

# EL SENTIDO DE LA INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL EN EL CONVENIO COLECTIVO COMO SUJETO COADYUVANTE DE LA REFORMA LABORAL DE 2012

SOFÍA OLARTE ENCABO

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Granada

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Negociación colectiva, convenio, no aplicación, eficacia jurídica, intervencionismo estatal**

A partir de los cambios introducidos por la Ley 3/2012 en el sistema legal de negociación colectiva, se reflexiona aquí sobre el papel asignado a la Administración Laboral en relación con el convenio colectivo. Para poder hacer una valoración crítica del tema, se estudia el papel de la Administración a lo largo de tres etapas diferenciadas, evidenciando los cambios experimentados: desde la implantación del modelo democrático de relaciones laborales (intervención minimalista-defensiva), pasando por la etapa de consolidación del modelo legal (normalización del intervencionismo promocional) y llegando a la fase actual de intervencionismo invasivo, a partir de la consideración de la Administración, en cuanto integrante del poder ejecutivo, como coadyuvante imprescindible de los objetivos establecidos en la ley, que son expresión de una opción político-jurídica debilitadora de la eficacia del convenio. Ello es visible no solo en los supuestos de descuelgue, sino, incluso en la limitación de la eficacia temporal del convenio a través del decaimiento de la ultractividad o el retraso en la publicación oficial del convenio.

## ABSTRACT

**Key words: Collective bargaining, agreement, non application, legal validity, State interventionism**

From changes introduced by the 3/2012 law in the system of collective bargaining, it is analyzed the role of labour administration. To make a critical assessment of the subject, it explores throughout three distinct stages, demonstrating the changes experienced: since the implementation of the democratic model of labour relations (minimalist action), the stage of consolidating legal model (standardization of promotional interventionism), and arriving at the current stage of interventionism invasive, from the consideration of the Administration, as member of the Executive power, as adjuvant in essential objectives established by law.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ANÁLISIS EVOLUTIVO DE LA PRESENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN DE CONVENIOS
  - COLECTIVOS ESTATUTARIOS
    - 2.1 Fase reactiva de minimalismo defensivo
    - 2.2 Fase de consolidación normalizadora desde la legislación de fomento
    - 2.3 Fase de reforzamiento administrativo invasivo
3. LA INTERVENCIÓN DIRIMIENTE DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL EN LOS DESCUELQUES COMO EXPONENTE MÁXIMO DEL INTERVENCIONISMO INVASIVO

## 1. INTRODUCCIÓN

Cualquier análisis sobre la presencia de la Administración Laboral en la negociación colectiva debe de partir de la premisa de que ésta —la negociación colectiva— constituye el núcleo a partir del cual surge un sistema normativo extraestatal —los convenios colectivos— que tiene su sustento en el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva profesional. El convenio colectivo, en cuanto resultado de la negociación colectiva constituye, desde el punto de vista jurídico, la más clara expresión del pluralismo jurídico y, desde un punto de vista económico, desempeña un papel protagonista en el desenvolvimiento de las relaciones de producción. Sin embargo, volviendo a la perspectiva jurídica, en el momento en que el convenio pasa a formar parte del ordenamiento jurídico, al integrarse en él, lo hace adoptando una cierta dosis de subordinación jurídica respecto al Estado, que es al que compete, mediante ley, “*garantizar el derecho a la negociación colectiva... así como la fuerza vinculante del convenio colectivo*” (art. 37.1 CE).

El intervencionismo del Estado en la negociación colectiva se centra en el plano legislativo, esto es, se articula en la mayor parte de los sistemas, entre ellos el nuestro, predominantemente, mediante una ley reguladora de la negociación colectiva y del convenio colectivo. Una ley que, según nuestro texto constitucional, sólo puede tener un sentido garantista, tanto del derecho a la negociación colectiva como de la fuerza vinculante del convenio. Y la Administración —en este caso, la laboral— tiene encomendada la función de coadyuvar en el cumplimiento de los mandatos legales. Por ello, el intervencionismo administrativo adquirirá contenidos y sentidos distintos en función del marco legal en el que se contextualice. Conforme al mandato constitucional, el ET/80 conformó un modelo legal de negociación colectiva que puede calificarse sin excesos como garantista y promocional y como tal se ha caracterizado el intervencionismo de la Administración —garantista y de apoyo— en la negociación colectiva, desde aquél momento hasta la reforma laboral de 2012. En efecto, la Ley 3/2012 ha supuesto un paso decisivo en la deconstrucción de aquel mo-

delo<sup>1</sup>, a la vez que una ampliación del papel de la ley en la conformación de la estructura de la negociación colectiva, invadiendo espacios que hasta ahora se consideran privativos de la autonomía colectiva de las partes sociales. Y ello tiene su traslación, inevitablemente, al ámbito de la actuación administrativa, mucho más incisiva ahora, en orden al cumplimiento de los objetivos de la ley, hasta tal punto que su intervención puede calificarse, igualmente, de invasiva de la autonomía colectiva<sup>2</sup>.

Es cierto que el análisis del intervencionismo administrativo en la negociación colectiva puede acometerse en un sentido más amplio, proyectándolo, incluso, sobre el ámbito global de las relaciones colectivas de trabajo, analizando la compleja red de productos de la negociación colectiva –negociación durante los períodos de consultas previstos en los arts. 40, 41, 44 y 51 ET y pactos y acuerdos colectivos de toda índole-, en los conflictos colectivos de trabajo, en la huelga e intervención en el sistema de determinación de la representatividad sindical y empresarial. Y es cierto que todos los “subsistemas” que componen el sistema de relaciones colectivas interfieren entre sí y por tanto es necesario tener presente una perspectiva global. Sin embargo, el objeto de este estudio es más modesto, en el sentido de que se pretende profundizar concretamente sobre la presencia de la Administración Laboral en la conformación del convenio colectivo en el contexto de la reforma laboral de 2012, ello claro está, teniendo como referencia los cambios que se han producido en el entero sistema de relaciones laborales.

En la doctrina laboral se ha reflexionado con rigor y con profundidad sobre este tema, antes y después de la reforma de 2012. En un primer momento analizando el grado de intervención y justificando la necesidad de dicha presencia administrativa pese al inicial recelo ante cualquier forma de intervencionismo administrativo que recordara al modelo mixtificador anterior (homologación de convenios adoptados en el seno del sindicato vertical). Posteriormente, profundizando en cada una de las concretas manifestaciones de la intervención administrativa (registral, sancionadora o de control de la legalidad formal y

<sup>1</sup> En sentido similar, afirma Gonzalez Posadas, E. que la cuestión de la eficacia jurídica del convenio es una de las cuestiones medulares, cf. “La reforma de la negociación colectiva”, RTSS, Iustel, nº 25, 2011, pg. 7.

<sup>2</sup> La Constitución diferencia en títulos separados los tres poderes del Estado: Título III Cortes Generales, Título IV (Del Gobierno y la Administración) y Título VI (Poder Judicial), por ello se diferencia intervencionismo normativo (poder legislativo), jurisdiccional (administración de justicia) y ejecutivo (Gobierno y Administración), limitándonos aquí a éste último en conexión con el primero. Se entiende por Administración el “complejo orgánico integrado en el poder ejecutivo”, Garrido Falla, *Tratado de Derecho Administrativo, vol I*, Madrid, 1976, pg. 36.

sobre lo deseable o no de una mayor o menor intervención<sup>3</sup>. En este trabajo se hace un replanteamiento sobre el modelo de intervencionismo administrativo a partir del cambio de modelo legal –en la medida en que es la ley la que determina el papel que ha de desempeñar la administración laboral en relación con el convenio–, lo que comporta cuestionarse sobre el sentido, el para qué de dicho intervencionismo en un contexto normativo muy diferente al diseñado en 1980. Y lo centramos en el convenio colectivo estatutario porque éste constituye la máxima expresión de la autonomía colectiva y porque se ha producido una retracción en su configuración legal como fuente del ordenamiento jurídico laboral, cuya ejecución compete llevar a efecto a la Administración Laboral, a través de un intervencionismo de nuevo cuño.

## **2. ANÁLISIS EVOLUTIVO DE LA PRESENCIA DE LA ADMINISTRACIÓN EN LA NEGOCIACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS ESTATUTARIOS**

La doctrina científica es ilustrativa y ha dado cuenta pormenorizadamente del papel asignado a la Administración Laboral en el espacio de la autonomía colectiva, así como de las distintas preocupaciones y debates suscitados sobre esta cuestión. De hecho se ha ocupado de analizar el intervencionismo de la Administración Laboral en la negociación colectiva, o, más ampliamente, en las relaciones colectivas de trabajo, a lo largo de las distintas etapas evolutivas por las que ha atravesado nuestro sistema democrático de relaciones laborales. Y lo ha hecho, como he anticipado, desde distintas perspectivas, en unos casos, cuestionándose la legitimidad de dicha intervención, en otros valorando el grado o intensidad de la misma (cuantitativa y cualitativamente) o, finalmente, tratando de sistematizar las distintas manifestaciones del mismo y su concreto régimen jurídico. La Ley 3/2012, al modificar en profundidad el Título III del ET, por primera vez desde su aprobación, de forma directa e intensa, obliga a realizar un nuevo análisis sobre el papel que pasa a asumir en este contexto la Administración Laboral, ya que, necesariamente en coherencia con el cambio legal, requiere de una redefinición.

<sup>3</sup> Con anterioridad a la reforma, es destacable, por su enfoque global el trabajo de González Ortega, S.: “Diseño normativo e intervención de la Administración en las relaciones colectivas de trabajo”, en VV.AA. dir. Durán López, *La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo*, Sevilla, 1989, pp. 13 y ss. Con posterioridad a la reforma de 2012, analizando el papel de la Administración no sólo en el convenio colectivo estatutario sino también en la efectividad del periodo de consulta y, las funciones de mediación y asistencia en los despidos colectivos y la función sancionadora, además de las de registro y las de extensión del convenio, vid. Gorelli Hernández, J.: “El papel de la Administración Laboral tras la reforma de la negociación colectiva”, en TL, nº 120/2013, pp. 315-354.

## 2.1. Fase reactiva de minimalismo defensivo

En una primera etapa, que iría desde la Constitución de 1978 hasta la reforma laboral de 1994, la cuestión fundamental que se planteaba era identificar las distintas formas de intervención de la Administración en la negociación colectiva de acuerdo con el nuevo contexto constitucional, en el que el reconocimiento de la autonomía colectiva (arts. 28 y 37 CE) hacía del intervencionismo público un elemento extraño, sobre el que pesaba un prejuicio negativo<sup>4</sup>; una desconfianza cuya explicación no sólo era de orden teórico ni técnico, sino de carácter histórico, ideológico y político<sup>5</sup>. En coherencia con ello, la presencia de la Administración en la negociación colectiva necesariamente habría de configurarse como algo, extraño, como un elemento distorsionante y, por tanto, residual y externo al propio sistema de fuentes profesionales. Pese a ello, el ET estableció desde un principio algunas formas de intervención que se estimaron respetuosas con el principio de autonomía colectiva (registro, depósito, publicación, asesoramiento técnico), presencia que se justificaba no sólo porque este tipo de presencia pudiera tener un sentido reforzador de la misma, sino por la necesidad de combinar dicho principio con el necesario respeto de los intereses generales y por la de garantizar que el convenio cumpliera adecuadamente su función normativa atribuida legalmente (exigencias de representatividad, seguridad jurídica, publicidad, ajuste a legalidad) coherentemente con la configuración legal del convenio como fuente del ordenamiento jurídico-laboral<sup>6</sup>. Y, en relación con esto último, una de las figuras más debatidas en el ámbito parlamentario con ocasión de la aprobación del ET fue precisamente la

<sup>4</sup> Una orientación teórica, incluso desapegada de la conformación de la actuación administrativa como aquella actuación del Estado dirigida a tutelar los intereses públicos, vid. Zanovini, G.: *Enciclopedia del Derecho*, TOMO II, 233, que define así la función administrativa.

<sup>5</sup> El Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones colectivas de trabajo refleja dicha concepción y más aún el propio Estatuto de los Trabajadores en su redacción originaria – Ley 8/1980, de 10 de marzo-. La Exposición de Motivos de la primera norma –DRT- afirma que el modelo anterior se basaba en una “concepción política intervencionista”, por lo que el nuevo régimen democrático requería una profunda revisión liberalizadora de las relaciones colectivas de trabajo a favor del protagonismo de los interlocutores sociales. Más acusadamente, la Exposición de Motivos del ET/80 señala que el protagonismo del sistema de relaciones laborales ha de darse a los sindicatos y asociaciones empresariales, sustituyendo “un régimen de intervencionismo y correlativo bloque en las relaciones laborales por un sistema de libertad y consiguiente responsabilidad de los interlocutores naturales”, y que “el protagonismo de la Administración Pública... propio de una concepción política hoy superada, dé paso a la libre determinación por las partes de las condiciones de trabajo.

<sup>6</sup> Con claridad, analiza esta primera etapa González Ortega, S.: “Diseño normativo e intervención de la Administración en las relaciones colectivas de trabajo”, en VV.AA. (dir. Durán López, F.: *La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo*, VI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 1989, pp. 15 y ss.

extensión de convenios colectivos, frente a la que inicialmente se generó una fuerte resistencia por la invasión del Estado, de la Administración, dentro del propio sistema de fuentes profesionales, razón por la que se configuró como un mecanismo residual dirigido a cubrir situaciones de déficit de la propia autonomía colectiva sin afectar su plena “soberanía”.

Se podría concluir, por tanto, caracterizando esta primera etapa de intervencionismo minimalista a partir de una opción político-jurídica defensiva de la autonomía colectiva por reacción al modelo anterior<sup>7</sup>. Ello se relaciona con un marco jurídico-legal –no sólo de la negociación colectiva sino del sindicato, la representatividad y la ordenación de los conflictos colectivos– que determina la incompatibilidad con un modelo de intervención más intensa, lo que se compensaría con una mayor intervención estatal en el ámbito normativo y una nueva forma de intervencionismo en clave de neocorporativismo-, de “estatalización contratada”<sup>8</sup>. Más allá de esta caracterización defensiva de la autonomía colectiva sin injerencia administrativa, también en esta etapa es clave la función de promoción y fomento de la autonomía colectiva que, coherentemente con el diseño constitucional, se encomienda al Estado y, consiguientemente, a la Administración Laboral, en el Estatuto de los Trabajadores. Por tanto, las distintas previsiones legales al respecto, no pueden considerarse meros residuos de la etapa anterior que se mantuvieron por olvido o por inercia, sino que fueron diseñadas de forma deliberada y sopesada, para hacer de la Administración Laboral un sujeto de refuerzo y activador de la negociación colectiva.

## 2.2. Fase de consolidación normalizadora desde la legislación de fomento

La segunda etapa debe situarse a partir de la reforma laboral de 1994, que fue la primera reforma flexibilizadora de calado del ET; fase que se extendería, por simplificar, hasta la segunda “gran reforma”, la de 2012 –*Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*-. Durante este período, pese a la progresiva penetración de la flexibilidad en el ámbito de las relaciones individuales, en el plano colectivo se puede hablar de una consolidación del modelo legal de convenio colectivo y de una estabilización en

<sup>7</sup> Actitud defensiva que evidencian estudios como el de Alonso García, M. “Los convenios colectivos en el Estatuto de los Trabajadores”, en *Los convenios colectivos y la extinción del contrato de trabajo*, Madrid, 1981, pg. 32, Campos Alonso, M.: “Validez de los convenios colectivos de trabajo”, en *Comentarios a las leyes laborales*, Tomo XII, vol. 2 y Rayón Suraéz, E.: “El control de legalidad de los convenios colectivos por parte de la Administración”, en REDT nº 9, 1982.

<sup>8</sup> En este sentido, vid. Ghezzi, G. y Romagnoli, U.: *Il diritto sindacale*, Bolonia, 1987, pg. 30, refiriéndose la “estatalización contratada” al nuevo sistema de relaciones institucionalizadas entre las grandes organizaciones de intereses y el Estado, cooperando entre sí en orden a la adopción de grandes decisiones de política económica, siendo la legislación negociada uno de sus máximos exponentes.

el tipo y el grado del intervencionismo administrativo. Y ello pese a que, aun manteniéndose el modelo legal (ya que el Título III del ET, no experimentó cambios de calado directamente), lo cierto es que la penetración de la línea de política jurídica pro flexibilidad laboral, incidió progresivamente sobre el régimen jurídico de los convenios colectivos, especialmente a través de los descuelgues salariales a nivel de empresa y el régimen de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, a la vez que se impulsó la negociación de pactos colectivos de empresa flexibilizadores, haciendo más complejo el sistema de negociación colectiva. Sin embargo, pese a este primer envite o primer paso en la remodelación de la negociación colectiva, lo cierto es que, en lo básico, el régimen jurídico y configuración del convenio colectivo permaneció incólume y el grado y orientación de la intervención administrativa se estabilizó, y tanto uno –el modelo legal- como la otra –la intervención administrativa- contribuyeron a la construcción de un amplio mapa de negociación colectiva con una elevada tasa de cobertura convencional, cumpliendo los convenios el objetivo de una regulación sectorial de origen autónomo que sustituyó definitivamente la regulación sectorial administrativa anterior. La confianza adquirida por este tipo de intervención administrativa, respetuosa y de refuerzo de la autonomía colectiva y los convenios colectivos, tuvo en el proceso de derogación de las ordenanzas laborales uno de sus máximos exponentes tal como evidenciaba la previsión de la entonces disposición transitoria sexta del ET/94 estableciendo la facultad de derogación de las ordenanzas laborales a la Administración Laboral. Y, en el mismo sentido, se constató que la intervención de la Administración en el ejercicio de su facultad de extensión del convenio colectivo conforme al art. 92 ET había sido excepcional, muy limitada y respetuosa con el principio de autonomía colectiva; y ello, pese a las reticencias iniciales que auguraban que la extensión administrativa constituiría una vía de intromisión administrativa en la autonomía colectiva.

Este contexto se manifiesta en el tipo de análisis teóricos en esta fase<sup>9</sup>, que puede decirse se limitan a la sistematización y análisis pormenorizado del régimen jurídico<sup>10</sup> de las previsiones legales relativas a la presencia de la Administración en la negociación colectiva, sin cuestionar ya su justificación, ni su intensidad ni el grado de la misma.

<sup>9</sup> Vid. a título ilustrativo, Valle Muñoz, F.A.: “El papel de la Administración Pública en la negociación colectiva”, en VV.AA, dir. Valdés Dal-Ré, *Manual Jurídico de negociación colectiva*, Madrid, 2008, pp. 1313 y ss.

<sup>10</sup> Sobre la actividad registral, vid. Fernández López, M<sup>a</sup> F.: “Tramitación del convenio colectivo (en torno al artículo 89)”, en REDT nº 100, 2000; Rabanal Carbajo, P.: “Tramitación”, en VV.AA. dir. Borrajo Dacruz, *Comentarios a las leyes laborales. El estatuto de los Trabajadores*, tomo XII, vol 1<sup>o</sup>, Edersa 2001 y Pastor Martínez, A.: “Artículo 89. Tramitación” y “Artículo 90. Validez”, en VV.AA, dir. Del Rey, *Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, 2005.

Paralelamente, en esta fase, culmina el proceso autonómico, desarrollándose progresivamente una administración autonómica laboral que contribuyó al desarrollo del nivel autonómico de negociación colectiva y a la configuración de lo que se ha dado en llamar “marcos autonómicos” de relaciones laborales. En ese contexto, la descentralización administrativa ha llevado al plano autonómico muchas de las competencias antes ejercidas por la Administración central (entre ellas, la extensión de convenios colectivos) y, además, se ha gestado toda una red de organismos autonómicos con funciones de fomento de la negociación colectiva y de concertación social que se han creado tomando como referencia la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y el Consejo Económico y Social. Ello comportó, incluso, alguna modificación legal, como por ejemplo la reforma introducida en el apartado 2 del artículo 92 ET por la Ley 24/1999, de 6 de julio, reconociendo la competencia de “el órgano correspondiente de las Comunidades Autónomas con competencias en la materia” para proceder a la extensión de las disposiciones de un convenio colectivo en vigor en caso de ausencia de parte legitimada para negociar.

Durante este período o fase de estabilización, la intervención administrativa en los convenios colectivos fue limitada y respetuosa de la autonomía colectiva y se concretó en diez manifestaciones concretas:

- facultades sancionadoras, en ejercicio de su función genérica de vigilancia y control del cumplimiento de la legislación laboral, mediante la imposición de sanciones a partir de la actuación de la Inspección de Trabajo
- registro de la copia de la comunicación de promoción de la negociación de un convenio colectivo (art. 89.1 ET)
- depósito y registro de los convenios colectivos una vez negociados, ya que los convenios han de ser presentados ante la autoridad laboral competente a los solos efectos de registro en el plazo de quince días a partir del momento en que las partes negociadoras lo firmen. Y, una vez registrado, debe ser remitido al órgano público de mediación, arbitraje y conciliación para su depósito (art. 90.1 ET). Competencia de registro que abarca expresamente a los convenios por adhesión, ya que las partes legitimadas para negociar pueden adherirse de común acuerdo a la totalidad de un convenio colectivo en vigor, siempre que no estén afectadas por otro, comunicándolo a la autoridad laboral a los efectos de registro (art. 92.1 ET).
- publicación del convenio, ya que la autoridad laboral ha de disponer la publicación obligatoria y gratuita en el Boletín Oficial del Estado, o, en función del ámbito territorial del mismo, en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o en el Boletín Oficial de la Provincia correspondiente (art. 90.3 ET)
- facultad de control de legalidad del convenio colectivo, en cuanto se le da la competencia de dirigirse de oficio a la jurisdicción competente si

estima que el convenio colectivo conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros (art. 90.5 ET). Facultad que se refuerza posteriormente con el control antidiscriminatorio por razón de sexo, pudiendo recabar el asesoramiento del Instituto Nacional de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según su ámbito territorial. Siendo aquí visible el papel coadyuvante de la Administración laboral en orden a la consecución de los objetivos del legislador -en este caso, de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo-.

- facultad de extensión de las disposiciones de un convenio colectivo en vigor a una pluralidad de empresas y trabajadores o a un sector o subsector de actividad por los perjuicios derivados para los mismos de la imposibilidad de suscribir en dicho ámbito un convenio colectivo estatutario debida a la ausencia de partes legitimadas para ello (art. 92. 2). Esta previsión legal experimentó un cambio competencial, introducido por la Ley 24/1999, de 6 de julio -siendo ya materia transferida efectivamente a las Comunidades Autónomas y otro sustantivo, ya que el supuesto legal sobre el que opera esta facultad administrativa fue objeto de una delimitación más restrictiva, pasando de ser una “especial dificultad para la negociación” a ser presupuesto necesario la inexistencia de parte legitimada, lo que comportó a su vez una contracción de la potestad administrativa.
- facultad de regular condiciones de trabajo por rama de actividad para los sectores económicos de la producción y “demarcaciones territoriales” en que no exista convenio colectivo y no sea posible la extensión de otro convenio, que siempre será procedimiento prioritario (disposición adicional séptima del ET). Se trata de un intervencionismo estatal exorbitante que se configura legalmente como una intervención reglamentaria excepcional y claramente subsidiaria de la autonomía colectiva, tanto que se denominan “ordenanzas de necesidad”. Y conforme a ello, el recurso a este instrumento ha sido absolutamente excepcional, por lo que puede afirmarse que no se ha desarrollado intervención estatal reglamentaria sectorial invasiva de la negociación colectiva.
- facultad de asesoramiento y consulta a las partes negociadoras de un convenio sobre la determinación de los ámbitos funcionales de los convenios colectivos y sobre el convenio de aplicación a una empresa, a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (disposición final segunda ET).
- facultad de información y elaboración de documentación sobre la negociación colectiva, así como la difusión de la misma, a través del “Observatorio de la Negociación Colectiva” (disposición final segunda del ET)

- facultades de derogación de las ordenanzas laborales (disposición transitoria sexta, ya agotada en su aplicación temporal), proceso ya culminado.

### 2.3. Fase de reforzamiento administrativo invasivo

La tercera etapa o fase evolutiva del intervencionismo administrativo se sitúa desde mi punto de vista a partir de la reforma laboral de 2012 –Ley 3/2012, de 6 de julio-. Aparentemente, la presencia de la Administración Laboral en el sistema estatutario de negociación colectiva no habría experimentado cambios cuantitativamente importantes, tan solo el art. 90.3 ET, que amplía el plazo de publicación oficial del convenio colectivo a veinte días –lo que no se justifica en el contexto de modernización y tratamiento informatizado y telemático ya implantado en los registros de convenios y que, además, perjudica la normatividad del convenio al duplicar el plazo previamente establecido- y el artículo 82.3 ET que al regular los acuerdos de inaplicación o descuelgue del convenio estatutario establece –de forma analógica a lo que sucede con el convenio- la obligación de “comunicar” dicho acuerdo a la autoridad laboral a los solos efectos de depósito, junto a la introducción del arbitraje obligatorio en caso de falta de acuerdo de descuelgue, ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos (también prevista en el art. 82.3 ET).

El hecho de que hablemos de una nueva etapa, más allá de la fase consolidación y estabilización del intervencionismo no invasivo, una vez superada la fase inicial recelosa y reactiva frente al modelo preconstitucional, radica no sólo en el hecho de que se haya incrementado el número de intervenciones ni en el grado o importancia de las mismas –el arbitraje obligatorio- sino también en el marco o contexto normativo en el que se sitúa el mismo. En efecto, la Ley 3/2012 ha remodelado el Título III ET en su integridad y lo ha hecho operando un cambio sistémico, degradando la fuerza vinculante del convenio y su eficacia subjetiva *erga omnes*. Y ello, además, en el marco de una reforma más amplia y ambiciosa de intervencionismo normativo, decidido a implantar un nuevo modelo de relaciones laborales flexible en el que la negociación colectiva sea, no sólo un instrumento dirigido a procurar una regulación flexible de las relaciones laborales sino que ella misma y su producto máximo –el convenio colectivo estatutario- se flexibilicen como instrumentos normativos que son. En efecto, el cambio de mayor calado de la reforma introducida por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, es, sin duda, la modificación del régimen jurídico de la negociación colectiva, que, pese a no haber comportado cambios en el art. 3 ET, afecta globalmente al sistema de fuentes del ordenamiento laboral. Las reformas in-

mediatamente anteriores (Ley 35/2011 y RDL 7/2011) introdujeron un amplio conjunto de modificaciones en el Título III del ET, sin embargo, el modelo legal de negociación colectiva instaurado en 1980 a partir del texto constitucional permaneció reconocible en lo esencial.

Una reforma legal, además, de carácter unilateral porque la Ley 3/2012 ha sido una norma que no ha estado precedida de ningún tipo de diálogo social<sup>11</sup>, lo cual es especialmente criticable en lo que se refiere a la modificación del régimen de los convenios colectivos, ya que la Ley 3/2012 ha introducido cambios profundos en el régimen legal de la negociación colectiva y los convenios colectivos que se han impuesto contra el parecer de los propios interlocutores sociales, rompiendo la tradición de la legislación negociada en un campo especialmente sensible y –lo que no deja de ser más grave–, separándose, además, del papel asignado por nuestra Constitución al legislador ex artículo 37.1 CE, esto es, una ley que “garantice la fuerza vinculante de los convenios colectivos”, porque éste y solo éste es el mandato constitucional al legislador. La Constitución de 1978 comportó, en lo que ahora interesa, el retroceso del intervencionismo estatal a favor de un espacio para la autonomía colectiva y su autogobierno, así como el mandato al legislador para la garantía de una negociación colectiva efectiva y real, lo que ha supuesto una legislación promocional o de apoyo de la negociación colectiva a partir del ET/80 y coherentemente con ello, la presencia de la Administración Laboral ha sido, no sólo mínima y respetuosa sino, incluso, promocional de un cuerpo normativo autónomo. La reforma de 2012 podría aparentar que no ha hecho sino remodelar el sistema de negociación colectiva, flexibilizándolo, en función de las exigencias de la economía, pero, en realidad ha ido más lejos.

La reforma laboral de 1994, introdujo “excepciones” a la pérdida de fuerza vinculante de los convenios estatutarios que se justificaron constitucionalmente en el hecho de que el retroceso del convenio estatutario, exceptuando

<sup>11</sup> Formalmente es una ley que no difiere del procedimiento legal, sin embargo, es una reforma unilateral, y así lo explicitó el Gobierno, con mayoría absoluta, que advertía sobre la inmovilidad de la reforma, proclamando que en la tramitación de la ley solo se admitirían reformas “técnicas”. Además de ello, la tramitación como ley se hizo también por procedimiento urgente y un ingente número de enmiendas fueron rechazadas de plano en el Congreso de los Diputados, y la Comisión de Empleo actuó como verdadero legislador al contar con competencia delegada plena. En el caso de la negociación colectiva, se añade el “agravante” de que se ha procedido a realizar una reforma no solo sin el diálogo y sin el consenso de los propios destinatarios sino expresamente contraria y a pocos días de que los interlocutores sociales alcanzaran un gran acuerdo en el que se asumían los cambios necesarios para adaptar la negociación a una economía en crisis (II Acuerdo de Empleo y Negociación Colectiva 2012-2014). Acuerdo cuyo contenido quedó en gran parte frustrado por el carácter imperativo y a contrario de las modificaciones introducidas en el régimen jurídico de la negociación colectiva, cuyo telón de fondo es la ampliación del poder empresarial en la gestión de la empresa, descomponiendo el re-equilibrio que en nuestro sistema representa la autonomía colectiva.

su fuerza vinculante, lo es a favor de otros instrumentos o productos de la autonomía colectiva, sin embargo, más allá de lo discutible de este argumento, la reforma de 2012 ha ido más lejos que la Ley 11/1994, en el sentido de que ahora el convenio retrocede en favor de un arbitraje obligatorio, no de un acuerdo colectivo. Retroceso que llega a su máximo exponente en el ámbito del empleo público, a través del Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

Y es precisamente en el marco de este contexto normativo como se puede entender el cambio en el papel de intervencionismo administrativo respecto del convenio colectivo, porque la Administración no es sino el instrumento del Estado-Legislador y el Estado –Gobierno para llevar a cabo sus objetivos u opciones políticas. El núcleo del cambio desde la perspectiva administrativa se sitúa, por tanto, en la modificación del artículo 82.3 ET, pero el cambio de orientación se expande por el entero sistema legal. A parte de la reforma del artículo 82.3 ET, ha habido otros cambios relevantes, en los que, aunque la norma no se refiera a la presencia de la Autoridad Laboral, es claro que ésta influirá para garantizar el cumplimiento de la ley y sus objetivos. Es el caso de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa (y de grupo de empresa o empresas red). La nueva redacción del artículo 84.2 ET establece que los convenios de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de los convenios colectivos de ámbito superior, tendrán prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o inferior en una serie de materias muy relevantes (cuantía de salario base y complementos, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa, abono o compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos, horario y distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones, la adaptación a la empresa del sistema de clasificación profesional, la adaptación de aspectos de modalidades de contratación que la ley remite a los convenios, las medidas para favorecer la conciliación entre vida laboral, familiar y personal “y aquellas otras que dispongan los acuerdos o convenios a que se refiere el art. 83.2”), lo que indica que, además, la lista es ampliable por la negociación en los niveles superiores –ironías del legislador-. Y además añade expresamente que los acuerdos a que se refiere el art. 83.2 ET no podrán disponer de esta prioridad aplicativa a favor del convenio de empresa, por tanto, es una prioridad absoluta o de derecho necesario que priva a los interlocutores sociales de cualquier intento ordenador de la estructura de la negociación colectiva, lo que resulta difícilmente compatible con el principio de autonomía colectiva. Nada específico ni expreso dispone la ley sobre el papel de la administración laboral, pero cabe suponer que al configurarse legalmente como convenios

preferentes, la misma puede llevar a cabo una labor de fomento y refuerzo de la negociación a este nivel a través de su función de registro, advirtiendo en la fase de registro sobre posibles defectos de forma o cláusulas ilegales, garantizando la viabilidad jurídica de estos convenios de empresa; además de que la Administración verá incrementada su actividad de registro, depósito y publicación, al incrementarse el número de convenios, aun de escasa relevancia por su baja tasa de cobertura.

También la modificación del régimen de la ultractividad normativa del convenio estatutario (limitación anual) puede comportar cambios en la actuación administrativa. Como es sabido, a partir de la reforma de 2012, el artículo 86.3 ET establece un tope máximo de ultractividad de un año –el RDL 3/2012 establecía dos años- desde la denuncia y, ello, salvo pacto en contrario. Transcurrido dicho plazo máximo sin que se haya acordado un nuevo convenio colectivo o dictado un laudo arbitral previo compromiso o acuerdo (arbitraje voluntario), aquél perderá su vigencia y se aplicará el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación. La mayor parte de las preocupaciones doctrinales –también de la Administración Laboral y los agentes sociales- suscitadas por esta previsión legal se han centrado en determinar lo que sucede en caso de que no haya convenio de ámbito superior que aplicar una vez transcurrido el año desde la denuncia, con todos los problemas que ello puede comportar tanto a empresarios como a trabajadores. La situación, aun hoy, es compleja, y aunque se han adelantado por la doctrina algunas soluciones para el caso de que se agotara el plazo anual, ninguna de las soluciones resulta plenamente satisfactoria (aplicación de los mínimos legales, aplicación del convenio vencido como contenido del contrato de trabajo, la aplicación voluntaria a los trabajadores por el empresario o la vigencia residual del convenio). En esta situación compleja, el papel de la Administración Laboral, a través, fundamentalmente, de la Comisión Consultiva Nacional de la Negociación Colectiva, en el ejercicio de sus facultades previstas en la Disposición Final Segunda del ET, asesorando sobre el ámbito funcional de los convenios colectivos y sobre el convenio de aplicación a una empresa o sobre la posibilidad de extensión de un convenio –sobre la cual solo podrá entrar a conocer si hay solicitud de sujeto legitimado-, puede desempeñar un papel relevante, evitando esta situación, dictaminando sobre la existencia de convenio colectivo de ámbito superior aplicable (y determinando cual sea este), una vez decaída la ultractividad normativa, pudiendo apostar por criterios muy diferentes como, por ejemplo, los que se plantean en la negociación colectiva en el empleo público, bien apostando por la inexistencia de convenio superior –lo que, según algunas opiniones llevaría a la aplicación del EBEP-, o bien considerando superior el de otra administración de ámbito territorial superior o aconsejando la extensión –que, dicho sea de paso, mientras solo esté prevista en defecto de sujeto

legitimado carece de la menor proyección real, dada la amplia flexibilización de las exigencias legales para el reconocimiento de la legitimación negocial.

También en relación con el plazo máximo de ultraactividad anual, el cómputo del dicho plazo comienza a contar desde la fecha de la denuncia, lo cual es relevante y en orden a sustentar la tesis aquí defendida –el nuevo protagonismo de la Administración Laboral en orden a limitar la eficacia, en este caso temporal, de los convenios-, ya que ésta tiene una nueva competencia, conforme establece el artículo 89.1 ET, ya que se le ha de comunicar la denuncia de forma simultánea a la del escrito de promoción de la negociación de un convenio. Al ser la Administración Laboral la que tiene constancia fehaciente de la existencia de la denuncia, su información pasa a tener un papel protagonista, aportando un criterio de referencia indubitable sobre la fecha de la pérdida de vigencia del convenio anterior, con fuerza suficiente como para hacer valer la pérdida de vigencia del convenio colectivo. Y en este sentido, la Administración Laboral se constituye en garante del cumplimiento de la ley en este punto, coadyuvando a la efectividad de la previsión legal.

En otras palabras, el papel de la administración laboral en este período se intensifica y pasa a ser un instrumento imprescindible para el éxito de la reforma legal. En la medida en que la ley invade más espacio de la autonomía colectiva con unos objetivos nuevos, pero claros y contundentes, es claro que el papel desempeñado hasta este momento experimenta una reformulación. Tras una primera etapa de intervencionismo minimalista, en un contexto de recelo hacia cualquier intromisión estatal en el ámbito de la autonomía colectiva, y una segunda fase de intervencionismo mínimo pero plenamente normalizado en cuanto potenciador de la autonomía de las partes y de la fuerza vinculante de los convenios, esta tercera fase comporta un incremento de dicha presencia de la Administración y, además, en un sentido determinado por el legislador, que deja de ser respecto a la negociación colectiva, un mero sujeto que elabora las reglas del juego para jugar él mismo en la partida según el principio pro empresa y pro competitividad. La Administración Laboral como sujeto garante del cumplimiento de la ley laboral no es sino el sujeto coadyuvante del legislador y en la medida en que éste ha pasado a intervenir directamente en la negociación, es la Administración la que se ve obligada a hacer cumplir una ley que impone la preeminencia de los convenios de empresa, un dinamismo obligatorio (ultraactividad limitada) y que, como vamos a ver, se irroga competencias dirimentes de forma obligatoria para la inaplicación de los convenios, colisionando con la doctrina constitucional sobre los límites del intervencionismo estatal en la negociación colectiva.

Intervencionismo invasivo que ha tenido su máximo exponente en el empleo público a través del RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, *de medidas para ga-*

*rantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad*, que se ha justificado por la difícil situación económica y la imposición de la UE del objetivo ineludible de atajar el déficit público. Para tener una panorámica completa de los cambios introducidos en 2012 en el sistema legal de negociación colectiva, en el que contextualizar nuestro objeto de estudio, resulta imprescindible hacer una referencia al RDL 20/2012, de 13 de julio, *de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad*. Se trata de una norma de urgencia más, dictada a pocos días de aprobarse la Ley 3/2012, con la que está claramente emparentada en su procedimiento, lógica y opciones político-jurídicas. Se trata de una norma sin precedentes en la democracia en cuanto reduce a su mínima expresión el derecho a la negociación colectiva, pero que se ha “digerido” socialmente por la credibilidad que se ha dado a su justificación como una condición imprescindible para evitar el rescate total o duro, y que, en resumen, viene a suponer la traslación al empleo público de las medidas de flexibilidad laboral y de disminución de los costes de personal del ámbito laboral, pero, en lugar de acudir a fórmulas más complejas de ingeniería jurídica, suspende directamente el derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos, dejando sin efecto o derogando lo pactado previamente a la reforma, aun estando en vigor. Puede afirmarse que estamos ante una norma propia de un Estado de Excepción, que no se atiene al procedimiento de estas normas ni respetar las garantías propias de estas situaciones. Y ello porque esta norma supone la suspensión de convenios, acuerdos y pactos colectivos y a la postre la disponibilidad total por parte de la Administración de las condiciones de empleo de todos los empleados públicos, incluidos los funcionarios, que ha introducido los ajustes más duros en la historia del em-

pleo público en este país<sup>12</sup>.

La importancia cualitativa y cuantitativa de las modificaciones legales introducidas por esta norma es más que evidente, afectando a muchas instituciones jurídicas y derechos de los empleados públicos, porque además de afectar a convenios colectivos, pactos y acuerdos hasta ese momento en vigor, condiciona la negociación colectiva misma *ad futurum* en todo el sector público,

<sup>12</sup> Quedan sin efecto acuerdos, pactos y convenios colectivos en las siguientes materias: régimen de incompatibilidades de pensiones indemnizatorias, prestaciones compensatorias y percepciones similares con ocasión de cualquier cargo o puesto en el sector público con cualquier retribución con cargo a Presupuestos de Administraciones Públicas; supresión de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 y de la paga adicional de complemento específico o pagas adicionales equivalente de dicho mes. Esto comporta la suspensión de un precepto legal o la derogación temporal, técnica sumamente inusual; posibilidad de no cumplimiento de los convenios colectivos y acuerdos colectivos que afecten al personal laboral en caso de que excepcionalmente y por causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, los órganos de gobierno de las AA.PP suspendan o modifiquen el cumplimiento de los convenios o acuerdos ya firmados para la necesaria salvaguardia del interés público; modificación del régimen de los permisos de los funcionarios públicos (todo lo que tenga su origen en un pacto, acuerdo o convenio quedaría sin efecto); derecho de vacaciones de los funcionarios a 22 días hábiles (los sábados no son hábiles a estos efectos) y quedan suspendidos y sin efecto los convenios, Acuerdos y Pactos suscritos que no se ajusten al nuevo régimen de permisos y vacaciones, en particular el permiso por asuntos particulares, vacaciones y días adicionales a los de libre disposición o de similar naturaleza. También minoración de prestación económica de IT por contingencias comunes (50% en los tres primeros días como máximo y del 4º al 20º, máximo total entre prestación y complemento del 75% de la retribución y del 21 al 90, el 100% de las retribuciones básicas, prestación por hijo a cargo y retribuciones complementarias). Indirectamente no se admiten mejoras complementarias de origen negocial; supresión del coeficiente reductor en jubilación por razón de edad, aplicación de la LGSS en cuanto a edad, suprimiendo cualquier compensación que comporte compromiso de gasto público; modificación de unidades electorales en la AGE, fusionando y reduciendo su número para funcionarios y laborales – considerados ahora centros de trabajo únicos-; creación del registro de órganos de representación del personal al servicio de las AA.PP, con claras pretensiones de control; imposibilidad de créditos horarios superiores a los reconocidos a los representantes del personal laboral, dejando sin efecto cuantos pactos, acuerdo o convenios hayan establecido un número de horas de representación superiores; asignación eficiente y evaluación de efectivos en la AGE, adopción de medidas (movilidad y asignación de puestos de trabajo, cambios de adscripción de puestos o redistribución de efectivos, necesarios para una asignación más adecuada y eficiente de los recursos humanos), sin referencia alguna al papel de la autonomía colectiva; medidas relativas a los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración: evitar reconocimiento de una relación laboral, para lo que habrán de dictar instrucciones. En caso de sentencia condenatoria, se les aplicará el salario correspondiente a su clasificación profesional según convenio aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias. Esto incidirá en la imposibilidad de negociar colectivamente garantías para estos trabajadores; suspensiones o modificaciones unilaterales de convenios colectivos, pactos y acuerdos que afecten al personal laboral por alteración sustancial de las circunstancias económicas, por causa grave de interés público; obligación de remisión de información en materia de personal para las CCAA y Entes Locales, al Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas (gastos de personal, con mención a los órganos de dependencia, retribuciones, clases de personal, dotaciones o plantillas, entre otra información).

ampliando las normas indisponibles y las facultades de regulación unilateral de las Administraciones Públicas, lo que, además tiene un alcance más amplio, afectando a todo el ámbito de las relaciones colectivas –la representación de los empleados públicos– que es una de las bases de una negociación colectiva consistente, al pretender la reducción del número de representantes de los empleados públicos, su control y su actividad –ésta a través de la imposibilidad de mejora horaria de la actividad representativa–. Si se ponen en relación estos cambios con los introducidos por la Ley 3/2012 en el ET, el elemento común de todas estas medidas de ajuste a la baja, es el retroceso impuesto a la autonomía colectiva, siendo la Administración Laboral el complemento indispensable de la ley en orden a la implantación de una negociación colectiva al servicio de la economía por encima de cualquier otra consideración.

El legislador no pretende restar capacidad reguladora al convenio, sino que va más lejos, ya que pretende hacer de éste un instrumento de regulación al servicio de los objetivos de la legislación estatal, lo que dará resultados, en cualquier caso, mixtificadores de la autonomía colectiva y la Administración Laboral es su brazo ejecutor. Resulta muy significativo el hecho de que hayan desaparecido otro tipo de intervenciones administrativas en el ámbito de las relaciones colectivas, como la autorización administrativa –inicialmente solo afectó a los traslados colectivos y las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo–, ahora en los despidos colectivos o, más ampliamente, en los expedientes de regulación de empleo. Al legislador no le ha temblado la mano a la hora de suprimir este arraigado tipo de intervención administrativa, pese a que, en términos de eficiencia resolutoria, puede decirse que ha funcionado de forma más que razonablemente bien, tutelando el interés general, protegiendo el empleo y evitando las disfunciones de un modelo judicializado. Y vemos aquí que se retrocede en un terreno, mientras que se avanza en otro, lo cual, lejos de ser contradictorio, encaja como piezas de un puzzle, pues ambos cambios conducen a la ampliación de la flexibilidad laboral y a la tutela de la productividad y la competitividad.

### **3.LA INTERVENCIÓN DIRIMIENTE DE LA ADMINISTRACIÓN LABORAL EN LOS DESCUELGUES COMO EXPONENTE MÁXIMO DEL INTERVENCIONISMO INVASIVO**

La inaplicación de condiciones de trabajo establecidas por los convenios colectivos estatutarios –a las que abreviadamente se denomina descuelgue empresarial– se reconoció limitadamente en el ET tras la reforma de la Ley 11/1994, con la finalidad de permitir la adaptabilidad del convenio colectivo a las necesidades de las empresas, pero siempre sobre la base de la existencia

de un acuerdo entre las partes. Pese al tiempo transcurrido, en la práctica, el descuelgue salarial ha tenido hasta la reforma laboral de 2012 una aplicación muy limitada, fundamentalmente por el papel limitador desempeñado por los convenios colectivos sectoriales y, claro está, por la falta del necesario consenso de los representantes de los trabajadores en la empresa en orden a la consecución de acuerdos. Las reformas de 2010 y 2011 pretendieron facilitar la adopción de dichos descuelgues, pero, en ningún caso se llegó a cuestionar el papel la autonomía colectiva. Finalmente, la reforma de 2012 ha procedido a sentar las bases para la generalización de los descuelgues, aun sin contar con la aquiescencia de las partes sociales en algún nivel, degradando así bajo mínimos la eficacia normativa de los convenios colectivos y consagrando legalmente el intervencionismo administrativo invasivo del espacio de la autonomía colectiva.

La reforma ha incidido sobre esta figura en un sentido inequívoco: ampliar y facilitar el descuelgue, para lo que, de un lado, ha ampliando su objeto (que proviene de una traslación de parte del contenido del anterior art. 41 ET), ha aligerando la causa y simplificando el procedimiento. Pero, de otro lado, ha cerrado el paso a posibles limitaciones o bloqueos de dichos procesos de descuelgue por obra de la autonomía colectiva. El objetivo que declara el legislador no es otro que impulsar un ajuste a la baja de las condiciones de trabajo en la empresa, como alternativa a los ajustes por la vía del empleo (despidos); sin embargo, llama la atención que haya desaparecido del texto de la ley toda vinculación de esta medida con el mantenimiento del volumen de empleo, como si establecía, en contraste, el mismo precepto antes de la reforma. Paradoja que hace difícilmente creíbles las supuestas intenciones o motivos del legislador, pues lo lógico es que dicho ajuste, como vía de facilitar la subsistencia de empresas y de puestos de trabajo, estuviera condicionado legalmente al cumplimiento de una obligación legal de mantenimiento del volumen de empleo.

Hasta la reforma, de 2012, se preveía que por acuerdo entre los representantes de los trabajadores y el empresario se pudiera inaplicar el régimen salarial (descuelgue salarial) previsto en los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, cuando ésta tenía una disminución persistente de su nivel de ingresos o su situación o perspectivas económicas pudieran verse afectadas negativamente como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma. Pues bien, ahora el descuelgue deja de ser salarial y se extiende a “las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable” y además, sea éste de sector o de empresa. El texto legal concreta dichas condiciones –respecto de las que cabe efectuar el descuelgue- en un listado que tiene carácter de *numerus clausus* –a diferencia de lo que sucede en el art. 41 ET, que sigue siendo abierto- y que son concretamente:

- jornada de trabajo
- horario y distribución del tiempo de trabajo
- régimen de trabajo a turnos
- sistema de remuneración y cuantía salarial
- sistema de trabajo y rendimiento
- funciones cuando excedan de los límites del art. 39
- mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social

El listado es plenamente coincidente con el del art. 41 ET, con la sola diferencia de la referencia a las mejoras voluntarias pactadas en los convenios colectivos –además de que, como se ha señalado, esta enumeración es cerrada y la del artículo 41 ET abierta-. La ampliación no sólo es material (condiciones a modificar), sino objetiva (convenio de empresa o de sector), por lo que se puede decir que se adopta un régimen de descuelgues muy favorable a la adaptación de los salarios y buena parte de las condiciones de trabajo a iniciativa unilateral del empresario. Se procede a una definición de las causas, reproduciendo literalmente la definición de las causas económicas, técnicas, organizativas o productivas en los mismos términos que hace el art. 47 del ET y que, salvo en lo que se refiere al número de trimestres de reducción exigidos, también coincide con lo establecido en el art. 51 ET para los despidos colectivos. Por tanto, al igual que sucede en éstos procedimientos, la causa económica se refiere no sólo a la evolución negativa de los beneficios sino también a la reducción de ingresos o ventas en un período de dos trimestres consecutivos. Las únicas precisiones que introduce la Ley respecto del RD-Ley son que la disminución persistente no se refiere sin más a los ingresos, sino solo a los ordinarios y que el período de referencia para valorar la disminución no es el mismo año sino el anterior (el mismo trimestre del año anterior), por lo que se puede hacer una consideración más objetiva de dicha disminución. Objetivación que pretende minimizar el control finalista y el test de razonabilidad por parte de los jueces y tribunales.

En definitiva, el régimen legal conduce a la normalización/generalización de la inaplicación del convenio a nivel de empresa, sin introducir elementos de contrapeso ni de garantía. Es cierto que ya con anterioridad se había introducido la disponibilidad por la autonomía colectiva a nivel de empresa de lo negociado en el convenio sectorial en materia salarial, sin embargo, la negociación colectiva se había blindado frente a la posibilidad legal de estos descuelgues, precisamente bloqueando la decisión en la correspondiente comisión paritaria, (no tanto por la negativa de ésta, como por la falta de acuerdo en su seno) y quizá sea esta actitud –el bloqueo del descuelgue-, la que ha motivado una previsión legal tan radical, como para abrir las puertas a los descuelgues sin contar con ningún tipo de acuerdo con los representantes legales de los trabajadores (y aquí es donde la Administración pasa a desempeñar un papel nuevo de gran relevancia)

La intervención “terminal” de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en los procedimientos de inaplicación de los convenios colectivos es el punto más problemático de la reforma de 2012 desde un punto de vista constitucional. El hecho de que el procedimiento para la adopción de acuerdos de inaplicación haya sido modificado con posterioridad mediante el Real Decreto-Ley 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial, no afecta a estas consideraciones, ya que ésta última norma no ha supuesto una vuelta atrás en la previsión legal de una intervención invasiva en el terreno de la autonomía colectiva. En concreto el Real Decreto Ley 11/2013, solo afecta a los sujetos negociadores de dichos acuerdos, tratando de evitar que la ausencia de contraparte pueda cerrar el paso al acuerdo de inaplicación, para lo cual modifica distintos preceptos el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en lo relativo a la comisión negociadora y sujetos legitimados para actuar en representación de los trabajadores, como interlocutores ante la dirección de la empresa durante el período de consultas que deberá tener lugar con carácter previo a la adopción de medidas colectivas de movilidad geográfica (art. 40 ET), modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET), procedimientos de suspensión de contratos o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 47 ET), despido colectivo (art. 51.2 ET) y de inaplicación de condiciones de trabajo previstas en los convenios colectivos (art. 82.3 ET).

La CCNCC pasa a desempeñar un papel estelar en este nuevo modelo de intervencionismo administrativo y de hecho el legislador la impulsa decididamente a estos efectos. La disposición adicional sexta de la Ley 3/2012 establece que para el desarrollo de estas nuevas funciones, la CCCNCC, adscrita a la Dirección General de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, “será reforzada en sus actuaciones por la citada Dirección General de Empleo”, sin perjuicio de lo que se establezca en las normas de desarrollo reglamentario, previa consulta de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. Da cuenta de la renovada importancia de la CCCNCC que en un plazo brevísimo –poco más de dos meses- se aprobó la referida norma reglamentaria, el RD 1.362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la CCNCC.

Lo deseable (en el sentido de ser más respetuoso con la autonomía colectiva) sería que se alcanzase acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o, subsidiariamente en la comisión paritaria, claro está, cuando ello resulte razonable lo cual, hasta esta reforma no ha sido nada frecuente, fundamentalmente porque el desacuerdo en la empresa o en la comisión paritaria bloqueaba la iniciativa del empresario sin que éste pudiera acudir a otras instancias (ventaja estratégica que efectivamente ha impedido que los descuelgues se hayan generalizado). La norma (art. 82.3 ET), que sigue contemplar-

do de intervención de la comisión paritaria tras la finalización del período de consultas sin acuerdo en la empresa, establece que, en defecto de acuerdo en el seno de ésta o no fueran aplicables los procedimientos establecidos en acuerdos interprofesionales o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, *“cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva 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”*.

Ello supone, a la postre, que quien decide en estos casos de falta de acuerdo, sea la Administración Laboral, que por esta vía puede decidir la no aplicación parcial del convenio colectivo estatutario sin contar con una de las partes sociales –los representantes de los trabajadores-. La reforma comporta un salto cualitativo en el proceso de erosión de la eficacia normativa de los convenios colectivos, ya que ahora no se exceptúa su eficacia a favor de otro producto de la autonomía colectiva –como sucedía hasta ahora- sino que se va más allá, al posibilitar la excepción a la eficacia del mismo por una decisión, en realidad, administrativa, ya que la composición tripartita de la CCNCC deja en manos de la Administración el papel dirimente. Paradójicamente, la reforma reduce la intervención administrativa reforzadora del convenio colectivo y posibilita la intervención debilitadora del mismo. En efecto, de un lado, al reducir o casi eliminar las posibilidades de extensión de convenios colectivos, rebajando las exigencias de representatividad para reconocer legitimación para negociar, es claro que a penas podrán dictarse resoluciones de extensión – que tiene como efecto la aplicación del contenido de un convenio más allá de su ámbito de aplicación originario- ; mientras que, de otro lado, se abre la posibilidad de que la actuación administrativa excepcione la eficacia del convenio dentro de su propio ámbito de aplicación sin contar con la voluntad de los representantes de los trabajadores, y ello, a través del mismo órgano administrativo la CCNCC-, que se ve obligado a reconvertirse por imperativo legal.

La inconstitucionalidad de la previsión es, desde mi punto de vista, abierta y frontal, sin que el hecho de que se trate de una intervención excepcional y residual reste un ápice de razón a esta valoración jurídica. Y si ponemos esto en conexión con otros cambios introducidos por la Ley 3/2012, la conclusión no es otra que el papel asignado en la ley a la Administración Laboral en la negociación colectiva es el de coadyuvante en el proceso de deconstrucción del modelo legal de convenio de eficacia general, y así se comprende la simultánea y paralela rebaja de las exigencias de legitimación para negociar los convenios colectivos operada con la reforma de los artículos 87, 88 y 89 ET.

Además, incluso en el caso contrario, es decir, cuando sí se alcance un acuerdo de aplicación, la ley prevé una intervención administrativa, aún mi-

nima, en la tramitación ulterior del acuerdo de descuelgue entre el empresario y los representantes de los trabajadores, una a vez se ha adoptado, por tanto, el acuerdo en la empresa. La nueva redacción del artículo 82.3 ET exige la notificación del acuerdo a la comisión paritaria del convenio –se entiende, la comisión paritaria respecto de la que se produce el descuelgue- y a la autoridad laboral a los solos efectos de registro –es decir, y sorprendentemente, no se contempla la publicidad de estos descuelgues-, lo que dificulta la labor de seguimiento y favorece un proceso silencioso e invisible de pérdida de fuerza vinculante de los convenios colectivos.

En definitiva, el artículo 82.3 ET, tras la reforma de 2012, establece un procedimiento de inaplicación que imposibilita el bloqueo por las comisiones paritarias –lo que sí permitía el precepto antes de esta reforma y, de hecho, se produjo con mucha frecuencia por falta de acuerdo en el seno de dichas comisiones- y que deja en manos de la Administración Laboral la última palabra. Se trata de un arbitraje obligatorio -que se encomienda a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos- que rompe el juego de equilibrios diseñado en la Constitución. Este intervencionismo administrativo en el espacio de la autonomía colectiva, aunque pueda ser caracterizado como “una intervención arbitral subsidiaria y de último grado”<sup>13</sup>, no deja de ser una decisión arbitral no sustentada en un compromiso arbitral –en la medida en que no es resultado de un acuerdo bilateral-; es un arbitraje obligatorio y por tanto inconstitucional en el ámbito de las relaciones laborales. Un arbitraje obligatorio, además, fuertemente “administrativizado”, dada la naturaleza administrativa de la CCNCC, cuya composición tripartita deja en manos, como ya he señalado, de la Administración Laboral la decisión final.

Además, y por abundar en el juicio de inconstitucionalidad aquí sostenido, la inclusión de los descuelgues preventivos (pérdidas previstas), difícilmente pueden calificarse ni encajan en el concepto de extrema necesidad y urgencia para el interés general, como exige la doctrina constitucional para admitir los arbitrajes obligatorios.

Pendiente aún de producirse un pronunciamiento del TC, y pese la opinión aquí expresada (que considero debe mantener el TC en coherencia con su doctrina anterior, contraria a la constitucionalidad del arbitraje obligatorio en los conflictos de intereses), en el caso de que se admitiese la constitucionalidad del precepto, debiera configurarse como un mecanismo excepcional y no normalizado (como sucedió con la extensión del convenio colectivo). Por tanto,

<sup>13</sup> Blasco Pellicer, A. : “El nuevo Reglamento de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, en RL, nº 1, 2013, donde realiza un análisis a la vez descriptivo y crítico-valorativo del RD 1326/2012, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el nuevo reglamento regulador de la CCNCC, caracterizando la intervención arbitral de ésta con las notas de “subsidiariedad” y de “último grado”.

según esta lógica, estos arbitrajes debieran acabar siendo pura excepción y evolucionar en el mismo sentido que experimentó la figura de la extensión del convenio colectivo –ex art. 92.2 ET–, que la práctica administrativa y evolución normativa configuraron como mecanismo absolutamente excepcional, acotando, finalmente el legislador, el supuesto de hecho en términos extraordinariamente restrictivos<sup>14</sup>.

Transcurridos dos años desde la reforma, los datos no apuntan, sin embargo, a una práctica administrativa restrictiva. Según se desprende del análisis de los expedientes de inaplicación tramitados hasta la fecha por la CCNCC, los arbitrajes sobre inaplicación no están experimentando una evolución parecida a la experimentada por la extensión de los convenios colectivos como mecanismo residual y excepcional.

Desde mi punto de vista ello se explica, y casi finalizo como empezaba, porque el marco jurídico-legal y el contexto normativo en el que se configuró la extensión del convenio colectivo y ahora los arbitrajes sobre inaplicación del convenio son completamente diferentes. La reforma de 2012 ha establecido un régimen jurídico del convenio que garantiza la instrumentalización de la negociación colectiva al servicio de la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las conveniencias productividad y competitividad empresarial. La negociación colectiva y el convenio son ahora configurados como instrumento de flexibilidad y como instrumentos flexibles ellos mismos, desdibujando sus tradicionales funciones de garantía de equilibrio de intereses y de uniformidad de mínimos; y es claro que para lograr los objetivos legales es imprescindible comenzar a desmontar el modelo anterior, el convenio colectivo de eficacia normativa y personal *erga omnes* o de carácter general.

Finalmente, y a todo lo anterior, se une la delicada situación que el nuevo régimen de los acuerdos de inaplicación plantea en empresas sin órganos de representación legal de los trabajadores, para lo que el art. 82.3 ET remite a

<sup>14</sup> Desde los debates parlamentarios del ET/1980, hasta la mayor parte de los análisis doctrinales, pasando por la doctrina judicial y jurisprudencia sobre el procedimiento administrativo de extensión del convenio colectivo, desde todas las instancias, digamos, se había criticado la intromisión administrativa que ella suponía en la autonomía colectiva. Sólo el uso, la práctica administrativa y posterior modificación de su régimen jurídico en sentido restrictivo se encargarían de “apaciguar” dichas críticas ante una figura que siempre fue percibida como intromisión o atentado a la autonomía colectiva, impropia de un modelo democrático de relaciones laborales que marcaba en aquél momento las distancias con el modelo inmediatamente anterior, fuertemente intervencionista y autoritario. Vid. sobre la primera regulación de la extensión del convenio colectivo, antes de la reforma del artículo 92.2 ET por la Ley 24/1999, de 6 de julio, por la que se modifica el artículo 92.2 del ET y sucesivo reglamento de desarrollo, el RD 718/2005, de 20 de junio, por el que se aprueba el procedimiento de extensión de convenios colectivos, DURÁN LÓPEZ, F.: “Problemas de la extensión de los convenios colectivos”, en VV.AA, *Los problemas actuales de la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, MTSS, Madrid, 1994.

lo dispuesto en el artículo 41.4 también del ET. Si la actuación subsidiaria y optativa que éste precepto establece para las modificaciones sustanciales en empresas sin órganos de representación de los trabajadores puede resultar problemática cuando se trata de modificar un pacto o acuerdo colectivo, en el caso de la inaplicación del convenio colectivo estatutario la ruptura de equilibrios es aún más cuestionable, puesto que se trata de excepcionar la eficacia normativa del convenio colectivo, que, en estas empresas, se puede acordar con una representación elegida democráticamente por los trabajadores, siendo el número máximo de tres miembros –lo que permite que sea una comisión de un miembro-. La capacidad real y efectiva de negociar se torna más que dudosa para estos –o éste- trabajador elegido, al margen de que tampoco concreta la norma qué se entiende por procedimiento democrático, si el establecido legalmente para la asamblea de trabajadores o cualquier procedimiento que garantice una votación personal, directa, libre y secreta, al menos. Todas estas dudas permiten afirmar que en los supuestos en que no se haya garantizado el principio de democracia en la elección y la existencia de una negociación real y efectiva, se podrán impugnar por los sindicatos los acuerdos de inaplicación alcanzados en pequeñas y medianas empresas, solicitando la nulidad de los acuerdos de descuelgue por falta de adecuación a la ley, lo que hace de la vía administrativa –la CCNCC- una vía más segura para el empresario en la consecución del descuelgue. Se ha de tener en cuenta que la comisión representativa se ha de constituir previamente a la comunicación empresarial de inicio del procedimiento, siendo el plazo máximo para la constitución (cuando la empresa no cuente con representantes de los trabajadores) de tres días desde dicha comunicación, sin que su falta de constitución impida el inicio del período de consultas y sin que su tardía constitución amplíe el plazo máximo del período de consultas de quince días.

En este tipo de empresas –pequeñas y medianas empresas sin órganos de representación de los trabajadores- es donde, más si cabe que en aquellas que aún contando con representantes pueden verse afectadas por un desbloqueo forzoso de las discrepancias, la zona de fricción constitucional es más intensa, ya que la inaplicación del convenio se sustenta prácticamente en el poder empresarial. Y sin ánimo de agotar el tema, no menos importantes son, desde una perspectiva constitucional, las serias objeciones constitucionales como la ausencia de mecanismos de impugnación individual.