un grupo de justificaciones que oculta una alteración de mas importante calado, cual es un cambio en el

modelo negocial, en el papel a cumplir por los sujetos protagonistas, y en suma en la relación ley / negociación colectiva. Porque precisamente para conseguir ese objetivo no declarado, pero que puede resultar algo mas que aparente, de cambio de modelo, el legislador se ve forzado a realizar una operación que rompe de forma notoria no solo con una dinámica de comportamiento de la norma hacia la negociación colectiva sino también con esa regla no escrita de que son los sujetos protagonistas del derecho a la negociación colectiva los artífices y conductores de los cambios de ordenación que requiera o necesite tal derecho.

En relación a este último aspecto, es conocido por todos el discurrir del proceso de concertación entre sindicatos y patronal que finalizó en esa ruptura, anunciada pero de alguna manera también provocada, y que dio vía libre al legislador para dictar una norma que supuestamente recogía los extremos respecto de los cuales había habido cierto consenso entre las partes en la fase negociadora, pero que indudablemente forzó a que tuviera que aportar su propia solución respecto de otras cuestiones que eran las que originaron en su momento un mayor enfrentamiento, como resultaba ser la cuestión de la ultraactividad de los convenios, y en cuyo entorno se sitúa esa mención al arbitraje obligatorio que se somete a un juicio de adecuación y corrección al mas alto nivel, que es el constitucional.

El juicio ya es de orden político-legislativo, aunque con indiscutibles efectos jurídicos, respecto al primero de los aspectos mencionados como de ruptura, es decir, el cambio en la relación ley / convenio colectivo, o mas concretamente en el papel de la norma en relación al derecho a la negociación colectiva.

La reforma de 1994 se caracterizó precisamente por la voluntad legislativa en dejar terreno de desarrollo y expansión a la negociación colectiva, tanto desde el punto de vista instrumental (de ahí la recuperación de los acuerdos y pactos de empresa) como material (relegándose la norma en espacios de ordenación que cede a la negociación). Y este diseño que propició la Ley 11/1994, dio como resultado lo que el propio legislador menciona en la Exposición de Motivos del RDL 7/2011: "que se han producido avances y mejoras notables en nuestro mercado de trabajo y en nuestro sistema de relaciones laborales en todos estos años y que buena parte de la responsabilidad le corresponde al ejercicio de la autonomía colectiva por parte de los interlocutores sociales y a la propia negociación colectiva".

Siendo así, ante una alteración de esta relación en la que nuevamente la norma interviene incidiendo en los instrumentos y en los contenidos materiales de la negociación colectiva, el objetivo último debe ser de tan alta relevancia como para justificarlo. Porque efectivamente nos volvemos a encontrar con una norma que, ante el campo en el que la negociación colectiva ha actuado por propiedad e idoneidad con márgenes de libertad, se dedica ahora, si se permite el símil, a acotarlo, a surcarlo en distintos niveles de "producción", a precisar los plazos de siembra y el tipo de semilla a sembrar, el abono a utilizar para que el fruto de el tamaño esperado, y los plazos de recogida para la renovación del campo. Y esta destacada y nueva intervención de la norma se observa también nítidamente en ese especial

terreno constituido por los sistemas de solución de conflictos laborales, en el que las partes sociales han sido las principales artífices del desarrollo jurídico y aplicativo de tales sistemas. Hasta qué punto esa intervención normativa en dicho terreno condiciona, limita o impide la autonomía colectiva es en última instancia lo que se pretende dar respuesta en las líneas que siguen.

2. LA DINAMICIDAD DE LOS CONTENIDOS: ADAPTABILIDAD PREVIA COMPOSICIÓN DE LOS CONFLICTOS NEGOCIALES

2.1. El contenido mínimo de los convenios (art.85.3) como punta de lanza para la dinamización de los procedimientos de solución de conflictos

El nuevo art. 85.3 presenta ahora un amplio listado de lo que debe ser un contenido mínimo del convenio con la mención de nuevas materias o cuestiones que precisamente vienen a desvirtuar tal configuración como contenido mínimo, como es el ejemplo paradigmático de esas supuestas medidas para contribuir a la flexibilidad interna de la empresa (el porcentaje de jornada en distribución irregular y la movilidad funcional).

Otras nuevas menciones afectan a medidas de solución de discrepancias suscitadas en dos diferentes entornos negociales y en los que en consecuencia tales medidas también se insertan bajo contornos o condicionamientos diferenciales.

Uno de tales entornos es el derivado de situaciones de alteración o inaplicabilidad de contenidos de un convenio colectivo; el otro es de la negociación precisa de un convenio colectivo. Dejando éste último para su análisis conectado con la reforma operada en el art.86 en sede de procedimentalización dinamizada de la negociación colectiva, centremos ahora el debate en las novedades que incorpora este artículo 85.3 para dar respuesta a ese declarado objetivo de dar agilidad a los contenidos de los convenios colectivos y así resultar mas adaptables.

El nuevo listado de contenidos mínimos del convenio colectivo identifica en dos ocasiones a los procesos negociales del art.41.6 y del art.82.3 del ET como aquellos a los que se debe prestar especial atención desde el propio convenio, previendo mecanismos de solución para los supuestos de discrepancias en el curso de tales procesos.

En primer lugar, en la letra c) del apartado 3 del art.85, al imponer a los convenios colectivos que prevean "procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación" con un fin de modificación sustancial (art.41.6) o de inaplicación del régimen salarial (art.82.3) de un convenio colectivo.

Y en segundo lugar, en sede de atribuciones de la Comisión Paritaria a especificar igualmente en contenido mínimo, al tener que incluir "los términos y

condiciones" con los que dicha instancia orgánica procede al "conocimiento y resolución de las discrepancias tras la finalización del período de consultas" previsto igualmente en ambos preceptos.

En cierto modo, con el art.85.3 se identifican las modificaciones sustanciales de condiciones fijadas en convenio colectivo y el descuelgue salarial como instrumentos que protagonizan las necesidades de ajuste y cambios que se predica como uno de los objetivos de la reforma en el modelo negocial. En otros términos, el legislador ejemplifica en estas dos instituciones el pretendido cambio en el sistema negocial en el que el convenio colectivo deja de ser un marco de contenidos inalterables durante su vigencia para someterse, por el contrario, a revisiones, alteraciones e inaplicaciones. De hecho, ambas situaciones tienen un elemento identificador común, cual es la ruptura de la eficacia normativa / obligacional del convenio colectivo. En consecuencia, el propiciar los cambios, alteraciones, descuelgues en suma de lo pactado en convenio colectivo, no significa mas que dar carta de naturaleza a una configuración del convenio colectivo como un pacto dinámico y no estático, a un acuerdo que es susceptible de modificación o alteración conforme a las circunstancias que en su caso se propicien y que requieran su cambio.

Más aún, quizás uno de los efectos añadidos de esta reforma sea el de elevar al rango de normalidad aquello que ha venido apareciendo como una anomalía excepcional, es decir, los acuerdos modificativos de un convenio que han venido celebrándose de forma jurídica pero oculta, cuales son los acuerdos de empresa, lo que incidía mas aún en el carácter de rareza negocial y que en consecuencia habría que mantener fuera de la normalidad. Bajo la reforma, por el contrario aparecen como permanentes compañeros de viaje de un convenio, como instrumentos formales de flexibilización o adaptación de lo que parece ser en sí mismo una herramienta de ordenación perfectamente adaptable y cambiable que es el convenio colectivo.

En consecuencia, es más que intencionada la elección de estas dos situaciones de negociación de cambios en las condiciones previstas en convenios colectivos como aquellas en las que deben pactarse soluciones extrajudiciales de conflictos, porque de alguna manera el legislador pretende que el cierre de tales negociaciones no sea otro que un acuerdo, sea el adoptado por los sujetos protagonistas o ya sea el propiciado o decidido por un tercero interventor. En definitiva, es confirmar que el convenio se puede alterar, por una u otra opción, y que hay un convenio alterado, lo que es, en consecuencia, el eje de ese modelo de negociación colectiva mucho mas adaptable que impulsa el legislador del RDL 7/2011.

Como tales instituciones paradigmáticas o ejemplificantes de un modelo de negociación más dinámico, el legislador pretende eliminar o limar las dificultades que pudieran surgir en el proceso que conduzca a la modificación o inaplicación de parte del convenio. Y para tal fin articula no una sino dos vías o mecanismos de composición de las controversias que se suscitaran en los procesos de consultas previstos para una y otra institución. Por un lado, a través de los procedimientos de solución de discrepancias que a tal efecto, y para tales situaciones, debe contemplar el propio convenio, siquiera acomodando a las mismas los procedimientos

generales de solución de conflictos previstos en los Acuerdos Interprofesionales de ámbito estatal o autonómico. Y por otro lado, concediendo una actuación interventora a la Comisión Paritaria, cifrada en el conocimiento y resolución de las discrepancias en tales procesos.

Enjuiciado pues este articulo 85.3 aisladamente, se denota un claro afán del legislador por ofrecer vías para la composición de conflictos en ambas instituciones, pero sin aportar ninguna pista que clarifique ni el tipo de intervención de la comisión paritaria, su alcance, vinculabilidad y efectos, ni tampoco su coordinación o secuencia procedimental con el recurso a esos medios de solución previstos en los Acuerdos Interprofesionales, e incluso cuales serían los más idóneos dada la naturaleza o las características especiales de este tipo de controversias.

Estas claras ausencias en parte se solventan acudiendo a la ordenación que en concreto, y con el nuevo redactado, ofrecen los respectivos preceptos estatutarios en sede de modificación sustancial de condiciones previstas en convenio colectivo y de inaplicación salarial.

2.2. Identificación de las situaciones consultivas donde prever medidas de solución extrajudicial. En particular, la dualidad de régimen en el art.41

No era, pues, aprovechando que el Pisuerga pasara por Valladolid que se insertara una modificación de los artículos 41.6 y 82.3 en el texto del RDL 7/2011 de reforma de la negociación colectiva, sino que precisamente como piezas claves de tal reforma y en suma del objetivo, o grupo de fines, pretendido por la misma, resultaba del todo necesario proceder a una alteración de los contenidos de ambos preceptos, para culminar la formulación de las instituciones que se ordenan en ellos (la modificación / inaplicación de condiciones establecidas en convenios colectivos) como instrumentos de adaptabilidad y adecuación a las circunstancias empresariales. Pero al hacerlo, el legislador ha provocado claras fisuras con otras menciones incluidas en los mismos preceptos o incluso con otros igualmente alterados por la reforma, que ha terminado por crear una disparidad de regímenes jurídicos en lo que se refiere a la previsión y contemplación de medidas de solución de conflictos. Expliquemos lo que se acaba de señalar.

Aquello que se ha reformado con el RDL 7/2011 en los artículos 41.6 y 82.3 del ET ha sido en definitiva y en esencia el modelo de ordenación en el que se insertan los procedimientos de solución de controversias y el papel que estos deben jugar, lo que es mas detectable ciertamente en el caso del art.41.6 que en el 82.3 al ser éste una mera reproducción del nuevo apartado insertado en aquél.

(A) La solución de divergencias en el art.41. Situación antecedente al RDL 7/2011

En concreto, y hasta la aparición del RDL 7/2011, el artículo 41 presentaba el redactado ofrecido inicialmente por el RDL 10/2010 y con posterioridad por la Ley 35/2010, con las principales novedades, por un lado, de un régimen particular

para las modificaciones sustanciales de condiciones establecidas en convenios colectivos estatutarios, y por otro, de la previsión de vías de solución para las controversias que pudieran suscitarse en procesos modificativos de condiciones de trabajo. Y ambas novedades deben concretarse y cohonestarse aquí precisamente para destacar la variación originada por el RDL 7/2011 en tal diseño.

Así, el RDL 10/2010 incorporó por primera vez en el apartado 4º del art.41 (confirmado posteriormente por la Ley 35/2010), una referencia a medidas de solución como opción alternativa al acuerdo o desacuerdo que pudiera adoptarse por las partes en el proceso de consultas; o dicho de otro modo, la previsión legislativa era que las partes pudieran considerar que en lugar de iniciar o continuar el proceso consultivo, directamente se pusiera en manos ajenas y a través del instrumento de la mediación o el arbitraje, la adopción o no de medidas modificativas, pero todo ello siempre y cuando no previese otra regulación el convenio colectivo, supuestamente estatutario.

Es decir, en este complejo diseño normativo, que curiosamente se ofrecía como régimen general o común para cualquier proceso modificativo de condiciones de trabajo, sea cual fuera su marco de acogida, se dejaba en manos del convenio colectivo el adoptar la regulación que estimara más conveniente para procedimentalizar la institución modificativa, y sólo en defecto de esa ordenación específica es cuando la norma, el ET, en el art.41 y en ese apartado 4º de régimen común, disponía la necesidad de un período de consultas para en su caso adoptar un acuerdo modificativo, pero permitiendo esa otra alternativa, decidida libremente por las partes al inicio o durante el periodo de consultas, de recurrir a la mediación o al arbitraje. En cierto modo, la ubicación de tales instrumentos de solución se encontraba al final de una cadena de opciones alternativas que partía de la libre decisión de los sujetos negociadores de un convenio en no contemplar una regulación específica para procedimentalizar las modificaciones sustanciales de condiciones laborales, y que culminaba en su caso en la libre decisión de los sujetos protagonistas en el ámbito de la empresa donde se quería operar esa modificación de celebrar o no el período de consultas.

Pero obsérvese, por lo demás, que los instrumentos de mediación y arbitraje que se mencionan como esa opción alternativa, tal y como se indica en el art.41.4, son los que resulten de aplicación en el ámbito de la empresa, lo que necesariamente obliga a remitirse de nuevo al convenio colectivo para detectar la previsión en el mismo de los procedimientos que se contemplaran para la solución de conflictos o controversias, ya sean propios o específicamente ordenados por el texto convencional y conforme a los términos o reglas operativas dispuestas en el mismo, o ya sean aquellos previstos en los Acuerdos Interprofesionales de ámbito estatal o autonómico a los que las partes del convenio en cuestión se adhieren o someten expresamente.

Más aún, no hay que dejar pasar por alto dos detalles de la ordenación en esta concreta materia. En primer lugar, que la mediación o el arbitraje aparecen

configurados en la letra de la norma como sustitutos procedimentales, esto es, alternativas al proceso de consultas, pero en todo caso, y en tanto que precisamente son opciones alternativas, se articulan con el mismo fin, esto es, el alcanzar un acuerdo que resuelva la pretensión modificativa, en positivo o en negativo, es decir, si se procede o no se procede a la modificación de condiciones laborales que se hubiera instado por la parte empresarial interesada. Y es por tanto el mismo acuerdo, positivo o negativo, el que debe buscarse con esa opción a una mediación o a un arbitraje, dependiendo de cual fuera el sistema previsto o contemplado en el convenio colectivo para esta concreta situación controvertida. Lo que ocurre es que, en segundo lugar, como segundo detalle o cuestión a tener en cuenta del régimen previsto en el art.41.4, no se contempla expresamente en la letra de la norma la opción de que el periodo de consultas finalice sin acuerdo modificativo, lo que no significa que no pueda darse precisamente cuando culmina el tiempo habilitado en la norma para ello sin ese resultado y las partes no hubieran decidido sustituir el proceso consultivo por una intervención mediadora o arbitral. En caso pues de desacuerdo, desarrollándose de forma efectiva y por decisión de las partes el período de consultas, es cuando el empresario podría tener libertad para adoptar la decisión modificativa que hubiera planteado, salvo que el propio convenio hubiera previsto que en tales circunstancias las partes se sometieran a mecanismos de solución extrajudicial de controversias, de nuevo ya sean de los ordenados específica y particularmente para la unidad convencional en cuestión o ya sean de los previstos en los Acuerdos Interprofesionales de ámbito estatal o autonómicos a los que las partes del convenio se hubieran sometido o adherido expresamente.

Si éste resultaba ser el diseño derivado del régimen común previsto en el apartado 4º del art.41, el dibujo variaba sustancialmente cuando la pretensión modificativa de condiciones de trabajo afectaba a convenios colectivos estatutarios y pudiera fracasar la negociación que condujera en su caso a ese acuerdo que aparece en la letra de la norma como exigencia ineludible para la operatividad de la modificación. De hecho, ante esta situación de desacuerdo, en el nuevo apartado 6º incorporado inicialmente por el RDL 10/2010 se incluía un claro componente de obligatoriedad ("será necesario acudir…") en el recurso a procedimientos de mediación o arbitraje previstos a tal efecto en el convenio colectivo o en el acuerdo Interprofesional de adhesión. Lo que contrastaba con la voluntariedad que se dejaba para el régimen común de modificaciones, y por tanto para aquellas pretensiones modificativas que no afectaran a convenios colectivos estatutarios, donde la no exigencia ineludible de un acuerdo eximía al legislador de aplicar igual medida que para los supuestos modificativos de convenios del Título III, y en consecuencia dejando a las partes libertad de seguir con el procedimiento de consultas hasta que éste termine en acuerdo o se aboque al fracaso, o bien sustituirlo por una mediación o arbitraje que facilite ese acuerdo. Una opción que el apartado 6º no preveía, lo que no significaba que se impidiera, no solo porque así pudiera haberse recogido en el convenio colectivo como componente de ese régimen específico de ordenación para los supuestos de modificaciones sustanciales de condiciones laborales, sino también porque las partes no necesitan de hecho esperar al final del

período de consultas para detectar la imposibilidad de un acuerdo y en consecuencia recurrir a otras vías de solución.

Por otro lado, en ese redactado que inicialmente presentaba el art.41.6 con los términos ofrecidos por el RDL 10/2010, el recurso obligatorio a medios de solución se apuntaba también con una clara secuencia procedimental. En primer lugar, en caso de desacuerdo en el proceso consultivo, se debía acudir a la mediación; instrumento que, si bien deja a las partes mayor margen de maniobra en la resolución de la controversia, sin embargo no garantiza, por su especial naturaleza, la consecución final de un acuerdo. Es por ello que el mismo apartado del precepto preveía la posibilidad de que los convenios colectivos o los Acuerdos Interprofesionales, tras el fracaso de una previa mediación, acogieran un compromiso de sometimiento a un denominado arbitraje "vinculante"; un adjetivo innecesario y superfluo por cuanto ya de por sí el arbitraje es vinculante, cuando quizás lo que el legislador hubiera querido decir, y no dijo, era que fuera obligatorio.

No obstante, esta idea de imperatividad se diluye hasta el punto incluso de desparecer con el redactado que finalmente se dio al apartado 6º del art.41 por obra de la Ley 35/2010, que elimina toda referencia al necesario sometimiento previo a una mediación en el régimen que fuera establecido ya por el convenio colectivo mismo a tal efecto o por el correspondiente Acuerdo Interprofesional de adhesión, y deja en su lugar un apartado cuyos términos expresan una importante carga intencional. En primer lugar, al conceder a los Acuerdos Interprofesionales un papel preeminente en la solución de este tipo de controversias; y en segundo lugar, al anunciar ya claramente aquel otro papel que se quiere que juegue el mecanismo del arbitraje. Y ambos apuntes confirman la operación normativa de diversificación del modelo procedimental a seguir en supuestos de controversias entre las pretensiones modificativas de condiciones que afecten a convenios colectivos estatutarios (régimen del apartado 6º) y aquellas otras incluidas en cualesquiera otros pactos, acuerdos o convenios extraestatutarios (régimen común del apartado 4º).

Para las primeras, las modificaciones del régimen especial del apartado 6º, se apuntaba hacia la intervención de los medios de solución previstos en los Acuerdos Interprofesionales, impulsándose claramente el recurso al arbitraje. Para las segundas, las modificaciones de régimen común del apartado 4º, se respetaba la voluntariedad de las partes en el recurso a la mediación o al arbitraje, conforme al marco de acogida y ordenación que puede ser el convenio mismo o el Acuerdo Interprofesional al que aquél se hubiera sometido o adherido.

Así pues, a partir de la reforma operada por la Ley 35/2010, en caso de discrepancias en las consultas previstas en el apartado 6ª se hacía responsables únicamente a los Acuerdos Interprofesionales en la labor de articular mecanismos de solución para aquéllas. Y esta responsabilidad parecía plantearse en la letra de la ley como exclusiva y excluyente, es decir, sin opción a que los mismos convenios colectivos contemplaran el recurso a sus propios mecanismos de solución para estos concretos supuestos conflictivos, al margen o con independencia de los previstos en los correspondientes Acuerdos Interprofesionales, en la medida en que

eran estos los que debían tener una "aplicación general y directa". De ser así, en seguimiento pues a la literalidad de la norma, se estaba obligando a que todas las unidades de negociación estuvieran adheridas o sometidas a un Acuerdo Interprofesional para quedar cubiertos por sus procedimientos. Lo que a su vez obligaba a que todos los Acuerdos Interprofesionales, no solo contemplaran las medidas de solución específicas que requiriesen este tipo de controversias, sino que además, entre ellas, necesariamente habría de incluirse el compromiso previo a someterse a un arbitraje (obviándose ya el calificativo de "vinculante" con el redactado dado por la Ley 35/2010). Por lo demás, se especificaba claramente en el art.41.6 que en tal caso el laudo arbitral tendría el mismo efecto que un acuerdo adoptado en el periodo de consultas que podría ser impugnado por la modalidad procedimental prevista para los convenios colectivos, según confirmaba también el art.91 ET.

(B) El cambio operado por el RDL 7/2011 en el diseño de vías de solución de divergencias en procesos consultivos

El RDL 7/2011, al dejar inalterado el apartado 4º y al incorporar un nuevo párrafo en el apartado 6º, ha venido en última instancia a confirmar la diversificación de regímenes en las modificaciones previstas en el art.41, y con ello una distinta contemplación, también diferenciada, de las posibles medidas de solución de conflictos.

En esencia, al alterar el redactado del apartado 6º, se introducen menciones particulares para los supuestos de modificación de condiciones previstas en convenio colectivo que altera en su tramo final la secuencia prevista en el apartado 4º del mismo artículo que ha quedado inalterado por la reforma. Es decir, para procedimentalizar esta específica modalidad modificativa, de nuevo se deja al convenio colectivo prever el concreto régimen ordenador y, en defecto del mismo, una vez más la norma actúa supletoriamente exigiendo un período de consultas que conduzca en su caso a la obtención de un acuerdo, como condición ineludible para admitir la modificación de condiciones pactadas en convenio colectivo estatutario. Pero en la medida en que este tipo de modificaciones requiere necesariamente un acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, el legislador reformista incorpora nuevas reglas para garantizar al máximo que tal acuerdo se adopte en su caso, ya sea decidido libremente por las partes o ya sea por intervención de instrumentos de solución ajenos.

Las mismas reglas que se reproducen por primera vez en el art.82.3 para provocar idéntico resultado: un acuerdo que determine en su caso la operatividad del descuelgue salarial. Y ello porque en cierta medida este precepto ha pasado por un recorrido evolutivo idéntico al sufrido por el art.41.6 en cuanto a la configuración de un esquema de solución de divergencias.

En su inicial redactado conforme a la Ley 11/1994 el precepto ya preveía la posibilidad de un desacuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores para decidir la inaplicación del régimen salarial del convenio de ámbito superior,

atribuyéndose a la Comisión Paritaria de éste último la misión de solventar tal discrepancia, que parecía tener cierto carácter resolutivo y vinculante, mas aún cuando también se le encomendaba la determinación de las nuevas condiciones salariales si no había acuerdo entre las partes una vez adoptada la decisión primera sobre inaplicación. El campo competencial de la Comisión Paritaria en estas particulares situaciones de descuelgue salarial se ha mantenido prácticamente incólume hasta que llegó el RDL 10/2010 procediendo a incorporar el mismo apartado que en el art.41.6, y en consecuencia a prever que en supuesto de desacuerdo resultaba obligado acudir a los procedimientos de mediación establecidos al efecto por los convenios colectivos o los Acuerdos Interprofesionales, añadiendo que unos y otros podrían establecer ese compromiso previo de sometimiento a un arbitraje vinculante, en ausencia de avenencia en mediación. Un redactado que nuevamente se altera tras pasar sobre él la Ley 35/2010, para quedar en los mismos términos que en el art.41.6: eliminando la referencia a la mediación previa y disponiendo la responsabilidad ineludible de los Acuerdos Interprofesionales para incorporar procedimientos de aplicación directa y general, incluido el compromiso de sometimiento a un arbitraje, que solventen de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos de inaplicación salarial.

Así pues, ambos preceptos han sido objeto de una más que intencionada alteración en lo que se refiere a la contemplación de vías de solución de controversias y en consecuencia es también más que intencionada la nueva reforma operada en ambas situaciones de negociación de cambios de condiciones pactadas en convenios colectivos, porque de alguna manera el legislador pretende que el cierre de tales negociaciones no sea otro que un acuerdo, sea el adoptado por los sujetos protagonistas o ya sea el propiciado o decidido por un tercero interventor. Aquello que no obstante puede cuestionarse es el grado de obligatoriedad o de voluntariedad en la aplicación del diseño o esquema procedimental de vías de solución de divergencias previsto en ambos preceptos.

(C) Voluntariedad u obligatoriedad en el recurso a las vías de solución recogidas en los arts. 41.6 y 82.3

Partiendo pues de una situación de fracaso en el período de consultas previsto en ambas instituciones, los artículos 41.6 y 82.3 reproducen términos para señalar a la Comisión Paritaria como la primera instancia interventora, y en segundo lugar, en caso de desacuerdo de aquélla, a los procedimientos de solución previstos en los Acuerdos Interprofesionales de ámbito estatal o autonómico. Pero los términos utilizados para precisar tal secuencia, en algún caso son imprecisos y en otro excesiva e incluso inadecuadamente precisos.

Veamos en primer lugar las imprecisiones detectadas en ambos preceptos cuando refieren a que "cualquiera de las partes" de la consulta fracasada (empresa o representantes de los trabajadores) "podrá" someter la discrepancia a la Comisión, que dispondrá de 7 días como máximo para "pronunciarse". Las

incertidumbres aquí derivan de los términos "podrá" y "pronunciarse", por cuanto provocan dudas acerca de la voluntariedad o no del recurso a la Comisión Paritaria y sobre el alcance y los efectos del pronunciamiento de tal instancia orgánica.

Respecto a la primera cuestión, una primigenia y directa deducción interpretativa del término "podrá" conduciría a afirmar el sentido de voluntariedad que pudiera revestir el recurso a la actuación de la Comisión Paritaria. De hecho, podría apuntarse a que tal término es utilizado por el legislador unido precisamente a la individualidad de cada sujeto participante en las consultas para evitar que se entienda la necesidad de un acuerdo conjunto entre ambas partes como condición ineludible para la intervención de la Comisión Paritaria. Por tanto bastaría que una de ellas lo decidiese para que la otra se viera abocada obligatoriamente a asumir el resultado de la actuación de tal órgano. Siendo así, se confirma precisamente la voluntariedad en el recurso a la Comisión Paritaria, o en otros términos, la intervención de esta instancia será obligada para aquella parte que no la requirió cuando precisamente la otra sí la solicitó libre o voluntariamente. Visto desde otra óptica, si fuera obligatorio el recurso primigenio a la Comisión Paritaria, lo sería para ambas partes, quieran o no, y en consecuencia no tendría sentido facultar a una u otra a someter la discrepancia a dicha instancia.

De entender voluntario el primer e inicial recurso a la Comisión Paritaria, también así habría de admitirlo para la opción supletoria ante los supuestos de desacuerdo en aquélla, conforme a la cual las partes también "podrán" someterse a los medios de solución previstos en los Acuerdos Interprofesionales, aunque ya en este caso el uso del plural parecería indicar la necesidad de un acuerdo conjunto entre ambas.

Esta interpretación sobre el carácter voluntario en el recurso a la Comisión Paritaria y a los procedimientos previstos en los Acuerdos Interprofesionales, significaría tanto como admitir la propia disponibilidad del régimen expresado en ambos preceptos, o dicho de otro modo que no resultaría un régimen obligatorio de imposición directa, puesto que el convenio que puede ser modificado en alguna de sus condiciones recogidas o inaplicado en materia salarial, pudiera haber establecido precisamente el procedimiento a seguir, tal y como por lo demás le ordena, y esto sí es imperativo, el nuevo art.85.3 como contenido mínimo del convenio. Es decir, en tanto que éste debe contemplar la intervención de la Comisión Paritaria y la acogida adaptada de medios de solución previstos en los Acuerdos Interprofesionales a los supuestos de fracasos en períodos de consulta de los arts. 41.6 y 82.3, al hacerlo puede prever una secuencia procedimental que aun no siendo esencialmente divergente de la contemplada puede concretar sus términos y alcance.

En definitiva, se trataría de conceder cierto margen de maniobra a los convenios colectivos, y en respeto pues a esa autonomía negocial a la que tanto alude la Exposición de Motivos del RDL 7/2011, para ordenar el procedimiento a seguir en la solución de las divergencias suscitadas en estas instituciones de modificación e inaplicación del convenio, considerando el régimen previsto al respecto en

ambos preceptos como referencial para los convenios o para la ausencia de pacto específico en los mismos.

El mismo cauce que por lo demás pudiera ser el más idóneo para concretar aquello que, en el redactado de ambos preceptos, y en segundo lugar, se rodea también de una cierta confusión, es decir, cual sea la intervención prevista o pretendida de la Comisión Paritaria ante tales discrepancias, especialmente para poder así cerrar el diseño de su relación procedimental con los sistemas previstos en los correspondientes Acuerdos Interprofesionales, como a continuación se planteará.

2.3. La secuencia procedimental Comisión Paritaria / sistemas de solución previstos en Acuerdos Interprofesionales

Efectivamente, tanto el art.41.6 como el 82.3, al ubicar la intervención de la Comisión Paritaria se limitan básicamente a indicar que ha de pronunciarse en determinado término, pero sin especificar el alcance de tal pronunciamiento y especialmente cuales sean sus efectos jurídicos.

Respecto a lo primero, debe recordarse que la discrepancia que se somete es la falta de acuerdo entre las partes sobre una pretensión de modificación del convenio o de inaplicación de su régimen salarial, de ahí que deba dilucidarse la naturaleza de la intervención de la Comisión Paritaria, si es con una finalidad resolutoria de conflicto, con la consecución de un acuerdo sobre la operatividad o no de la pretensión, o simplemente de carácter informativo y/o consultivo. Y al respecto, los términos utilizados por la norma en ambos preceptos más que aclarar pueden conducir a oscurecer lo que podría ser la intencionalidad última del régimen previsto.

Así, si lo que tiene que expresar la Comisión Paritaria, según la literalidad de la norma, es un "pronunciamiento", no parece que ello refleje el resultado de una intervención del tipo de mediación o conciliación en el que las partes son las que terminan por pronunciar su resolución. Tampoco el término permitiría acoger una intervención de carácter arbitral, que para el legislador es claro que debe situarse preferentemente en el marco de los Acuerdos Interprofesionales, al margen de que este tipo de mecanismo resulta más que extraño por tradición para la Comisión Paritaria en este tipo de conflictos. Pero siguiendo también con la literalidad de la norma, no se puede obviar el hecho de que expresamente mencione el "desacuerdo" en el seno de la Comisión Paritaria, como condición para que las partes pudieran acudir a otras vías de solución del conflicto, lo que podría sugerir un tipo de intervención con capacidad resolutoria de dicho conflicto.

En consecuencia, los términos utilizados por la norma son lo suficientemente confusos e incluso incoherentes como para dar una interpretación unívoca y general de lo pretendido por la norma. Quizás esos términos no sean más que una sencilla expresión de la intencionalidad del propio legislador en no concretar el alcance y tipo de intervención que debiera asumir la Comisión Paritaria en esta clase de discrepancias durante el periodo de consultas de los arts. 41.6 y 82.3, para

dejar en suma que sean los convenios colectivos los que cumplan, como lo han venido haciendo hasta ahora, tal misión. Obsérvese cómo la propia norma omite claramente en ambos preceptos toda referencia a cuáles sean los efectos del supuesto pronunciamiento de la Comisión Paritaria sobre el conflicto que lo ha originado, es decir, si tendría o no la misma eficacia que el acuerdo al que las partes hubieran podido llegar sin su intervención.

Obviamente no se desconoce que el art.91, tras su paso por el RDL 7/2011, ofrece ahora un nuevo apartado en el que se dispone que, tratándose de conflictos de interpretación y aplicación, la Comisión Paritaria debe intervenir preceptivamente y con carácter previo al planteamiento de tales conflictos ante los procedimientos de solución previstos en los convenios colectivos o en los Acuerdos Interprofesionales o incluso cuando se acuda a la resolución judicial; añadiéndose que las resoluciones de la Comisión, en estos supuestos, tendrían la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos. Pero obsérvese que toda esta previsión y detalle en cuanto a la intervención de la Comisión paritaria y los efectos de la misma se efectúa en sede de conflictos jurídicos, cuando las divergencias surgidas en períodos de consulta del art.41 y del 82.3 no necesaria ni automáticamente revisten esa naturaleza. Estando de hecho a caballo entre los conflictos jurídicos y los de intereses, (tanto puede haber una cuestión de interpretación de las causas justificativas para la modificación o inaplicación, como una nueva ordenación de las condiciones modificadas o inaplicadas), la opción inclusiva o integradora terminará en suma dependiendo de lo que se disponga en el convenio colectivo o en los mismos Acuerdos Interprofesionales al acoger estas situaciones conflictivas y disponer para ellas los específicos mecanismos de solución.

Así pues, todo ello confirma la necesidad de que la negociación colectiva sea la que ordene los detalles de la intervención de la Comisión Paritaria en este tipo de controversias. Lo que a su vez es coherente con el propio mandato de la norma hacia los convenios colectivos al exigirse como clausulado mínimo (art.85.3) la especificación de los términos y condiciones para el conocimiento y resolución, por las Comisiones Paritarias, de las discrepancias tras el período de consultas de acuerdo a lo previsto en arts.41.6 y 82.3 ET

En definitiva, tendrían que ser los convenios colectivos, por propio designio de la norma, tanto expreso como implícito, los que tuvieran que perfilar la intervención de la Comisión Paritaria, prefijando si es de carácter resolutivo o simplemente de naturaleza informativa o consultiva, y sea una u otra sin cerrar otras opciones procedimentales de solución de conflictos a los que las partes pudieran recurrir.

Y esta opción integradora serviría además para eludir una posible interpretación limitativa y por lo demás inoperativa al conectar la intervención de la Comisión Paritaria recogida por la norma en estos dos preceptos (art.41.6 y 82.3) con lo mencionado en el art.85.3 en sede de atribuciones de dicha instancia orgánica.

En concreto, los art. 41.6 y 82.3 contemplan un fracaso o falta de acuerdo en el seno de la Comisión Paritaria como presupuesto objetivo que conduce directamente a que las partes puedan recurrir a las vías procedimentales fijadas en los Acuerdos Interprofesionales de ámbito estatal o autonómico. Y por tales partes o sujetos legitimados para someterse a estos sistemas de solución habría de entenderse sólo y exclusivamente los protagonistas del conflicto o desacuerdo que precisamente originó el recurso a la Comisión Paritaria, sin incluir por tanto a la misma Comisión Paritaria. Es cierto que conforme al nuevo redactado del art.85.3 se exige a los convenios colectivos incluir la previsión de que las propias discrepancias en el seno de la Comisión Paritaria puedan someterse a los sistemas no judiciales de solución de conflictos previstos en los Acuerdos Interprofesionales.

Admitir que tal previsión cubre también los desacuerdos posibles de la Comisión cuando ésta interviene en las divergencias suscitadas por los procesos consultivos de los arts. 41.6 y 82.3 significaría tanto como admitir un rodeo procedimental inexplicable e inoperativo: que fuera la Comisión Paritaria, y no las partes en conflicto, la que acuda a los sistemas previstos en los Acuerdos Interprofesionales para dirimir su divergencia, de modo que si aún así persiste la discrepancia es cuando las partes podrían acudir directamente a tales sistemas.

En cualquier caso hay un argumento de cierto peso para excluir las divergencias en períodos de consultas de esta remisión del desacuerdo desde la Comisión Paritaria a los procedimientos de solución previstos en los Acuerdos Interprofesionales, y que no es otro que un argumento finalístico y de coherencia con los objetivos de la reforma operada al menos en este punto, esto es, el de la necesidad de no entorpecer más de lo necesario el desarrollo y la operatividad de unas instituciones que se han reformulado para ser sumamente practicables conforme a las circunstancias o cambios que así lo requieran. La agilidad y dinamismo que se ha querido imprimir a estas instituciones, hasta el punto de facilitar su ejercicio aun con un acuerdo dirimente de un tercero, y no dictado directamente por las partes negociadoras, quedaría fracasada si se insertaran inocuos o inútiles procedimientos que dilatarían el proceso injustificadamente. No puede obviarse el hecho de que en el RDL 7/2011 se quiere conceder un papel importante a la Comisión Paritaria en la solución de divergencias y conflictos, de mayor entidad y alcance del que hasta ahora ha podido cumplir, en tanto puede aparecer como vía rápida e inmediata de solución de conflictos, pero no como una instancia que implique en la práctica una rémora u obstáculo en la composición de las divergencias.

En todo caso, serán de nuevo los convenios colectivos los que también perfilen esas atribuciones de la Comisión Paritaria, tal y como se mencionan en el art.85.3, especificando aquellas discrepancias en el seno de las mismas que sí puedan tener la idoneidad o viabilidad para su sometimiento a los sistemas de solución previstos en los Acuerdos Interprofesionales, y que serán probablemente, por naturaleza, los típicos conflictos de interpretación y de aplicación.

En conclusión, el iter procedimental a seguir ante fracasos en los procesos consultivos de los arts. 41.6 y 82.3 terminará siendo el que los propios convenios colectivos, en coordinación con los Acuerdos Interprofesionales, determinen, reiterando, precisando o alterando aquel que ofrece la norma. El legislador está pensando realmente en una secuencia que parta de la Comisión Paritaria y culmine en procedimientos previstos en los Acuerdos Interprofesionales en el supuesto de que aquélla falle, pero pareciera que le faltó el valor para imponer esta actuación, utilizando para ello términos mas imperativos, y por tanto siendo mas respetuoso con la autonomía colectiva, sobre todo tratándose de medidas de solución extrajudicial, una materia en la que se debe ser extremadamente cauteloso con los términos con los que se quiere fomentar o incentivar su acogida entre las partes.

Así pues, la intencionalidad subyacente que se ha pretendido ocultar bajo una capa de voluntariedad que no lesionara en demasía a la autonomía colectiva, es lo que ha dado como fruto un apartado, duplicado en ambos preceptos, plegado de indefiniciones, incertidumbres y en suma de cuestiones operativas que solo podrían quedar solventadas respetando la propia autonomía negocial y lo que las partes pudieran pactar en el convenio mismo.

3. DINAMICIDAD EN EL PROCEDIMIENTO NEGOCIAL: VÍAS DE SOLUCION PARA BLOQUEOS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Para cumplir la función de instrumento adaptable a las circunstancias concurrentes en cada momento, es obvio que el *prius* es disponer de un convenio colectivo como tal. Y para contar con un convenio hay que garantizar su existencia, de ahí que el legislador parece que no ha escatimado medios para sacar a la luz jurídica un acuerdo que tenga la naturaleza de convenio colectivo, sea o no en su integridad de autoría directa por los sujetos negociadores. Y es precisamente en esta sede y con esta finalidad que se incorporan las menciones a unos arbitrajes obligatorios que han suscitado más que críticas y resucitado planteamientos constitucionales. Tales menciones no han surgido espontáneamente, es obvio, pero tampoco ingenuamente. Resultaría difícil afirmar que se han incluido en la norma aun a sabiendas de que su formulación arrastraría o podría arrastrar una cuestión de inconstitucionalidad. Pero también resultaría difícil negar que hay una clara carga de intencionalidad detrás de las referencias a un arbitraje obligatorio.

Por ello, antes de analizar en concreto esas referencias, intentando interpretar o expresar de alguno modo esta intencionalidad, podría resultar mas que conveniente efectuar de nuevo una mirada hacia atrás para extraer el entorno jurídico en el que se ha movido y podría seguir moviéndose el arbitraje obligatorio como vía de solución de conflictos laborales, especialmente los de interés o de regulación.

3.1. Avatares jurídicos-históricos de relación arbitraje / negociación de convenios

(A) Antecedentes normativos preconstitucionales

Al aludir críticamente a una supuesta inconstitucionalidad del sistema arbitral previsto en el art.86.3 y en la Disposición Adicional 1ª del RDL 7/2011 no se ha dejado pasar la oportunidad de rememorar pasados intervencionistas en el ejercicio de la libre autonomía colectiva para alentar el peligro de una vuelta a similares esquemas. Pero precisamente se puede contrarrestar esta conclusión situando la premisa en sus justos términos.

Es cierto que el recurso obligado a un tercero decisor ha acompañado a la práctica negocial desde el momento mismo del reconocimiento jurídico de la capacidad negociadora de los sujetos sociales. De hecho, ya en la Ley de 24 de abril de 1958 sobre convenios colectivos sindicales se contemplaba la posibilidad de no consecución de un acuerdo, bien porque una de las partes no concurriera a las negociaciones, o bien porque en el curso de las mismas ambas partes estimaran la imposibilidad de llegar finalmente a un acuerdo. En ambos casos, la autoridad laboral suplía la inactividad de los sujetos dictando disposiciones específicas de reglamentación, si bien con una diferencia notoria dependiendo de la particular situación de origen. En el primer caso, de no concurrir una de las partes, en cierto modo se penalizaba esta conducta dictándose "disposiciones específicas de obligado cumplimiento para aquellos a quienes hubiera afectado el convenio en caso de haberse llegado a su celebración". Sin embargo, en el segundo caso, cuando las partes, en cualquier momento de las deliberaciones, coinciden en considerar la imposibilidad de alcanzar un acuerdo, la autoridad laboral dejaba aun margen a que éste se obtuviera por las mismas partes, por cuanto se preveía que el Ministerio de Trabajo podía "designar un representante que presida las deliberaciones procurando alcanzar un acuerdo de voluntades". En definitiva, se configuraba una instancia mediadora que acercara las posturas de las partes con el fin de que pudiera conseguirse el deseado resultado de un acuerdo, y si aun así éste tampoco se obtenía, es cuando la autoridad laboral habría de "estimar la procedencia de dictar sobre las cuestiones debatidas alguna norma específica de reglamentación", una precisión que tampoco dejaba deducir claramente si se refería a todo un convenio o tan solo a aquellos puntos sobre los que existían divergencia entre las partes y que impedían el acuerdo final.

La intervención administrativa imponiendo una reglamentación en sustitución del convenio colectivo, tenía su explicación en un esquema jurídico-político en el que se exigía la composición ordenada de los intereses, ya individuales ya colectivos, disponiéndose precisamente para estos últimos el cauce de estos convenios sindicales colectivos. Si el poder público apostaba por tales instrumentos, era lógico que también en cierto modo impulsara su existencia como fruto del común acuerdo de voluntades de las partes, de modo que en caso contrario se procedería a sustituir dicha voluntad conjunta por la de un tercero ajeno y de naturaleza pública.

Esta misma intervención subsidiaria de la Administración para los supuestos de negociaciones infructuosas, se vuelve a mencionar en el Decreto 2354/1962, de 20 de septiembre, sobre procedimientos de formalización, conciliación y arbitraje en las relaciones colectivas de trabajo. De hecho, es la primera vez que se alude expresamente a la potestad de arbitraje atribuida al Ministerio de Trabajo en conflictos colectivos suscitados por la no conclusión de un convenio colectivo, aun cuando en esta sede el Decreto lo que hace básicamente es remitir a la Ley de 1958 en cuanto al procedimiento a seguir para los supuestos de conflictos suscitados cuando no existe convenio colectivo sindical.

Esta norma de 1962 fue derogada y sustituida por el posterior Decreto 1376/1970, de 22 de mayo, sobre regulación de conflictos colectivos de trabajo, dictado con la intención de dotar de "mayor agilidad y flexibilidad a los procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje en los conflictos colectivos" (Exposición de Motivos). Podría cuanto menos dudarse del cumplimiento de estos objetivos por parte de una norma que atribuye competencia interventora en la tramitación y solución de conflictos colectivos a la jurisdicción de trabajo, a la Dirección General de Trabajo (para los conflictos que a juicio de la misma requiriesen su intervención en atención a su carácter o importancia), a la autoridad administrativa laboral (en la provincia en que se plantee el conflicto) y a la organización sindical, "en trámite de conciliación, mediación o arbitraje voluntario, en su propio ámbito" (art.1), aunque curiosamente el cauce interventor de esta organización sindical tan sólo se desarrollaba por un intento de avenencia en conciliación, de modo que intentada sin efecto, se comunicaba a la autoridad laboral que intentaría una vez más la avenencia, y si ésta nuevamente fracasaba ya era cuando se producía una intervención más incisiva por parte de la Administración y de diversa entidad dependiendo del tipo de conflicto. Si éste afectara a la interpretación de un convenio colectivo, podía o bien remitir las actuaciones a la jurisdicción de trabajo o dictar un laudo de obligado cumplimiento. Si por el contrario el conflicto afectaba a trabajadores y empresas no vinculados por convenios colectivos sindicales (o por laudos de obligado cumplimiento) de nuevo la norma dejaba la vía abierta a una composición de diferencias entre las partes de modo que la autoridad laboral o bien dictaba un laudo o bien instaba a la organización sindical para que fuera ésta la que promoviera la constitución de la comisión que hubiera de concertar un convenio colectivo (procediéndose en tal caso conforme a lo dispuesto en la Ley de 1958). Importante en todo caso es ya la mención instaurada en esta norma de que "lo convenido en acto de conciliación, o a través de la mediación y los laudos arbitrales, tendrá la misma eficacia que lo acordado en los convenios colectivos sindicales" (art.16).

En consecuencia, la organización sindical sólo tenía funciones de conciliación o posiblemente de mediación, pero en modo alguno arbitrales, por mucho que se mencionara así en la norma, en tanto que esta facultad arbitral tan solo se concedía a la autoridad laboral en esas precisas situaciones de conflictos colectivos

cuando las partes no componían sus divergencias en la previa intervención de la propia organización sindical.

Ésta era la situación cuando se promulga la nueva norma ordenadora de los convenios colectivos sindicales de trabajo, la Ley 38/1973, de 19 de diciembre, derogando la anterior de 1958, y cuya Exposición de Motivos ya resultaba especialmente ilustrativa en relación a uno de los objetivos de la norma: "el reforzamiento del arbitraje obligatorio, precedido de un nuevo asesoramiento sindical, como última instancia para dirimir los posibles desacuerdos y la facultad que se atribuye al Ministerio de Trabajo para la extensión de los convenios a aquellas empresas o sectores donde, por especial dificultad, no pueda actuar la negociación colectiva, aumentan las garantías de las partes interesadas, en cuanto a la justa solución de sus diferencias". Obviando cualquier comentario sobre la justicia, en ese contexto político-jurídico, de la solución de conflictos si la misma se encauza necesariamente por un arbitraje obligatorio, lo cierto es que sí continúa encajando o explicándose en ese mismo contexto el hecho de que la autoridad laboral mantuviera el control del proceso negociador y se asegurara de que como resultado del mismo emergiera un convenio colectivo, fuera o no del todo fruto de la libre y común voluntad de los sujetos, y todo ello en aras tanto a "una justa y progresiva concepción comunitaria de las relaciones laborales como de un armonioso desarrollo económico y social" (Exposición de Motivos de la Ley).

Por ello, en un continuado sistema de homologación/aprobación de los convenios colectivos por la autoridad laboral, y en la que además ésta asume la función de interpretar con carácter general los convenios colectivos, podría explicarse que la autoridad laboral reforzara sus facultades arbitrales en supuestos de anomalías negociadoras, y sí que se denota tal refuerzo en la Ley de 1973 pero con la importante novedad de configurarse la intervención arbitral de la autoridad laboral como supletoria, con carácter general, respecto de las posibilidades de composición de conflictos que pudieran actuarse por y entre las partes. Concretamente, y para los supuestos de falta de acuerdo en la negociación, se procedimentalizan las actuaciones de la forma siguiente: en primer lugar, "las partes podrán designar, en el seno de la organización sindical, a uno o varios árbitros que actuarán conjuntamente". Expresado así, parecía darse cierto margen a la autonomía de las partes cuanto menos para decidir si, en caso de fracaso en la negociación, someterse a lo que decidieran uno o varios árbitros, aunque la designación concreta de estos se remitía al seno de la organización sindical. En segundo lugar, y en todo caso, la norma admitía la posibilidad de un nuevo fracaso por no adoptarse un acuerdo de sometimiento al arbitraje o incluso que no hubiera decisión arbitral (lo que podría derivarse por impedimentos surgidos en la propia organización sindical), en cuyo caso se interponía un nuevo instrumento de solución, en esta ocasión de tipo mediador o conciliador, en cuanto se asignaba a la organización sindical la labor de intentar una avenencia entre las partes, y sólo en el caso de que ésta no se consiguiera es cuando finalmente, y en tercer lugar, se remitía lo actuado a la autoridad laboral para que dictara "decisión arbitral obligatoria para todos los que

habrían quedado vinculados por el Convenio si en el mismo se hubiera producido acuerdo". Por lo demás, la decisión adoptada por los árbitros inicialmente designados, tenía la misma eficacia que si se hubiera habido acuerdo de las partes, y en el caso de adoptarse un acuerdo de avenencia entre las partes conseguida por la intervención de la organización sindical, tendría el mismo valor de acuerdo en convenio colectivo.

En definitiva, ante los supuestos de fracaso en la negociación del convenio (asimilándose a este supuesto aquel otro de falta de asistencia de alguna de las dos partes a la comisión negociadora) se contemplaba una primera opción de arbitraje voluntario, decidido o adoptado libremente por las partes negociadoras, y en el caso de que no se recurriera a esta vía de solución, fracasando igualmente la intervención mediadora o conciliadora de la propia organización sindical, es cuando se adopta finalmente aquella otra actuación impositiva y obligatoria que es el arbitraje de la autoridad laboral.

El último aporte normativo, y de absoluta esencialidad, sobre esta temática, a meses de iniciarse el periodo de transición democrática, fue el Decreto-Ley 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos colectivos, que introduce la importantísima novedad del recurso a la huelga precisamente como medio de solución de conflictos de intereses o de regulación y con ello marcando claramente una diferencia en cuanto al esquema procedimental en función de la naturaleza del conflicto. Como expresaba nítidamente su Exposición de motivos, si "la intervención estatal constituía la segunda fase obligada para la tramitación y solución de conflictos (al fracasar la composición entre las partes), dicha intervención "queda ahora supeditada a la naturaleza del conflicto…. De este modo, los conflictos colectivos de interpretación y aplicación desembocarán ante la autoridad laboral, que podrá resolverlos por sí misma o remitirlos a la jurisdicción de trabajo", mientras que para "los conflictos colectivos de regulación, se legaliza el recurso a la huelga". Y de hecho, en el texto del Decreto-Ley se fijaba un procedimiento de conflictos colectivos que se iniciaba con un trámite de mediación, conciliación o arbitraje voluntario en el seno de la organización sindical, y en defecto de solución a través de tales vías, se produciría la intervención de la autoridad laboral y en su caso la jurisdicción de trabajo. Un iter que se especificaba en el art.15 del mismo texto legal al procedimentalizar la intervención de la autoridad laboral de no conseguirse la avenencia tanto si el conflicto derivaba de discrepancias relativas a la interpretación o aplicación de una norma preexistente (letra a), como si se planteara para establecer o modificar o convenio colectivo (letra b), y en ambos casos la autoridad laboral podría dictar un laudo de obligado cumplimiento. Pero la novedad de la norma se expresaba precisamente en el art.18 cuando dispone la secuencia en caso de conflictos de intereses o de regulación, y en la que tras la falta de avenencia en la organización sindical podría recurrirse a la huelga (de cumplir los condicionamientos previstos en el propio Decreto-Ley), en cuyo caso la autoridad laboral suspendía el procedimiento previsto con carácter general en artículos precedentes. La intervención administrativa, con el consiguiente resultado

de un laudo de obligado cumplimiento, se recuperaba cuando los trabajadores en cualquier momento desistían de la huelga o cuando se obligaba a las partes a someterse al procedimiento público "atendidas las consecuencias que se deriven para el interés general o el colectivo de las partes en conflicto" (art.20).

Así pues, en definitiva, y a las puertas de la transición democrática, en situaciones de fracaso en las negociaciones colectivas, en tanto que origen de conflictos colectivos de regulación, el arbitraje obligatorio por parte de la autoridad laboral previsto inicialmente en la Ley de 1973, por obra de este Decreto Ley 5/1975 se desplazaba en la secuencia procedimental dejando paso al ejercicio de la huelga como medida de solución y de composición del conflicto. En estas situaciones, y a diferencia de lo que ocurría con los conflictos jurídicos o de interpretación, la norma aparecía mas respetuosa con las partes en conflicto, concediéndoles un mayor margen de intervención con la puesta en práctica de otro mecanismo (la huelga) que, aun muy condicionado y limitado a tal fecha, se interponía entre el fracaso de medios autónomos de solución (mediación, conciliación o arbitraje) en el seno de la organización sindical y el arbitraje obligatorio por la autoridad laboral.

(B) Tradición – constitucionalización – normalización del arbitraje en conflictos laborales

Por tanto, en el transcurso histórico del reconocimiento y ejercicio del derecho a la negociación colectiva, el arbitraje ha constituido un permanente compañero de viaje, configurado jurídicamente, al menos desde un principio, como el elemento de cierre en el proceso negocial cuando éste no concluía con el deseado y primigenio acuerdo de las partes. Y de un primer momento histórico, mas alejado en el tiempo, en que el arbitraje de la autoridad laboral se imponía directa y exclusivamente, sin margen alguno a cualquiera otra opción alternativa que pudiera proceder incluso de las propias partes, y de ahí su calificativo de obligatorio, se pasa a aquel otro, mas cercano al momento en que se promulga la Constitución, en el que se prima la intervención de las propias partes en la solución de las divergencias en el proceso negocial, tanto por el sometimiento del conflicto a procedimientos autónomos de mediación, conciliación o incluso arbitraje (éste ultimo pues voluntario para las partes), como por el posible recurso a la huelga en caso de ausencia de avenencia o fracaso de aquellos procedimientos, de modo que en supuestos de no ejercicio o desistimiento de la huelga, como última ratio pues, se procedía a dictar el correspondiente laudo arbitral por la autoridad laboral.

En otros términos, los calificativos de voluntario y obligatorio surgen por primera vez en la Ley 38/1973, precisamente en la primera ordenación normativa que admite de forma expresa que el mismo mecanismo de solución de divergencias que venía utilizando la autoridad laboral, el laudo arbitral, podría también quedar en manos de las propias partes divergentes, al concedérseles la facultad de acogerse a un arbitraje. Como tal facultad se construía sobre la libertad de los sujetos de someterse o no a tal medio de solución, de ahí el calificativo de voluntario

que se concedía al arbitraje así configurado, del que se distinguía en consecuencia aquel otro en manos de la autoridad laboral que actuaba en defecto o ausencia de tal arbitraje voluntario, o posteriormente incluso de no acudirse a la huelga, y que por tanto tenía el carácter de obligatorio porque se imponía a los sujetos quisieran o no, y porque cerraba el proceso negocial dictando un laudo que tenía la misma eficacia que el convenio colectivo que inicialmente no se acordó por las partes.

Así pues, se quiera o no, existe la tradición de un arbitraje obligatorio en procesos negociales fallidos, que lo era porque estaba en manos de la autoridad laboral y que se imponía ante el fracaso de las vías de composición de conflictos adoptadas por las propias partes, de modo que es importante también resaltar este carácter supletorio que acompañaba al arbitraje obligatorio en las últimas fases preconstitucionales.

Este diseño de ordenación finaliza implícitamente con la Constitución Española y explícitamente con el Estatuto de los Trabajadores. La situación jurídica delineada por la Ley 38/1973 se mantuvo aparentemente inalterada tras la promulgación de la Constitución, aun cuando resultaba obvio que el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva, en los términos expresados en el art.37.1, difícilmente admitía una intervención pública con el alcance con el que se expresaban las generales atribuciones de la autoridad laboral en el proceso negocial. Pero hubo que esperar a que en 1980 se promulgara el Estatuto de los Trabajadores para derogar expresamente la Ley de 1973 e incorporar todo un Título III sobre negociación colectiva, de desarrollo pues del art.37.1 de la CE, en el que desaparece, entre otras novedades significativas, toda referencia a posibles discrepancias en el proceso negociador que condujera a una ruptura de las negociaciones y a la no consecución de un convenio colectivo, lo que de haberlo hecho hubiera obligado al legislador a pronunciarse sobre las opciones o posibilidades de intervención que podría adoptarse, y la tradición de un arbitraje obligatorio por la autoridad laboral estaba fuertemente anclada en el sistema político precedente como para recoger o reproducir tal institución.

De hecho, quizás también ello planeaba en el juicio emitido por el TC en la conocida Sentencia 11/1981, de 8 de abril, resolviendo el recurso de inconstitucionalidad frente al RDL 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo, y especialmente cuando se enfrentó con el arbitraje obligatorio dispuesto por la Administración para dar por acabada una huelga tal y como se preveía en el art.10 de dicha norma. Ante el alegato de inconstitucionalidad de esta medida y facultad administrativa del arbitraje obligatorio, el TC muy sutilmente opone esta solución del arbitraje en caso de huelga frente a aquel otro que pudiera desarrollarse ante supuestos de estancamiento en la negociación de convenios colectivos, lo que le permitió en consecuencia diferenciar el análisis de la constitucionalidad del arbitraje en función de los derechos con los que éste cohonestaba o afectaba: el de huelga, y el de negociación colectiva. Una operación que como se decía era mas que sutil en cuanto le sirvió para salvar la constitucionalidad de uno siquiera

a costa del rechazo constitucional del otro, esto es, considera que los arbitrajes públicos obligatorios para finalización de huelga serían constitucionales, bajo determinadas condiciones, pero no así los que pudieran desarrollarse ante una negociación colectiva fracasada, y en principio bajo ninguna circunstancia.

No obstante, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que las resoluciones judiciales, aunque sean a este alto nivel de enjuiciamiento, se entienden y explican en el particular contexto que se somete a su valoración y en el que ésta en consecuencia se emite, de donde se tiene que ser extremadamente cauteloso con proyecciones a otros contextos bien diferenciados que no gocen de iguales o similares elementos de caracterización. Y por otro lado, que en concreto esta sentencia termina por enjuiciar un arbitraje que pudiera darse en una situación conflictiva, el de fracaso negocial, que ni se había planteado como objeto de recurso, ni tan siquiera tenía un claro fundamento o soporte en disposición legal alguna.

Por lo pronto, a la fecha de la sentencia, ya estaba promulgado el Estatuto de los Trabajadores que, como se ha indicado, derogaba no sólo la Ley de 1973 y con ello cualquier apoyo normativo a un arbitraje, sea voluntario u obligatorio, en supuestos de bloqueo negocial, sino también el Capítulo III del RDL 17/1977 que contemplaba el recurso a la huelga durante la negociación de un convenio colectivo, eliminando la decisión arbitral obligatoria (tal como se declaraba en su Exposición de Motivos). De manera que el RDL 17/1977, al llegar ante el TC para su enjuiciamiento, no contenía en su redactado ningún procedimiento especifico de obligado seguimiento en supuestos de fracaso en los procesos de negociación de convenios colectivos, y con ello ninguna mención a un arbitraje obligatorio por parte de la autoridad laboral como mecanismo de cierre del proceso conflictual mismo. Y ello era así a diferencia de lo que ocurría respecto a otro tipo de conflictos, los de interpretación y modificación de convenios, por cuanto el RDL 17/1977, si bien procedía a derogar el Decreto Ley 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo, recogía no obstante entre su articulado algunas de las referencias contenidas en aquél sobre la intervención de la autoridad laboral en determinados supuestos de conflicto colectivo en los que las partes no llegaban a un acuerdo o se sometían a un arbitraje voluntario. Y al hacerlo, construye un precepto, el artículo 25, en el que diferencia tal intervención pública en función de que el conflicto lo sea de interpretación de una norma preexistente, estatal o convenida colectivamente (letra a), en cuyo caso remitiría las actuaciones a la jurisdicción de trabajo; o que lo sea de modificación de condiciones de trabajo (letra b), puesto que en este caso es cuando la autoridad laboral podría dictar un laudo de obligado cumplimiento.

Y era precisamente este concreto apartado b) del art.25 del RDL 17/1977 el que concentraba uno de los motivos de inconstitucionalidad planteados por los recurrentes, al considerar estos que con dicho laudo la autoridad ponía fin a un conflicto colectivo de intereses y que como tal solución heterónoma resultaba contraria a las previsiones del art.37 de la CE.

Pero al enfrentarse a este art.25.b) y analizar la constitucionalidad o no de su contenido y efectos, extrañamente el TC amplia el alcance material de este precepto rescatando y situando en él aquello que había dejado de tener una ubicación y un apoyo normativo: el arbitraje obligatorio en supuestos de fracasos en la negociación de un convenio colectivo. La construcción argumentativa para ello parte de la constatación de cómo inicialmente en el RDL 17/1977 se efectuaba una separación jurídica y metodológica entre conflictos de interpretación y aplicación (Título II), y conflictos suscitados durante la negociación de un convenio colectivo (Título III), y de cómo el ET había derogado el Título III, pero no el Título II, y sin aludir a la hipótesis del fracaso en la negociación dentro de la regulación sobre convenios colectivos que incorpora. Conforme a estas circunstancias, el TC no puede por menos que confirmar que tan solo subsiste en el RDL 17/1977 un precepto, el art.25 (dentro de ese Titulo II) que junto a los conflictos de interpretación, refiere a los de modificación de condiciones. Es decir, no quedaba ningún precepto en el RDL 17/1977, que refiriera a conflictos surgidos por bloqueos negociales y a vías de solución como pudiera ser un arbitraje. Como tampoco lo había en el ET, aun cuando en fase de proyecto se incluyó un capítulo sobre conflictos colectivos que acogía por lo general los términos del derogado Título III del RDL 17/1977.

Y sin embargo, a pesar de esta constatación fáctica de un vacío normativo en la ordenación de los conflictos de intereses suscitados por la negociación de un convenio colectivo, el TC provoca el resultado deductivo de configurar el art.25.b) como el anclaje normativo de tales conflictos, puesto que, en términos del TC, "una interpretación sistemática permite englobar en este tipo genérico de conflictos el del especial conflicto consistente en el fracaso de la negociación, que puede entrar así en el ámbito del art.25".

Es decir, de comprobar históricamente cómo los conflictos por fracasos negociales quedaban distanciados de los de interpretación y aplicación, en cuanto a vías procedimentales previstas para la solución de unos y otros, y cómo los últimos cambios normativos habían dejado sin soporte legal la anterior intervención administrativa prevista en aquellos primeros, el TC termina no obstante por crear un campo de análisis común: reduce la calificación de conflictos de modificación a los de fracaso en la negociación colectiva, para así atraer sobre estos últimos el régimen previsto en el art.25 para aquellos (el dictado de un laudo de obligado cumplimiento por la autoridad laboral) y en consecuencia delimita el juicio de constitucionalidad de tal precepto a la afectación que sobre el derecho del art.37.1 CE pudiera arrastrar una intervención administrativa de tal naturaleza en esos conflictos por negociación de un convenio.

Para ello comienzan las comparaciones con el arbitraje obligatorio previsto en el art.10.1 del RDL para poner fin a una huelga. Declarando que el derecho de huelga no queda afectado por cuanto son los mismos trabajadores los que han utilizado el procedimiento que conduce al laudo, afirma el TC que "mas difícil de resolver es la segunda cuestión, esto es, la medida en que la articulación de un

llamado arbitraje público obligatorio para resolver los conflictos sobre modificación de condiciones de trabajo y, en especial el conflicto nacido del fracaso de la negociación del convenio, puede contravenir el derecho de la negociación consagrado por el art.37 de la Constitución". En un apunte cuanto menos sorprendente, el TC considera que lo previsto en la letra b) del art.25 (que la autoridad laboral dictara un laudo de obligado cumplimiento cuando no hubiera acuerdo o sometimiento a arbitraje voluntario en conflictos de modificación de condiciones de trabajo) "ni es propiamente un arbitraje, ni, aunque lo fuera, concurren los elementos justificativos de la restricción que al derecho de negociación pueden establecerse sin afectar al contenido constitucional definido en el art.37 de la Constitución".

Es cierto que la primera afirmación se deriva de aquella otra expresada por el TC de que un arbitraje público obligatorio en el contexto de los conflictos de intereses "no es un genuino arbitraje, porque en modo alguno lo es el que reúne al mismo tiempo las características de ser público y de ser obligatorio". Un alegato sin embargo totalmente contradictorio con la afirmación efectuada por el TC en la misma sentencia al hilo de enjuiciar la facultad que el art.10.1 del RDL 17/1977 concedía al Gobierno de instituir un arbitraje obligatorio como vía de terminación de la huelga en el caso de concurrir determinadas circunstancias. En tal caso, el alto tribunal consideró que "no por ser obligatorio deja de ser verdadero arbitraje siempre que se garanticen las condiciones de imparcialidad del árbitro y es medio idóneo de solución posible en tan excepcionales casos como los que el precepto describe".

Mas que una falta de claridad respecto a si la voluntariedad ha de constituir necesariamente o no la nota configuradora de un verdadero arbitraje, lo que en realidad se denota en ambas afirmaciones del TC es la utilización de un distinto rasero jurídico para el enjuiciamiento de una misma institución, el arbitraje obligatorio de naturaleza pública, dependiendo del contexto en el que éste se enmarque: se admite en relación al ejercicio del derecho de huelga, pero no cuando se opone al derecho a la negociación colectiva. Pero tampoco los argumentos utilizados por el TC para una y otra solución, son de suficiente peso como para justificar una tal distinción. Como se ha visto, el arbitraje obligatorio de fin de huelga se justifica constitucionalmente en que es medio idóneo de solución del conflicto suscitado por una huelga, siendo irrelevantes para tal juicio las circunstancias mencionadas en el art.10.1 como presupuestos para esa intervención pública. El TC consideraba que no eran parámetros útiles para recortar el ejercicio de un derecho constitucional la mayor o menor duración del conflicto ni el perjuicio grave de la economía nacional que, por lo demás, y como concepto jurídico indeterminado ofrecía un evidente margen a la arbitrariedad. Y sin embargo, cuando corresponde enjuiciar la constitucionalidad de un arbitraje obligatorio público en el contexto de los conflictos de modificación de condiciones de trabajo, donde residenciaba también los derivados por un fracaso en la negociación de un convenio colectivo, el TC se limita a concluir que precisamente en estos supuestos no concurrían circunstancias justificativas de la naturaleza de las contempladas para el arbitraje obligatorio previsto en el art.10.1. Por tanto, sin plantear siquiera que el arbitraje pudiera ser o no un mecanismo idóneo de solución

para conflictos de intereses o de regulación, y sin una mínima referencia a cuál podría ser el grado de afectación al núcleo esencial del derecho a la negociación colectiva que pudiera derivarse de un arbitraje obligatorio público cuando han fallado otros sistemas autónomos de solución, el TC concluye en la inconstitucionalidad de ese apartado b) del art.25 y con ello la facultad de la autoridad laboral para dictar un laudo de obligado cumplimiento en conflictos de modificación de condiciones de trabajo y también, por extensión operada por el TC, en conflictos suscitados por fracasos negociales.

Y a pesar de esta intrincada solución constitucional, que afecta a un arbitraje obligatorio público en un contexto determinado, el de fracaso negocial, que carecía en realidad de un apoyo normativo claro y expreso, y que el TC inserta forzosamente en otro distinto, cual es el de modificación de condiciones de trabajo, del que deduce su inconstitucionalidad sin una clara argumentación jurídica que justifique el distinto tratamiento con otra institución de la misma naturaleza que se ejercita en supuestos de huelga, y sin una aportación clarificadora sobre cómo afecta tal medida arbitral al contenido esencial del derecho reconocido en el art.37 de la CE, a pesar de todo ello, esta sentencia ha servido para hacer derivar la afirmación, mantenida durante décadas, de la inconstitucionalidad de un arbitraje obligatorio en supuestos de fracasos negociales, o mas generalmente de los arbitrajes obligatorios impuestos por la Ley, cuando sin embargo esto no es lo pronunciado expresamente por el TC.

Frente a ello, podría objetarse, por lo demás acertadamente, que más allá de la literalidad o de la expresión formal de esta resolución del TC, lo importante es determinar si el diseño constitucional del derecho a la negociación colectiva permite intervenciones obligatorias de la naturaleza y alcance de un arbitraje obligatorio impuesto desde la ley. Pero la respuesta sigue estando en la propia interpretación del TC sobre los derechos constitucionales cuando admite que el legislador pueda introducir limitaciones o condiciones de ejercicio del derecho siempre que se respete su contenido esencial, lo que no sucederá cuando "el derecho quede sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan mas allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección" (STC de 8 de abril de 1981).

Desde esta perspectiva, un arbitraje obligatorio impuesto directamente por ley a los titulares del derecho a la negociación colectiva, a los sujetos de la autonomía colectiva, negándoles o impidiéndoles que estos pudieran articular o acudir a otros procedimientos o sistemas de solución de la controversia, sí pudiera entenderse como impeditivo de su libertad negocial, haciendo impracticable de cualquier otra forma su ejercicio. En el enfrentamiento pues cuerpo a cuerpo, entre el poder público y los titulares de la negociación colectiva, imponiendo aquél a estos un comportamiento forzado, como es un arbitraje obligatorio, que cerrara cualquier otra expresión de autonomía negocial, podría resultar más que claro el juicio de inconstitucionalidad de tal medida. En otros términos, son estas condiciones de notoria afectación al contenido esencial del derecho, y sin que concurran elementos justificativos de la

posible restricción, las que sustentarían la falta de apoyo constitucional a un arbitraje obligatorio impuesto legalmente. Sin embargo, el juicio habría de variar cuando una actuación de tal naturaleza no tiene ese alcance de impedimento total y absoluto de vías por las que puede ejercitarse libremente la autonomía colectiva, y de forma especial cuando son los propios sujetos titulares de la misma los que ponen límites y condiciones a tal autonomía.

En definitiva, por un lado, que no considerando que el TC en esa sentencia, ni en cualquiera otra, haya cerrado definitivamente el debate en esta concreta cuestión, consiguientemente todo posible arbitraje obligatorio que se impusiera directamente por la ley en una particular situación de conflicto de intereses, como es la generada en fracasos o bloqueos negociales, habría de pasar por el tamiz constitucional para comprobar si el entorno de ordenación en el que aquél se sitúa respeta o no el contenido esencial del derecho a la autonomía colectiva en los términos identificadores marcados por el propio TC. Y por otro lado, que la misma autonomía colectiva no solo está facultada para regular las condiciones de ejercicio de los derechos individuales (STC 58/1985, de 30 de abril), sino que básicamente ostenta un poder de regulación y ordenación que actúa, en un sistema de negociación colectiva de eficacia general como el instituido en el Título III del ET, con la consecuencia de su afectación a los incluidos en su ámbito de aplicación, tal como confirma la STC 217/1991, de 14 de noviembre; poder de regulación y ordenación consagrado en el art.37.1 CE que, añade la misma sentencia, "lleva implícito el de establecer medios autónomos de solución de los conflictos de trabajo". Con tales premisas cuanto menos habría que plantearse la posibilidad constitucional no sólo de determinados arbitrajes obligatorios instituidos legalmente, sino también de que las propios interlocutores sociales, a través de los convenios o acuerdos de eficacia general previstos en el diseño negocial del ET, contemplaran mecanismos arbitrales para la solución de conflictos laborales, y que el recurso a tales mecanismos fuera obligado para los sujetos a los que alcanzara su campo de aplicación.

Recogiendo particularmente este último apunte, la vista pues se traslada a las opciones e iniciativas que en tal sentido pudieran derivarse desde una articulación negociada de medios autónomos de solución de conflictos laborales. Y lo cierto es que los interlocutores sociales han sido más que cautos en la acogida de sistemas arbitrales como mecanismos de composición de conflictos en situaciones de fracaso negocial. En efecto, en los primeros Acuerdos Interprofesionales de ámbito autonómico firmados en la década de los 80 que apuntaban a la instauración de procedimientos voluntarios para la solución de los conflictos, tan sólo se incluían referencias a los conflictos surgidos como consecuencia de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos. Fue necesario esperar a la firma del primer ASEC en 1996, para que por primera vez, el Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva de 1997 refiriera al compromiso de los firmantes en establecer procedimientos y cauces para evitar bloqueos y rupturas en los procesos de negociación, "acordando periodos máximos de paralización de la misma y, a cuyo

término, las partes se someterían a soluciones de mediación y arbitraje, en su caso, de conformidad con lo dispuesto en el ASEC".

Ahora bien, aun cuando los Acuerdos Interprofesionales estatal o autonómicos contemplan el arbitraje voluntario como uno de los posibles mecanismos a los que las partes pueden acudir para dirimir sus conflictos, la realidad demuestra la escasa utilización del sistema arbitral. Los argumentos aducidos para justificar esta supuesta escasa confianza en dicho sistema apuntan por lo general hacia la clara preferencia de los sujetos en conflicto por seguir manteniendo las riendas del proceso de composición del mismo, y en especial a que en el acuerdo de solución que se adopte las propias partes se reconozcan en su conformación y en sus términos. En definitiva, en no querer perder el control ni del conflicto que han originado ni de la solución que pudiera darle fin. La conciliación y la mediación, conforme a su naturaleza y características se adecuan mas a este interés no declarado y también a aquel otro, sí ya expreso, de evitar soluciones judiciales o el recurso a la huelga. Si esto es así con carácter general, con mayor razón tratándose de divergencias por bloqueos negociales. En tal sentido, bastaría acudir a los datos estadísticos para confirmar la normalidad con la que se acude a la conciliación, y mas frecuentemente a la mediación, como cauce habitual para dirimir las divergencias suscitadas en el seno de la negociación de un convenio colectivo, con el fin de propiciar un acuerdo final bajo la forma jurídica de un convenio colectivo.

Y esta situación en la que aparentemente ha funcionado el recurso a medios de solución extrajudicial para recomponer las situaciones de bloqueo negocial y que han permitido en consecuencia la adopción de convenios colectivos, es la que viene a alterar el RDL 7/2011 al instaurar un nuevo esquema procedimental en aras a conseguir determinados objetivos que por lo general ya se venían cumpliendo bajo el diseño práctico precedente.

3.3. El RDL 7/2011: relanzamiento del arbitraje en situaciones de bloqueo negocial

Tras varios años de funcionamiento y de operatividad del ASEC y de los correspondientes Acuerdos Interprofesionales de las Comunidades Autónomas, puede al menos afirmarse que los procedimientos autónomos de solución de conflictos en el ámbito laboral han pasado a formar parte del panorama cotidiano y habitual de nuestros sistemas de relaciones laborales, si bien el proceso no ha concluido aún y por tanto se requiere consolidar y fortalecer tal sistema, lo que depende en buena medida del papel que al respecto cumplan sus sujetos protagonistas y destinatarios.

No parece posible negar que tales sujetos han aportado por lo general más que serios esfuerzos en tal sentido, y que lo han hecho en un entorno de libertad, asumiendo compromisos, derechos y respectivas obligaciones. Fueron las partes sociales las que libremente optaron por poner las primeras piedras en un terreno hasta entonces baldío como era el de los procedimientos de solución extrajudicial

de conflictos. Las mismas que abonaron tal terreno para dar como frutos esos Acuerdos Interprofesionales, tanto el estatal como los autonómicos, para generalizar así territorial y materialmente los sistemas de solución de conflictos laborales.

Ciertamente los poderes públicos han actuado por lo general de catalizadores de tal desarrollo, fomentando y apoyando la operatividad de tales sistemas, manteniendo el legislador una posición de cierto distanciamiento y de respeto hacia la plena autonomía negocial expresada por los sujetos sociales en este ámbito. Un esquema que ahora ha variado de forma sustancial por cuanto el legislador precisamente empieza a intervenir en ese espacio que antes era de libre disposición para sus protagonistas, y lo hace además indicándole a éstos dónde actuar y cómo hacerlo. En esta actuación legislativa de nuevo cuño, el arbitraje aparece en todo su esplendor, no sólo y como se ha visto a la hora de resolver supuestas discrepancias en los procesos consultivos-negociales previstos para la modificación o inaplicación de contenidos del convenio colectivo, sino que precisamente se alza como protagonista en los casos en que precisamente está en juego la negociación del convenio colectivo.

Con el indiscutido interés mostrado por el legislador en reforzar tal mecanismo de solución de conflictos en dichas situaciones, pretende mostrarlo ante los sujetos sociales rodeado de elementos de ordenación que entiende respetuosos con el sistema jurídico de reconocimiento y garantía de la autonomía colectiva. Pero es una pretensión que está llena de fisuras y aristas, con algunas indicaciones que ni se entienden entre sí y menos aun convencen desde el principio de la autonomía colectiva.

De hecho, de nuevo la terminología utilizada por el legislador en el art.86.3 expresa la complejidad que supone para el legislador imponer un objetivo (la obtención de un convenio) aun sobre la voluntad de las partes sociales protagonistas.

En una primera e inicial lectura de este precepto y apartado, y ya visto lo sucedido en otros, se podría comprender e incluso admitir sin mayor cuestionamiento aquello dispuesto en el art.86.3 que es reiteración de lo recogido en los arts. 41.6 y 82.3, esto es, el mandato a los Acuerdos Interprofesionales de acoger procedimientos de solución en estos supuestos de bloqueo negocial, incluida la posibilidad de un compromiso previo al arbitraje. Pero aquello que sí requiere una mayor atención analítica es la indicación original y exclusiva para estos supuestos de bloqueo en la comisión negociadora de que los Acuerdos Interprofesionales califiquen el arbitraje que pueda dirimir tal conflicto, dándole la naturaleza de voluntario y obligatorio, y considerándose que a falta de calificativo específico se tratará de un arbitraje obligatorio.

Pero más aún, a los Acuerdos Interprofesionales se les pone en la tesitura de proceder a las correspondientes adaptaciones que acojan la nueva ordenación sobre medios de solución delineada tanto en los arts. 41.6 y 82.3 como también en sede de bloqueos negociales, con fecha límite a 30 de junio de 2012. Pero en el ínterin, la propia norma se auto incumple cuando señala que hasta que se acojan tales cambios en los Acuerdos Interprofesionales, de no alcanzarse un acuerdo en

la comisión negociadora y llegado el plazo máximo previsto de negociación, "las partes se someterán a un procedimiento de arbitraje". No es necesario aquí que se añadiera expresamente un calificativo de obligatorio cuando ya de por sí los términos así lo indican.

En consecuencia hay dos menciones al arbitraje obligatorio, si bien en distintos contextos y en consecuencia dotándole de diversa naturaleza y efectos jurídicos, lo que a su vez permitiría divergir en el juicio de adecuación jurídica y/o constitucional al que se someterían.

(A) El arbitraje obligatorio como solución supletoria a la calificación en los Acuerdos Interprofesionales

Como se ha dicho, el legislador hace una clara apuesta por el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos, en una intervención notoriamente direccional en el propio esquema o diseño de los procedimientos de solución de controversias articulado libremente, al menos hasta ahora, por sus sujetos protagonistas. En tal sentido, el legislador les dice de forma alta y clara que deben darle al arbitraje un papel principal, mayor del que recibe con carácter general entre los Acuerdos Interprofesionales, para solucionar determinadas controversias de probable frecuencia y de efectos indeseables si no se autocomponen: las modificaciones de condiciones de trabajo previstos en un convenio colectivo estatutario y la inaplicación del régimen salarial del convenio sectorial. Respecto de tales instituciones, como se ha visto, la norma estatutaria reformada exige que los Acuerdos Interprofesionales contemplen la posibilidad de que las partes se sometan a un arbitraje vinculante, o lo que es lo mismo, a uno obligatorio, pero siempre que exista ese previo compromiso de sumisión. Por tanto, hasta aquí, la imposición normativa es que los Acuerdos Interprofesionales recojan un sistema arbitral que pudiera ser obligatorio para las partes si ellas mismas así lo decidieran, sin forzarles en modo alguno a que contemplen un arbitraje obligatorio que se imponga a los sujetos en conflicto sin necesidad de ese compromiso previo.

Este esquema varía, elevando un tono más el marco de imposición normativa hacia los Acuerdos Interprofesionales, en el art.86.3 para supuestos que son también de fracasos negociales, pero esta vez afectando a la consecución de un convenio colectivo. Ya no sólo se les dice a los negociadores de los Acuerdos que deben prever el mecanismo arbitral y la posibilidad de que sea objeto de un compromiso asumido por las partes en conflicto, sino además se les exige que lo califiquen, indicando expresamente si va a tener un carácter obligatorio o voluntario, con el distinto régimen que ello conlleva cara a los compromisos que deban asumir las partes en conflicto. O en otros términos, se sustituye la voluntad de los sujetos en conflicto de asumir o no un compromiso arbitral de solución para tales supuestos, por la voluntad de los sujetos negociadores de los Acuerdos Interprofesionales, decidiendo en su caso que el arbitraje tenga un carácter obligatorio para aquellos y en estas específicas circunstancias de bloqueo negocial.

Pero aun cuando el legislador sitúa a los negociadores de tales Acuerdos en la tesitura obligatoria de tener que optar por una u otra calificación del sistema arbitral que se ofrezca para dirimir este tipo de conflicto, e incluso de dilucidar si han de recibir el mismo tratamiento las rupturas parciales en la negociación (habida cuenta de esa permisibilidad de acuerdos parciales), se trata de una imposición normativa que no parece superar los límites competenciales del propio legislador ni irrumpe, limitándolo, en el derecho a la negociación colectiva. Las partes sociales podrán acordar, en uso de su autonomía colectiva, si el arbitraje previsto es voluntario u obligatorio para los sujetos que se someten o adhieren a los sistemas así ordenados (o para los que directamente se imponen de tratarse de un Acuerdo Interprofesional de aplicación directa). Y lo podrán hacer en los mismos términos de libertad que hasta ahora, con la única diferencia de que a partir del RDL 7/2011 se les pide que efectivamente precisen la opción. Lo que no hace en modo alguno la norma es exigirles a los negociadores de los Acuerdos Interprofesionales que contemplen, como única opción, un arbitraje obligatorio de directa aplicación para los supuestos de bloqueo negocial, lo que sí hubiera constituido una intromisión en la autonomía colectiva de mayor incisión como para afectar a su núcleo esencial y con ello sobrepasar los límites legales y constitucionales.

Por otro lado, el hecho de que los Acuerdos Interprofesionales deban ahora optar entre un arbitraje voluntario y otro obligatorio para los supuestos de bloqueos negociales, tampoco se presenta como una medida legal que afecte en lo esencial a derechos constitucionales de las partes en conflicto. La autonomía colectiva, el derecho de libertad sindical y el derecho de huelga, en tanto sustratos jurídicos que habilitan a tales sujetos a adoptar las medidas de actuación que estimaran mas conveniente a sus intereses, también quedan preservados desde el momento en que precisamente los sistemas de solución previstos y ordenados por los Acuerdos Interprofesionales se presentan como una vía alternativa a otras medidas de presión y solución a las que se puede acudir en este tipo de conflictos de intereses, asumiendo pues los mismos sujetos protagonistas el compromiso de optar por esos otros procedimientos menos conflictivos o gravosos de solución ante un escenario de bloqueo negocial. En tal sentido lo que ha hecho el legislador es aprovechar este marco de los Acuerdos Interprofesionales y de su legitimidad interventora ante las partes en conflicto y frente a otras posibles medidas a adoptar, como sería en concreto la huelga, para así imprimir al arbitraje de las mismas notas de legitimidad.

El juicio aparentemente podría requerir otro tipo de matices cuando se traslada hacia el inciso de cierre de este apartado en el que se indica que a falta de especificidad en el Acuerdo Interprofesional sobre el carácter voluntario u obligatorio del arbitraje, se entenderá en este último sentido de obligatoriedad. Pero tampoco en esencia esta decisión normativa podría tacharse de incorrecta jurídicamente puesto que al fin y al cabo resulta ser una consecuencia obligada de esa primera y anterior opción de la norma de exigir a los Acuerdos Interprofesionales que efectúen una calificación entre una u otra alternativa. Lo que ha hecho el legislador es situarse en un escenario en el que los negociadores de esos Acuerdos no procedan

a cumplir tal mandato por propia voluntad o simplemente porque no llegan a un acuerdo sobre cómo calificar el arbitraje que prevean o pudieran prever para los supuestos de bloqueo negocial. Y ante tal escenario posible o previsible, la norma ofrece una solución supletoria, como lo ha estado haciendo en otras cuestiones y para otras materias ante la inactividad de la negociación colectiva en la ordenación o regulación de aquello que la propia norma le ha encomendado.

Que la opción supletoria fijada por la norma hubiera podido ser la de conceder una naturaleza voluntaria al arbitraje, es algo que obviamente también estaba dentro de lo posible e incluso quizás hubiera sido más oportuno "políticamente" hablando, y desde luego más adecuado jurídicamente desde el respeto a la autonomía colectiva. Pero el que finalmente la decisión del legislador haya derivado hacia el carácter obligatorio del arbitraje, a falta de mención calificativa precisa en los Acuerdos Interprofesionales, también se entiende desde esa intencionalidad del RDL 7/2011 de imprimir agilidad y dinamismo al modelo de negociación colectiva, para evitar en particular "convenios (que) tardan en empezarse a negociar, negociaciones (que) se dilatan en el tiempo y situaciones de paralización y bloqueo", tal como se apunta en la Exposición de Motivos.

En ese nuevo modelo de negociación más dinámico que se pretende y se incentiva, el legislador quiere convenios ultimados, aunque no cerrados para ser en su caso modificados o alterados si las circunstancias así lo exigieran. Y para conseguirlo impulsa a las partes a adoptar decisiones de fuerte calado que quizás se tomarían aun sin esa presión normativa pero que sin duda ésta pretende estimular y reforzar. Y como último remedio, ya casi a la desesperada para conseguir el desbloqueo negocial, el legislador acude al instrumento de solución de conflictos que mayores garantías puede ofrecerle a tal fin: el arbitraje obligatorio.

En definitiva, toda esta secuencia de arbitraje obligatorio como medida supletoria a la ausencia de una calificación específica sobre el carácter voluntario u obligatorio de un sistema arbitral ordenado en los Acuerdos Interprofesionales para dirimir situaciones de bloqueo negocial, no era indudablemente la única opción que podría haberse articulado ante tales situaciones. El legislador bien pudiera haber optado por no decir nada y dejar el apartado cerrado en los mismos términos que los expresados en los arts. 41.6 y 82.3, confiando en la ordenación que recogiera los Acuerdos Interprofesionales al respecto. O bien también podría haber aportado una solución que derivara en mantener la vigencia prorrogada del convenio anterior, siquiera topando en el tiempo dicha prórroga, con lo que finalmente podría llegarse a la misma situación de término del plazo sin negociación de un nuevo convenio y de ahí la necesidad, una vez más, de articular medidas más incisivas e incluso eficaces, como es precisamente un arbitraje que no resulta del todo desconocido en nuestra tradición jurídico laboral como medio de solución para dirimir bloqueos en la negociación colectiva. El legislador sencillamente lo ha rescatado para que sea ese recurso efectivo al que las partes puedan o deban acudir.

Cuestiones como si es precisamente un medio efectivo para dar solución a una situación de bloqueo negocial, cuál sea la controversia concreta a solventar por el arbitraje, o qué es lo que deba aportar como expresión del mismo, no van a tener una diferente respuesta por el hecho que el sistema arbitral que opere en este tipo de conflictos de intereses sea voluntario o por el contrario obligatorio. Pero, obviamente, una u otra calificación incidirá en el requerimiento o no de un previo compromiso arbitral por las partes en conflicto, y en última instancia, en algunos casos, en el desplazamiento de la libre voluntad de aquéllas en someterse a un arbitraje obligatorio hacia la decisión, también libremente adoptada, de adherirse o someterse a los sistemas de solución contemplados en los Acuerdos Interprofesionales donde se incluya un arbitraje obligatorio para este tipo de conflictos de bloqueos negociales. Lo que no sucederá, sin embargo, en aquellos supuestos de Acuerdos Interprofesionales de aplicación directa, en lo que se produce un efecto de desplazamiento o de sustitución a la inversa: la irrelevancia, por innecesaria, de la voluntad de las partes en conflicto en someterse a los sistemas previstos en Acuerdos de tal naturaleza, se suele sustituir por el respeto a la voluntad de los sujetos en someterse o no al arbitraje que en ellos se contemplan para las situaciones conflictivas suscitadas por rupturas negociales.

Y esta distinción entre los Acuerdos Interprofesionales de aplicación directa y los que requieren un previo acto de adhesión o sometimiento, reviste ahora especial importancia en sede precisamente de mecanismos arbítrales para la solución de bloqueos en la negociación colectiva, a la vista de la imposición que la norma (art.85.3.g) hace a los convenios colectivos de incorporar, como parte de su contenido mínimo, la adhesión y sometimiento a tales mecanismos, y para dichas situaciones, contemplados en los Acuerdos Interprofesionales en los supuestos en que estos no fueran de aplicación directa. Es cierto que la norma respeta esta diferenciación de régimen aplicativo entre los Acuerdos Interprofesionales, pero sí obliga a crear una situación de uniformidad entre las unidades convencionales, en el sentido de exigir que todas queden bajo la cobertura de uno de esos Acuerdos (el correspondiente por territorialidad), y mas concretamente de los procedimientos arbitrales que se contemplen para resolver situaciones de bloqueo negocial.

Esta situación de homogeneidad estructural en el mapa aplicativo de los sistemas autónomos de solución de divergencias, arrastraría como una de sus consecuencias el de negar, a tales efectos, toda relevancia a la voluntad de las partes afectadas por conflictos surgidos por fracasos negociales: su voluntad de vincularse a los procedimientos previstos en un Acuerdo Interprofesional resultaría irrelevante, innecesaria, tanto en el caso de que tales procedimientos se apliquen directamente (supuesto en que la voluntad de los negociadores del Acuerdo Interprofesional en concreto se impone frente a la de las partes en conflicto), como en el caso de que operen por una previa adhesión desde el convenio colectivo (aquí, la voluntad de los sujetos negociadores del convenio es la que se impone ante la de los sujetos en conflicto). No es un proceder que en principio pudiera tacharse como lesivo de la autonomía colectiva de los partes en conflicto desde el

reconocimiento de la eficacia de estos acuerdos previstos en el art.83.3 ET sobre los ámbitos negociales y personales que caen bajo su ambito de aplicación. Así como, por ejemplo los Acuerdos Interprofesionales que ordenan la estructura de negociación colectiva incluyen disposiciones sobre procedimientos y materias negociales que afectan a los sujetos de las unidades negociales afectadas, también los Acuerdos de ámbito estatal y de comunidad autónoma disponiendo procedimientos de solución de controversias pueden incluir medidas de proyección obligada para los incluidos en su ámbito aplicativo.

En definitiva, podría considerarse inadecuada o inapropiada la opción que pudieran efectuar los Acuerdos Interprofesionales por un arbitraje obligatorio para supuestos de bloqueos o fracasos en la negociación colectiva, pero no se entiende, desde aquí, como incorrecta jurídica y constitucionalmente, aunque sin duda la mejor y ahora sí mas que apropiada solución desde el mayor respeto a la autonomía colectiva de las partes en conflicto, y desde el reconocimiento a las mismas de un margen de voluntariedad en la solución de la divergencia, sería que el Acuerdo aplicable, ya sea directamente o por adhesión, contemple un arbitraje voluntario para las situaciones conflictivas derivadas de un bloqueo negocial.

(B) El arbitraje obligatorio como solución supletoria a la previsión en los Acuerdos Interprofesionales

La segunda, y mas conflictiva, mención a un arbitraje obligatorio en un escenario de fracaso en la negociación de un convenio colectivo, se inserta en la Disposición Adicional 1ª del RDL 7/2011. Su primer apartado se destina a poner término (30 de junio de 2012) al cumplimiento por los Acuerdos Interprofesionales de los mandatos expresados en el texto articulado referidos a la debida acogida de sistemas de solución que incluyan un sistema arbitral para supuestos de divergencias en procesos de modificación, inaplicación salarial o negociación de convenios colectivos.

Un límite temporal que recibe las mismas dudas sobre su corrección jurídica que el hecho de que la norma se promulgue como Real Decreto Ley, porque en suma coinciden en lo esencial, en el cuestionamiento de la necesidad y urgencia en adoptar las medidas que contiene. Precisamente esta Disposición Adicional 1ª ejemplifica lo superfluo e innecesario de contemplar y ordenar ciertas actuaciones que podrían llegar a tener cierta justificación en cuanto al fin perseguido pero que no requieren en modo alguno ser adoptadas en un plazo de tiempo perentorio.

Pero es que además la propia norma cae en su propia trampa. Al poner término a la labor de modificación y actualización de los Acuerdos Interprofesionales, el legislador se encuentra ante la necesidad de dar respuesta a las situaciones de conflicto que puedan surgir durante ese periodo transitorio de adaptación y a falta pues de sistemas de composición en tales acuerdos. Y el error ha sido optar por una solución que ni es indiscriminada con las situaciones a las que se aplica, ni como medida es necesaria y proporcional a la finalidad pretendida. En suma, que difícilmente pasaría, a nuestro entender, un juicio de constitucionalidad.

Por un lado, porque la solución adoptada, la sumisión obligatoria a un arbitraje, sólo se plantea en los casos en que finalicen los plazos legales de negociación, no haya acuerdo en la comisión negociadora y los Acuerdos Interprofesionales no prevean el sistema arbitral, obligatorio o voluntario, para los supuestos de bloqueo negocial. La falta de adaptación en plazo respecto de otros contenidos o mandatos expresados por el RDL, diferentes al expresado en el art.86.3, no arrastra esa misma consecuencia que, en suma, es una clara penalización, y sin que haya ningún dato objetivo y de relevancia jurídica como para justificar este tratamiento diferenciado mas allá del evidente interés legislativo en evitar esas "indeseadas situaciones de paralización durante meses de la negociaciones en marcha para la renovación de los convenios colectivos", tal y como se expresa la Exposición de Motivos del RDL 7/2011 en sus líneas finales. Por otro lado, y siguiendo por el mismo cauce argumentativo, tampoco existe un argumento jurídico de peso para sustentar que el arbitraje obligatorio fuera la única opción posible a los fines de conseguir el desbloqueo de las negociaciones a falta de previsión de medidas concretas de solución en los Acuerdos Interprofesionales. Precisamente, y como se ha indicado con anterioridad, estos se interponen en cierta medida entre las partes en un conflicto de intereses y el recurso a otras actuaciones en ejercicio de su derecho a la libertad sindical, o incluso a un mecanismo de presión que refleja la propia incapacidad de las partes en adoptar un acuerdo y que por ello aparecería como *ultima ratio* para la solución de la controversia: el ejercicio del derecho de huelga. De ahí que en consecuencia, la afectación injustificada y desproporcionada a tales derechos fundamentales, impidiendo su ejercicio al exigirse de forma exclusiva y excluyente la sumisión a un mecanismo arbitral como vía de solución del conflicto, es la que podría sustentar un planteamiento de inconstitucionalidad frente a tal disposición.

Y con esta premisa, el debate sobre la configuración pública o privada de ese arbitraje obligatorio solo podría aportar nuevos elementos de juicio pero no alteraría en lo sustancial el sentido de la valoración jurídica y constitucional de esta concreta Disposición Adicional. De hecho, una de las cuestiones a interpretar e integrar que se derivan de ésta última es la referente al tipo de organismo o servicio que canalizaría u ordenaría ese arbitraje obligatorio que contempla.

La omisión expresa en el texto de la Disposición Adicional de cuál fuera el entorno orgánico y/o competencial para disponer ese arbitraje obligatorio no significa sin embargo que se oculte la intencionalidad última del legislador. Se cuida bien éste de apuntar a un posible órgano administrativo público, siquiera para no recibir los asegurados reproches por una intromisión inconstitucional. Sin embargo parecería la única opción posible al excluir a los propios servicios y organismos de ámbito estatal y autonómico articulados bajo la cobertura de los correspondientes Acuerdos Interprofesionales, puesto que tal arbitraje obligatorio se contempla precisamente como solución supletoria a la falta de acogida en dichos Acuerdos de las disposiciones contenidas en el art.86.3 para los supuestos de bloqueo negocial transcurrido el plazo máximo para la negociación, esto es, que

no hubieran dispuesto los sistemas de solución extrajudicial, incluido la posibilidad de un arbitraje bien obligatorio o bien voluntario.

Siguiendo esta lectura, resultaría factible considerar que en esa Disposición Adicional se delinea un arbitraje "público" en tanto que hubiera de actuarse, no bajo esquemas articulados por los mismos sujetos sociales, sino por una instancia al margen de aquellos. En ausencia pues de los procedimientos de solución dispensados por los Acuerdos Interprofesionales, solo cabría que la autoridad administrativa competente en las respectivas Comunidades Autónomas fuera la que asumiera la misión de integrar esa disposición normativa, articulando el sistema o mecanismo que fuera necesario para proceder a un arbitraje obligatorio, de darse la premisa contemplada en ella.

No obstante, cabría también otro tipo de lectura partiendo de que no hay nada en la norma que impida que en su caso, de tener que operar o practicar un arbitraje obligatorio, no pudiera efectuarse a través de las normas procedimentales ya instaladas en los correspondientes organismos de solución de conflictos laborales de ámbito estatal o autonómico. Dicho de otra manera, es cierto que en mayor o menor medida los Acuerdos Interprofesionales necesitan alterar su contenido para adaptarse al conjunto de mandatos y requerimientos contenidos en el RDL 7/2011 en lo que se refiere a sistemas de solución extrajudicial de controversias, y entre ellos se incluye el prever un arbitraje, ya sea voluntario o ya sea obligatorio, para dirimir situaciones de bloqueo negocial. Pero estas modificaciones, en su caso, se cimentarían sobre lo que ya tienen articulado u ordenado los distintos Acuerdos Interprofesionales, presentando un entramado de sistemas de solución en el que sin duda no falta el arbitraje, aunque por lo general se prevea con carácter voluntario y no necesariamente para un tipo de conflictos de intereses como es éste de un bloqueo en la negociación de un convenio colectivo.

En definitiva, la propia ausencia de clarificación normativa en la expresión de este arbitraje obligatorio, es la que mejor permite una interpretación integradora que no necesariamente deba encauzarse por los términos de una ordenación y articulación estrictamente pública. Lo que en cualquier caso, como se indicaba, no exime ni altera la valoración crítica y criticable que merece esta Disposición Adicional 1ª.

(C) Solución integradora: primacía de la ultraactividad del convenio

Al margen y con independencia de lo que pudiera objetarse jurídica y constitucionalmente contra el inciso final de la Disposición Adicional 1ª, lo que también es destacable es su incoherencia o falta de correspondencia con lo dispuesto en el último párrafo del artículo 86.3, conforme al cual "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 referente el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo".

Y precisamente es la discrepancia en la solución a adoptar, aun partiendo de la misma o similar situación de hecho, la que permitiría aportar una vía interpretativa más acorde o respetuosa con la autonomía colectiva.

En concreto, la discrepancia entre ambas disposiciones se cifra en una clara contradicción por cuanto partiendo de idénticas o similares situaciones de hecho, en cada una de ellas se articula una solución jurídica diferenciada: en una, el sometimiento obligatorio a un arbitraje; en otra, la ultraactividad del convenio.

Si se observa, el segundo apartado de la Disposición Adicional 1ª parte de una situación o presupuesto de hecho en que los Acuerdos Interprofesionales no prevean el arbitraje, y además calificado, lo que se traduce en que estos no se aplican o no intervienen en conflictos por bloqueo negocial, o en definitiva, que no ofrecen una solución a tales controversias. Y como efecto o consecuencia hay que decir que coincide con el derivado de aquellas situaciones de las que parte el inciso final del art.86.3 para optar por la ultraactividad del convenio: o las partes no se han sometido a los procedimientos de los Acuerdos Interprofesionales o estos no han solucionado la divergencia.

En consecuencia, ante la disparidad de opciones adoptadas (arbitraje obligatorio o mantener la vigencia del convenio por ultraactividad) para la misma situación de inoperatividad de los Acuerdos Interprofesionales (ya sea por falta de previsión en los mismos de mecanismos arbitrales para los supuestos de bloqueos negociales, o ya sea porque existiendo las partes deciden no someterse a ellos) hay dos argumentos jurídicos para mantener la solución ofrecida por el art.86.3 in fine: por un lado, el mayor respeto a la autonomía colectiva que se deriva de la misma, frente a la del sometimiento obligatorio a un arbitraje; y en segundo lugar, la primacía jurídica del texto articulado frente a una Disposición Adicional que por su contenido en realidad tendría que aparecer como transitoria precisamente para justificar su contenido finalístico de poner término al cumplimiento por los Acuerdos Interprofesionales de los mandatos a ellos dirigidos en varios preceptos del propio RDL 7/2001.

Más aún, mantener la ultraactividad del convenio es la que, precisamente por ello, resulta como solución más defendible en los supuestos en que transcurrido el plazo de junio de 2012 las partes no hubieran procedido a modificar los Acuerdos Interprofesionales para adaptarlos a los cambios requeridos por el RDL en sede de procedimientos de solución de controversias.

4. PERCEPCION Y RECEPCION EN LOS ACUERDOS INTERPROFESIONALES DEL NUEVO ESQUEMA DE INTERVENCION MEDIADORA Y ARBITRAL

Bajo el nuevo panorama con el que se delinean por el RDL 7/2001 los procedimientos de solución de controversias, es indudable que a los Acuerdos Interprofesionales de ámbito estatal y de Comunidad Autónoma que contemplan y ordenan tales procedimientos, se les otorga un papel principal, más protagonista si cabe del

que hasta ahora pudieran estar asumiendo. Ello es así por cuanto que, de un lado, se les otorga una primacía interventora en determinadas divergencias que hasta ahora podrían también haber sido resueltas por procedimientos de solución previstos particularmente por los convenios colectivos, y por ende de forma especial por las Comisiones Paritarias; y de otro lado, porque se les fuerza a prever medidas de solución para ciertos conflictos que hasta entonces resultaban de voluntaria acogida entre los Acuerdos Interprofesionales.

Por lo que se refiere a la primera cuestión, recordemos que la modificación operada en el art.41.6 provoca que, tratándose de modificaciones de condiciones recogidas en convenios estatutarios, los posibles desacuerdos en fase de consultas deben ser resueltos necesariamente, y tras el intento fallido en la Comisión Paritaria, por los procedimientos previstos en los Acuerdos Interprofesionales, a diferencia de lo que ocurre en sede de modificaciones de condiciones previstas en otros acuerdos, pactos o convenios extraestatutarios donde tales procedimientos de los Acuerdos Interprofesionales se encuentran al mismo nivel opcional que los recogidos particularmente en el convenio colectivo de aplicación para recurrir a ellos como sustitutos del periodo de consulta.

Pero la mayor ampliación del campo de intervención para los Acuerdos Interprofesionales y los procedimientos en ellos previstos deriva del importante papel a cumplir, aunque sea subsidiario, en relación a los conflictos de interpretación y aplicación, no solo colectivos, como hasta ahora han podido desempeñar, sino también y especialmente individuales. Esta atribución competencial de intervención en conflictos individuales va a requerir sin duda una profunda labor de reflexión y análisis en el marco de la renegociación de estos Acuerdos, precisamente para determinar qué tipo de conflictos de tal naturaleza merecen, por idoneidad y eficacia, ser acogidos por los procedimientos de solución y qué otros, por los mismos motivos, deberían seguir derivándose hacia el conocimiento y resolución judicial. Una toma de postura que en muchos Acuerdos Interprofesionales hasta el momento se había evitado o simplemente relegado a un momento posterior mas idóneo de negociación.

Y respecto a la segunda cuestión, qué duda cabe que el nuevo redactado del art.86.3, ordenando a los Acuerdos Interprofesionales recoger procedimientos de aplicación general y directa para solventar las discrepancias en el proceso de negociación de un convenio colectivo, tras superar los plazos máximos habilitados, es quizás el que mayor reto implique a los negociadores de tales Acuerdos, por lo delicado del mandato, por los compromisos que hubieran de asumirse, y por el impacto práctico que lo negociado al respecto puede llegar a tener entre los sujetos protagonistas en la negociación de un convenio colectivo.

Pero además de este papel protagonista que los eleva a la categoría de marcos habituales y normales de acceso para la solución de conflictos laborales, o quizás precisamente por ello, el legislador pretende que ese papel se exprese de la forma mas intensa posible a través del uso frecuente de su instrumento más efectivo pero también más incisivo o agresivo para la autonomía colectiva como es el arbitraje.

En consecuencia, los Acuerdos Interprofesionales deben perfilar y completar en su caso el cuadro de situaciones conflictivas que deben de atender, los procedimientos de solución arbitrados para las mismas de forma particular, así como los mecanismos de coordinación con las facultades interventoras de las Comisiones Paritarias en determinados tipos de conflictos o controversias donde pueden o deben tener coincidencia interventora, con el fin pues de acomodarse al nuevo esquema interventor diseñado por el RDL 7/2011.

La pregunta es: ¿están preparados los Acuerdos Interprofesionales para este nuevo diseño? Es cierto que por lo general tales Acuerdos expresan un avanzado grado de desarrollo, logrado incluso a través de oportunas reformas en el tiempo, que les permite en cierta medida acomodarse a las situaciones prácticas que exigen o aconsejan la intervención de las instituciones y procedimientos de solución extrajudicial. Pero dada la diversidad y singularidad que presentan entre sí los Acuerdos Interprofesionales, no es difícil presumir que requieran precisar o completar mas de un detalle de su ordenación para dar acogida a las nuevas exigencias interventoras derivadas del RDL 7/2011. Y un simple recorrido por tales textos, identificando a grosso modo los conflictos acogidos y los procedimientos previstos en los mismos, confirma efectivamente que la tarea de ajuste puede ser no sólo de entidad, sino también en algunos casos de muy amplio calado.

Ofreciendo un mínimo apunte a modo de sugerencias básicas de lo que pudiera exigir el nuevo diseño marcado por el RDL 7/2011 en sede de procedimientos de solución de conflictos, y a la vista de cómo están en la actualidad los ámbitos conflictuales acogidos por los distintos Acuerdos Interprofesionales, el esquema de cambios que podrían requerirse en los mismos sería mas o menos el siguiente.

(A) Para discrepancias surgidas en periodo de consultas, el mandato normativo dirigido a los Acuerdos Interprofesionales va en un doble sentido.

En primer lugar, se ha de tener en cuenta la reforma operada en el art.41 en sede de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, y con ello el distinto régimen operativo que ya se deriva de la propia norma, diferenciando entre las controversias suscitadas por pretensiones modificativas que afecten a convenios colectivos estatutarios y aquellas otras suscitadas en el resto de supuestos modificativos (referidos a condiciones acogidas en pactos, acuerdos o convenios extraestatutarios).

Para estos últimos, en los Acuerdos se deben contemplar medidas sustitutivas del período de consulta (si fuera así la opción de los negociadores) así como la posibilidad de que el convenio previera que tras el desacuerdo como cierre del proceso consultivo las partes hubieran de someterse a los procedimientos previstos en el Acuerdo Interprofesional de adhesión o aplicación.

Para los primeros, hay dos cuestiones a tener en cuenta por los Acuerdos Interprofesionales. Por un lado, una quizás de menor entidad, que es la no exclusión del arbitraje como vía de solución, es decir, confirmar que dicho instrumento

pueda también actuar ante conflictos suscitados en procesos de consulta tratándose de supuestos de modificación de condiciones previstas en convenios colectivos estatutarios (a la vista de algún Acuerdo que diferencia procedimientos según conflictos), puesto que el arbitraje previsto ha de ser susceptible de un compromiso previo de sometimiento por las partes, tal y como exige el art.41.6. Y por otro lado, como segunda cuestión a tener en cuenta por los Acuerdos Interprofesionales, ésta ya quizás de mayor entidad, es la necesaria inclusión de la actuación previa de la Comisión Paritaria en este tipo de conflictos y, en consecuencia, la acogida de este correspondiente trámite preceptivo para poder acudir a las medidas previstas en los respectivos Acuerdos Interprofesionales. Recuérdese al respecto que, conforme al art.41.6, las partes podrán acudir a los procedimientos contemplados en los Acuerdos Interprofesionales solo tras haber previamente instado la intervención de la Comisión Paritaria del convenio y no se adoptara un acuerdo en su seno.

Ante este horizonte de soluciones para conflictos suscitados en sede de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, aparentemente los cambios a efectuar en los Acuerdos Interprofesionales serían por lo general de orden terminológico, para precisar y especificar sus referencias, en algunos casos excesivamente amplias, a conflictos jurídicos y de intereses (por ejemplo, Madrid o Navarra), puesto que en aquellos casos en los que los Acuerdos utilizan los generales o habituales términos "divergencias surgidas durante el periodo de consultas" previstas en diversos preceptos estatutarios, entre ellos el art.41, no parece haber problemas para acoger bajo tales términos no solo los supuestos de desacuerdo al finalizar tal periodo o surgido en cualquier momento del mismo, sino también, precisamente por la similitud con ésta última posibilidad, los casos en los que las partes deciden remitirse a los procedimientos de solución como sustitutivos del propio periodo de consultas.

Junto a ello, donde se va a requerir una nueva acogida, por lo general, entre los Acuerdos Interprofesionales va a ser en lo referente a la coordinación con las actuaciones de la Comisión Paritaria de los convenios, por cuanto a las tradicionales y comunes menciones de tales Acuerdos a que resulta trámite preceptivo la previa intervención de la Comisión Paritaria en los conflictos de interpretación y aplicación del convenio, se debe ahora incorporar también la prevista, conforme al art.41.6, en supuestos de desacuerdo durante el periodo de consulta. En definitiva, se trataría de ampliar con estos supuestos los ya previstos normalmente en los Acuerdos Interprofesionales.

En segundo lugar, y siguiendo la estela de cambios inducidos por el redactado del art.41, y en particular de su apartado 6º, los Acuerdos Interprofesionales, en su inmensa mayoría (prácticamente solo se salva en este sentido Baleares que acoge los periodos de consulta en descuelgue salarial) debe precisar y completar el listado de supuestos de divergencias en periodos de consulta para incluir el previsto en el art.82.3 sobre descuelgue salarial, y con ello los aspectos adicionales que se

mencionaron con anterioridad: la no exclusión del arbitraje como posible mecanismo de solución, y la intervención previa de la Comisión Paritaria como trámite preceptivo para acudir a los mecanismos previstos en el Acuerdo Interprofesional correspondiente.

(B) En supuestos de bloqueo en la negociación de un convenio colectivo (art.86.3), las directrices de ordenación dirigidas a los Acuerdos Interprofesionales son aún de mayor calado.

Para algunos, los cambios a adoptar deben empezar por incluir expresamente este tipo de conflictos en su campo de aplicación (como así se exige para los Acuerdos de Andalucía, Canarias, Galicia, Navarra, La Rioja o el País Vasco); para otros, se necesitaría adaptar los plazos inicialmente previstos que confirman una situación de bloqueo a los nuevos términos de negociación recogidos en el art.89.2 ET (caso del ASEC y de los Acuerdos de Castilla-La Mancha, Castilla y León, Comunidad Valenciana, y Madrid). Igualmente también para algunos de ellos los cambios tendrían que ir en la línea de acoger expresamente el arbitraje como mecanismo de solución ofrecido para este tipo de conflictos. Pero todos sin excepción se deben enfrentar a la decisión de acoger el sistema arbitral para supuestos de bloqueos negociales bajo una concreta calificación. De este modo, las partes sociales de los Acuerdos Interprofesionales han de pactar que el adjetivo "voluntario" acompañe a arbitrajes mencionados en los respectivos textos para los supuestos concretos de conflictos por bloqueo negocial, pues en caso contrario, de no especificarse calificativo alguno, se va a entender, por expresa y directa imposición normativa, que tales arbitrajes son obligatorios. Ante la ausencia de un efectivo planteamiento de inconstitucionalidad de dicha mención contenida en el art.86.3, no es difícil presumir que la intención de las partes sociales, negociadoras de tales Acuerdos, pudiera estar en la línea de evitar tal resultado por la vía fácil, esto es, la de calificar el arbitraje en tales supuestos como expresamente voluntario.

Aparentemente ello no es necesario para las otras menciones a arbitrajes que se contienen en el RDL, remitiendo a su vez a los respectivos Acuerdos Interprofesionales su previsión y contemplación, como es el caso concreto de los art. 41.6 y 82.3. No obstante, el que las referencias a arbitrajes en estos últimos supuestos conflictivos queden sin calificar, a diferencia de lo que sucedería en casos de bloqueo negocial, no debería terminar, en su caso, y en el futuro, en una interpretación interesada que considere que donde no se especifica el carácter del arbitraje, se deba entender como obligatorio, para diferenciarlo precisamente de los supuestos en los que se menciona de forma concreta que es voluntario.

5. CONCLUSIONES

No ha sido pretensión de las líneas que anteceden el ofrecer un planteamiento analítico al detalle y en todos los extremos del conjunto de referencias expresas e implícitas contenidas en el RDL 7/2011 a los medios de solución de conflictos

laborales, ni tampoco el efectuar un completo tratamiento constitucional de aquellas de sus aristas de dudosa corrección. De hecho, se reconoce que un análisis de los medios de solución de conflictos en la negociación colectiva tiene diversos ángulos y perspectivas de contemplación. Por ello, la intención ha sido simplemente la de ofrecer una visión interpretativa e integradora de los elementos más destacados, por su novedad o por su entidad, que ofrece esta norma en la conexión sistema de solución de conflictos / modelo de negociación colectiva. De ahí la opción por centrar el análisis en aquellos artículos del ET ahora reformados que mejor expresan formal e intencionalmente los términos de esa relación.

Por un lado, el art.85.3 del ET, en conexión con el art.91, ambos bajo la nueva redacción ofrecida por el RDL 7/2011, formulan un notorio refuerzo de las funciones interventoras de la Comisión Paritaria en la solución de controversias. Desde la deriva hacia un sistema de negociación por el que la norma reformadora se inclina, resulta del todo coherente que se acentúe la virtualidad de la Comisión Paritaria como mecanismo de dinamización negocial. No obstante, falta dar respuesta a este envite que desde la norma se hace a la autonomía colectiva de otorgar mayor protagonismo a las Comisiones Paritarias en el escenario de la autocomposición de conflictos. Y, en consecuencia, es misión de los propios convenios colectivos la de especificar el cómo y cuándo tales instancias orgánicas han de desempeñar su papel, especialmente articulando su coordinación procedimental con los sistemas de solución previstos en los correspondientes Acuerdos Interprofesionales en aquellas materias donde hay coincidencia competencial.

Pero son los nuevos incisos incorporados en los art.41.6 y 82.3 los que confirman el verdadero papel protagonista concedido a los procedimientos contemplados en los Acuerdos Interprofesionales para ser los receptores y canalizadores de las divergencias que pudieran suscitarse por la operatividad de esas instituciones de modificación o inaplicación de contenidos del convenio. De este modo, tales Acuerdos son los que amortiguan el golpe dado por el legislador al flexibilizar y facilitar tales alteraciones en la eficacia general y normativa de los convenios colectivos del Título III del ET.

Más aún, al situarse al final de un proceso de negociación y como últimos enclaves de opciones autónomas por parte de los sujetos sociales, a los procedimientos de solución previstos en los Acuerdos Interprofesionales se les hace también en cierto modo responsables de un sistema negocial que debe funcionar por cauces de adaptabilidad y dinamismo no conflictivo. La norma aprovecha el marco operativo, los instrumentos y en suma la credibilidad de los organismos y servicios de solución de conflictos para forzar a las partes a asumir nuevos o reforzados compromisos en la composición de las divergencias surgidas no sólo durante los procesos de consultas, sino también en trámite mismo de la negociación de un convenio colectivo.

Vistos así, los Acuerdos Interprofesionales se utilizan como instrumentos al servicio de los fines legislativos, funcionalizados pues al cumplimiento de los mismos, y para lo cual necesitan aparecer como una red de seguridad en procesos fallidos o

bloqueados de modificación, inaplicación o negociación de convenios. Y no necesariamente debe criticarse que cumplan tal función. Posiblemente ya lo han venido haciendo. La diferencia es que ahora la norma les dice de forma expresa que tienen que cumplirla y les indica también dónde tienen que ampliar y/o reforzar sus cometidos. Sí es cierto que con ello el legislador presiona e incide en el libre desenvolvimiento de la negociación colectiva, tanto en su aspecto procedimental como en el material, al indicarles a los sujetos negociadores de tales Acuerdos cómo y qué negociar, pero ello no sobrepasa las líneas rojas marcadas por la Constitución y el debido respeto al derecho de negociación colectiva. Ni tan siquiera la opción supletoria de entender como obligatorio un arbitraje previsto por los Acuerdos Interprofesionales para solventar bloqueos de negociación, a falta de calificación específica en dichos acuerdos, rebasa tales líneas por cuanto que con ello no se somete el derecho a la negociación colectiva a limitaciones que lo hagan impracticable mas allá de lo razonable (STC 210/1990, de 20 de diciembre).

En realidad, esa opción supletoria contenida en el nuevo art.86.3 no es más que un órdago a la grande que el legislador lanza a los sujetos negociadores de estos Acuerdos Interprofesionales, que puede ir no obstante de farol porque efectivamente les fuerza cuanto menos a prever un sistema arbitral para estos supuestos de fracaso negocial y, ya que se contempla, proceder a calificarlo de voluntario u obligatorio, pero contando el legislador con una alta probabilidad de que la negociación derive en la calificación del arbitraje como voluntario, tal y como por lo demás se ha entendido y acogido tradicionalmente entre los esquemas de ordenación de los Acuerdos Interprofesionales. Siendo así, ese inciso del art.86.3 tendría escasa o nula operatividad, si no fuera porque también debe jugarse con la posibilidad de que los sujetos negociadores de tales Acuerdos no lleguen a un pacto sobre la calificación del arbitraje o en general sobre los términos en que deban modificarse los Acuerdos para dar respuesta a los cambios efectuados en sede de solución de controversias. De hecho, la necesidad de un acuerdo entre las partes a tal fin puede provocar que la postura diversa o contraria de una de ellas conduzca a un estancamiento negocial y con ello a un Acuerdo Interprofesional congelado y no adaptado que atraiga las consecuencias previstas en la norma para tales supuestos.

Precisamente, para evitar que el efecto se entienda como una medida de chantaje que finalmente penalice la falta de Acuerdos modificados o adaptados, debe soslayarse el sometimiento legal a un arbitraje obligatorio como tal consecuencia cuando la misma norma ofrece otra salida más respetuosa y menos radical con la autonomía negocial, como es mantener la ultraactividad del convenio y dejar pues siempre la puerta al menos entreabierta para la renegociación.

Aun así, un arbitraje obligatorio que fuera impuesto o impulsado desde la ley no debería rechazarse o demonizarse sin más por el mero hecho de ostentar tal naturaleza. Es cierto que una medida de este tipo sobrepasa el cauce normal o incluso excepcional de desenvolvimiento de la negociación colectiva, y en consecuencia su

operatividad, en el caso de plantearse en una norma estatal o convencional, habría de pasar por el tamiz de su corrección constitucional.

El punto de partida pues es admitir que el obligado sometimiento a un arbitraje no es *per se* inconstitucional. Lo será en su caso si se ubica en un contexto normativo cuyos contornos puedan provocar un efecto de limitación o negación del contenido esencial de derechos constitucionales, como la negociación colectiva, la huelga, la libertad sindical o la tutela judicial.

En este sentido, se ha querido poner de manifiesto que la solución expresada en la STC 11/1981, declarando la inconstitucionalidad de un arbitraje obligatorio como segunda instancia en supuestos de conflictos de modificación de condiciones de trabajo, afectó directa e incluso forzosamente a los derivados de bloqueos o fracasos negociales cuando en tal momento histórico carecían de un referente normativo expreso. Por ello, y en tanto que es una resolución expresada en un determinado contexto legal e histórico determinado, seguir afirmando, como se ha venido haciendo desde entonces, la inconstitucionalidad de un arbitraje obligatorio en supuestos de fracaso negocial, es una declaración que debe ponerse, cuanto menos, en cuestión. De hecho, el recurso de inconstitucionalidad que resolvió el TC en esa sentencia de 1981 no enjuiciaba el modelo normativo en relación a la institución arbitral, sino el texto legal en el que se recogía un determinado diseño de la misma, y su afectación al contenido esencial de un derecho constitucional, en un análisis que por lo demás, y como esta misma sentencia declaraba, había de quedar "referido al momento histórico que en cada caso se trate y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas, cuando se trate de derechos constitucionales".

Por ello, considerando el tiempo transcurrido, los cambios normativos acaecidos y especialmente el grado de madurez y consolidación que han alcanzado los sistemas autónomos de solución de conflictos en nuestro sistema de relaciones laborales, resultaría sencillamente incoherente seguir sustentando la misma afirmación y con ello mantener que el TC en dicha sentencia cerró por una vez y definitivamente la puerta de la constitucionalidad a todo planteamiento normativo que a partir de entonces pudiera incluir el sometimiento obligatorio a un arbitraje en supuestos de fracasos negociales.

Ello no significa en modo alguno que desde aquí se defienda un modelo de negociación colectiva en el que deba insertarse, como elemento ineludible, un arbitraje obligatorio para la solución de determinados conflictos en los que se vea implicada la modificación o consecución de un convenio colectivo, y que además tal arbitraje revista una naturaleza pública. Ni se defiende ni posiblemente sea el que en realidad pretenda y auspicie el propio RDL 7/2011. Pero sí es defendible que los arbitrajes obligatorios pueden tener cabida dentro del propio marco negocial para cumplir una función de cierre de los mecanismos autónomos de solución en determinados supuestos conflictivos surgidos en procesos consultivos o negociales, en los que la última opción, por la imposibilidad de que los conflictos de intereses o de regulación reciban una composición por la vía judicial, sería el

recurso a la medida de presión que significa la huelga. Más aún, incorporar este tipo de divergencias en el campo conflictual donde pueden operar los arbitrajes podría tener un considerable impacto práctico de futuro especialmente en los procesos de negociación de convenios colectivos, impulsando la adopción de nuevas estrategias que fomenten los aspectos materiales y procedimentales del proceso negocial.

En consecuencia, son los agentes sociales los que ahora tienen ante sí, en esta fase de modificación y adaptación de los Acuerdos Interprofesionales, la oportunidad y casi el deber de asumir o no los arbitrajes obligatorios como una medida idónea de solución para conflictos de modificación, inaplicación y/o negociación de convenios, al menos vistos desde la perspectiva de su eficacia. Cuestión distinta es que de hacerlo se vean comprometidos el prestigio y la proyección adquirida entre empresarios y trabajadores de los procedimientos contemplados y ordenados en estos Acuerdos que precisamente se sustentan sobre el principio general de voluntariedad y de respeto a la autonomía individual y colectiva.

Habrá que esperar por tanto a cómo se desarrolla en los próximos meses esa labor de modificación, con fines de adaptación, que deben acometer los Acuerdos Interprofesionales, que incluso podría tener también un efecto positivo de reflexión del papel a asumir, de actualización a los escenarios presentes de las relaciones laborales, de ordenación mas clarificada de los distintos mecanismos de solución, y sobre todo de armonización material entre el ASEC y los distintos Acuerdos de ámbito autonómico.

Solo es de esperar que, en este proceso, las soluciones jurídicas no queden en manos de opciones políticas, y ahora más que nunca en su significado más estricto.

6. BIBLIOGRAFÍA

AA.VV. “Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales”. XI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Trotta, Madrid 1994.

AA.VV. “El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa”. VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Ed. Tecnos /Junta de Andalucía, Madrid 1996.

AA.VV. Monográfico sobre Mediación y Arbitraje en los Conflictos Laborales en homenaje al Profesor Manuel Alonso Olea. Temas Laborales nº70, 2003.

AA.VV. “Convenios y negociación colectiva tras el RDLey 7/2011, de 10 de junio”. Aranzadi Social num. 5/2011**.**

AA.VV. (Dir. García-Perrote, Ignacio; Mercader, Jesús): “La reforma de la negociación colectiva. Decreto-Ley 7/2011”. Lex Nova, Valladolid, 2011.

ALEMÁN PÁEZ, Francisco: "Las Comisiones Paritarias". Cívitas, Madrid 1996.

ALFONSO MELLADO, Carlos L.:"Solución extrajudicial de conflictos laborales: experiencias y situación actual", en AA.VV. "Derecho Colectivo". Cuadernos de Derecho Judicial III, 2003. Consejo General del Poder Judicial, Madrid 2003.

ARUFE VARELA, Alberto: "La denuncia del convenio colectivo, tras el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes en materia de negociación colectiva". Revista Aranzadi Doctrinal num. 5/2011.

BALLESTER PASTOR, Mª Amparo: "El arbitraje laboral". MTAS, Madrid 1993.

BAYLOS, Antonio; FALGUERA, Miquel; GORRIZ, Ramón; GUALDA, Francisco José: "Reflexiones en torno a la reforma de la negociación colectiva". Cuadernos de la Fundación 1º de mayo, nº 20, junio 2011.

CASAS BAAMONDE, Mª Emilia: "La solución extrajudicial de los conflictos laborales". Relaciones Laborales II, 1992.

CRUZ VILLALÓN, Jesús: "El arbitraje laboral en la reforma legislativa". Tirant lo Blanch, Valencia 1995

DEL REY GUANTER, Salvador: "Los medios de solución de los conflictos colectivos de intereses y jurídicos". Relaciones Laborales II, 1992.

GRANADOS ROMERA, Mª Isabel: "La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos". Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

LUJÁN ALCARAZ, José: "Los medios de solución extrajudicial de conflictos y la negociación colectiva". Aranzadi Social num. 5/2006.

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Mª Luz: "Negociación colectiva y solución de conflictos laborales". Editorial Bomarzo, Albacete 2004.

SALA FRANCO, Tomas; ALFONSO MELLADO, Carlos L.: "Los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales establecidos en la negociación colectiva". Tirant lo Blanch, Valencia 1996.

— "Los acuerdos estatal y autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales. Análisis comparativo". Consejo Económico y Social. Madrid 2001.

Comunicaciones

ALGUNAS NOTAS SOBRE EL PAPEL DE LOS SISTEMAS EXTRAJUDICIALES EN LOS PROCESOS DE INAPLICACIÓN DE CONVENIOS ESTATUTARIOS

Fco. Javier Calvo Gallego
Profesor Titular de Universidad de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad de Sevilla

ÍNDICE

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN
2. EL PAPEL DE LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL RDL 10/2010, DE 16 DE JUNIO
3. LA REFORMA POR LA LEY 35/2010, DE 17 DE SEPTIEMBRE
4. LA REFORMA DE LA REFORMA: EL RDL 7/2011 DE 10 DE JUNIO
5. LOS PASOS POSTERIORES HASTA EL RDL 3/2012
6. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL RDL 3/2012: DE LOS SISTEMAS AUTÓNOMOS A LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES EN UN ENTORNO ADMINISTRATIVO

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Tras el largo paréntesis de espera que supusieron los años 2008 y 2009, es obvio que uno de los campos en los que la actividad normativa en el ámbito social ha sido más intensa, y seguramente más compleja, durante los años 2010 a 2012 se centra en los aspectos de flexibilidad interna y, en especial, en la regulación de la adaptación de las condiciones de trabajo pactadas en convenios colectivos estatutarios y, de forma casi simétrica, y ya uniforme, de descuelgue salarial.

La causa de este interés es bien conocida por todos: la ausencia de una rápida adaptación de estos mismos convenios –que en nuestro país habían ido adquiriendo una duración cada vez más prolongada–, unida al ya conocido "parón", no sólo estadístico, sino también de renovación de muchos de estos acuerdos[1], colocó el centro de interés del legislador, no sólo en las carencias de un proceso de negociación en muchos casos tardíamente iniciado y aún más tardíamente concluido, sino también en la ineficiencia de estos instrumentos de flexibilidad interna negociada; unos instrumentos –o una utilización de los mismos– que, a pesar de su ya tradicional recepción en nuestro sistema, se mostraron incapaces de responder con la necesaria rapidez a la aguda crisis de empleo de estos últimos años[2].

El objeto de esta comunicación no es, obviamente, indagar en todos y cada uno de los múltiples aspectos de esta reforma continua[3] –que se ha movido de forma casi circular en el difícil equilibrio entre mantener el tradicional carácter necesariamente negociado de estas modificaciones (con lo que ello supone de relativa

---

[1] Más allá de los efectos provocados por la adaptación a la administración electrónica del registro de Convenios Colectivos –Real Decreto 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo– basta revisar los datos que proporciona el MEYSS –Boletín de Estadísticas Laborales, febrero 2012– para constatar como el número de convenios ha pasado –tomando siempre el año de inicio de efectos económicos– de los 6016 convenios del año 2007 a los 5.689 de 2009. Y esta misma tónica parece seguirse en los años 2010 –4131 convenios– y 2011 –2718– en los que sólo tenemos datos provisionales. Es más, las series mensuales parecen incluso avanzar una acentuación en dicho proceso.

[2] Y ello porque como recordaba F. GONZÁLEZ DE LENA, "La negociación colectiva en la reforma de 2010. Negociación para la adaptabilidad y adaptabilidad del convenio" en AAVV. La reforma del mercado de trabajo y la ley 35/2010, (dir. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER), Madrid, La Ley, 2011, p. 292 y 294 existía ciertamente un desfase entre las posibilidades existentes del marco institucional y la realidad de la práctica negociadora española.

[3] Baste remitirnos, por mencionar sólo a algunos, a los trabajos sobre este tema de F. GONZÁLEZ DE LENA, "La negociación colectiva en…", cit., y J. CRUZ VILLALÓN, "La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010", ambos en AAVV. La reforma del mercado de trabajo y la ley 35/2010, (dir. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER), Madrid, La Ley, 2011; C.L. ALFONSO MELLADO, "Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna", en AAVV., La reforma laboral en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, Valencia, Tirant lo Blanch, 2010; S. DEL REY GUANTER, "Las medidas de flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial", en Temas Laborales, 2010, n. 107; D. LANTARÓN BARQUÍN, "Novedades legislativas y proyección de la reforma laboral de 2010 en el ámbito de la solución extrajudicial de conflictos", en Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2011, n. 24; A.V.SEMPERE NAVARRO, L. MELENDEZ MORILLO-VERLARDE, "El descuelgue salarial tras la Ley 35/2010", en Aranzadi Doctrinal, 2010, n. 8; A. BAYLOS GRAU, "Unilateralidad empresarial e inaplicación del convenio", en AAVV., Garantías de empleo y derechos laborales en la Ley 35/2010 de reforma laboral (coord. A. BAYLOS), Bomarzo, 2011.

infravaloración real de las causas aportadas) u optar por su simple causalidad, aún controlada por un arbitraje, potenciando entonces su uso–, sino más limitadamente indagar sobre algunos aspectos relativos al papel que dentro de esta nueva regulación estaban y aún están llamados a desarrollar los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos establecidos desde mediados de los ochenta por los interlocutores sociales (SESC en adelante), analizando cronológicamente algunas de las posibilidades que se abrieron en este punto a los mismos, hasta alcanzar, si tan siquiera sea brevemente, la situación resultante tras el RDL 3/2012 –publicado tras la elaboración inicial de esta comunicación y pocos días antes del cierre de la edición en la que se publica–.

Evidentemente, y por razones de espacio, no vamos a poder abordar aquí todos y cada uno de los aspectos en los que la regulación de estos sistemas –que, incluyen desde hace ya tiempo esta clase de conflictos en su ámbito de aplicación[4]– podría verse afectada por el nuevo marco legal fruto del continuo de reformas de los años 2010 a 2012[5]. Así, aspectos como la necesidad de incorporar nuevos sujetos legitimados en los casos de representación ad hoc[6]; la nueva prioridad en estos casos de las secciones sindicales, o la posible sustitución convencional del periodo de consultas por los procedimientos de mediación o arbitraje que sean de aplicación en la empresa[7] quedarán inevitablemente fuera de estas páginas.

---

[4] Por todos, T. SALA FRANCO, C.L. ALFONSO MELLADO, Los acuerdos estatales y autonómicos de solución extrajudicial de conflictos laborales. Análisis comparativo, CES, Madrid, 2001. Véase igualmente J. CRUZ VILLALÓN, "La flexibilidad interna…", cit., p. 157 quien, no obstante, destaca la escasa actividad desarrollada hasta el momento en este campo por los diversos SESC. Esta misma perspectiva, con datos, en F. GONZÁLEZ DE LENA, "La negociación colectiva…", cit., p. 292,

[5] Un continuo que, como con acierto se ha señalado, dificulta sobre manera un estudio detenido del tema. En general, sobre los cambios en los procedimientos de solución, J. CRUZ VILLALÓN, "Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012", en AAVV., Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Lex Nova, 2012, p 386.

[6] Sobre los mismos y los presupuestos de su aparición, por todos, S. DEL REY GUANTER, "Las medidas sobre flexibilidad…", cit., p. 171 y ss; J. CRUZ VILLALÓN, "La flexibilidad interna…", cit., p. 147 y ss.; F. GONZÁLEZ DE LENA, "La negociación colectiva en la reforma…", cit., p. 308 y ss.

[7] Con esta sustitución se trataría, por tanto, de ir un paso más allá en el camino ya iniciado por las genéricas menciones contempladas en el art. 85.1 o en la DA 13 ET y propuesto hace ya tiempo ya por una autorizado sector de la doctrina. De hecho, la mayor parte de sistemas extrajudiciales que habían ido poblando el mapa autonómico de nuestro país ya contemplaban, incluso explícitamente, la posibilidad de que cualquiera de las partes solicitará el uso de los procedimientos en ellos establecidos en estos casos de desacuerdos en periodos de consultas. Lo que ocurre es que ahora no se trataría de una actuación auxiliar de un desacuerdo, sino de una actuación sustitutiva de dicho proceso. Por lo demás, del tenor literal de la norma se deduce que esta sustitución sólo será posible –eso sí, en cualquier momento F. GONZÁLEZ DE LENA, "La negociación colectiva…", cit., p. 304– por acuerdo entre ambas partes. Por ello nada impide que este acuerdo de sustitución pueda ser tanto en "caliente" o ad hoc –esto es, una vez iniciado el periodo de consultas o para un periodo de consultas en concreto–, como en frío o genérico, estipulado previamente en convenio o acuerdo para todos o para algunos de los periodos de consulta que pudieran surgir entre las partes –incluidos, al menos a mi juicio, y siempre que así lo prevea el sistema, los que se establecieran por la propia negociación colectiva–. En todo caso, lo llamativo es que en este supuesto se requiere el acuerdo previo de ambas partes, lo que contrasta con la regla general de estos sistemas, en virtud de la cual, el uso de los mismos es voluntario, pero "obligatorio"

De forma mucho más limitada centraremos nuestra atención en lo que sin duda es y ha sido una de las cuestiones más conflictivas en este ámbito: el papel de la mediación y el arbitraje dentro de estos sistemas, y los vaivenes sobre su carácter o no obligatorio –sobre todo en relación con el segundo– en caso de desacuerdo durante el periodo de consultas[8]. Y ello porque seguramente es aquí donde se concentra la tensión principal que en el diseño de estas modificaciones antes señalábamos y que seguramente está en el núcleo de toda esta compleja evolución: esto es, si a pesar de dichas modificaciones era o continuaba siendo necesario un acuerdo entre las partes –ya fuese este directo sobre la materia o de sometimiento a un arbitraje–, o si, por el contrario, nos encaminábamos a un sistema en el que, en caso de desacuerdo, la modificación o inadaptación se someterían por decisión unilateral de una de las partes –normalmente el empresario– a un tercero, lo que sin duda potenciaría su consideración como un poder meramente casualizado y no estrictamente condicionado al acuerdo específico entre las partes[9], abriendo así el camino para, en un futuro próximo, postular el otorgamiento de este poder en último término al empresario, aunque sea casualizado y con un posterior control judicial[10].

En cualquier caso, de lo que creo que no cabe duda alguna es de que en este, como en tantos otros ámbitos últimamente, las modificaciones normativas, a mi juicio de calado, se han ido sucediendo a una velocidad tan vertiginosas, y de una manera no siempre clara o diáfana, que resulta necesario realizar un estudio cronológico sobre las diversas posibilidades que el legislador ha ido abriendo, de forma casi aluvional[11], en este punto a los agentes sociales. Y todo ello, claro está, a la espera de su posible y ulterior reforma en la actual tramitación parlamentaria del proyecto de

---

para la otra parte cuando una de ellas solicita el inicio del procedimiento. Articulado de esta forma, y sin entrar aquí en el acierto o no de la regla legal –que parece pensada sobre todo cuando el periodo de consultas es sustituido por el sometimiento expreso a un arbitraje– podría decirse que la regla antes señalada –la tradicional en nuestro modelo– quedaría para aquellos supuestos en los que el recurso a los sistemas no sustituya al periodo de consultas, mientras que el acuerdo sí sería necesario cuando se produjera tal sustitución. Finalmente obsérvese que la mención final en la Ley 35/2010 y el RDL 3/2012, seguía señalando la necesidad de que estos procedimientos se desarrollen "dentro del plazo máximo señalado para dicho periodo" si bien se ha excluido la palabra improrrogable, lo que quizás amplíe algo el plazo para la emisión del laudo, facilitando así su eficacia. Sobre todas estas cuestiones y en especial el impacto de la omisión del término improrrogable, véanse, por todos, D. LANTARÓN BARQUÍN, "Novedades legislativas…", cit. p. 6 y ss del original impreso y C. ALFONSO MELLADO, "Las actuaciones para incrementar…", cit., p. 9 y ss. del original impreso

[8] Destacando este papel R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Claves generales de las reformas de la negociación colectiva efectuadas por la Ley 35/2010 y por el RDL 7/2011", en AAVV., La reforma de la negociación colectiva…", cit, p. 63.

[9] Esta misma reflexión en , J. CRUZ VILLALÓN, "Procedimientos de resolución de conflictos..", con unas conclusiones con las que obviamente coincidimos.

[10] En el fondo y si se nos permite, esta es la estructura del brillante estudio de S. DEL REY GUANTER, " Las medidas de flexibilidad interna.." cit., que, desde esta perspectiva acaba defendiendo con interesantes argumentos, que, sin embargo, y como veremos no acabamos de compartir, la articulación de estas modificaciones como potestad empresarial casualizada y controlable a posteriori por la jurisdicción social. Más allá de si esta construcción es posible desde la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios –cuestión esta en la que obviamente no entraremos–, veremos que, al menos a nuestro juicio, la estructura legal parece ir encaminándose hacía este objetivo. Pero no adelantemos acontecimientos.

[11] VI. J. CRUZ VILLALÓN, "Procedimientos de resolución de conflictos…", cit., p. 385 y ss.

Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (procedente del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero). A esta "reforma constante" y quizás, aún inacabada dedicaremos las siguientes páginas de las que excluimos conscientemente y por razones de espacio toda referencia a las situaciones concursales[12].

2. EL PAPEL DE LOS SISTEMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL RDL 10/2010, DE 16 DE JUNIO

En este sentido, la atribución de un papel destacado a los SESC en los casos de desacuerdo durante los periodos de consultas en torno a la inaplicación de contenidos salariales y no salariales de los convenios colectivos estatutarios se inicia, sin duda, con el RDL 10/2010 de 16 de junio. Pero ya antes de su promulgación, determinados documentos previos reflejaban claramente la opción deseada en este punto por la Administración, con una perspectiva que –como veremos– quizás resulte conveniente recordar.

2.1. El papel de los sistemas en los documentos previos a la reforma

Así, en uno de los últimos documentos del gobierno –el destinado a discutir ya con los grupos parlamentarios[13]– se preveía la posibilidad que en caso de desacuerdo durante estos periodos, "*el empresario o la representación legal de los trabajadores* (sic) *podrán solicitar la aplicación del procedimiento arbitral que hubiera podido establecerse en el convenio"* –obsérvese, no otro tipo de "procedimiento"–. Y que de no existir esta regulación "*cualquiera de las partes podrá solicitar la aplicación de un procedimiento arbitral que será obligatorio para la otra parte. En defecto de acuerdo sobre el procedimiento arbitral aplicable, se recurrirá al establecido en el ámbito territorial correspondiente conforme al art. 83 ET*[14]". El sistema se cerraría con una Disposición Transitoria del RDL en virtud de la cual "*en defecto de acuerdo conforme a lo dispuesto en el art .83"* ET "*el gobierno"* adoptaría "*en el plazo más breve las medidas necesarias para que las empresas y los trabajadores… puedan disponer de procedimientos de mediación y arbitraje"*.

---

[12] En cualquier caso, y más allá de recordar la nueva redacción dada al art. 64.5 Ley 22/2003 al amparo de la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, llama la atención que el RDL 3/2012 no haya modificado ni alterado el art. 66 de la Ley Concursal.

[13] Borrador de 11 de junio de 2010, citado por J. CRUZ VILLALÓN, "La flexibilidad interna…", cit., p. 158, y disponible en http://bit.ly/sSQ1aY

[14] La redacción de aquella propuesta de precepto –entonces art. 41.7 ET– continuaba señalando que tras el procedimiento arbitral, que no podía tener una duración superior a quince días hábiles, el laudo arbitral determinaría si las modificaciones propuestas por el empresario afectan a lo establecido en convenio colectivo y si concurren las causas alegadas. Desde esta perspectiva, el arbitro aceptaría o rechazaría la propuesta de modificación de condiciones de trabajo, o acordaría, en su caso, medidas alternativas a las propuestas . El laudo arbitral tenía la misma eficacia que lo pactado en convenio. Por su parte, y en relación con el descuelgue, la propuesta de nuevo art. 82.4 ET señalaba que "cuando, no obstante lo establecido en el apartado anterior, no se alcanzara un acuerdo sobre la inaplicación del régimen salarial, será de aplicación el procedimiento establecido en el art. 41.7".

La opción del borrador era por tanto clara. Sometimiento a consultas pero, en caso de desacuerdo, decisión arbitral, ya sea éste arbitraje, el previsto previamente en el convenio, o, en su defecto, por imposición unilateral de una de las partes. Es más, incluso en defecto de articulación por los interlocutores sociales, se preveía la adopción de medidas por el propio gobierno para el acceso a estos mismos medios de solución. Se trataba por tanto, de un cambio radical del modelo anterior y que manifestaba una clara desconfianza hacia los negociadores Y de hecho, la imposición de este arbitraje unilateral y obligatorio, y su regulación –al menos en principio– por reglas de sistemas que en principio sólo lo preveían para casos voluntarios, sin ninguna llamada a su adaptación por los propios interlocutores sociales[15], era tan "llamativa" –y, sin duda polémica y conflictiva jurídicamente[16]– , que lo cierto es que el texto definitivo del RDL 10/2010 fue mucho menos controvertido, al menos en este aspecto.

2.2. El RDL 10/2010 de 16 de junio

En su redacción "final", el nuevo art. 41.6 ET, tras la modificación realizada por el RDL 10/2010, se limitó a señalar que en caso de desacuerdo sería "necesario acudir a los procedimientos de mediación establecidos al efecto por medio de convenio colectivo o acuerdo interprofesional". Y aunque la regulación de este procedimiento sólo se establecía como contenido necesario para los convenios en el caso del art. 82.3 ET[17], la norma no establecía consecuencia alguna del incumplimiento de este deber. La nueva regulación se limitaba –de forma mucho más prudente– a señalar que los convenios o Acuerdos Interprofesionales podrían establecer el compromiso previo de someterse a un arbitraje "vinculante" para los casos de ausencia de avenencia en la teóricamente necesaria mediación.

Con este tenor "definitivo" el RDL se limitaba, por tanto, a establecer una mediación obligatoria que bien podía transitar por los cauces ya previstos en los SESC, teniendo en cuenta que, al menos en este caso, no se establecía plazo

---

[15] De hecho, esta desconfianza era tan profunda que la misma propuesta preveía una Disposición Transitoria en virtud de la cual "en defecto de acuerdos conforme a los dispuesto en el art. 83 ET que garanticen la efectiva aplicación de los dispuesto en el art. 41 ET, el Gobierno adaptará en el plazo más breve posible las medidas necesarias para que las empresas y los trabajadores no adheridos a los procedimientos de solución no judicial de conflictos correspondientes a ese ámbito territorial puedan disponer de procedimientos de mediación y arbitraje".

[16] Una crítica de este documento y de esta opción en J. CRUZ VILLALÓN, "La flexibilidad interna…", cit., p. 158 quien, por una parte, consideraba que entraría en directa colisión con la garantía constitucional de eficacia vinculante del convenio colectivo, y por otra, lo consideraba una opción con pocas expectativas de éxito considerándolo materialmente inviable si existía oposición de los agentes sociales. Esta misma consideración sobre la dificultad de que fructificasen –en caso de reformas no pactadas entre los interlocutores sociales–"no ya fórmulas de arbitraje obligatorio, sino ni siquiera, probablemente, las de mediación obligatoria" en I. GARCÍA PERROTE, "Medidas de flexibilidad interna: movilidad geográfica y modificaciones sustanciales", en AAVV:, La reforma laboral 2010. Aspectos prácticos (dir. I. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, J.R. MERCADER UGUINA) Lex Nova, 2010, p. 151

[17] De acuerdo con el art. 6.Dos RDL 10/2010 los convenios deberían contener–art. 85.3.c ET– los "Procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el artículo 82.3"

improrrogable alguno[18]. El compromiso arbitral era, por tanto, sólo una posibilidad, lo que parecía suponer un escaso impacto sobre el contenido de los convenios o sobre la regulación ya preexistente de los Acuerdos de SESC, más aún en un momento como aquel de grave crisis del diálogo social. Y, en definitiva, suponía que la llamada obligatoria a los mecanismos de solución, pero no al arbitraje, permitía que en esencia la estructura de este proceso siguiera fundado en el acuerdo y no tanto en la causalidad[19].

3. LA REFORMA POR LA LEY 35/2010, DE 17 DE SEPTIEMBRE

En cualquier caso, lo que está meridianamente claro es que esta regulación fue objeto de una profunda modificación por la Ley 35/2010 de 17 de septiembre. Y ello, no ya tanto en relación con el art. 41.4 ET, sino, y sobre todo, en relación con el papel que debían jugar estos SESC en los supuestos de desacuerdo durante los procesos de consulta ligados al intento de inaplicar determinados contenidos del convenio estatutario. De ahí que centremos ahora nuestra atención en este aspecto.

Pues bien, en su entonces nueva redacción, tanto el art. 41.6 como en el art. 82.3 ET[20] preveían expresamente que "*mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la presente Ley, se deberán establecer los procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje* –"vinculante" se añadía en el art. 82.3 ET–*, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91*".

Esta nueva redacción, que modificaba profundamente el llamamiento a los SESC, se conectaba ahora con un nuevo contenido necesario de los convenios estatutarios, de acuerdo con el cual todo convenio debería contener los "*procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación para la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en los convenios colectivos de conformidad con lo establecido en el artículo 41.6 y para la no aplicación del régimen salarial a que se refiere el artículo 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tales artículos*".

---

[18] Cfr. R ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Claves generales…", cit., p. 65-66 en relación con el texto hoy vigente
[19] Véase, por mencionar sólo un ejemplo I. GARCÍA PERROTE, "Medidas de flexibilidad interna: ..", cit., p. 157.
[20] Sobre algunas pequeñas diferencias véase R. ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Claves generales…", cit., p. 66 y ss.

Intentando dar un poco de claridad a este complejo tema –en el que además ahora se mezclaba una nueva variable como era la relación no sólo entre ley y convenio sino entre diversos niveles de negociación[21]–, quisiera tan sólo señalar, en primer lugar, que la nueva norma legal parecía destinada a imponer –lo que desde luego resultaba novedoso[22], aunque era discutible con cuanta intensidad o los efectos que podría tener su incumplimiento[23]– que en los sistemas extrajudiciales creados mediante acuerdos interprofesionales, se establecieran procedimientos de solución de estos conflictos; y que estos procedimientos, y obsérvese, por tanto, no así necesariamente todo el sistema o el resto de procedimientos de solución que pudieran establecerse –aunque el efecto sobre el conjunto podría ser evidente–, fueran, en primer lugar, de aplicación general, esto es, *erga omnes*, y no limitado a las organizaciones firmantes del mismo; y, en segundo lugar, de aplicación inmediata, esto es, aplicable sin necesidad de aceptación expresa e incondicionada, como ocurría señaladamente en el ASEC, aunque no, obviamente, en el SERCLA, que sí cumplía y cumple en general ambos requisitos para el conjunto de procedimientos establecidos en su seno[24].

En cualquier caso, las mayores dificultades se planteaban en relación con la llamada específica a la necesidad de incluir un compromiso arbitral. Y ello porque a diferencia de cuanto ocurría en el RDL 10/2010, ahora la norma retomaba, al menos aparente y parcialmente, fórmulas similares a las recogidas en el documento del Gobierno para la negociación con los grupos parlamentarios –previa a la reforma y a la que ya nos referimos en el punto anterior–, imponiendo que en dichos acuerdos interprofesionales –en nuestro caso, el SERCLA y el ASEC– debería constar el "*compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje*".

En principio esta referencia –que nuevamente aparentaba inclinar, aun parcialmente, este procedimiento hacia la mera causalización, reduciendo la importancia del acuerdo en el nivel del conflicto– parecía exigir no solo la creación de este instrumento arbitral a nivel interprofesional, sino que en este último, se realizara además un compromiso de sometimiento que permitiría su utilización de manera obligatoria y unilateral; esto es, y en otras palabras, la norma parecía imponer como contenido necesario de estos acuerdos la creación, entre otros

---

[21] Prestando una especial atención a este tema véase el profundo estudio de D. LANTARÓN BARQUÍN, "Novedades legislativas y proyección…", cit., en espcial, pág. 18 y ss. del original impreso.

[22] Sobre la novedad que supone esta exigencia de este contenido, F. GONZÁLEZ DE LENA, "La negociación colectiva…", cit., p. 305,

[23] Véase la interpretación literal de F. GONZÁLEZ DE LENA, "La negociación colectiva…", cit., p. 305-306. En cambio para R ESCUDERO RODRÍGUEZ, "Claves generales…", cit., p. 64 el incumplimiento no llevaría aparejada consecuencia jurídica alguna, al menos de manera explícita: "Es en síntesis una obligación de hacer que es, por definición, incoercible y de difícil –por no decir, imposible exigibilidad". En este mismo sentido de acuerdo con el cual su inobservancia no llevaría aparejada sanción jurídica alguna M.L. MOLERO MARAÑÓN, "El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/211", en Relaciones Laborales,, n. 23-24, año 27, tomo 2,

[24] Sobre el significado de ambas expresiones F. GONZÁLEZ DE LENA, "La negociación colectiva en la reforma…", cit., p. 317.

posibles procedimientos, pero éste en todo caso, de un arbitraje que una de las partes –obviamente el empresario– podría imponer a la otra[25], salvando aparentemente la constitucionalidad de este sistema el hecho de que fuera establecido por los propios interlocutores, aunque estos, paradójicamente, se hubieran visto compelidos a hacerlo por una específica y concreta imposición legal[26].

Es cierto que si esto era así, cabía plantear dos cuestiones al menos. La primera, se centraba en las dudas que suscitaba la expresión de los art. 41.6 y 82.3ET a "en cuyo caso, el laudo arbitral". Y ello porque esta referencia hizo que algunos de los primeros interpretes de aquella norma se plantearan la posibilidad de que el precepto legal reconociera y permitiera implícitamente la ausencia o inexistencia de estos procedimientos a nivel interprofesional[27]. La segunda la necesidad de regulación y los límites de una "adaptación" de esta regulación interprofesional a nivel de convenio. Si la norma interprofesional, con la fuerza del art. 83.2 ET, era de aplicación directa y, sobre todo, inmediata, qué necesidad había entonces de esta "adaptación" y, sobre todo, hasta dónde llegaba el concepto de "adaptación", una cuestión esta ineludiblemente ligada a los efectos del posible incumplimiento de tal deber.

Pues bien, empezando por la primera cuestión, creo que del tenor literal de la norma no cabía deducir que el legislador de 2010 permitiera a los Acuerdos Interprofesionales (AI en adelante) no regular este compromiso arbitral. Ciertamente la expresión "en cuyo caso" parte de la posibilidad de que no existiese laudo. Pero no porque las partes negociadoras pudieran eludir el compromiso arbitral en el AI –que en aquel tenor literal (*deberán establecer*) parecía claramente necesario–, sino simple y llanamente porque este laudo no siempre existiría, ya que no sería necesario si se alcanzase el acuerdo con otros procedimientos previos como, por ejemplo, la mediación. Piénsese, por ejemplo, en la posibilidad de que el sistema articulara el arbitraje como fase final de una fallida mediación.

Y desde esta perspectiva, y por lo que se refiere a la segunda pregunta, creo que el convenio colectivo "debía" ciertamente establecer estos procedimientos como instrumento regulador mientras se producía la teórica incorporación de estas cuestiones en los AI. Del mismo modo que una vez creados, los convenios estarían llamados a adaptarlos –ya que recuérdese estos eran. en el tenor legal, de aplicación general y directa–, pero no hasta tal punto de desnaturalizarlos, alterando

---

[25] Esta construcción, por ejemplo, en S. DEL REY GUANTER, "Las medidas de flexibilidad interna…", cit., p. 177, quien no obstante remarca el carácter potestativo para el empresario de acudir o no a este arbitraje.

[26] Sobre la constitucionalidad de esta posibilidad J. CRUZ VILLALÓN, "La flexibilidad interna…", ci., p. 160. Sobre la constitucionalidad de este sistema, aunque destacando la necesidad de una mayor reflexión D. LANTARÓN BARQUÍN, "Novedades legislativas y proyección…", cit., p. 21 y ss. A favor de esta constitucionalidad, caso de incorporarse por acuerdo entre los agentes sociales, parece, R. BODAS MARTÍN, "La flexibilidad interna: de la Ley 35/2012 al RDL 7/2011, primer balance sobre el despliegue de ambas normas" en Aranzadi Social, 2012, n. 11, p. 12 del original impreso

[27] Esta parece ser la posición de F. GONZÁLEZ DE LENA, "La negociación colectiva en la reforma…", cit., p. 317-318.

algún aspecto esencial del mismo. Lo que el legislador de 2010 "obligaba" era a fijar estos mecanismos, sobre todo hasta que no se produjera su recepción a nivel interprofesional, y, una vez acaecida ésta, a acomodar o ajustar el mecanismo general a las singulares circunstancias del sector, empresa, grupo o acumulación de empresas, sin que por tanto esta vía pudiera servir para desnaturalizar el procedimiento o mecanismo establecido a nivel interprofesional y de aplicación, repetimos, general y directa[28]. Se trataría así de dar una cierta capacidad en este punto no sólo a las grandes estructuras confederales sindicales y empresariales, sino también a las estructuras de sector y de empresa para que pudieran desarrollar mínimamente la adaptación de estos mecanismos generales previstos en los Acuerdos Interprofesionales.

Y todo ello sin olvidar que al menos en nuestra opinión, la omisión de esta regulación en el convenio no debía ser sobrevalorada. En primer lugar, y sobre todo, porque cuando el AI regulase esta cuestión, los instrumentos ya existirían y serían aplicables por su efecto inmediato y erga omnes. El silencio del convenio sólo debería interpretarse como una decisión de no adaptar en absoluto estos procedimientos, aplicándose por tanto tal como habían sido regulados en el AI. Y si, este desarrollo no aconteciera, siempre cabía recordar que, interpretado literalmente, lo único que exigía el art. 85.3.c ET –redactado conforme a la Ley 35/2010– es que estos convenios incluyesen los "procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir en la negociación", y que la DA 13 ET, aún vigente, sigue permitiendo en estos casos acudir a los mecanismos de los SESC. No obstante es evidente que en estos casos se trataba de una interpretación compleja que podría no impedir otra interpretación literal y restrictiva, que sí permitiría la remisión del convenio a la jurisdicción social para que esta se pronunciase sobre el posible carácter extraestatutario del convenio[29].

Desde esta perspectiva, y se asumía esta interpretación, el último problema que planteaba aquella regulación sería el de aquellos casos en los que, fruto de la inactividad de todas las partes, no existiera una recepción de esta norma en los AI. En estas situaciones de ausencia de regulación interprofesional y de carencia de "adaptación" en los convenios de estas reglas –una situación que amenazaba con convertirse en la situación más usual en aquel momento dentro de nuestro sistema– las dudas se suscitaban en torno a la posibilidad o no de que una de las partes, normalmente el empresario, pudiera reclamar, por poner un ejemplo, al SERCLA que agotado el periodo de consultas, se impusiera unilateralmente un arbitraje sobre estos aspectos. Obsérvese que la cuestión era importante ya que en este caso concreto, no mediando acuerdo con los representantes sindicales, sólo un laudo favorable abriría esta posibilidad de novación de condiciones impuestas por convenio colectivo al empresario.

---

[28] Una posición similar, creo, en D. LANTARÓN BARQUÍN, "Novedades legislativas…", cit. p. 19 y ss del original impreso. En un sentido similar F. GONZÁLEZ DE LENA, "La negociación colectiva…", cit., p. 305.
[29] Véase F. GONZÁLEZ DE LENA, "La negociación colectiva en la reforma…", cit., p. 305.

Pues bien, en mi opinión, no mediando ni este sometiendo interprofesional, ni este sometimiento o regulación por el propio convenio colectivo, de las meras normas legales no cabría extraer esta posibilidad de acuerdo con la cual una de las partes podría imponer este arbitraje obligatorio a la otra en el marco de un sistema extrajudicial que no hubiera desarrollado esta posibilidad. Si se analizan con detenimiento se observará que las normas que acabamos de analizar no eran normas directamente aplicables, sino normas para convenir. De ahí que sus principios sólo fuesen aplicables cuando estas fueran desarrolladas en el nivel oportuno. Por tanto, sería necesario ese desarrollo convencional posterior en cualquiera de las dos fuentes –acuerdo interprofesional, convenio colectivo– para que, a mi juicio, pudiera imponerse en este caso necesariamente dicho arbitraje por una de las partes a la otra. Y es más, sólo esta necesaria recepción convencional aligeraría los problemas constitucionales y prácticos que esta remisión a un arbitraje unilateral supondría en un ámbito aparentemente reservado a la negociación colectiva[30]. Pero toda esta cuestión iba a sufrir un nuevo vuelco en el mes de julio de 2011.

4. LA REFORMA DE LA REFORMA: EL RDL 7/2011 DE 10 DE JUNIO

Y ello porque en el marco de la reforma de la reforma que se produce, sobre todo el verano de 2011 –con la suspensión del art. 15.5 ET o con la nueva regulación, "por fases" del contrato de aprendizaje y formación–, los art. 41.6 y 82.3 ET van a ser nuevamente modificados por el RDL 7/2011. Y esta reforma, que en apariencia pudiera parecer formalmente limitada, no lo era, al menos a mi juicio. Muy al contrario, incorporaba dos cargas de profundidad que alteraban sustancialmente la regulación anteriormente vigente, al menos como hasta entonces parecía interpretarse, en una "adaptación" que, teóricamente al menos, debiera producirse antes del 30 de junio de 2012 –DA 1 RDL 7/2011, de 10 de junio–.

Es cierto, en primer lugar, que la referencia otorgada en este punto a las secciones sindicales[31] –debe entenderse, al menos a mi juicio, tanto las de los sindicatos más representativos como las de aquellos en cuyas listas haya sido elegido algún miembro del órgano unitario (art. 8.2.b LOLS)– puede que no tuviera una gran trascendencia práctica dada la fuerte sindicalización de nuestros órganos unitarios. La reforma en este punto habría venido a solucionar un viejo problema dogmático, aunque eso sí, algunas veces práctico, que se planteaba en algunos

---

[30] Véase, no obstante, y desde otra perspectiva distinta, la opinión de S. DEL REY GUANTER, "Las medidas sobre flexibilidad interna…", p. 188 y ss.

[31] Como señala I. GARCIA PERROTE ESCARTÍN "El favor por la flexibilidad interna negociada en el RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva", en AAVV., La reforma de la negociación colectiva. Real decreto ley 7/2011, de 10 e junio, Lex Nova, 2011, p. 197-198, esta preferencia debe considerarse igualmente aplicable al art. 83.2 Et en la medida en la que este se remite al art. 41.4 ET.

sistemas extrajudiciales, haciendo que en caso de conflicto no primase ni la primera de las estructuras que quisiera negociar, ni aquella que reconociera el empresario, sino la estructura sindical, con una lógica, a mi juicio, más acorde con la propia de las normas de la OIT sobre la representación no sindical de los trabajadores en la empresa[32].

4.1. La necesidad de acudir a la Comisión Paritaria como paso previo al acceso a los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos

Pero en cambio, seguramente mucha mayor enjundia tenía, o podía entenderse que la tenía, la segunda modificación, aparentemente nimia, pero que, al menos a mi juicio, encubría una auténtica alteración del o de los mecanismos establecidos en la Ley 35/2010 en relación con la flexibilidad interna negociada.

Como es bien sabido, la reforma realizada por el RDL 7/2011, tanto del art 41.6 ET en materia de modificación de condiciones pactadas en convenio estatutario, como del art. 82.3 ET en materia de descuelgue, parecía haberse limitado, en esencia, a incorporar en la parte central de ambos preceptos, un nuevo párrafo de acuerdo con el cual, "*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 contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando aquella no alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos a que se refiere el siguiente párrafo*".

Pues bien, esta llamada a la Comisión Paritaria –que se conectaba a su vez con el nuevo contenido necesario del entonces art. 85.3.h.3 ET, y con la más oscura referencia de esta misma letra en su punto 4 a la "*intervención que se acuerde cuando no exista representación legal de los trabajadores*[33]– lejos de ser baladí era ciertamente fundamental, sobre todo cuando no existía acuerdo a nivel de empresa. Y ello porque una primera cuestión, a mi juicio básica, era si en caso de desacuerdo, era obligatorio o no acudir a la comisión paritaria del convenio –sobre todo si de lo que se estaba hablando era de inaplicar un convenio sectorial a nivel de empresa–.

El principal argumento que apoyaría la consideración de este trámite como potestativo, y, por tanto, no obligatorio como paso previo al acceso a los SESC, era, básicamente, teleológico o finalístico: si lo que las normas de 2011 pretendían era favorecer la rápida solución de estos procesos, imponer este paso previo a las

---

[32] Sobre este problema bajo la regulación anterior véase, por todos, L.E. NORES TORRES, G. RODRÍGUEZ PASTOR, "las partes contratantes del convenio colectivo estatutario", en AAVV., El régimen jurídico de la negociación colectiva en España (coord.. F. PÉREZ DE LOS COBOS, J.M. GOERLICH PESET), Tirant lo Blanch, Valenci2006, p. 112 y ss.

[33] Sobre esta reforma véase I. GARCIA PERROTE ESCARTÍN "El favor por la flexibilidad interna…", cit., p. 199 y ss.

dos partes podría suponer una dificultad añadida poco comprensible desde esta óptica legal[34].

Pero tampoco cabe desconocer que existían al menos tres argumentos para señalar igualmente que el recurso en este caso a la Comisión Paritaria era, o podía imponerse como un paso obligatorio antes de que cualquiera de las partes pudiera acudir a lo que en su caso, establecieran los sistemas extrajudiciales[35]. En primer lugar el tenor literal de la propia norma. Y es que en este caso, la norma condicionaba claramente esta posibilidad a dicho desacuerdo al señalar que "*cuando aquella no alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos a que se refiere el siguiente párrafo*…..",–. Por tanto, e *in claris non fit interpretatio*, sólo cuando no se alcanzara acuerdo en la Comisión Paritaria, se abriría esta posibilidad. Sería necesaria la constatación de este desacuerdo –o, lógicamente el transcurso del plazo sin acuerdo– para que se abriera esta opción. Es más la fijación de este plazo temporal máximo podía interpretarse como una forma de imponer –o permitir imponer por el AI– este paso como un iter imprescindible en este proceso. Del mismo modo que la referencia como contenido necesario del art. 85.3.h ET y su carácter no condicional parecían apoyar el posible carácter necesario de este paso previo.

En segundo lugar, esta interpretación literal sería concordante con una interpretación sistemática del propio RDL 7/2011. Y es que, como se recordará, otra de las líneas fuerza de esta reforma fue el claro reforzamiento de la labor de la Comisiones Paritarias (CP en adelante). Es más, la exigencia de acudir previamente a la CP en los supuestos de interpretación y aplicación (o inaplicación como este) del convenio, ex art. 91 ET, indicaría que, en todo caso, el legislador quería que esta intervención de la Comisión Paritaria se convierta en un requisito necesario para poder acudir al sistema extrjudicial.

Y ello porque, en tercer lugar, a esta misma conclusión cabría llegar desde una interpretación teleológica o finalista. A mi juicio, la clara opción del RDL 7/2011 por la posibilidad de que determinados convenios sectoriales –los estatales y autonómicos– controlasen o al menos pudieran controlar las hipotéticas unidades negociadoras de empresa reflejaba, al menos a mi juicio, la apuesta del conjunto del RDL por un control desde los niveles sectoriales más altos de la estructura y gestión del proceso negocial inferior, y sobre todo, por otorgar un papel preponderante a la Comisión Paritaria del convenio que se pretendía inaplicar.

---

[34] A favor, parece, de que no sea siempre necesario acudir en caso de desacuerdo a la Comisión Paritaria, J.M. GOERLICH PESET, "Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las Comisiones paritarias y nuevo régimen de la ultraactividad", en AAVV., la reforma de la negociación …, cit., p. 116 si bien más tarde parece considerarlas como trámites obligatorios de carácter procesal.

[35] Este carácter necesario para, al menos, poder acceder a los SESC se mantiene igualmente –aunque en un marco distinto como tras la aprobación del RDL 3/2012–por , J. CRUZ VILLALÓN, "Procedimientos de resolución de conflictos…", cit., p. 403.

Por todo ello, y en conclusión, no creo que fuera problemático el que dentro de la amplia capacidad de configuración de estos Acuerdos Interprofesionales se acordase en los mismos que para poder acudir a los sistemas extrajudiciales en ambos casos fuese necesario acudir previamente a la CP y que esta, además, o bien inactuara durante siete días o no alcanzara expresamente un acuerdo con lo que esta actuación procedimental podría considerarse conclusa de forma anticipada. Y ello porque si bien existen argumentos a favor de su consideración o no como requisito previo necesario, de lo que creo que no cabe duda es de que un sistema, por ejemplo el SERCLA, sí podría exigir este paso como un instrumento para fomentar un cierto control del convenio sectorial sobre los posibles procesos de modificación de su contenido.

Y ello es importante ya que no debemos olvidar que en estos casos la labor de la Comisión Paritaria no era –al menos a mi juicio– meramente mediadora o conciliadora; era claramente decisoria, aparentemente pseudoarbitral y, por tanto, y repito, no de simple mediación entre las partes. La CP no mediaba, sino que resolvía si existía o no el supuesto para inaplicar o modificar y, en su caso, los términos del mismo, en una especie de arbitraje unilateral solicitado por una de las partes, con la singularidad de que en este caso tal decisión requería el consenso, parece que de acuerdo con las reglas generales de esta misma Comisión, de las dos partes[36].

4.2. La nueva redacción del art. 86.3 ET y su posible impacto

Finalmente, y en relación con estas modificaciones del art. 41.6 y 82.3 ET cabría también plantear, aunque la cuestión en este caso era aún más dudosa, si la nueva redacción en este punto del art. 86.3 ET dada por el RDL 7/2011, en sede de impasse negociador, y la aclaración sobre los posibles contenidos del acuerdo interprofesional en este punto, podrían servirnos como criterios orientadores que incluso matizaran la interpretación generalmente aceptada del sentido que debe darse al "sometimiento" arbitral al que, como hemos visto, parecían obligar ambos preceptos en relación con los AI.

Intento explicarme. Como es bien sabido, los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos también eran abordados novedosamente por el RDL 7/2011 en relación con las situaciones de impasse o bloqueos negociales. En el contexto de fuerte dinamización que la reforma de 2011 quiso dar al proceso de negociación colectiva, el nuevo art. 86.3 ET establecía o exigía establecer una duración máxima de tales procesos. Y para aquellos casos en los que dichos plazos se superasen la norma volvía a remitirse a la aplicación de lo que sería un nuevo contenido de los acuerdos interprofesionales de solución de conflictos. Y es que como

[36] Sobre este carácter de la actuación de la comisión paritaria, J.M. GOERLICH PESET, "Contenido y vigencia de los convenios colectivos…", cit., p. 116 a quien se reenvía para un análisis sobre los posibles problemas de constitucionalidad de tal facultad.

establecía entonces el art. 86.3 ET, de forma aparentemente simétrica a cuanto acontecía, con los supuestos de desacuerdo en descuelgues y modificaciones de condiciones "*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.*"

Hasta ahora, como vemos, nada novedoso. Lo nuevo viene ahora. Y es que inmediatamente a continuación la norma, de forma en apariencia sorprendente, señalaba que "*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*".

86.3 ET –redacción RDL 7/2011–	41.6 y 82.3 ET
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.*	Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 *de la presente Ley*, se deberán establecer *los* procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias *en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado*, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91.

Desde esta perspectiva, la duda surgía entonces sobre si las posibilidades expresamente reconocidas en el art. 86.3 ET a estos sistemas extrajudiciales –en esencia optar por imponer a cualquiera de las partes un arbitraje obligatorio solicitado de forma unilateral por la otra, o reclamar la voluntariedad por ambas partes para articular este procedimiento– se abriría también en este punto en la regulación de los procedimientos del art. 41.6 y 82.3 ET.

Pues bien, a mi juicio eran varias las razones para argumentar a favor de la apertura de ambas opciones:

- En primer lugar porque al ser casi idénticas (véase la tabla anterior) las líneas que precedían a esta nueva referencia legal en el art. 86.3 y en los art. 41.6 y 82.3 ET, se deducía –ya que de otra forma estaríamos reconociendo una contradicción inaceptable dentro del propio art. 86.3 ET– que estábamos ante una mera aclaración, absolutamente compatible, por tanto, con lo ya establecido en el art. 41.6 y 82.3 ET que, volvemos a repetir, era casi literalmente idéntico a lo establecido en las primeras líneas del art. 86.3 ET en su redacción de 2011. Luego, si esta opción era posible en aquella redacción del art. 86.3 ET, sin que existieran incongruencias en su seno –obsérvese que toda esta regulación procedía de una misma reforma y no de procesos separados en el tiempo en el que estas "incongruencias" sí hubieran podido ser razonables– también debía serlo en los art. 41.6 y 82.3 ET.
- Es cierto que la falta de inclusión de estas líneas en los art. 41.6 y 82.3 ET podría favorecer la opción contraria. Pero a mi juicio sería una errónea interpretación de la siempre peligrosa regla a contrario. Y ello porque en realidad, los acuerdos extrajudiciales no necesitaban ni necesitan una habilitación legal en este punto. La autonomía colectiva puede pactar todo aquello que no está prohibido legalmente, y en este caso, por las razones antes señaladas, esto es, por necesidades de coherencia interna entre las dos partes del art. 86.3 ET, era claro que dicha prohibición no existía y, por tanto, tampoco en los art. 41.6 y 82.3 ET.
- Y ello porque en realidad, si se reflexionaba con mayor profundidad, era fácil deducir que esta omisión no se debía a un intento por el legislador de cerrar este posible contenido de los acuerdos interprofesionales en los casos de los art. 41.6 y 82.3 ET, sino, de forma mucho más simple, a que en estos supuestos –art. 41.6 y 82.3 ET–, y ante el silencio de las partes confederales, la ley no obligaría a presumir el carácter obligatorio y unilateral del arbitraje. Es más, todo lo más que cabría deducir de este silencio era lo contrario: que ante el silencio, en este caso, del SERCLA, se presumiría la necesidad de la voluntad conjunta de las partes para acudir al arbitraje en los casos, vuelvo a repetir, de los art. 41.6 y 82.3 ET.

Por tanto, y si esto era así, podría interpretarse que en los tres casos –art. 41.6, 82.3 y 86.3 ET– las partes deberían regular estas instituciones, asumir un mero compromiso –que, se supone, podría ser meramente obligacional de instar a sus

estructuras a someterse al arbitraje–, pero nada impediría que en ambos casos no sólo se regulara la posibilidad de una mediación previa, sino que también se contemplara la posibilidad de que el arbitraje sólo se abriese si ambas partes del concreto conflicto así lo solicitasen.

Esta interpretación no sólo sería la que supondría una menor restricción del derecho constitucional a la negociación colectiva[37], sino que, además, desactivaría ampliamente los recelos sindicales frente a esta regulación de la Ley 35/2010, dando un valor añadido al RDL 7/2011 como lo que verdaderamente era en este punto: una contrarreforma de la Ley 35/2010. Y es que así interpretado, y aunque ciertamente el conjunto normativo era todo menos claro, creemos que en aquel momento nada impedía –recuérdese la "navaja de Ockham"– interpretar todo este galimatías de una forma ciertamente flexible, que en la práctica permitiera un desarrollo convencional menos conflictivo de todas estas normas y de acuerdo con el cual,

- Los sistemas extrajudiciales, y en nuestro caso el SERCLA, se verían ciertamente obligados o, como veremos, especialmente compelidos a, por un lado, regular los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos aplicables en estas dos situaciones –41.6 y 82.3 ET por un lado; 86.3 ET por otro– pudiendo incluso en los dos primeros imponer también el trámite previo ante la Comisión Paritaria.
- Pero pudiendo, en segundo lugar, regular sin ninguna tacha de ilegalidad, no sólo un arbitraje unilateral obligatorio, sino, y esto es lo importante, otro perfectamente voluntario y bilateral, con todo lo más un "compromiso arbitral" –en sentido seguramente atécnico– de carácter meramente obligacional, por el que ambas partes confederales asumirían –lo que seguramente sí pueden asumir–, la obligación de instar en los respectivos ámbitos a sus estructuras organizativas –delegados, órganos unitarios, empresarios que son realmente las partes de estos procedimientos– a someterse en estos casos a un arbitraje, pero respetando siempre la libertad de estas estructuras o sujetos que ni tan siquiera tienen que estar sindicalizados.

Desde esta perspectiva, y como se comprenderá, los recelos serían ciertamente más escasos, facilitándose así la incorporación de estas medidas a los distintos AI.

5. LOS PASOS POSTERIORES HASTA EL RDL 3/2012

En cualquier caso, es este contexto –y por continuar con la evolución temporal hasta ahora utilizada– cuando aparecen dos nuevos elementos, previos al RDL 3/2012, y que exteriorizan la opción consensuada de los principales de los interlocutores sociales en esta materia; dos documentos que abordan el papel que en este

[37] Ampliamente, aunque centrado fundamentalmente en el art. 86.3 ET véase J. CRUZ VILLALÓN, "Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011", en AAVV., La reforma…, cit., p. 38 y ss.

campo podían o deberían jugar de cada una de las dos fuentes de regulación que antes hemos mencionado y que por tanto lo analizan desde la posible regulación de los convenios colectivos (AIENC 2012-2014) y desde el Sistema de Solución Extrajudicial acordado a nivel interprofesional (V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales). Veamos pues el contenido que nos interesa siquiera sea de forma extraordinariamente sumaria

5.1. El tratamiento de la cuestión en el II AIENC 2012-2014: las propuestas de regulación a nivel de convenio

Por lo que se refiere a las propuestas para los convenios, el Capítulo IV del II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, suscrito el 25 de enero de 2012 incorporaba novedosamente una amplia propuesta de regulación de "cláusulas de inaplicación temporal negociada de determinadas condiciones de trabajo –en las que no se incluye el régimen salarial pues el descuelgue del mismo se regula en el artículo 82.3 del ET– pactadas en los mismos", y en la que, por razones obvias, no podemos detenernos.

De hecho, lo único que nos interesa destacar aquí –obviamente desde el punto de vista procedimental– es, en primer lugar, la clara apuesta por una inaplicación necesariamente negociada al señalarse que "*la inaplicación sólo se podrá efectuar por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados*". Y, en segundo lugar, que la propuesta se limitaba a reiterar la entonces vigente regulación legal, sin proponer, al menos en apariencia, adaptación alguna a nivel de convenio, al señalar que "*en caso de desacuerdo durante el período de consultas, cuyo plazo será el fijado en el convenio sectorial, 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 contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Cuando aquella no alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir al Sistemas de Solución de Solución de Conflictos que sea de aplicación en dicho ámbito*". Pero obsérvese que nada se señalaba en torno a compromisos arbitrales previos o a la existencia en los AI de un arbitraje unilateral.

5.2. El tratamiento de la cuestión en el V Acuerdo sobre solución Autónoma de Conflictos laborales

Pocos días más tarde –el 7 de febrero– se formalizaba la firma del V Acuerdo sobre solución Autónoma de Conflictos laborales (ASACL en adelante)[38] cuya entrada en vigor se anticipó al 1 de enero de 2012

La trascendencia de este acuerdo no sólo radica en su tradicional ámbito supraautonómico. Seguramente lo más llamativo e importante es que todas las partes implicadas se comprometieron expresamente a que el mismo fuera el "*marco*

[38] BOE n. 46 de 23 de febrero de 2012.

de referencia para los sistemas del ámbito autonómico", promoviendo "*que en los distintos acuerdos la regulación de estos procedimientos se fundamente en los principios básicos que informan el sistema en el ASAC, con el fin de dotar de homogeneidad al sistema en su conjunto*"[39]. De ahí que la perspectiva adoptada por el mismo permitiera prever la manera en la que, de forma mayoritaria, estos sistemas sectoriales y, sobre todo autonómicos, se enfrentarían a las modificaciones derivadas, en este y otros puntos, por la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011[40].

Pues bien, es evidente que el primer rasgo en el que se aprecia el impacto de estas reformas se centra en que ahora el ASACL se configura, en su totalidad, como un acuerdo de aplicación general y directa –art. 3.2– cumpliendo así, repetimos, en su totalidad, con las exigencias que en su momento planteó para las instituciones estudiadas la reforma de 2010.

Igualmente se incorporan –junto a otra materias– y como conflictos que pueden ser objeto de tramitación por los procedimientos regulados en el mismo los "*conflictos derivados de las discrepancias surgidas durante la negociación entre empresa y representación legal de los trabajadores, de acuerdos de inaplicación de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos sectoriales, cuando dichos convenios contemplen su inaplicación negociada*"[41], del mismo modo que se incluyen las conflictos derivados de las discrepancias surgidas en el periodo de consultas exigido por el art. 83.2 ET.

En tercer lugar –y sin ánimo ni posibilidad de ser aquí exhaustivos dada la ya excesivamente amplia extensión de este trabajo–, los art. 10.2 y 14 del Acuerdo, en sede de mediación este último, establecen que "*será preceptiva la intervención previa de la Comisión Paritaria del mismo si así se ha pactado en el convenio colectivo y, en todo caso, cuando al amparo del artículo 41.6 párrafo segundo y 82.3 párrafo sexto del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cualquiera de las partes solicite la intervención de dicha Comisión*". Se habría así optado por la imposición obligatoria de estas Comisiones en línea con lo que se sostuvo anteriormente en este mismo estudio.

---

[39] O en otras palabras del mismo Preámbulo, "el Acuerdo también nace con el objetivo de servir de referencia a los distintos sistemas de solución autónoma de conflictos que pudieran acordarse tanto a nivel sectorial, como de empresa, grupo de empresas o empresas vinculadas, como a nivel territorial". Y de hecho, "respecto de los acuerdos de ámbito territorial, particularmente del ámbito autonómico, los firmantes del ASAC, sin perjuicio del respeto a la libertad de negociación, se comprometen a promover que en los distintos acuerdos la regulación de estos procedimientos se fundamente en los principios básicos que informan el sistema en el ASAC, con el fin de dotar de homogeneidad al sistema en su conjunto, lo que facilitará la labor de empresas y trabajadores y de los operadores jurídicos en la tarea de resolver las discrepancias en las materias de índole colectivo".

[40] No debe olvidarse que en el propio Preámbulo del Acuerdo las partes señalaban que con el mismo se pretendía igualmente "dar cumplimiento a las previsiones legales operadas tras la reforma llevada a cabo por la Ley 35/201, de 17 de septiembre,… y el RDL 7/2011…".

[41] Referencia esta a que dichos convenios contemplen su inaplicación negociada que debe ponerse en conexión con la propuesta de inaplicación negociada ya mencionada en el Capítulo IV del AIENC 2012-2014 que hemos analizado supra.

Pero en cualquier caso, lo más importante, al menos a mi juicio, es la clara opción en todo el sistema a que, si bien la mediación puede ser obligatoria siempre que la demande una de las partes del conflicto –art. 9.1.a y 12.4– , "*la utilización de los medios extrajudiciales ha de estar basada, en principio*" –y remarca como novedad el Preámbulo–, "*en la voluntariedad, excepto cuando por acuerdo de las partes correspondientes, a nivel de empresa o ámbito superior, se establezca la obligatoriedad de los mismos, lo que es de aplicación, particularmente, a la institución del arbitraje*". Y ello porque como recuerda expresamente el art. 9.1.b) el arbitraje "*sólo será posible cuando ambas partes, de mutuo acuerdo, lo soliciten por escrito*", salvo que otra cosa "*se haya establecido de forma expresa en el convenio colectivo denunciado*" ya sea "*para su renovación cuando se hayan superado, sin alcanzar acuerdo, los plazos máximos de negociación previstos en el artículo. 85.3. f) del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores o en el propio convenio colectivo*" o "*en aquellos otros supuestos previstos en el convenio colectivo*".

Por lo tanto, la opción de los interlocutores a nivel nacional –y que como ya hemos señalado antes, seguramente intentaría trasladarse al resto de sistemas de solución extrajudicial, ya fuesen estos sectoriales, de empresa y, sobre todo autonómicos– es la voluntariedad del arbitraje, salvo que el propio convenio así lo prevea[42]. Se trataba, por tanto, de una fórmula que suponía, seguramente, el mecanismo más respetuoso tanto con el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva como con el derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical[43]. Pero seguramente, no era la que resultaba más acorde con las intenciones del nuevo gobierno. Y seguramente es esto último lo que justifica en buena parte el contenido de lo que es, al menos por el momento, el último acto de este proceso.

6. ALGUNAS NOTAS SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL RDL 3/2012: DE LOS SISTEMAS AUTÓNOMOS A LOS MEDIOS EXTRAJUDICIALES EN UN ENTORNO ADMINISTRATIVO

6.1. Los cambios normativos y su lógica

En este sentido, lo primero que llama la atención en este campo es que seguramente para evitar duplicidades y posibles incongruencias, sobre todo en relación con sus causas, el RDL 3/2012 ha procedido definitivamente a unificar el tratamiento de toda esta cuestión recogiendo la completa regulación sustantiva de este tema en el nuevo art. 82.3 ET, al que se remite sin más el nuevo art. 41.6

[42] , J. CRUZ VILLALÓN, "Procedimientos de resolución de conflictos…", cit., p. 406.
[43] Nuevamente , J. CRUZ VILLALÓN, "Procedimientos de resolución de conflictos…", cit., p. 406.

ET[44]. Además, es obvio que buena parte de las referencias anteriores al art. 85.3 ET han desaparecido en la medida en la que éste ahora queda extraordinariamente simplificado –sobre todo en relación con la redacción dada al mismo por el RDL 7/2011– limitándose, por lo que aquí interesa, la letra c) a señalar que todos los convenios colectivos deberán contemplar los "*procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 82.3, adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico*".

En cualquier caso, y dejando a un lado otras múltiples cuestiones que tales preceptos plantean, lo cierto es que por lo que se refiere al tema objeto de nuestra atención, el núcleo de la reforma –más allá de algunos cambios en formas verbales sin mayor trascendencia al menos a mi juicio– puede sintetizarse en la incorporación de un nuevo párrafo de acuerdo con el cual "*cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y las partes no se hubieran sometido a los procedimientos mencionados a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de las discrepancias a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91*".

En esencia, la justificación y los presupuestos de esta modificación se extraen de la aún más clara Exposición de Motivos. En ella se reconoce, ya sin paliativos, que a pesar de que "*la última reforma del mercado de trabajo pretendió hacer más viable la posibilidad del descuelgue, no parece que se haya avanzado significativamente en este terreno... La norma estatal no ha garantizado el desbloqueo ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para dejar de aplicar las condiciones previstas en convenio colectivo. Por ello, en orden a facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, el presente real decreto-ley incorpora una modificación del régimen del descuelgue para que, ante la falta de acuerdo y*

---

[44] Véase M. RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, "Flexibilidad interna y externa en el Real Decreto-Ley 3/2012", en Diario la Ley 2012, n. 7813, p. 4; I. GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, "Medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas en el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero", en AAVV:, Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Lex Nova, 2012, p. 235-236.

la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes se sometan a un arbitraje canalizado a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos u órganos similares de las Comunidades Autónomas".

En definitiva, y en pocas palabras, el legislador ha comprendido que, sobre todo tras el ASACL, la ya tradicional remisión a los sistemas extrajudiciales no permitiría realmente eliminar en todo caso los bloqueos de negociación en tales supuestos. La clara apuesta de los interlocutores sociales en el ASACL por la voluntariedad del arbitraje y su previsto impacto sobre el resto de sistemas, sobre todo autonómicos, hacía que cualquier hipotético intento de la reforma de 2012 por continuar profundización en esta vía de remisión/imposición a tales sistemas de un hipotético arbitraje unilateral hubiera podido convertirse en un semillero de problemas que dilataría la eficacia inmediata que quiere darse a los mecanismos de solución.

Por ello la reforma parece haber aceptado definitivamente –si esta palabra es posible en un marco como el que nos movemos– el fracaso de esta vía de remisión a los Sistemas para los fines que ya desde un principio se deseaban. Es más, tras la reforma, la propia dicción de la norma asume y reconoce expresamente, no ya solo que la utilización de estos Sistemas puede no suponer el desbloqueo de la negociación –lo que implícitamente conlleva reconocer la posibilidad y licitud de que estos se decanten por otros instrumentos que no necesariamente tendrían que ser arbitrajes unilaterales obligatorios–, sino que, yendo un paso más allá, faculta a las partes para no acudir necesariamente a estos mecanismos, convirtiéndolos por tanto en perfectamente disponibles por las partes.

Y es que en realidad, la norma, sin eliminar la anterior estructura –Comisión Paritaria y Sistema Extrajudicial– lo que sí hace es crear una vía casi paralela, subsidiaria, pero también alternativa en su caso[45], con todo lo que ello supone de desplazamiento del centro de gravedad de los Sistemas extrajudiciales a los simples medios de solución; y de la autonomía colectiva –a través de los Acuerdos Interprofesionales–, a una organización administrativa más "controlable"– aunque sobre esto volveremos a continuación–[46].

6.2. Algunas notas sobre la nueva figura "arbitral"

No es labor de estas páginas –centradas en el papel de los Sistemas autónomos, y no de los simples medios extrajudiciales– entrar a abordar este arbitraje –pues como tal se le califica en la Exposición de Motivos–.

---

[45] J. R. MERCADER UGUINA, "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad", en AAVV., Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, Lex Nova, 2012, p.366; J. CRUZ VILLALÓN, "Procedimientos de resolución de conflictos…", cit., p. 389-390.

[46] Este impacto indirecto de debilitamiento de la importancia de los SESC en J. CRUZ VILLALÓN, "Procedimientos de resolución de conflictos..", cit., p. 389, 390 y 405, en opinión que compartimos plenamente.

Por ello nos limitaremos a señalar de forma casi telegráfica que, en primer lugar, y como ya hemos señalado, la reforma no ha eliminado la posibilidad de recurrir a los SESC. En el texto del art. 82.3 ET esta vía permanece vigente, e incluso teóricamente parece preferente si alguna de las partes la solicita. Lo único que ocurre es que ahora se incorpora un procedimiento al que se podrá recurrir –unilateralmente, pero obviamente, también de forma conjunta–, ya sea con posterioridad al fracaso de los SESC, o incluso de forma directa, si hay acuerdo entre las partes de no acudir a los mismos.

Este teórico carácter subsidiario del nuevo arbitraje, en ausencia de sometimiento expreso por ambas partes, puede no obstante plantear algún problema en la medida en la que el carácter unidireccional de la anterior regulación –desacuerdo, Comisión Paritaria, SESC– provocó que si bien se establecieron plazos máximos para la actuación de la Comisión Paritaria, no se fijaron plazos para el recurso ni a esta ni a los SESC en un procedimiento impulsado siempre por la parte, normalmente el empresario interesado en su resolución. Pero ahora cabe la posibilidad de que empresario y la parte sindical, incluso sin discusión previa alguna, adopten vías procedimentales distintas ante la nueva bifurcación creada por el RDL 3/2012. En otras palabras, es perfectamente posible que el empresario considere que la inactividad de la representación sindical durante un breve lapso de tiempo supone su renuncia a la actuación de la Comisión Paritaria y al recurso al correspondiente SESC, por lo que podría pretender solicitar directamente la actuación del órgano administrativo: mientras que, por el contrario, la parte sindical pudiera adoptar una táctica distinta en la que se solicite la actuación de la Comisión Paritaria como vía para acudir, después, al procedimiento de mediación en el seno de los SESC.

Pues bien, a la espera de la futura norma reglamentaria prevista en la DA 5 RDL 3/2012[47], parece razonable considerar –dado el tenor literal de la ley y la necesidad de dar prioridad a aquellas vías que supongan una menor restricción de los derechos constitucionales– que una vez iniciada, por cualquiera de las partes la vía de los SESC, por ejemplo, mediante la solicitud de intervención de la Comisión Paritaria, el órgano administrativo, ya sea este la CCNCC o el correspondiente órgano administrativo autonómico, debería esperar la finalización sin éxito del mismo, para proceder o continuar con su labor. En este sentido, es importante resaltar nuevamente que, por ejemplo, la decisión de la Comisión Paritaria sería en este punto dirimente, lo que cerraría el paso a la posibilidad de decisión arbitral del órgano administrativo. Y si bien es cierto que a diferencia de lo que ocurre en el art. 41.4 ET en el art. 82.3 ET no se establece plazo máximo

[47] Como se recordará la DA5 RDL 3/2012, prevé la aprobación de un real decreto que en el plazo de un desarrollará las funciones de la Comisión Consultiva Nacional, establezca sus procedimientos de actuación, y recoja, en tercer lugar, las medidas de apoyo para el desarrollo de las funciones de la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social –vid DA 6 RDL 3/2012–. Mientras tanto, continuaría realizando sus actividades, según lo establecido en la Disposición transitoria segunda del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva y, por tanto, el ya tradicional Real Decreto 2976/1983, de 9 de noviembre.

alguno de actuación de los SESC, sí parece que sería razonable entender que la no personación de una de las partes en el procedimiento de mediación sería ya causa suficiente para considerar intentado sin efecto y, por tanto, fracasada la actuación del SESC. Es más cabría incluso plantear que el rechazo expreso, desde el primer momento, de una de las partes a la utilización de estos sistemas, podría incluso plantear la posibilidad de acudir ya unilateralmente a los mismos, una vez agotado sin éxito el recurso a la Comisión Paritaria. Pero incluso en este caso, quizás debiéramos ser cautelosos, ya que el carácter obligatorio, por ejemplo, de la mediación en el ASAC, unido a la necesidad de configurar este recurso al órgano administrativo como una última ratio, dado su impacto sobre derechos constitucionales, recomendaría que, salvo acuerdo de las partes, se fomentase la precedencia al intento al menos de actuación del sistema extrajudicial, sobre todo cuando se trate de fórmulas bilaterales como la mediación. Y todo ello, claro está, sin dejar de señalar la oportunidad de que el previsto desarrollo reglamentario de esta función por el órgano administrativo –al menos en el caso de la CCNCC–, debiera articular algún sistema que permitiera aclarar esta cuestión mediante, por ejemplo, la necesidad de entregar el acuerdo de ambas partes de acudir automáticamente a este mecanismo administrativo, o el intento sin acuerdo tanto ante la Comisión Paritaria como ante el correspondiente SESC.

Sea como fuere, y en relación ya con el nuevo medio extrajudicial incorporado por el RDL 3/2012, lo primero que debe de decirse es que se trata, claramente, de un procedimiento dirimente por parte de un tercero, lo que lo aproxima básicamente a las figuras arbitrales propias del orden social en el que el carácter voluntario prototípico de esta institución en el campo civil o mercantil tiende, en muchas ocasiones, a difuminarse. De este modo, el RDL 3/2012 no ha optado –como algunos propusieron– por acudir en este punto a la simple ampliación del poder de dirección del empleador, permitiendo la decisión empresarial, aún sometida a un posterior control judicial. Y ello porque si bien es cierto que en relación con la apreciación de las causas el sistema arbitral pudiera parecer sólo un retraso en el acceso a la función jurisdiccional –aunque sobre esto volveremos casi inmediatamente, en la medida en la que depende de la intensidad con la que equiparemos este laudo al acuerdo entre las partes en conflicto–, no es menos cierto que en relación con el otro aspecto de este acto complejo –la fijación de las nuevas condiciones– el recurso al arbitraje supone, al menos, la no remisión incondicionada de esta nueva posibilidad al ya ciertamente amplio –sobre todo tras la reforma– poder de dirección del empleador con el impacto que ello podría tener sobre la ya castigada fuerza vinculante del convenio.

En cualquier caso, seguramente lo más llamativo de este nuevo "arbitraje" es su "canalización" –en la expresión usada por la propia Exposición de Motivos– a través de un órgano administrativo y tripartito, ya sea a nivel estatal o a nivel autonómico, imposición esta última, seguramente necesaria por exigencias de la clara naturaleza ejecutiva de este acto. Seguramente ha sido el deseo de dar al menos una pátina de constitucionalidad a todo este sistema –al entrar en juego, como veremos,

derechos constitucionales como los art. 24 y 37 y, en su caso, el art. 28 CE– el que ha conducido a esta regulación, permitiendo que la resolución del bloqueo se realice, ya sea en el "propio seno" de la institución –esto es, por decisión de sus propios órganos– o, de manera aparentemente disyuntiva, por "un árbitro designado al efecto por los mismos".

Sin entrar aquí en la existencia o no de una cierta preferencia legal por una u otra opción –a mi juicio inexistente, no sólo por uso del disyuntivo, sino también porque en ambos casos, como veremos, es necesario un acuerdo dentro del órgano, si bien con distinto contenido–, lo que sí nos interesa destacar es que con esta opción el legislador ha buscado, obviamente la presencia de las organizaciones sindicales y empresariales, junto con la de la Administración[48]. Y ello para conectar, ya sea la propia decisión final, o el acuerdo de donde indirectamente procedería la autoritas del árbitro –el acto de su designación–, con el ejercicio de funciones representativas de los agentes sociales en órganos, no se olvide, de participación, seguramente los Consejos de Relaciones Laborales[49] –siempre que sean tripartitos[50]– que han ido surgiendo en las distintas Comunidades Autónomas. El legislador, en definitiva, trata de alejar lo más posible, incluso visualmente, este "nuevo" sistema del viejo modelo del Título II del RDL 17/1977 ante el temor, claramente perceptible, incluso por lo detenido de su justificación en la Exposición de Motivos, de una posible inconstitucionalidad del mismo.

Pero, con todo, es interesante destacar como esta comentada necesidad de consenso o apoyo de las asociaciones empresariales y de las organizaciones sindicales más representativas, ya sea a la decisión/resolución de la controversia o al nombramiento de un árbitro "externo" es seguramente más teórica y aparente que necesariamente real. Y ello porque en realidad la norma no exige ni regula las mayorías en la votación de tales órganos, ni tan siquiera en el caso de la Comisión Consultiva Nacional en donde obviamente no habría problemas competenciales al tratarse de la Administración General del Estado. En realidad lo único que implícitamente exige la norma –y ello, ya decimos, considerando un criterio necesario de interpretación el recurso a las afirmaciones más concretas de la Exposición de Motivos– es que las organizaciones empresariales y sindicales participen junto a la Administración en el órgano a través del que se articula el sistema; no que se dé ni la unanimidad, ni la

---

[48] Lo que supone, como veremos, la imposibilidad de remitir esta cuestión a órganos bipartios. En este mismo sentido, creo, , J. CRUZ VILLALÓN, "Procedimientos de resolución de conflictos…", cit., p. 408.

[49] No se olvide la indudable cercanía funcional entre la Comisión Consultiva Nacional y los Consejos de Relaciones Laborales que con muy distinta denominación han ido proliferando en nuestro sistema – el art. 7 y DT 2 RDL 7/2011.. Para un breve estudio de los mismos me remito a mi trabajo «Leyes de participación institucional y Consejos de Relaciones Laborales en el actual mapa autonómico», en Temas Laborales, nº 100, 2009.

[50] Ya que en algún caso se trata de órganos bipartitos, en los que sólo se encuentran representados las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Los ejemplos sin duda más conocidos son el Lan Harremanen Kontseilua / Consejo de Relaciones Laborales del País Vasco, cuya regulación se encuentra en el momento de cerrar estas líneas en la nueva Ley 4/2012, de 23 de febrero –BOE 16 marzo 2012, núm. 65–; o el Consejo Gallego de Relaciones Laborales –Ley 5/2008, de 23 de mayo–.

mayoría en cada uno de los tres sectores que deben componer el órgano en sus decisiones resolutorias, ya sea esta sobre el fondo de la cuestión, sobre la designación específica de un árbitro, o, como parece incluso probable, sobre el establecimiento de un sistema general y preestablecido que actuaría de forma casi automática en estos casos, asignando un arbitro –por ejemplo, mediante insaculación o por sucesiva eliminación– entre un colegio previamente acordado

En realidad, la necesidad o no de unanimidad, de mayoría en cada sector o de una mayoría cualificada en el conjunto del órgano dependerá de las reglas generales o específicas de cada organismo en concreto; de unas reglas de funcionamiento y decisión que, en un principio, parece que deberán ser las generales de cada ente, aunque nada impediría –respetando siempre el principio de jerarquía interno de cada ordenamiento autonómico– que la misma norma autonómica que designe el órgano competente –u otra que actualice la regulación de estos mismos órganos– estableciera incluso prescripciones específicas en esta materia. En definitiva, la norma laboral no entra en las reglas de fijación de la voluntad del órgano. Lo que hace que, paradójicamente, el núcleo de la cuestión –y de la propia configuración de la institución y de la pretendida eficacia– se traslade a las normas que, en cada caso, regulen el concreto órgano autonómico[51].

De este modo, y al menos hasta que se produzca el anunciado desarrollo reglamentario de las funciones de la Comisión Consultiva. en este ámbito estatal, parece razonable entender que en este punto seguiría vigente el art. 11 de la Orden de 28 de mayo de 1984 por la que se aprueba el Reglamento de funcionamiento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos[52]; un precepto de acuerdo con el cual "para la validez de las deliberaciones y acuerdos de la Comisión se requiere la presencia del Presidente o de quien le sustituya, la de la mitad, al menos, de sus miembros y la del Secretario o quien le sustituya. *Los acuerdos se adoptarán por mayoría absoluta de los asistentes, salvo en el supuesto del dictamen a que se refiere el artículo 3º en que será necesaria la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión para la adopción del acuerdo*". Y si recordamos la composición tripartita de este órgano establecida por el art. 4 Real Decreto 2976/1983, de 9 noviembre –básicamente el Presidente, designado por el Ministro de Empleo y Seguridad

---

[51] Normas que obviamente varían en cada caso, partiendo siempre de que hipotéticamente las Comunidades atribuyeran estas funciones a órganos tripartitos de participación o diálogo social creados con anterioridad. Así, y por mencionar algunos ejemplos, estas reglas pueden ir desde la adopción de sus decisiones por mayoría de votos –art 6 del Decreto 22/2005 de 8 de febrero en relación con el Consejo de Relaciones Laborales de Aragón– a reclamar ciertas mayorías cualificadas –dos tercios de los miembros con derecho a voto en el art. 15 de la Ley 2/1995, de 30 enero en relación con el Consejo Canario de Relaciones Laborales; mayoría absoluta de los miembros presentes en el art. 7.3 de la Ley 1/2007, de 5 junio el Consejo de Relaciones Laborales de Cataluña; mayoría absoluta de sus miembros en el art. 6 del Decreto 7/1999, de 4 febrero del Consejo Asesor de Relaciones Laborales de la Comunidad de Murcia o en el art. 10 de la Ley 4/1983 de 27 de junio del Parlamento de Andalucía en relación con el CARL– o incluso a exigir la unanimidad – art. 6 Ley 8/2008, de 16 octubre, en relación con el Consejo del Diálogo Social y Regulación de la Participación Institucional de Castilla y León–.

[52] BOE 8 de junio de 1984.

Social, seis representantes por la Administración del Estado, seis representantes por las Organizaciones Sindicales más representativas, y seis representantes por las Asociaciones Empresariales más representativas– es fácil intuir que la decisión de la Administración Pública será decisiva en este punto[53]. Es más, si se nos apura, este mecanismo es realmente el que más allá de las apariencias quizás interesadas, parece subyacer en la reforma. Al final, la reforma parece asumir la necesidad de que, ya sea por acuerdo entre las partes, por decisión de la Comisión Paritaria, por arbitraje voluntario en el SESC o por decisión o laudo en el marco del órgano tripartito, haya una resolución, sea la que sea, y no un bloqueo o un impasse indefinido frente al conflicto. Si esto fuera así, el conjunto normativo complejo formado por la norma laboral estatal, y las reglas del correspondiente órgano administrativo estatal o autonómico conllevarían que, en definitiva, desaparecería la capacidad de bloqueo de los trabajadores, obligándoles a aceptar esta decisión.

Pero obsérvese que esto no siempre tiene que ser así, sobre todo en los supuestos en los que entren en juego los órganos autonómicos. Es cierto que, a la espera de la asignación funcional de esta cuestión a uno u otro órgano de las administraciones autonómicas, todo lo que cabe es realizar simples aproximaciones a una cuestión parcialmente abierta. Pero lo que no cabe descartar es que alguna CCAA en ejercicio de sus competencias de autoorganización exigiera en este caso la unanimidad o una mayoría cualificada de cada sector no sólo para el acuerdo, sino incluso para la designación del árbitro o del sistema. O que los propios representantes de la Administración –los realmente dirimentes dada la naturaleza tripartita–optaran, por las razones que sean, por abstenerse Y obsérvese que si esto fuera así, nuevamente pudiera aparecer el bloqueo, no ya tanto de los concretos representantes de los trabajadores, como de las propias organizaciones sindicales en el seno del mencionado órgano tripartito, por determinar. Es cierto que no parece ser ésta la voluntad del legislador. Pero su opacidad en este punto, seguramente por el deseo de no concretar un modelo que en su inspiración suscita serias dudas sobre su constitucionalidad, permitiría igualmente esta interpretación que trasladaría el núcleo de la cuestión, nuevamente, a decisiones de la propia CCAA con las singularidades que pudieran generarse entonces en el tratamiento de esta cuestión entre diversos territorios del propio Estado.

Desde esta perspectiva, el resto de la normativa podría parecer de menor interés, aunque ni es así, ni realmente está exenta de problemas. Así ocurre, por ejemplo, con la referencia al plazo no superior a veinticinco días, que se realiza por la norma sin especificar si se trata de días hábiles –al tratarse de una órgano administrativo– o naturales como es propio del Derecho privado; del mismo modo que tampoco se aclaran completamente los efectos del transcurso de dicho plazo sobre el laudo o la decisión emanado de forma extemporánea. Seguramente en

[53] Esta misma idea en , J. CRUZ VILLALÓN, "Procedimientos de resolución de conflictos…", cit., p. 408-409.

cuanto a lo primero deberemos estar nuevamente a la espera del previsto desarrollo reglamentario en relación, al menos, con la Comisión Consultiva Nacional, aunque de lo que no cabe duda es de que se trata de una muestra más de un régimen jurídico que al enmarcarse en una inexistente regulación general sobre estos medios en el ámbito laboral plantea numerosas dudas, lagunas e incertidumbres. Y sobre lo segundo deberemos estar obviamente a la remisión expresa al art. 91 ET.

Estas ausencias de regulación se hacen aún más palpables en relación con otros temas, como los principios sobre los que debe inspirarse estos arbitrajes[54], la necesidad de acceso y de ejercicio del derecho de defensa de todas las partes, la regulación de la independencia del árbitro[55] –abstenciones y recusaciones– así como de la posible responsabilidad del mismo, las posibilidad o no de aclaraciones al laudo, la necesidad de congruencia, de la exigencia o no una forma específica y de una motivación del laudo, de la necesidad o no de comunicarlo a la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo y a la autoridad laboral –de forma similar a lo que acontece con el acuerdo en el periodo de consultas– y de tantos otros aspectos que estando regulados en los SESC no pueden aplicarse a este medio que se ha querido configurar más allá, y que, por tanto, debe considerarse excluido de ellos y de su más detenida y exitosa regulación. De ahí que quizás fuera al menos deseable que, ya sea de forma reglamentaria a nivel estatal, o incluso por acuerdo de estos mismos órganos autonómicos, se completaran y regularan de manera general estos aspectos del procedimiento, dando una mayor seguridad al administrado.

En cambio, y ya para concluir, lo que sí se especifica son sus efectos y causas de impugnación. Y así, y de forma similar a lo que acontecía con el laudo del "arbitraje vinculante", en el seno de los SESC, el nuevo art. 83.2 ET señala que estos acuerdos –internos al órgano u, obviamente, los laudos, tendrán "*la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91"* ET. Y ello plantea un último problema con el que concluir, si tan siquiera telegráficamente, esta excesivamente larga comunicación.

Como se recordará, el acuerdo en el periodo de consultas tiene una doble eficacia, paralela a la dualidad de cuestiones que se abordan en estos casos. La primera hace referencia a la existencia o no de causas que justifiquen el descuelgue o la inaplicación del convenio colectivo. Y en este ámbito, el propio art. 83.2 ET señala que cuando el periodo finalice con acuerdo "*se presumirá que concurren las causas*

---

[54] Aunque parecería lógico que se inspirasen en los ya establecidos, por ejemplo, en el art. 9 del V Acuerdo sobre solución Autónoma de Conflictos laborales; esto es, gratuidad, celeridad, audiencia de las partes, imparcialidad, igualdad y contradicción –véase también lo establecido en el art. 21–, así como de otros igualmente señalados en su preámbulo como los de agilidad, eficacia, inmediatez, simplicidad, brevedad y flexibilidad.

[55] Si esta imparcialidad es necesaria en todo arbitraje aún lo es más en el caso de los arbitrajes obligatorios como es el caso que nos ocupa. De ahí que quizás fuera deseable la utilización de los principios establecidos en los art. 17 y siguientes de la 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje –a pesar de su conocida inaplicación al ámbito laboral–o el art. 35 RD 1844/1994 de de 9 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de elecciones a órganos de representación de los trabajadores en la empresa.

justificativas a que alude el párrafo segundo, y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión". En este contexto, una interpretación literal –que avanzamos, aquí no compartimos– podría llevar a considerar que el acuerdo permitiría limitar el conocimiento del juez que salvo esos vicios generales en la formación de la voluntad o el abuso de derecho, no podría entrar en el análisis de estas cuestiones. No es el momento de entrar aquí en las dudas y problemas que esta regulación conlleva. Pero sí de resaltar que si esta interpretación ya suscitaba bastantes dudas en general[56], aún plantea muchas más, a mi juicio hasta llegar a ser simplemente inadmisible, si se pretendiera considerar que el laudo arbitral posiblemente impuesto de forma unilateral cerraría esta posible vía de reclamación, impidiendo la tutela judicial efectiva y limitando arbitrariamente el ámbito del conocimiento jurisdiccional.

En este sentido, es cierto que aunque el Tribunal ha reiterado que "la autonomía de la voluntad de las partes -de todas las partes- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial", también ha admitido la presencia de arbitrajes obligatorios a ambas partes, o unilaterales impuestos por una a la otra en situaciones excepcionales. Pero sólo tras recordar que esta admisión podría ser reconsiderada –y rechazada– si dicho control judicial estuviera limitado a su aspecto meramente externo y no de fondo sobre la cuestión sometida al arbitraje. De ahí que el propio Tribunal Constitucional no haya dudado en declarar que "al estar tasadas las causas de revisión.., y limitarse éstas a las garantías formales sin poderse pronunciar el órgano judicial sobre el fondo del asunto, nos hallamos frente a un juicio externo (STC 43/1988 y Sentencias del Tribunal Supremo que en ella se citan) que, como tal, resulta insuficiente para entender que el control judicial así concebido cubre el derecho a obtener la tutela judicial efectiva que consagra el art. 24.1 C.E[57]". Por tanto, y desde esta perspectiva, parece evidente que cualquier intento de cerrar la posibilidad de impugnación judicial en relación con la existencia o no de estas causas sería claramente inconstitucional, lo que supone, ya, una notable limitación a la pretendida eficiencia del sistema.

Pero hay más. Desde la segunda perspectiva, este tipo de acuerdos debían "determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prologarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa". Pues bien, desde esta perspectiva es obvio que los problemas derivados de la eficacia –o aún más claramente de la propia existencia de la institución– ya no se concentrarían en el art. 24 CE, sino en

---

[56] Véase, por todos, R. BODAS MARTÍN, "La flexibilidad interna: de la Ley 35/2012 al RDL 7/2011, primer balance sobre el despliegue de ambas normas" en Aranzadi Social, 2012, n. 11 a quien se remite para una más amplia información bibliográfica. En general se comparte la interpretación que sustenta, entre otros, M.L. MOLERO MARAÑÓN, "El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/211", en Relaciones Laborales,, n. 23-24, año 27, tomo 2, p. 16 y ss de la impresión del original en red, y de acuerdo con la cual nos encontraríamos ante una simple presunción iuris tantum que simplemente alteraría la carga probatoria de las partes.

[57] STC (Pleno) 174/1995, de 23 de noviembre de 1995.

la posibilidad de que a través de esta vía se cercenasen el derecho a la negociación colectiva, la fuerza vinculante de los convenios, o incluso la libertad sindical en la medida en la que estas mismas facultades forman parte de su contenido esencial. Y ello no sólo en la medida en la que, como hemos dicho, este laudo –muy cercano a la mera decisión administrativa STC 92/1992 de 11 de junio– provocaría la inaplicación parcial, más o menos intensa, de una parte de un convenio vigente, sino también en la medida en la que decidida esta inaplicación por circunstancias legalmente determinadas, se fijan unilateralmente las condiciones laborales, cercenando el derecho a la negociación colectiva y estableciendo unas condiciones frente a las que no podría ejercerse lícitamente ni tan siquiera el derecho de huelga.

Seguramente el propio Gobierno no desconocía estas objeciones ya que llamativamente intentó justificar estas posibles restricciones mediante una genérica referencia a la "necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad tal y como se deriva del artículo 38 de la Constitución Española". Pero de todo lo hasta ahora dicho se deduce que, encubierto con los ropajes que se quiera, es probable que en muchas ocasiones este peculiar arbitraje obligatorio y administrativo[58], se acerque tanto al previsto en los art. 25 b) y 26 del RDL 17/1977 de Relaciones de Trabajo que quepa suscitar frete al mismo no ya sólo las objeciones que en su momento señaló la STC 11/81 de 8 de abril, sino también las derivadas de una posible limitación correlativa del derecho de huelga, ya que, obsérvese que en este caso el recurso al derecho de huelga por parte de los trabajadores antes de la emisión del laudo o decisión no paralizaría –a diferencia de lo que ocurría en el art. 18.2 RDL 17/1977– el procedimiento, convirtiendo sin embargo en ilegal el recurso a la misma medida una vez emitido el laudo para intentar alterar su contenido –art. 11.c RDLRT–.

En definitiva, en un sistema como el español que reconoce la autonomía y la negociación colectiva como bases del diseño constitucional de relaciones laborales, la imposición genérica e indiscriminada, para todos los casos, con independencia de su impacto y de su dimensión de un arbitraje obligatorio y administrativo en este tipo de conflictos de intereses no reglados plantea, al menos a mi juicio, más que serías dudas sobre su constitucionalidad. En estos casos, seguramente sería necesaria la constatación caso por caso, y no –como sucede en esta regulación– de manera genérica e indeterminada, de unas causas justificativas ciertamente excepcionales que desde una perspectiva de equilibrio entre los valores constitucionales en juego permitiera, repetimos en cada caso concreto, y no de forma predefinida e indeterminada semejante limitación constitucional de los derechos antes mencionados. Y sin poder detenernos más aquí en este tema baste señalar que, al menos en principio, no creo que este equilibrio puedan presumirse, ni

[58] Véase, por ejemplo, T. SALA FRANCO "La reforma de la negociación colectiva", en AAVV., La reforma laboral en el Real decreto-Ley 3/2012. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 65; en una línea similar, exponiendo una postura ya asumida en precedentes trabajos, J. CRUZ VILLALÓN, "Procedimientos de resolución de conflictos…", cit., p. 407.

ser cubiertas estas exigencias, mediante la simple llamada a una genérica productividad, que ciertamente puede que haya sido convertida en el bien jurídico fundamental para los mercados –y, por tanto, en la inspiración de la reforma–, pero aún no es el núcleo o la piedra angular de nuestro actual sistema constitucional[59].

En conclusión, el RDL 3/2012, el cuarto, y por ahora, último acto de un drama bastante confuso y complejo, parece llamativamente volver al punto de origen previo incluso al primero de los pasos normativos. El gobierno, definitivamente, parece haber fijado ese sistema de "arbitraje" para resolver el conflicto, haciéndole perder, en el normal de los casos, su necesario carácter consensuado, con las consiguientes serias dudas sobre su constitucionalidad[60]. La presencia de los interlocutores sociales en estos órganos evidentemente no disimula que nos encontramos con un arbitraje unilateral en toda regla, con la posible violación de los art 24 CE en relación con la apreciación o no de estas causas –en función, claro está, de la amplitud que se dé a las causas de impugnación y a la posibilidad del juez de entrar a valorar las causas del descuelgue–, y, sobre todo, de los art 37 y 28 CE en la fijación de unas nuevas condiciones: Esta limitación de ambos derechos constitucionales difícilmente puede justificarse de manera simple, genérica e indeterminada con una no específicamente constatada "necesidad de que los poderes públicos velen por la defensa de la productividad" ni, desde luego, en una acrítica referencia a una mera libertad cívica –por mucho que sea el núcleo de nuestra constitución económica– como es el artículo 38 de la Constitución.

Y todo ello sin olvidar que la fijación de este arbitraje supone, como señalábamos al principio, no sólo una clara revalorización en la causalidad de esta institución y una minusvaloración, por tanto, de su anterior conexión con la autonomía colectiva, con todo lo que ello supone de nueva erosión a la fuerza vinculante de los convenios. También supone un fuerte incentivo a que la búsqueda de la flexibilidad empresarial en situaciones de dificultad económica se realice no ya por la vía teóricamente principal abierta por la reforma –la primacía aplicativa de los convenios de empresa en ciertas materias (art. 84.2 ET)– sino por la vía alternativa del simple descuelgue. Y ello no ya tanto por el hecho de que esta segunda vía abre esta posibilidad para materias no contempladas en el art. 84.2 ET –la jornada es sin duda el campo más llamativo– sino, también y además, porque existiendo una causa claramente constatable –disminución durante dos trimestres consecutivos de ingresos o ventas[61]– esta consecución de reglas específicas empresariales no necesitaría ya ni tan siquiera del acuerdo con los negociadores por parte sindical.

---

[59] Una posición contraria, favorable, parece, a la posible constitucionalidad del sistema en J.M. GOERLICH PESET, "El Real decreto-Ley 3/2012", una aproximación general", en AAVV. , La reforma laboral…", cit., p. 32.
[60] Estas dudas, por mencionar tres ejemplos, en T. SALA FRANCO "La reforma de la negociación…", cit., p. 65; J. R. MERCADER UGUINA, "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-ley 3/2012:…", cit., p. 367; , J. CRUZ VILLALÓN, "Procedimientos de resolución de conflictos…", cit., p. 409.
[61] Destacando las amplias posibilidades que la nueva redacción de la causa del "descuelgue" proporciona al empresario , J. CRUZ VILLALÓN, "Procedimientos de resolución de conflictos…", cit.,p. 400.

LAS COMISIONES PARITARIAS Y LAS FACULTADES NEGOCIADORAS CONVENCIONALES TRAS EL TRIENIO REFORMADOR

Iluminada R. Feria Basilio
Becaria FPU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Departamento Anton Menger. Universidad de Huelva

ÍNDICE

1. LAS COMISIONES PARITARIAS EN LA SITUACIÓN PREVIA A LA REFORMA
2. LAS COMISIONES PARITARIAS EN LAS PROPUESTAS REFORMADORAS
3. EL REFORZAMIENTO NEGOCIAL DE LAS COMISONES PARITARIAS EN LAS REFORMAS 2010-2012
4. CONCLUSIONES

1. LAS COMISIONES PARITARIAS EN LA SITUACIÓN PREVIA A LA REFORMA

El ámbito funcional de las comisiones paritarias previo a la reforma de 2011 se caracterizaba por su indeterminación, ya que el art. 85.3.e) del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET o Estatuto) señalaba su competencia para conocer *"de cuantas cuestiones le sean atribuidas"*[1] por el propio convenio colectivo. La única función conferida *ope legis* procedía del art. 82.3 ET, donde, para los casos en los que los convenios de ámbito superior a la empresa no contemplasen cláusula de descuelgue salarial, se recurría a la comisión paritaria como medio para desbloquear la ausencia del acuerdo empresario-representantes de los trabajadores respecto a su aplicación y/o determinación de las nuevas condiciones salariales[2]. Esta atribución se ha interpretado como la concesión excepcional de un pequeño margen de negociación en el sistema cerrado de negociación colectiva[3]. Más allá de la misma, el papel reservado durante años a las comisiones paritarias había sido el de "administración" del convenio, entendiendo por tal la "interpretación" y "aplicación" de su contenido, términos con distinto alcance: *"El convenio colectivo, es norma estable aunque de corta vigencia temporal; esto significa que con la firma del convenio se cesa en la negociación propiamente dicha, y se pone en marcha la aplicación de sus cláusulas,* […que es] *una forma de interpretar, habitualmente pacífica, en cuanto sea aceptada por las partes a las que va dirigida"*, pero presenta un carácter mucho más dinámico que la simple interpretación y encubre por ello un conflicto de intereses más agudo[4].

No obstante, abundante doctrina y jurisprudencia, no siempre unitarias, recayeron con ocasión de las funciones encomendadas al amparo de fórmula legal tan imprecisa. Y ello es así por cuanto las partes negociadoras de la norma convencional habían utilizado tal fórmula para aportar dinamismo a un sistema cerrado de negociación colectiva, encorsetado en la vigencia del convenio y enfrentado a una realidad siempre cambiante. Fundamentalmente, estos intentos se enfrentaron a la distinción jurisprudencial entre comisiones administradoras/aplicadoras y

---

[1] Nueva redacción y conversión del apartado 2 en el apartado 3 tras la Ley 63/1997, de 26 de diciembre, de Medidas Urgentes para la Mejora del Mercado de Trabajo y el Fomento de la Contratación Indefinida.

[2] Modificación del art. 82.3 ET, introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modifica determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

[3] BALLESTER PASTOR, M.A., Eficacia y funciones de los órganos de administración del convenio: viejas y nuevas lecturas jurisprudenciales, en: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F./ GOERLICH PESET, J.M., El régimen jurídico de la negociación colectiva en España, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006, p. 531.

[4] MATEOS BEATO, A., "La aplicación e interpretación de la negociación colectiva: el papel de las comisiones mixtas y otros órganos de composición de las partes", en: MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, Nuevos problemas de la negociación colectiva. XVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, nº 60, 2004, p. 259 y 261.

normativas/negociadoras[5], construcción efectuada, no con la intención primordial de frenar las posibilidades negociales[6], sino de tutelar la libertad sindical. Efectivamente. En escasa medida, se había seguido la vía lógica de impugnación del convenio por contemplar éste funciones negociadoras para las comisiones paritarias. Con mayor frecuencia, se apreciaba que las extralimitaciones funcionales provenían de la propia comisión paritaria: bien por separarse del tenor literal del convenio, que le atribuía funciones de administración, bien por adentrarse en una dinámica negociadora obviando la participación de todas las partes legitimadas. Ante tal situación, aquella parte negociadora del convenio que, al no haber firmado éste, no había integrado la comisión paritaria, acudía al procedimiento especial para la tutela de derechos fundamentales considerando imposibilitado el ejercicio de su libertad sindical. Evidentemente, las comisiones paritarias podían y pueden coincidir en su composición con los comités negociadores del convenio, pero se entendió que esta posibilidad no podía suponer una habilitación para la modificación del pacto originario: la legitimación para la elaboración de un convenio colectivo se determinaba al inicio de la negociación, sin que una vez firmado aquél, se mantuviera durante toda la vigencia del mismo[7]. No obstante, estas reticencias podían sortearse con la simple apertura de la comisión paritaria, al ejercer funciones normativas, a quienes estando legitimados para negociar no integrasen la misma, fuese mediante previsión convencional o mediante aviso posterior.

Adentrémonos ahora en la caracterización tipológica de las comisiones paritarias. Las administradoras serían aquellas encargadas de la interpretación, aplicación, adaptación a problemas no previstos o actualizables conforme a parámetros pre-establecidos, seguimiento, vigilancia y control de lo fijado en el convenio colectivo. En cambio, las negociadoras serían aquellas que pueden crear o modificar

---

[5] Cuestión por demás casuística pero ya ampliamente tratada por la jurisprudencia y reflejada por la doctrina. RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., La administración del convenio colectivo, Consejo Económico y Social de Andalucía, Sevilla, 2006; MORALES ORTEGA, J.M., La gestión del convenio colectivo: guía de negociación sobre órganos y procedimientos de administración e interpretación internos, CARL, Sevilla, 2006, pp. 49-97.

[6] Es cierto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado vacilante, ya que, mientras algunas sentencias reconocían la posibilidad de que el convenio atribuyese funciones normativas a las comisiones paritarias, otras restringían las atribuciones a las funciones de administradoras. Así se recoge en: DESDENTADO BONETE, A./ VALDÉS DE LA VEGA, B., La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Supremo: Una síntesis de jurisprudencia, Trotta, Madrid, 1998, pp. 79-87.

[S]in embargo, en los últimos años se ha considerado como predominante la primera línea jurisprudencial. Las funciones normativas de recogen como una posibilidad plenamente legal en: CAVAS MARTÍNEZ, F., Las Comisiones Paritarias y la solución de los conflictos laborales derivados de la interpretación y aplicación del convenio colectivo, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 68, 2007, p. 120.

[7] Son múltiples las tesis establecidas acerca de la argumentación y justificación de las funciones con contenido negociador conferidas a las comisiones paritarias. Mientras algunos autores aluden al revestimiento de varios papeles (comisión negociadora del convenio, comisión paritaria y comisión revisora del convenio; RODRÍGUEZ CARDO, I.A., La comisión negociadora del convenio colectivo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 22-28), otros autores sostienen la existencia de una negociación permanente, que podría ser sostenida por los firmantes del convenio siempre que no se recaiga en conducta antisindical (convenio con vigencia indefinida y competencias normativas que llevarían a una petrificación de la unidad de negociación; MORALES ORTEGA, J.M., La administración del convenio colectivo, Civitas, Madrid, 1998, pp. 99-104).

condiciones de trabajo o nuevas reglas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo del que traen causa[8]. En este marco, la lógica dinamizadora pasó por entender que las facultades de administración comprendían potenciales actualizaciones en cuestiones planteadas, pero no resueltas, por la comisión negociadora constituyente. Posteriormente, los términos de esta lógica se forzaron hasta difuminar la línea divisoria entre actualización y re-negociación. De hecho, esa potencial actualización se llegó a denominar "revisión parcial", justificándose en la evitación de convenios desfasados. En cualquier caso, sólo cuando dicha posibilidad viniera contemplada en el propio convenio y no implicase una auto-asunción por la comisión, se entendía salvada *"la unidad del convenio"*[9]. Había de contarse, pues, con la delegación expresa de la comisión negociadora del convenio, sin que pudiese actuar la comisión paritaria *motu propio* al no ser unidad de negociación continua[10]. En cuanto a delegación del comité negociador del convenio, el producto de tales facultades se sumaba a éste con su misma naturaleza, debiéndose someter a los mismos requisitos de registro, depósito y publicación, y pudiendo responder a los mismos controles de legalidad[11].

Si estos eran cimientos suficientes para desarrollar una capacidad normativa delegada, cabe plantearse por qué fueron infrautilización. Las razones otorgadas pivotan desde una escasa atribución de funciones, a una deficiente regulación funcional en la norma convencional. Respecto a la primera crítica, baste con señalar que las más diversas funciones han sido atribuidas a una única comisión paritaria, o a comisiones temáticas creadas, esencialmente, en el campo de los derechos inespecíficos de los trabajadores. Es decir, se apreciaría una cultura de las comisiones. En relación con la segunda crítica, se señala más bien como principal obstáculo al éxito resolutivo de las comisiones paritarias el temor de sus integrantes

---

[8] STC 73/1984, de 27 de junio, FJ 3: "si lo perseguido fuese la interpretación o aplicación de alguna de las cláusulas del Convenio , la adaptación de alguna de ellas a un problema no previsto o la adaptación de su contenido según datos objetivos y prefijados, sólo estarían legitimadas las partes firmantes -o la Comisión Paritaria a que obliga el artículo 85, número 2, d), del Estatuto de los Trabajadores-, pues se trataría de una actuación interna al Convenio destinada a actualizar la voluntad expresada en él. Cuando, por el contrario, se pretende modificar las condiciones de trabajo pactadas estableciendo nuevas reglas -normas- para regir las relaciones laborales en el ámbito de aplicación del Convenio , se trata de una negociación, cualquiera que sea el nombre que se le dé, para la que deben aplicarse las reglas generales de legitimación".

[9] La existencia de una delegación expresa, con el establecimiento de los criterios a seguir en cumplimiento de la misma, ha sido el requisito exigido por algunos autores para poder hablar de una función de aplicación, con aspectos "tangenciales" de negociación (RODRÍGUEZ CARDO, I.A., (op. cit), p. 25). Otros autores consideran que la permisión de una "revisión" convencional no implica una "modificación" del mismo; enfrentándose a algunos pronunciamientos jurisprudenciales, se ha entendido que la previsión de tal actualización no rompe la "unidad del convenio", pues el resultado se integraría en el mismo como parte del él. Negar esta posibilidad supondría acentuar el carácter cerrado del sistema y la provisionalidad de la norma convencional (VALDÉS DAL-RÉ, F., Las comisiones paritarias y la solución de conflictos en el marco del ASEC: algunos puntos críticos, Relaciones Laborales, nº 3, 2003, pp. 40 y 41).

[10] CAVAS MARTÍNEZ, F., (op. cit.), p. 127.

[11] MORALES ORTEGA, J.M., 2006, (op. cit), pp. 60 y 61.

a afrontar responsabilidades[12]. Nuestra sociedad, pues, se hallaría aquejada de un *"déficit de la cultura del pacto"*[13].

2. LAS COMISIONES PARITARIAS EN LAS PROPUESTAS REFORMADORAS

La profunda crisis que aqueja a nuestra economía se ha pretendido atajar en el terreno laboral mediante una facilitación de la flexibilidad interna. Representantes de empresarios y trabajadores fijaron como uno de los objetivos primordiales de la reforma el refuerzo de la autonomía colectiva, por ser ésta la vía más adecuada para el establecimiento de condiciones de trabajo y empleo. En este contexto, la necesidad de una negociación fructífera en el seno de las comisiones paritarias se convirtió de disfuncionalidad a verdadera preocupación a partir de 2009, con el bloqueo en las firmas de las tablas salariales de convenios plurianuales[14].

Ambas partes culpaban en gran medida a una autonomía colectiva limitada de los problemas en *"flexibilidad interna"*, *"innovación y adaptación de contenidos"*, *"gestión"* y *"adecuación a las dificultades"*, siendo la solución indicada *"dinamizar"* la negociación colectiva, lo que pasaría, entre otros, por *"una mejor gestión y administración permanente de los convenios durante su ámbito temporal, potenciando los instrumentos de consulta, interpretación, solución de discrepancias, propuestas de mejora para el convenio* […]*"*[15]. Sin embargo, la conexión con las comisiones paritarias, se circunscribía a la intención de *"impulsar fórmulas y procedimientos que posibiliten un funcionamiento más eficaz de las Comisiones Paritarias o Mixtas de los convenios y una mejor y más completa regulación de las mismas con vistas al efectivo seguimiento y cumplimiento de los*

---

[12] Si bien no coincidimos plenamente con la segunda razón ofrecida por este autor pues, como hemos señalado, los tribunales han acabado por aceptar nuevas acepciones del término "administración" como el de "actualización". SALA FRANCO, T., "El derecho a la negociación colectiva y la función reguladora de la norma: de la garantía legal al modelo negocial", en: MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, Estado Social y Autonomía Colectiva: 25 años de Negociación Colectiva en España. XVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, nº 74, 2006, pp. 36 y 37.

[13] CRUZ VILLALÓN, J., "La nueva hornada de acuerdos interconfederales para la negociación colectiva: 2002, 2003 y 2004", en: MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES, Nuevos problemas de la negociación colectiva. XVI Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, nº 60, 2004, p. 145.

[14] Fenómeno analizado en MÁRQUEZ SÁNCHEZ, F., "La ruptura de la concertación", en: MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, La contratación y el empleo en la negociación colectiva. XXII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección Informes y Estudios, nº 98, 2011, pp. 84 y ss.

[15] Acuerdo Social y Económico para el crecimiento, el empleo y las garantías de las pensiones de 2011, pp. 36 y 37. Disponible en: http://www.lamoncloa.gob.es/docs/Acuerdo.pdf.

compromisos adquiridos[16]*"*. Nada se decía, pues, de modificaciones parciales de convenios ni de facultades negociadoras.

Veamos ahora las consideraciones separadas de ambos interlocutores. Por un lado, las representaciones sindicales consideraban[17] que la mejor gestión de los convenios colectivos devendría de una mejor regulación de los procedimientos y medios de las comisiones paritarias, pretendiéndose aumentar la intervención sindical en las decisiones de empresa. Además de la recepción y/o elaboración de informes y encuestas, destacaba la llamada a *"revisar el texto del convenio para su adecuación a la normativa legal aplicable"*. No se precisaba el sentido de tal revisión, pudiendo entenderse como simple depuración del convenio de acuerdo con el sistema de fuentes, o como re-negociación de condiciones de trabajo y empleo. Mientras tanto, y ante la jurisprudencia vacilante, la patronal sólo hacía hincapié[18] en la necesidad de dotar de la misma fuerza vinculante de los convenios a los acuerdos alcanzados en el seno de las comisiones paritarias. Por lo demás, pretendía que la norma precisase el deber de negociar más allá de la revisión del convenio colectivo vigente. Aunque ambas posturas no son, pues, incompatibles, una lectura comparativa[19] sí revela una divergencia de fondo: tanto patronal como sindicatos pretendían fortalecer y aumentar las funciones de las comisiones paritarias, pero las perspectivas sobre su virtualidad no eran las mismas. Para los sindicatos, la dinamización pasaba por expandir el deber de negociación, mientras que la patronal ponía el acento en la consecuencia de unas negociaciones fracasadas (suspensión o desaparición del deber de negociar y supresión del convenio)[20]. Los sindicatos recurrían a las comisiones paritarias en caso de conflicto en la adopción de medidas de flexibilidad interna, llegándose a los sistemas extrajudiciales en caso de no alcanzarse solución. En cambio, la patronal incidía en el establecimiento de espacios cortos para la adopción de aquéllas y negaba que el desacuerdo impidiese su efectividad. Por tanto, comprobamos que, en materia de flexibilidad interna, los sindicatos requerían una intervención más activa de las comisiones paritarias, mientras que la patronal la limitaba a la posible petición de

---

[16] Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 2007 (BOE de 24 de febrero de 2007).

[17] Criterios unitarios de de CCOO y UGT para la negociación colectiva 2011, pp. 61-64. Disponible en: http://www.ugt.es/actualidad/2011/mayo/doc-criterios-nc-2011.pdf.

[18] Propuesta a los órganos de gobierno de CEOE sobre la reforma de la negociación colectiva, de 20 de octubre de 2010, pp. 4, 5, 7 y 8. Disponible en: www.varios.cen7dias.es/documentos/documentos/124/reforma2.pdf.

[19] Fácilmente aprehensible en: GARCÍA VIÑA, J., Análisis de las cuestiones relativas a la negociación colectiva previas a la modificación normativa de junio de 2011, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 26, 2011, pp. 284-295.

[20] FJ 3 de la STS de 14 de diciembre de 2010: el art. 89 ET ha sido interpretado por "la STS/IV 9-febrero-2010, en el sentido de que "a) El precepto impone, como regla general, el mantenimiento de la unidad de negociación originaria, dentro de la cual las partes estarán obligadas a negociar y a hacerlo de buena fe (siguiente párrafo del art. 89.1 ET)", que "b) Ello sucede aun cuando esa obligación negociadora no implique el deber de alcanzar un acuerdo. […] Asimismo, recordaba la STS de 22 de mayo de 2006 -rec. 79/2005- la doctrina reiterada de esta Sala según la cual "el deber de negociar no se confunde con la obligación de convenir, ni con la de mantener indefinidamente una negociación que no produce acuerdo" […] que "c) El deber de negociar nace a partir del momento de la denuncia del convenio"".

informes no vinculantes. También respecto a la aplicación de la cláusula de descuelgue salarial, los sindicatos pretendían recurrir en primer término a la comisión paritaria, mientras que la patronal apostaba por acudir directamente al sistema de solución extrajudicial.

En resumen, los ámbitos negociales que se les pretendía conferir a las comisiones paritarias englobaban la revisión de lo pactado, así como la regulación y adaptación a las disposiciones legales imperativas; a ello sumaba la patronal como requisito su actuación delegada de las comisiones negociadoras y con la misma legitimación exigida para éstas. Así pues, comprobamos que no se dotaba de mayor concreción a unas funciones abiertas a diversos grados de intensidad negociadora.

3. EL REFORZAMIENTO NEGOCIAL DE LAS COMISONES PARITARIAS EN LAS REFORMAS 2010-2012

El Real Decreto-ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, acudía a las comisiones paritarias, en caso de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, para determinar los miembros del sindicato más representativo que habrían de integrar la comisión de consulta en el procedimiento para la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Este mecanismo de prolongación se convirtió en posibilidad de elección, entre la designación democrática o la representación sindical con legitimación para conformar la comisión paritaria, con la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Ello se interpretó como una disminución de protagonismo, la cual de vería acentuada por la pervivencia de comisiones *ad hoc* encargadas de vigilar el cumplimiento y seguimiento del acuerdo en ellas alcanzado[21].

Tras esta novedad de escaso impacto, sí se ha considerado que el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, desnaturaliza las comisiones paritarias por generar de un proceso de negociación permanente y por conferirles múltiples funciones[22]:

– Resolución de conflictos derivados de la interpretación y aplicación, constituyendo ahora su intervención una auténtica vía previa. Lo que era una posibilidad en la práctica, se ha convertido en una intervención preceptiva. Asimismo, el art. 91 ET ha reconocido que sus resoluciones gozan de la

---

[21] ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., "Negociación colectiva, empleo y flexibilidad de entrada e interna a la luz de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de reforma del mercado de trabajo", en: MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN, La contratación y el empleo en la negociación colectiva. XXII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección Informes y Estudios, Serie Relaciones Laborales, nº 98, 2011, p. 56.

[22] Desarrollo de esta idea en: MOLINA NAVARRETE, C., La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último "botín" de los mercaderes del templo?, CEF, nº 340, 2011, pp. 61 y ss.

misma eficacia que los propios convenios. Ello supone la culminación de un proceso iniciado ya antes de la reforma de 1994, en el que las comisiones paritarias eran abordadas esencialmente como un trámite de conciliación prejudicial alternativo a los servicios administrativos[23].

– Resolución de discrepancias durante los períodos de consulta en caso de modificación sustancial de condiciones de trabajo o descuelgue salarial (arts. 41.6 y 82.3 ET). Se recoge así la experiencia puesta en marcha por algunos convenios de ámbito empresarial y superior, aunque en alguno de ellos también se les confiere funciones de mediación o arbitraje[24]. Paralelamente, el art. 85.3.h).4º ET prevé su intervención en ambos casos cuando no exista representación legal de los trabajadores en la empresa. Dicha idea, que incide en la reforma mencionada de 2010, podría llevarnos a plantear el difícil encaje que encontraría la resolución de discrepancias en los casos en que también a las comisiones paritarias se les atribuyese la intervención directa en ausencia de representación legal ("juez y parte").

– Adaptación/modificación del convenio durante su vigencia (art. 85.3.h).2º ET).

El mencionado respaldo jurisprudencial y doctrinal a las facultades de las comisiones paritarias con contenido de negociación, permitió seguir negociando *"en tono menor"* para aplicar las cláusulas del convenio a una realidad cambiante[25]. Ello supuso el reconocimiento del componente contractual del convenio colectivo, en virtud del cual, las partes firmantes disponen de cierto margen para alterar el contenido del acuerdo durante su período de vigencia. Recordemos, pues, que antes de la reforma, esta posibilidad llegó hasta la modificación y sustitución de los acuerdos contenidos en el convenio como representantes de la comisión negociadora y bajo el sometimiento a los límites por él establecidos[26]. Por tanto, las claves para evitar los atentados contra la libertad sindical eran: delegación expresa y concreta, evitándose en todo caso la habilitación genérica[27]. La reforma de 2011 del Estatuto supuso el cambio que algunas voces reclamaban para poder considerar a las comisiones paritarias como *"órganos bilaterales permanentes"*[28]. Asimismo, constituyó el espaldarazo definitivo a quienes entienden que se ha de incluir en los convenios cualquier fórmula que permita una mayor eficacia práctica del mismo, ya que, pese a ser la comisión paritaria un órgano delegado

---

[23] BALLESTER PASTOR, M.A., (op. cit.), p. 528.

[24] MENDOZA NAVAS, N., "Los derechos de participación de los trabajadores en los procesos de modificación sustancial de condiciones de trabajo", en: ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (coord.), La negociación colectiva en España: una mirada crítica, Tirant lo Blanch y CCOO, Valencia, 2006, p. 243.

[25] Fenómeno mucho más potenciado a partir de la creación de subcomisiones temáticas que actúan de forma paralela o subordinada a la comisión paritaria general a través de funciones que exceden la mera interpretación y/o aplicación. CAVAS MARTÍNEZ, F., (op. cit.), p.116.

[26] RODRÍGUEZ SAÑUDO, F., La aplicación del convenio colectivo, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 88, 2010, p. 54.

[27] MORALES ORTEGA, J.M., 2006, (op. cit.), pp. 117 y ss.

[28] Entre esas voces: VALDÉS DAL-RÉ, F., (op. cit.), p. 40.

de la comisión negociadora, es una legítima expresión de la autonomía colectiva[29]. En consecuencia, la reforma dio carta de naturaleza a las funciones de pura negociación en el seno de la comisión paritaria. Al tiempo que respaldaba los planteamientos más protectores para con la libertad sindical, aportaba la máxima flexibilidad en la adecuación a las nuevas realidades y necesidades durante el período de vigencia del convenio. MORALES ORTEGA entendía que, pese a ello, nos enfrentábamos a una nueva relativización de la naturaleza contractual del convenio colectivo: puesto que se requería la intervención de todos los legitimación para la negociación en el momento de que se trate, hablaríamos, no de una negociación de ejecución (disponibilidad del acuerdo para las partes firmantes), sino de una negociación *ex novo* conforme a los parámetros estatutarios (nueva negociación con posible intervención de terceros ajenos a las partes que acordaron el pacto originario)[30].

En la medida en que se trataba de una atribución *ope legis*, no hubiese sido a nuestro entender necesaria la habilitación por parte de la comisión negociadora del convenio. Se eliminaba, pues, el requisito del presupuesto habilitante y el riesgo de apreciar extralimitación sobre la base de las inconcretas funciones atribuidas por el convenio. En este sentido, es cierto que no se empleaban expresiones sí contenidas en otros apartados del precepto (remisiones a los *"términos y condiciones"* previstos, o a la intervención *"que se acuerde"*). No obstante, el concreto verbo empleado por el legislador (*"desarrollo"*) daba lugar a confusiones, ya que podía interpretarse como desarrollo conforme a los criterios previstos en el convenio. En cualquier caso, hubiese carecido de sentido mantener esta interpretación por cuanto, al haber negado la necesidad del acto de delegación, la ausencia de criterios prefijados hubiera pasado a ser el factor que podría llevar a la imposibilidad de ejercicio de la función atribuida por ley. Por otra parte, de la expresión *"adaptación o, en su caso, modificación"*, se podía extraer una preferencia lógica de la primera operación sobre la segunda, exigiendo sólo para ésta, según interpretábamos, la composición por todos los legitimados en ese momento para la negociación[31]. A nuestro entender, ello implicaba un traslado del debate: nos hubiésemos preguntado qué habría de entenderse como simple adaptación, que, pese a presentar un contenido negocial, no requeriría el cumplimiento de legitimación mencionado.

---

[29] ALEMÁN PAEZ, F./ RODRÍGUEZ CRESPO, M.J., Aspectos organizativos y funcionales de las comisiones paritarias, Relaciones Laborales, Tomo I, 2005, p. 298.

[30] Puesto que los nuevos acuerdos constituyen una adhesión convencional, sus firmantes también habrán de integrar a partir de entonces la comisión paritaria para la administración y gestión de aquéllos, con lo que se consolida la intervención de terceros. MORALES ORTEGA, J.M., MORALES ORTEGA, J.M., "La gestión del convenio colectivo: la potenciación de las comisiones paritarias", Relaciones Laborales, nº 23-24, 2011, pp. 223, 224 y 226.

[31] Por el contrario, otros autores no aprecian, tal diferencia entre términos, necesitándose en ambos casos la intervención de los legitimados para la negociación en cada momento, con lo que se crearía una tercera comisión de naturaleza híbrida: con función de comisión paritaria y composición de comisión negociadora. MORALES ORTEGA, J.M., 2011, (op. cit), pp. 220 y 221.

En razón de lo expuesto, algunas voces comprendieron que las funciones de adaptación/modificación constituían la previsión más novedosa en 2011, además de problemática, si bien sólo en cuanto a legalización de una práctica jurisprudencial[32]; sobre dicha legalización también, otros autores entendieron que la mayor potenciación de estos órganos se observaba en su preceptiva intervención para la resolución de conflictos y en el otorgamiento de la misma eficacia jurídica que los convenios a sus resultados[33]. Apreciaciones aparte, se declaró que, a partir de tal reforma, el sistema de negociación colectiva se tornaba tan dinámico como la propia comisión paritaria estimase conveniente, pasando a calificar a ésta como *"órgano especificador del contenido negocial"*[34].

Ahora bien, cuando aún no había pasado el tiempo preciso para que estas previsiones se asentaran, el Ejecutivo aprobó el Real Decreto-Ley 3/2012 de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Pese a que la última reforma del trienio ha eliminado las previsiones introducidas en 2011 sobre regulación de las comisiones paritarias en el contenido mínimo del convenio colectivo, no podemos considerar que ello altere en demasía la situación establecida entonces. Así es. La alusión a las comisiones paritarias en el art. 85 ET se ha simplificado hasta tornar a la redacción previa al período reformador. Actualmente, el art. 85.3.e) obliga a la designación de una comisión paritaria conformada por representantes de las partes negociadoras, que conocerá de todas las funciones que le sean atribuidas legal o convencionalmente, así como al establecimiento de los procedimientos y plazos para su actuación, con inclusión del sometimiento de sus discrepancias al sistema no judicial de resolución determinado en acuerdo interprofesional estatal o autonómico. Por otra parte, la referencia expresa en el convenio colectivo a las funciones de este órgano en la aplicación e interpretación del convenio y en la resolución de discrepancias, deviene innecesaria toda vez que se mantienen como atribuciones *ope legis*[35] de los arts. 96 y 82 ET, respectivamente. Además, la nueva (antigua) redacción también menciona la fijación de procedimientos, plazos y sometimiento a soluciones extrajudiciales de conflictos.

La única duda cabría plantearla, precisamente, sobre la atribución funcional que ha dado origen a este trabajo y que en la situación previa a la reforma de 2011 no era contemplada por el Estatuto: la adaptación o modificación del convenio durante su período de vigencia. El art. 85.3.h).2º ET se ha sustituido mediante la inclusión de un nuevo inciso en el art. 86.1 ET: *"Durante la vigencia del convenio*

---

[32] MOLINA NAVARRETE, C., (op. cit.), p. 64.

[33] GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., Reforma de la negociación colectiva, Revista Aranzadi Doctrinal, nº 6, 2011, formato electrónico, p. 10.

[34] VV.AA., Convenios y negociación colectiva tras el RD-ley 7/2011, de 10 de junio, Aranzadi Social, nº 5, 2001, formato electrónico.

[35] Lógicamente, la referencia al art. 41.6 ET sí pierde por completo sentido por cuanto el Real Decreto-Ley 3/2012 ha derogado tal párrafo como parte de la re-estructuración del procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo. Sin embargo, en la medida en que el procedimiento previsto entonces se reconduce actualmente a la vía del descuelgue, se mantiene el ámbito de actuación potencial de las comisiones paritarias.

colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán negociar su revisión". El cambio de ubicación ha venido acompañado de una simplificación en su formulación. Abandonándose toda posible discusión en torno a los términos de "adaptación" y "modificación", se ha retomado el concepto de "revisión", ya acuñado por las construcciones doctrinales previas a la reforma, exigiéndose una vez más la participación de todos los legitimados para la negociación en el momento de la operación revisora. Sin embargo, no podemos considerar que se trate de una nueva atribución legal a favor de la comisión paritaria: en esta ocasión, no son mencionadas en ningún momento y se sitúa como parte de la regulación sobre la vigencia del convenio. Por tanto, extraemos del tenor literal del precepto que la revisión del convenio durante su vigencia se encomienda a una nueva comisión negociadora, integrada por quienes en esos momentos estén legitimados para la negociación, sean o no coincidentes con los miembros de la comisión paritaria; una comisión paritaria que, por demás, continuará ejerciendo las funciones que se le atribuyan legal y convencionalmente. Así pues, cabe aumentar el temor hacia la generación de una *"hipertrofia reguladora"* que suponga una pérdida de disponibilidad del acuerdo para las partes negociadoras iniciales[36].

Sí cabe mantener todas las apreciaciones, ya manifestadas con ocasión de la reforma de 2011, en cuanto a la revitalización del elemento contractual del convenio colectivo. Ahora bien, es posible augurar un nuevo traslado del debate. Aunque el término "revisión" ya había sido aceptado en este contexto, continuaremos necesitando una línea jurisprudencial sólida que delimite el concepto a estos efectos. La llamada en cada ocasión a todos los legitimados para la negociación conllevaría una superposición de comisiones no siempre integrada por los mismos sujetos. De este modo, no necesariamente serán las partes negociadoras originarias las que dispongan de lo pactado inicialmente. Asimismo, cabe plantearse si sería posible que la comisión negociadora de la revisión previese el establecimiento de otra comisión paritaria con las funciones de interpretación y aplicación de lo revisado; debemos tener presente que el Estatuto no ha establecido ningún tipo de limitación, por lo que, en principio, el tenor del convenio originario podría ser "revisado" ampliamente. De ocurrir así, surgen dos interrogantes. En primer lugar, qué ocurriría con la primera comisión paritaria: ¿continuaría ejerciendo sus funciones o sería sustituida por la comisión paritaria del convenio revisado?, ¿dependería ello de la profundidad de la revisión? En segundo término, ¿cómo se articularía, en su caso, la convivencia entre ambas?, ¿cada cual ejercería la administración de las previsiones que establecieron los negociadores que representan?, ¿a quién se habría de acudir en el marco de un procedimiento de adopción de medidas de flexibilidad interna?

---

[36] MORALES ORTEGA, J.M., 2011, (op. cit.), pp. 229 y 230. Este autor advertía de tal riesgo respecto al art. 85.3.h).2º ET, pero entendemos que el mismo se mantiene, e incluso se acrecienta, a la luz del nuevo inciso del art. 86 ET.

4. CONCLUSIONES

La Comisión Europea y el FMI señalan como principal condicionante de la reforma de la negociación colectiva el comportamiento futuro de los propios interlocutores sociales[37]. ¿Serán aceptadas esas vías de negociación abiertas, ahora sí, legalmente? A nuestro entender, las propuestas sindicales habían comenzado a adentrarse en el ámbito de la cogestión, conectándose a otras experiencias europeas[38]. Sin embargo, las funciones que se les concede continúan siendo de participación y consulta. Aunque ello les confiere menor poder del pretendido, se aprecia un aumento de facultades al concederse a las comisiones paritarias la solución de discrepancias y el carácter de vía previa en la resolución de conflictos. Como contrapunto, a la patronal se le sigue imponiendo la negociación con los representantes de los trabajadores para la adopción de medidas de flexibilidad interna, si bien sometiendo el proceso a condicionantes que promueven la adopción del mismo. De este tenue equilibrio de intereses se desprende que la clave para la dinamización del sistema de negociación colectiva seguirá descansando en la actitud asumida por representantes de trabajadores y empresarios; sólo su concienciación respecto al propio papel en la superación de la crisis determinará la superación de lo que al inicio de este trabajo denominábamos déficit de la cultura del pacto.

Las múltiples funciones conferidas a las comisiones paritarias generan preocupación por su diversa naturaleza y la exigencia de frutos negociales en cortos espacios de tiempo. En referencia a la primera, es posible su intervención con diversos roles en un mismo procedimiento. Se requerirá, pues, de una articulación procedimental que prevea la eventual confusión de papeles. Con relación a la segunda, los plazos legales (y probablemente los convencionales) establecen una celeridad importante, que podría relegar la adopción de medidas hasta la resolución extrajudicial de conflictos, prevista para caso de desacuerdo entre las partes y en la propia comisión paritaria.

Más allá de estas funciones, el pretendido reforzamiento de la comisión paritaria ha quebrado en la reforma de 2012 al obviarse su participación en la revisión

---

[37] "La reforma del mercado de trabajo que se está realizando actualmente en España debe complementarse con una revisión del poco ágil sistema actual de negociación colectiva. […para reflejar] mejor la evolución de la productividad y las condiciones imperantes a nivel local y a nivel de empresa". Apartados 13, 18 y 19 de la Recomendación del Consejo, de 12 de julio de2011, por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el programa de estabilidad actualizado de España (2011-2014), (2011/C 212/01). Disponible en: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:212:0001:0004:ES:PDF.
"The scope for firm-level flexibility offered by the June 2011 reform should be actively pursued by social partners and ideally should also be strengthened during the Parliamentary approval process. But if there are not clear and immediate signs the reform is delivering the necessary firm level flexibility, a more radical reform should be introduced".
FMI, apartado 38 del "Staff Report for the 2011 Article IV Consultation" (IMF Country Report Nº 11/215), aprobado el 7 de Julio de 2011 y disponible en: http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2011/cr11215.pdf.

[38] Esencialmente, la alemana. GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., La reforma de la negociación colectiva, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 25, 2011, p. 103.

del convenio. Se ha seguido el criterio general previo a la reforma, según el cual, las funciones de negociación habrían de ejercerse por todos los legitimados a ello; sin embargo, se extrae dichas funciones de la órbita de las comisiones paritarias para crear, entendemos, una comisión negociadora *ad hoc*. En la medida en que este desdoblamiento plantea toda una serie de interrogantes, consideramos que continuará el debate en torno al deslinde jurisprudencial del concepto de "revisión": en función de la respuesta que se ofrezca, una determina decisión podrá ser adoptada por la comisión paritaria o habrá de crearse una nueva comisión negociadora, lo que podría derivar en una lucha de poder. Pero, por otra parte, también cabe plantearse la virtualidad que adquirirá dicha revisión dada la generalización material del descuelgue y la desaparición del deber de acordar una aproximación temporal a las condiciones de trabajo que hubieran debido ser conforme al convenio que se inaplica. En los convenios de empresa o ámbito inferior, habrá una coincidencia de sujetos legitimados conforme al art. 87.1 ET para ambas operaciones. Puesto que el art. 86.1 ET nada dice respecto a la cuestión procedimental de la revisión, dependerá de lo encontrado de las posturas, el que una o ambas parte prefieran seguir la vía de la inaplicación, donde se puede forzar la intervención de un tercero, u opten por la mayor laxitud de la revisión.

Con independencia de lo que determine la práctica, destacamos la importancia del reconocimiento legal de la modificación y de la inaplicación generalizada del convenio colectivo durante su vigencia. Cierto que el ATC 85/2011, de 7 de junio, ya ha negado que la intangibilidad del convenio colectivo forme parte del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, pero ¿hasta qué punto el elemento contractual del convenio estatutario va a acabar ahogando su carácter normativo? De la respuesta dada dependerá, sobre todo, la seguridad jurídica de los trabajadores.

EL RENOVADO PAPEL DE LAS COMISIONES PARITARIAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS: ALGUNOS APUNTES*

María Teresa Igartua Miró
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

ÍNDICE

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES
2. DE LOS DISCRETOS ORÍGENES AL DECIDIDO IMPULSO DE SU PAPEL COMO ELEMENTO DINAMIZADOR DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
3. LA NUEVA ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL A LAS COMISIONES PARITARIAS

* El trabajo se ha de considerar cerrado con el estado de la legislación vigente de noviembre de 2011.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Aun cuando son numerosas y diversas las cuestiones que son objeto de modificación en profundidad o de mero retoque en el ámbito de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, nuestra atención va a centrarse en el nuevo papel atribuido a las comisiones paritarias de los convenios básicamente por dos razones. En primer lugar, por su engarce con la finalidad última declarada por la propia norma de incrementar la agilidad y dinamismo de la negociación colectiva, en este caso representados por la contribución de las comisiones paritarias a una más adecuada y completa gestión del convenio. Aspecto plasmado fehacientemente en el preámbulo que reconoce que se persigue introducir mayores niveles de dinamismo y agilidad en la negociación colectiva, tanto en los procesos de negociación de los convenios colectivos como en sus contenidos, de manera que se aumente su capacidad de adaptabilidad a los cambios en la situación económica y sociolaboral en unos términos que equilibren flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores.

Pero, en segundo lugar, porque aunque las novedades se introducen de modo preponderante en el art. 85.3 ET dedicado al ya tradicional contenido mínimo[1] o necesario de los convenios colectivos, y pese a que una primera aproximación superficial pudiera llevar a pensar lo contrario, no estamos ante modificaciones meramente puntuales sino ante cambios de tal calado que conectan con la propia naturaleza de la institución, vuelven a poner de actualidad acentuados debates que han acompañado a la misma desde sus orígenes e, incluso, pueden llevar a dudar sobre el mantenimiento acérrimo del tradicional carácter estático de nuestro modelo de negociación colectiva. Por lo menos, si no queremos ser tan extremistas, introducen claros toques de dinamismo en el sistema.

A mayor abundamiento, las nuevas disposiciones son de tal importancia y el reforzamiento de la institución resulta tan notorio que autorizada doctrina, con la que podemos coincidir, ha considerado que hubiera sido aconsejable introducir un artículo específico que regulase la figura en su conjunto, con mayor claridad en cuanto a lo que es resultado del diseño legal por parte de la norma estatal y lo que se remite a la concreción por parte de los diversos convenios colectivos[2].

---

[1] Término carente del rigor necesario, que sería mejor sustituir por "obligatorio" a juicio de autorizada doctrina, vid. VALDÉS DAL-RE, F.: "Las comisiones paritarias y la solución de conflictos en el marco del ASEC: algunos puntos críticos", Relaciones Laborales nº 3, 2003, p. 1 de la versión digital consultada en www.laleydigital.es. También estiman que esta calificación es impropia, MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J.M., SEMPERE NAVARRO, A.V. y RÍOS SALMERÓN, B.: Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2005, p. 641.

[2] CRUZ VILLALÓN, J.: "Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011", en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 30.

2. DE LOS DISCRETOS ORÍGENES AL DECIDIDO IMPULSO DE SU PAPEL COMO ELEMENTO DINAMIZADOR DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Resulta patente que las innovaciones en relación a las comisiones paritarias no vienen referidas a su existencia, dado que su designación forma parte del tradicional contenido necesario del convenio desde la Ley de Convenios Colectivos de 19 de diciembre de 1973. Además, suele situarse su surgimiento en la práctica negocial desarrollada bajo la Ley de Convenios Colectivos de 14 de abril de 1958 pues, aunque la misma guardara silencio sobre dicho organismo, sí se refería a la obligación de insertar estipulaciones sobre la vigilancia e interpretación del convenio[3]. A partir de ese momento la regulación legal se ha venido caracterizando por su parquedad puesto que no se especificaban ni las funciones, dejadas a la decisión del propio convenio, ni el carácter vinculante o no de sus decisiones. Pero existe bastante unanimidad a la hora de destacar que su función primordial comprende las operaciones imprescindibles para la ejecución de lo acordado y la resolución de incertidumbres interpretativas (STS de 9 de mayo de 2001, RJ 5201).

El cambio más señalado tras la nueva regulación, en puridad, afecta a sus atribuciones, seguramente en respuesta a la realidad puesto que si bien normativamente se las ha dotado de creciente importancia, las comisiones no han desplegado toda su potencialidad en la práctica negociada. Pero, sin duda, en la base de este problema radican lagunas y silencios de la propia legislación que no han sido subsanados.

La intención de la reforma es patente en el preámbulo del Real Decreto-ley 7/2011 cuando afirma que el nuevo texto pretende que se utilice la comisión paritaria del convenio para una más adecuada y completa gestión del mismo. Ahora bien, como se ha sostenido, la grandeza y defecto que rodea a las comisiones paritarias estriba en el hecho de ser una institución cuya funcionalidad operativa depende de la «credibilidad» mostrada hacia dichos órganos por los agentes sociales[4]. Y de ello, en buena medida, va a depender su efectiva constitución, la ampliación real y palpable de sus atribuciones y su adecuado funcionamiento, encaminado a desempeñar el renovado papel que se les ha asignado. Finalidad que podría verse dificultada por la falta de consenso a la hora de la aprobación de la reforma. No obstante lo anterior, es constatable cómo la labor de las comisiones se ha visto en buena medida facilitada y favorecida por una praxis sindical que

---

[3] OJEDA AVILÉS, A.: "Interpretación del convenio por su Comisión paritaria: naturaleza, criterios, eficacia. Comentario a la STSJ de Navarra de 30 de abril de 2003", Actualidad Laboral nº 41, 2003, p. 1 de la versión consultada en www.laleydigital.es; CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Las Comisiones Paritarias y la solución de los conflictos laborales derivados de la interpretación y aplicación del convenio colectivo", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 68, 2007, p. 115.

[4] ALEMÁN PÁEZ, F. y RODRÍGUEZ CRESPO, M.J.: "Aspectos orgánicos y funcionales de las comisiones paritarias. Panorama actual y líneas posibles de reforma", Relaciones Laborales nº 4, 2005, La Ley 632/2005, p. 1.

ha ido ampliando cada vez más el contenido funcional de estos órganos mixtos[5]. Y ello es debido a que puede considerarse que forma parte del núcleo fuerte del interés de los sujetos colectivos firmantes, en general, y de la representación social, muy en particular, el establecimiento de un órgano de naturaleza par e igual encargado de la administración del convenio colectivo[6].

La novedad más apreciable, de gran calado, ha de situarse en que si hasta la fecha la regulación legal, parca en exceso, consideraba a los negociadores protagonistas exclusivos en esta materia, pues eran los encargados de realizar la atribución competencial, sin perjuicio de alguna mención expresa en otros preceptos legales, procede ahora el ET a enumerar una serie de funciones que están llamadas a asumir las comisiones, con independencia de las previsiones del propio convenio. Este planteamiento invita a hacer, al menos, dos reflexiones.

Por un lado, conviene no ignorar que la nueva regulación legal afecta al núcleo mismo de la institución habida cuenta que tradicionalmente las comisiones vienen definidas como órganos genuinamente convencionales en el sentido de que su configuración, su marco de actuación y, unido a ello, su ámbito competencial, depende de la fisonomía que de tales instituciones jurídico-convencionales diseñen los propios agentes sociales[7].

Por otro, destacar que la notable ampliación de sus competencias suscita también dudas sobre la adecuación de su peculiar ubicación sistemática dentro del contenido mínimo del convenio. Es más, hay quien considera que esta situación conduce a error, por cuanto que la lectura pausada de su redacción inmediatamente muestra que se trata de un listado ejemplificativo, más bien habilitante que coercitivo[8]. Pero es que, abundando más en esta cuestión, se tratan aspectos de tal hondura que se "salpica" incluso la cuestión de su naturaleza jurídica. Lo que queremos señalar es que si las posiciones doctrinales han estado divididas entre los valedores de la naturaleza arbitral de las comisiones y quienes consideran que pesa más su faceta de prolongaciones de la comisión negociadora, pues son designadas por la misma y actúan en su representación[9], hay un giro patente hacia esta última consideración en tanto se les conceden, sin duda alguna, funciones negociadoras, hasta ahora, en principio, vedadas, dando a sus acuerdos la misma eficacia del propio convenio, cuestiones que retomaremos en el lugar correspondiente. Afirmación que no se ve ensombrecida por el también patente mayor protagonismo que se les otorga en orden a la posible resolución de discrepancias.

---

[5] En esta línea, entre otros, ALFONSO MELLADO, C.L.: "La eficacia de los acuerdos de las comisiones paritarias en los convenios colectivos", Revista de Derecho Social nº 34, 2006, p. 85 y CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Las Comisiones Paritarias…", op. cit., p. 116.
[6] VALDÉS DAL-RE, F.: "Las comisiones paritarias…", op. cit., p. 1.
[7] ALEMÁN PÁEZ, F. y RODRÍGUEZ CRESPO, M.J.: "Aspectos orgánicos y funcionales…", op. cit., p. 2.
[8] CRUZ VILLALÓN, J.: "Texto y contexto de la reforma…", op. cit., p. 32.
[9] In extenso, OJEDA AVILÉS, A:, "Interpretación del convenio…", op. cit., p. 3.

Este acusado cambio de tendencia es palpable en la alteración de la redacción legal, pues se pasa de la lacónica referencia a que las comisiones habrían de entender de cuantas cuestiones le sean atribuidas a señalar ahora que sus competencias abarcan aquellas cuestiones establecidas en la ley y cuantas otras le sean atribuidas, incluyendo de forma específica un elenco que comprende cuatro bloques de materias.

Bien pensado no asistimos más que a la culminación de un proceso decidido de superación del papel marginal y secundario asumido por las comisiones paritarias iniciado ya en la Reforma del año 1994[10], como ha confirmado en reiteradas ocasiones el Tribunal Supremo[11], que busca, asimismo, incrementar el margen de actuación de los medios autónomos en la solución de los conflictos laborales, singularmente de los derivados de la interpretación y aplicación de los convenios colectivos. Ahora bien, el análisis del Real Decreto-Ley arroja también una conclusión insoslayable, esto es, que no se incluye cambio legal alguno en relación con los aspectos orgánicos de la comisión paritaria, en particular en lo que hace a su composición, el necesario respeto a la regla de proporcionalidad[12], el quórum de asistencia, la forma de constitución o su funcionamiento interno. Cuestiones todas ellas que, dejadas al albur de los negociadores, suelen representar un serio obstáculo para la funcionalidad potencial que dichos órganos paritarios están llamados a desempeñar[13]. Lo anterior con la salvedad que se hará en relación con su preceptiva composición caso de asumir funciones "negociadoras", aspecto en el que incidiremos *infra*. En este sentido, las dos únicas señas de identidad que sigue marcando el legislador son la de su carácter paritario y el actuar en representación de las partes negociadoras.

---

[10] En esta línea, vid. GARCÍA BLASCO, J.: "El contenido del Convenio Colectivo (En torno al artículo 85)", en AA.VV.: El Estatuto de los Trabajadores. Veinte Años Después, Volumen II, Civitas, Madrid, 2000, p. 1491.

[11] Por todas, vid. STS de 8 de noviembre de 2006 (RJ 8266). Para la STS de 28 de octubre de 1997 (nº Rec. 269/1997), la comisión paritaria es una instancia dirigida a evitar conflictos laborales. Sobre la ampliación progresiva de las funciones de las comisiones paritarias, en particular en lo referente a su intervención en la solución de conflictos, en especial por la regulación más cuidada y completa de las mismas en los convenios y por el apoyo y potenciación de la propia doctrina jurisprudencial, vid. QUESADA SEGURA, R.: "Las comisiones creadas en convenios colectivos y la resolución de conflictos individuales de trabajo", Relaciones Laborales 1992-I, p. 167.

[12] Exigido respeto del principio de proporcionalidad reafirmado por la jurisprudencia, por todas, vid. STS de 9 de mayo de 2001 (RJ 5201).

[13] En este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Las Comisiones Paritarias y la solución…", op. cit., p. 119. Sobre el escaso grado de funcionamiento y su escasa eficacia práctica derivada de la desacertada regulación convencional y la escasa formalidad de que se las dota, puede verse ALFONSO MELLADO, C.L.: "La eficacia de los acuerdos…", op. cit., pp. 75 y ss.

3. LA NUEVA ATRIBUCIÓN COMPETENCIAL A LAS COMISIONES PARITARIAS

3.1. Sobre el carácter directo o mediato de la atribución legal

Como hemos apuntado, si hasta ahora las comisiones venían caracterizadas por la asunción de un conjunto variado de funciones decidido por los propios negociadores, ahora es el propio precepto el que les asigna una serie particularizada de atribuciones. Esta operación legal, de entrada, plantea una dificultad en orden a la interpretación del tipo de atribución que realiza la norma legal, aspecto que ya ha suscitado cierta polémica doctrinal. De esta forma, mientras algunos autores consideran que estamos ante las materias mínimas sobre las que la comisión debe tener competencias[14], otro sector doctrinal realiza una distinción entre las diferentes materias al estimar que no todas las competencias listadas pueden ser ejercidas sin intermediación del convenio, haciéndose eco también de la referencia del preámbulo de la norma a que se trata de competencias "atribuibles"[15]. Seguramente es esta la interpretación más acertada de forma que cabe afirmar que mientras algunas competencias no requieren de desarrollo alguno y pueden ser asumidas directamente por las comisiones, paradigmático el caso de las funciones de adaptación-modificación, en las que nos detendremos *infra*, otras difícilmente podrán desplegarse de manera efectiva si el convenio no opera un desarrollo específico, así, por ejemplo, en relación a los procedimientos y plazos de actuación de la comisión (letra h) o si no establece los procedimientos para solventar las discrepancias (letra c)[16].

3.2. Las "nuevas"(y no tanto) atribuciones de las comisiones paritarias

Sentado lo anterior, el aspecto de mayor interés vendría representado por el análisis individualizado de cada una de las atribuciones que integran el elenco contenido en el precepto legal. Elenco que, por su parte, no es cerrado sino ejemplificativo en cuanto también se alude a que la comisión, además de las anteriores, entenderá de aquellas otras cuestiones establecidas en la ley y cuantas le sean atribuidas.

---

[14] GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "El tempo de la reforma entre urgencia, certeza jurídica y adecuación", en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): La reforma de la negociación colectiva, op. cit., p. 226.

[15] GOERLICH PESET, J.M.: "Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformación del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de la ultraactividad", en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): La reforma de la negociación colectiva, op. cit., p. 113.

[16] Así se pronuncia GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "El <<favor>> por la flexibilidad interna negociada en el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva", en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): La reforma de la negociación colectiva, op. cit., p. 205.

a) Funciones de interpretación y aplicación ex art. 91 ET

La referencia legal a "los términos y condiciones" para el conocimiento y resolución de las cuestiones en materia de aplicación e interpretación de los convenios de acuerdo con lo establecido en el artículo 91, lleva a pensar en la necesaria actuación del convenio en orden a especificar cómo se llevará a cabo la actuación de la comisión, aspecto que suele recogerse de forma bastante parca y acusa una importante falta de concreción. Esto es, siendo el aspecto más novedoso el instrumento de atribución de la competencia enunciada, pues ésta viene ahora impuesta "*ex lege*" y no queda a expensas de lo que decidan los negociadores, late una loable intención del legislador tendente a buscar que la regulación convencional deje atrás el laconismo que la ha venido caracterizando hasta ahora y apueste por una regulación concreta y completa del modo en que ha de intervenir en la resolución de los "conflictos" de aplicación e interpretación de los convenios, aspecto que, es de suponer, va a facilitar también la agilidad, el dinamismo y la efectividad de la intervención del órgano paritario.

En este aserto asistimos a un reforzamiento de su función clásica consistente, según el preámbulo, en la aplicación e interpretación del convenio. Se resalta de esta forma la labor interpretadora de la comisión puesto que, como se ha sostenido, la interpretación del convenio realizada por la comisión paritaria es auténtica en todas sus formas y tiene un componente integrador de las partes negociadoras que le confiere una preeminencia especial frente a otros mecanismos de solución de conflictos, posiblemente el mismo valor que el del convenio que interpreta[17].

El nuevo artículo 91 ET viene a atribuirles directamente y sin necesidad de mención expresa, la obligatoria intervención en supuestos de conflicto colectivo con carácter previo al planteamiento ante los órganos no judiciales o judiciales. Por otra parte, confiere a sus resoluciones la misma eficacia jurídica y tramitación del convenio colectivo. La decisión así adoptada, lógicamente, podrá ser revisada judicialmente en los tasados términos del apartado segundo del mencionado precepto legal.

La intervención previa de la comisión paritaria recibió en su día el aval del Tribunal Constitucional[18] que entendió que la imposición por parte del convenio de tal trámite con carácter previo a la vía judicial no afecta ni al derecho a la tutela judicial efectiva ni a la libertad sindical, en particular en atención a la razonabilidad de su intervención en cuestiones vinculadas a la interpretación del convenio

---

[17] OJEDA AVILÉS, A.: "Interpretación del convenio…", op. cit., p. 4.

[18] STC 217/1991, de 14 de noviembre. Asimismo, resultan de interés sobre el acceso a la jurisdicción como principal manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva las SSTC 19/1981, de 8 de junio, 4/1988, de 21 de enero, 162/1989, de 16 de octubre y 115/1999, de 14 de junio. También, SSTS de 28 de octubre de 1997 (RJ 7682), 11 de diciembre de 2003 (Rec. Nº 1764/2003) y 26 de enero de 2010 (RJ 2359). Puede verse también GOERLICH PESET, J.M.: "Una nueva aproximación jurisprudencial a los trámites preprocesales establecidos en convenio colectivo. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 1994", Relaciones Laborales, 1995-II, pp. 556 ss.

y en la subsistencia del derecho a la acción una vez ventilado el trámite en cuestión. Es más, el Alto Tribunal considera beneficioso para el sistema de relaciones laborales la potenciación de los medios de composición extrajudicial. Ahora bien, para los Tribunales venía resultando inexcusable la existencia de una referencia expresa a la necesidad de someter el conflicto al juicio de la comisión como trámite previo al acceso a la tutela judicial sin que fuera suficiente la utilización de fórmulas genéricas o la consideración de la comisión como un órgano de aplicación e interpretación[19].

Seguramente, y salvando que ahora ya no es precisa tal atribución expresa que se opera por imperio de la ley, estos mismos condicionantes deben mantenerse tras la reforma legal, pese al valor dado al dictamen emitido por la comisión[20]. Ahora bien, este reforzamiento del valor de su dictamen debería llevar a replantearse la postura judicial que estima que la interpretación de la comisión paritaria no resulta vinculante para el órgano judicial[21], exégesis que hace gala de un alto grado de rigidez, apreciable también en otras cuestiones a las que ha hecho frente en este campo, quizás temiendo una posible invasión de competencias que se entienden pertenecientes al ámbito judicial, que no casa bien con el tenor literal del precepto legal.

b) Funciones de adaptación y modificación

La inclusión entre las funciones de la comisión de la adaptación o, en su caso, modificación del convenio durante su vigencia, es una nueva muestra del objetivo marcado por el legislador de superar la rigidez del modelo de negociación y la falta de adaptación que con frecuencia se le achaca.

Esta atribución, de entrada, suscita la crucial interrogante acerca de si las mencionadas funciones son asignadas directamente por el texto legal o si van a corresponder a la comisión sólo y en la medida en que le sean expresamente encomendadas por el convenio colectivo. La doctrina ya ha manifestado que no es seguro que tales facultades puedan ejercerse sin habilitación expresa del convenio colectivo, en particular en base a la utilización del término "en su caso"

---

[19] Por todas, STS de 14 de diciembre de 2010 (RJ 2011/47). También se consideraba indispensable en sede doctrinal, entre otros, SANTOR SALCEDO, H.: La mediación en los conflictos de trabajo: naturaleza y régimen jurídico, La Ley, Madrid, 2006, p. 364. Señala ahora de forma indubitada el apartado 3 del artículo 91 que "deberá intervenir la comisión paritaria con carácter previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos no judiciales a que se refiere el apartado anterior o ante el órgano judicial competente".

[20] En igual sentido se pronuncia GOERLICH PESET, J.M.: "Contenido y vigencia de los convenios…", op. cit., p. 117.

[21] No obstante, la interpretación no es unánime, así mientras la STS de 5 de febrero de 2008 (nº Rec. 644/2007) afirma que procede revisar en vía judicial la interpretación de la comisión paritaria, aunque sus decisiones puedan resultar vinculantes, la del mismo Tribunal de 8 de noviembre de 2006 (RJ 8266) estima que su interpretación vincula a los órganos judiciales, aunque no en el caso de que se produzca una alteración o modificación de lo pactado. Este tema con mayor amplitud en ALFONSO MELLADO, C.L.: "La eficacia de los acuerdos…", op. cit., p. 79.

o la referencia a esta función en la Exposición de Motivos de la norma entre las "atribuibles" al convenio colectivo. Con todo, sostiene GOERLICH, esta opinión podría ser en exceso formal y cabría sostener la contraria en un intento de expandir los instrumentos de flexibilidad negociada, sobre todo si se tiene en cuenta que se reconoce habitualmente la posibilidad de modificar *ante tempo* los convenios colectivos, que la comisión paritaria es representación de los firmantes y que se establece una específica garantía de participación para todos los legitimados[22]. A nuestro juicio, y aunque esta última tesis resulta compartible, se echan en falta aspectos en la norma legal que, seguramente, necesitarán de un complemento por parte del texto negociado. Así, en particular, cabe coincidir con las críticas doctrinales al texto legal por no haber precisado las reglas exigibles de formalización de estos acuerdos modificatorios del convenio, en especial, en relación con los requisitos de registro, depósito y publicación a que se ha sometido el texto inicialmente pactado y que ahora se modifica[23]. Sin lugar a dudas, la nueva regulación legal exigiría un cambio en el artículo 2.1 c) del RD 713/2010, de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo[24], que incluya entre los actos inscribibles no sólo los acuerdos de las comisiones paritarias de interpretación de cláusulas determinadas del convenio colectivo sino una fórmula más amplia comprensiva, con mayor razón, de los acuerdos de adaptación o modificatorios. No obstante, entre tanto se produce el ajuste legal, cabría una interpretación integradora del mismo en tal sentido, acompasada con el texto de la reforma, con la finalidad de la misma y con el tiempo en que la norma ha de ser aplicada. Pero es que, seguramente de forma menos forzada, cabe extraer la obligación legal de registro de este tipo de acuerdos de las previsiones contenidas en la letra h) del art. 2.1 de la misma norma reglamentaria que incluye la referencia a "cualquier acuerdo o laudo arbitral que tengan legalmente reconocida eficacia de convenio colectivo o que derive de lo establecido en un convenio colectivo". Requisitos que cumplen, sin duda, los acuerdos de modificación, si partimos del carácter de la comisión como representación de los negociadores y de la naturaleza de convenio que va a revestir el acuerdo modificatorio del mismo, satisfechos los requisitos de no exclusión y de legitimación de los sujetos implicados.

La relevancia esencial de este aserto, y pese a las dudas apuntadas, radica en la pérdida de fuelle del tradicional debate relativo a la posibilidad de incluir entre las facultades de las comisiones paritarias funciones netamente negociadoras y se avanza decididamente hacia la superación del modelo estático de negociación colectiva o, al menos, se introducen elementos de tendencia hacia un dinamismo

---

[22] GOERLICH PESET, J.M.: "Contenido y vigencia de los convenios…", op. cit., p. 115. Por el contrario, CRUZ VILLALÓN resuelve el problema de la posible atribución de competencias en el terreno de la modificación del convenio con una contundente respuesta afirmativa, obviamente siempre que el propio texto convencional le otorgue dicha competencia y, de igual modo, con los límites de contenido que se la otorgue, vid. su trabajo "Texto y contexto de la reforma…", op. cit., p. 43.

[23] CRUZ VILLALÓN, J.: "Texto y contexto de la reforma…", op. cit., p. 43.

[24] BOE de 12 de junio.

hasta el momento desconocido. Sin lugar a dudas, no estamos sólo ante un nuevo "papel" de la comisión paritaria sino que la atribución a la misma de facultades en orden a la alteración desde el seno de la propia comisión introduce un clarísimo elemento de dinamismo en un sistema de negociación más bien estático con el nuestro[25]. Pero es que, es más, afecta a los cimientos mismos de la institución en la medida en que se difuminan las fronteras entre la comisión negociadora y la paritaria.

En este sentido, no hay que olvidar que aunque ha existido una recia tendencia jurisprudencial a negar la posibilidad de que este tipo de comisiones pudieran introducir modificaciones en los convenios colectivos[26], so pena de desdibujarse la línea de separación entre la propia comisión negociadora del convenio y la comisión mixta, las posturas se han ido dulcificando un poco y el debate se ha concentrado de modo especial no tanto en la función en sí como en la salvaguarda de los derechos fundamentales, en particular el derecho a la negociación colectiva, que sólo se consigue con la no exclusión de los sujetos legitimados[27]. Así, puede traerse a colación alguna Sentencia reciente[28] que viene a afirmar que estamos ante una manifestación de un supuesto de negociación permanente en el seno de la empresa por parte de la comisión paritaria, pero se estima inadmisible que de dicho proceso se expulse a uno de los sindicatos firmantes del convenio. También en algunos supuestos específicos, pese a la firme tendencia a negar esta atribución, se ha aceptado la capacidad de regular en detalle alguna cuestión, partiendo de las bases genéricas establecidas por el convenio e incardinando esta labor en la de interpretación y aplicación del convenio[29].

En sede doctrinal el planteamiento cambia bastante y no es difícil encontrar opiniones favorables a la asignación de funciones de adaptación o modificación a las comisiones, en especial a raíz de la Reforma del año 94, estimando que la clara voluntad legal hacia un papel más extenso y amplio de las comisiones permitía pensar en la posibilidad de que asumieran facultades negociadoras, en una cierta aproximación a los comités de negociación permanente de los modelos dinámicos[30]. En una posición intermedia, cabía encontrar duras críticas a "la estrecha y

---

[25] En la misma línea, para SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. y SEMPERE NAVARRO, A.V., en AA.VV.: "Convenios y negociación colectiva tras el RDLey 7/2011, de 10 de junio", Aranzadi Social nº 5/2011, BIB 2011/1156, p. 17, estamos ante un importantísimo elemento que dulcifica las características estáticas del convenio colectivo español. Asimismo, ALFONSO MELLADO, C.L.: "La eficacia de los acuerdos…", op. cit., p. 72.

[26] Entre otras, SSTS de 28 de enero de 2000 (RJ 1329), 5 de abril de 2001 (RJ 4886), 30 de octubre de 2001 (RJ 2002/2381), 10 de junio de 2003 (RJ 2005/4881), 20 de mayo de 2004 (RJ 5161), 30 de mayo de 2007 (RJ 4808), en este último caso es tajante al afirmar que no tiene competencias para modificar el convenio colectivo. También STS de 20 de mayo de 2009 (RJ 3890).

[27] Por todas, STS de 9 de julio de 1999 (RJ 6161).

[28] STS de 20 de mayo de 2010 (RJ 2611).

[29] ALFONSO MELLADO, C.L.: "La eficacia de los acuerdos…", op. cit., pp. 72 y 84.

[30] Vid. Estas reflexiones en GARCÍA BLASCO, J.: "El contenido del Convenio Colectivo", op. cit., p. 1492. No en vano la comisión paritaria siempre se ha considerado como un órgano dinamizador de la negociación colectiva, entre otros, TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: "Las competencias de administración y

confusa inteligencia que mantiene nuestra jurisprudencia, tanto la ordinaria como la constitucional, acerca de las funciones de administración del convenio llevadas a cabo por la comisión paritaria, a las que se priva de todo contenido negociador". En especial, porque una cosa es negar a la comisión paritaria la capacidad de modificar el convenio (que alteraría el equilibrio interno contractual) y otra bien distinta sostener que las funciones del órgano mixto carecen de toda dimensión negocial[31]. Ahora bien, pese a estas posturas tan alejadas, tampoco hay que ignorar las dificultades que acarrea la delimitación entre los actos de negociación y los de administración y aplicación.

En todo caso y a pesar de la mencionada flexibilización, generalmente la doctrina venía afirmando que la atribución de tales capacidades habría de ser expresa, sin que la comisión pudiera irrogarse dichas competencias ante el vacío convencional, afirmación que difícilmente se sostiene en la actualidad. En realidad, la práctica convencional ha caminado por dichos derroteros, pues no es difícil encontrar ejemplos en que los propios negociadores atribuyen a las comisiones paritarias funciones normativas.

Sentado todo lo anterior y constatada la preocupación jurisprudencial por la salvaguarda del derecho a la negociación colectiva, el aspecto más destacable resulta ser la incorporación al texto legal, al menos tácitamente, de la tradicional distinción jurisprudencial entre comisiones negociadoras y comisiones meramente aplicadoras y la necesidad de respetar la regla de no exclusión de los sujetos legitimados cuando las funciones atribuidas excedan de la pura administración del convenio. Como ha señalado en múltiples ocasiones el Alto Tribunal, "la no suscripción de un convenio no puede suponer para el sindicato disidente quedar al margen, durante la vigencia del mismo, de la negociación de cuestiones nuevas no conectadas ni conectables directamente con dicho acuerdo. Más allá de este límite, las partes del convenio pueden crear, en uso de la autonomía colectiva, una organización común de encuentros, o la previsión de comisiones *ad hoc*, en tanto que no tengan funciones reguladoras en sentido propio, pero sin que haya de restringirse tampoco a la mera función de interpretación o administración de las reglas establecidas en el convenio colectivo"[32]. Tratándose de una comisión del primer tipo, deberá incorporarse a la comisión paritaria la totalidad de los sujetos

---

negociación de las comisiones paritarias en especial tras la reforma de 1994", Relaciones Laborales nº 17, 1999, La Ley 5997/2002, p. 1. En la misma línea, vid. ALEMÁN PÁEZ, F. y RODRÍGUEZ CRESPO, M.J.: "Aspectos orgánicos y funcionales…", op. cit., p. 1. También admite esta posibilidad CAVAS MARTÍNEZ, F.: "Las Comisiones Paritarias y la solución…", op. cit., p. 127. A la necesidad de revisar la posición jurisprudencial excesivamente formalista y la reconsideración de los límites entre administración y negociación hace referencia ALFONSO MELLADO, C.L.: "La eficacia de los acuerdos…", op. cit., p. 75.

[31] VALDÉS DAL-RE, F.: "Las comisiones paritarias y la solución…", op. cit., pp. 2 y 3.

[32] STC 213/1991, de 11 de noviembre. Esta doctrina fue sentada por el Tribunal Constitucional ya en su lejana Sentencia 73/1984, de 27 de junio y seguida por numerosos pronunciamientos posteriores, entre otros, la 184/1991, de 30 de septiembre, en la que se considera que la distinción entre firmantes y no firmantes constituye un criterio objetivo, razonable y no arbitrario. En la misma línea, la STC 225/2005. También el TS ha acogido la distinción entre ambos tipos de comisiones, por todas, SSTS de 15 de diciembre de 1994

legitimados para la negociación aunque no hayan sido firmantes del convenio, siendo exigible la concurrencia de los requisitos previstos en los artículos 87 y 88 de esta Ley para que los acuerdos de modificación posean eficacia general. En este sentido, se produce un cambio sustancial en la propia concepción de las comisiones puesto que en sede judicial se venía sosteniendo que las comisiones paritarias tienen atribuidas exclusivamente funciones de interpretación, gestión y administración del Convenio y sus decisiones no tienen valor de convenio colectivo ni, por ende, eficacia normativa[33].

Ahora bien, pese al avance que supone la nueva redacción dada al precepto legal, no se resuelven todas las dudas, es más, se suscitan nuevas interrogantes. Por una parte, no queda excesivamente claro si la mencionada composición debe respetarse para el ejercicio de las atribuciones contenidas en el punto 2º de la letra h) adaptación o, en su caso, modificación, o solamente este último caso. En base a una interpretación literal y sistemática del mismo no sería descabellado pensar que únicamente es requisito ineludible para el supuesto de ejercicio de funciones de modificación y, en particular, se exige no sólo la no exclusión sino el respeto pleno de las reglas de legitimación para negociar si se trata de adoptar acuerdos que estén dotados de eficacia general. Interpretación que seguramente viene avalada por la doctrina constitucional, que ha venido estimando que la función de administración atribuible a las comisiones paritarias podría exceder la mera interpretación o aplicación de sus cláusulas pudiendo incluir la adaptación de algunos de sus contenidos a problemas no previstos inicialmente en su texto e incluso una adaptación con carácter general del convenio, según unas pautas objetivas y prefijadas de antemano en el mismo[34]. En definitiva, la exclusión de un sujeto legitimado para negociar se ha considerado inconstitucional cuando se trate de comisiones negociadoras, entendiendo por tales las que tienen capacidad para establecer modificaciones del convenio o nuevas normas no contenidas en el mismo[35].

Por otro lado, tampoco hemos de perder de vista que con esta precisión no se resuelve del todo el problema pues la demarcación de fronteras entre las competencias de administración y de negociación puede ser en ocasiones difícil de trazar en la práctica[36], algo admitido incluso por los propios tribunales que llegan a afirmar que las resoluciones de los comités suponen la elaboración de acuerdos que en sí mismos presuponen siempre negociación, con la consiguiente dificultad

(RJ 10097), 21 de diciembre de 1994 (RJ 10346), 13 de marzo de 2002 (RJ 5143), 23 de marzo de 2010 (RJ 2480), 5 de mayo de 2011 (RJ 4615).

[33] STS de 20 de mayo de 2004 (RJ 5161).

[34] vid. esta temática en MARTÍNEZ MUÑOZ, A., "Comisión paritaria: competencias. Diferencia entre facultades de administración y facultades de negociación", AS 1999-II, BIB 1999/980,p. 2. También las SSTC 73/1984, de 27 de junio, 9/1986, de 21 de enero, 39/1986, de 31 de marzo (que profundiza en la doctrina de la STC 70/1982, y aborda el tema de las comisiones del AES), y 213/1991, de 11 de noviembre.

[35] STS de 23 de marzo de 2010 (RJ 2480). También para la STS de 30 de octubre de 2001 (RJ 2381) la función de aplicación de lo previsto en la norma a las reclamaciones particulares no tiene ningún contenido negociador ni normativo, puesto que con dicha facultad se actúa «intra Convenio».

[36] In extenso, sobre esta materia, con un estudio de las líneas trazadas por la jurisprudencia constitucional y ordinaria, vid. TARABINI-CASTELLANI AZNAR, M.: "Las competencias de administración y negociación…", op. cit., en especial pp. 2 y ss.

para concretar este ámbito técnicamente y desde un terreno dogmático o conceptual[37]. En esta misma línea, algún pronunciamiento más reciente[38], aunque niega la atribución de funciones negociadoras, admite que se les adjudiquen funciones que corresponden a la administración del convenio, incluidas las de cooperación y colaboración en la ejecución del mismo.

Este patente giro hacia un modelo de negociación dinámico es apreciable en otros cambios introducidos en la regulación legal, en particular en puntos como la posibilidad de alcanzar acuerdos parciales en el curso de una negociación que viene marcada por la perentoriedad de los plazos. No obstante, como vimos con anterioridad, seguramente no es suficiente la imposición legal de toda esta serie de reglas para alterar significativamente el sistema si no se cuenta con la complicidad de los agentes sociales.

c) Resolución de discrepancias en procedimientos de modificaciones sustanciales e inaplicación salarial

Prevé ahora el texto legal, dentro del contenido mínimo del convenio, la asunción de competencias en orden a la resolución de discrepancias tras los períodos de consultas en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación salarial, de conformidad con lo previsto en los art. 41.6 y 83.3 ET. Aun cuando no vayamos a entrar en el análisis de los cambios introducidos en materia de flexibilidad interna negociada por el art. 5 del presente Real Decreto-ley, sí conviene hacer algunas referencias en relación con el papel asumido por las comisiones paritarias.

En este ámbito, la nueva redacción legal, en concordancia con los cambios ya avanzados en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, expresamente señala que en los procedimientos de modificación de condiciones de trabajo de convenios colectivos estatutarios y de inaplicación salarial, 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 de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia fuera planteada. Cuando aquella no alcanzara un acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos de mediación y arbitraje establecidos en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico aplicables.

A la vista de esta regulación legal, lo que queda incluido en el contenido mínimo del convenio no es otra cosa que la determinación de los términos y condiciones para el conocimiento y resolución de las discrepancias en tales procedimientos de consulta. No obstante, en línea con lo señalado anteriormente, seguramente aun a falta de específica negociación sobre el particular el trámite resulta aplicable[39],

---

[37] Vid. la SAN de 13 de marzo de 2001 (nº rec. 213/2000). ALEMÁN PÁEZ, F. y RODRÍGUEZ CRESPO, M.J.: "Aspectos orgánicos y funcionales…", op. cit., p. 12.
[38] STS de 16 de marzo de 2005 (RJ 3510).
[39] GOERLICH PESET, J.M.: "Contenido y vigencia de los convenios…", op. cit., p. 116.

aunque planteará problemas en orden a su operatividad y eficacia si no se prevén reglas específicas ni mecanismos que eviten los bloqueos.

De nuevo planea la duda sobre el carácter obligatorio de la intervención de la comisión pues aunque no se configure propiamente como un arbitraje obligatorio, podrá tener tal carácter para una de las partes, esto es, la que no decide someter la discrepancia a la comisión, a quien no le es dable rechazar su intervención. Es más, y pese al silencio legal en este punto, como se ha sostenido, si existe acuerdo en la comisión paritaria –o en el procedimiento autónomo que se ponga en marcha por ella- el procedimiento termina con la solución que corresponda, por tanto, presenta el carácter dirimente propio del laudo arbitral[40].

d) Intervención en ausencia de representación legal de los trabajadores

En primer lugar, en relación con este aserto legal hay que hacer notar el cambio de redacción que implica, como es notorio, dejar de situarnos ante una atribución directa de intervención de la comisión para el supuesto previsto en el número 4º de la letra h) del art. 85.3, en la medida en que de modo meridianamente claro queda en manos del convenio el dotar de régimen jurídico concreto a la misma y determinar su alcance, como denota la expresión "*que se acuerde*". Por tanto, difícilmente podrá irrogarse este tipo de competencias la comisión paritaria si no ha recibido una habilitación expresa por parte del convenio colectivo.

Si, como es bien sabido, uno de los aspectos que vino a resolver la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, fue el relativo a la participación directa de los trabajadores en los procesos de negociación previos a las modificaciones sustanciales o a la inaplicación salarial en supuestos de inexistencia de representantes en la empresa, se avanza ahora por este terreno desde el momento en que se prevé la posibilidad de que en este caso sean las comisiones paritarias las que intervengan, con el alcance pactado, en dichos procesos. De esta forma, se propone una nueva fórmula encaminada a facilitar el desarrollo de las consultas, con una participación de la comisión de mayor o menor intensidad. Pero es que, además, pese a la oscuridad de que hace gala la fórmula empleada, seguramente la habilitación legal permite a la comisión actuar como alternativa a cualquiera de las fórmulas legales previstas para los períodos de consulta en ausencia de representación de los trabajadores ex art. 41.4 ET y normas concordantes.

Otro aspecto a destacar sería el relativo a que mientras que en el establecimiento de los procedimientos y los plazos se refiere a la "posibilidad" de ser contempladas por el convenio, se produce un nuevo giro en la redacción al contemplar que, en caso de preverse su actuación, el convenio "deberá" establecer los procedimientos para solucionar de manera efectiva las discrepancias en el seno de dicha comisión, incluido el sometimiento a los sistemas no judiciales de solución

[40] En este sentido se pronuncia GOERLICH PESET, J.M.: "Contenido y vigencia de los convenios…", op. cit., p. 116.

de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómicos previstos en el artículo 83. Quizás aquí el aspecto más novedoso radicaría en el explícito vínculo que se establece entre la actuación de la comisión y el recurso a los procedimientos de solución extrajudicial a fin de resolver los conflictos surgidos en su seno[41]. La finalidad de la norma, en consonancia con los objetivos perseguidos por la reforma legal, es patente y va encaminada, como resulta obvio, a evitar que la intervención de la comisión se convierta en una instancia propiciadora de retrasos y que venga caracterizada por la eficacia y por la ausencia de dilaciones[42].

[41] En la misma línea, vid. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R.: "Claves generales de las reformas de la negociación colectiva efectuadas por la Ley 35/2010 y por el Real Decreto-Ley 7/2011", en AA.VV. (GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J.R., Dirs.): La reforma de la negociación colectiva, op. cit., p. 65.

[42] En tal sentido, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: "El <<favor>> por la flexibilidad interna…", op. cit., p. 201.