

# INCIDENCIA DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LA REFORMA LABORAL DE 2012 EN EL MODELO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

CARMEN FERRADÁNS CARAMÉS

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
Universidad de Cádiz

## EXTRACTO

**Palabras clave: negociación colectiva, estructura, descuelgue, Tribunal Constitucional, reforma laboral 2012**

La reforma laboral de 2012 es, probablemente, la que ha tenido una mayor repercusión sobre el modelo español de relaciones laborales. Más allá de las posiciones sobre su idoneidad, desde un punto de vista técnico o de política normativa, y los debates sobre la relación de causalidad entre el nuevo régimen jurídico implantado y los objetivos declarados, es necesario valorar algunos de los efectos que la nueva regulación provoca en el modelo de negociación colectiva existente en nuestro país.

El presente análisis se focaliza en la valoración, bajo la perspectiva de la doctrina dictada por el Tribunal Constitucional en sus últimas sentencias sobre la reforma laboral de 2012, de las importantes modificaciones legales que afectan al modelo de negociación colectiva español, centrándose en las medidas que han alterado las reglas que ordenan tres elementos básicos de identificación del mismo: la estructura de la negociación colectiva, el descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo y la restricción de algunos contenidos susceptibles de negociación.

## ABSTRACT

**Key words: collective bargaining, structure, hooks-witch, Constitutional Court, labour reform 2012**

The labor reform of 2012 is probably which has had a greater impact on the Spanish model of labour relations. Beyond the positions on their suitability, from a technical point of view or standards policy, and discussions on the relationship of causality between the new legal regime implanted and the stated objectives, it is necessary to assess some of the effects caused by the new regulation on the model of collective bargaining exists in our country.

This analysis focuses on the assessment, the perspective of the doctrine issued by the Constitutional Court in its latest statements on labour reform in 2012, of the important legal changes that affect collective bargaining model Spanish, focusing on measures that have altered the rules ordering three basic elements of identification of the same: the structure of collective bargaining the pick up of the working conditions agreed upon in the collective agreement and the restriction of some content subject to negotiation.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: MÁRGENES Y DERIVADAS DE SU CONFIGURACIÓN LEGAL
3. ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
  - 3.1. La opción legislativa a favor del nivel de empresa
  - 3.2. Valoración del Tribunal Constitucional
4. DESCUELQUE DE CONDICIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO
  - 4.1. La nueva configuración legal del descuelgue
  - 4.2. Juicio de constitucionalidad al arbitraje obligatorio que puede concluir el procedimiento de descuelgue
5. RESTRICCIONES EN LOS CONTENIDOS SUSCEPTIBLES DE NEGOCIACIÓN: EL PERÍODO DE PRUEBA VINCULADO AL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES
6. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

Las modificaciones efectuadas en la normativa laboral para reaccionar frente a la amplia destrucción de empleo que se produce en nuestro mercado de trabajo a causa de la crisis económica, han tenido unos efectos sustanciales sobre diversas instituciones básicas de la ordenación jurídica laboral tradicional. Los datos de empleo en el año 2010<sup>1</sup> muestran que el número de asalariados estaba descendiendo, lo que evidenciaba que en la desfavorable coyuntura presente las empresas españolas habían reaccionado, fundamentalmente, a través de vías de flexibilidad externa. Es decir, que para solucionar los episodios económicos negativos que las rodeaban, procedían a realizar despidos de trabajadores y a no renovar los contratos de duración determinada existentes. Es por ello, que cuando se activa en 2010 el diálogo social para intentar llegar a un acuerdo de reforma de la legislación laboral, entre sus objetivos se encontraban el aumento del empleo, la reducción de la dualidad, la segmentación y la temporalidad y el aumento de la flexibilidad interna en las empresas, todo ello con la finalidad

<sup>1</sup> La Encuesta de Población Activa correspondiente al segundo trimestre del año 2010, mostraba que la cifra de desempleados ascendía a 4.645.000 personas, lo que conllevaba el aumento de 508.000 parados de un año a otro y que la tasa de paro se situara en el 20,09% de la población activa. Asimismo, el número de ocupados en ese momento ascendía a 18.476.900, bajando la ocupación en un año en 468.000 personas y descendiendo la tasa de ocupación hasta el 60,11%. Asimismo, el número de expedientes de regulación de empleo creció de manera importante en 2009, así en este año se autorizaron 19.400, con un crecimiento del 210,4% respecto al año anterior y el número de trabajadores afectados por un ERE fue de 548.875, frente a los 148.088 de 2008.

última de conseguir “*un mercado de trabajo más moderno, funcional y coherente con el desarrollo de una economía sostenible*”<sup>2</sup>.

En el año 2012, cuando los datos de empleo son aún más negativos, el nuevo gobierno español adopta el Real Decreto Ley 3/2012, de 22 de febrero, y a posteriori su homóloga Ley 3/2012<sup>3</sup>, de 6 de julio, incluyendo medidas de mayor calado, esencialmente sobre la flexibilidad interna y externa<sup>4</sup>, la negociación colectiva y la contratación.

En este contexto, hay que resaltar que la reforma laboral de 2012 es la que, junto a la realizada en el año 1994, ha tenido una mayor repercusión sobre el modelo español de relaciones laborales, afectando a algunos de sus pilares e instituciones básicas y que las importantes reformas adoptadas desde 2010 a 2012 responden al negativo ciclo económico iniciado en 2008, habiendo sido objeto de extenso tratamiento por la doctrina iuslaboralista, que casi sin excepciones se ha manifestado crítica con el enfoque con que determinados preceptos del Estatuto de los Trabajadores e instituciones del Derecho del Trabajo han sido reelaborados<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> Cfr. La legislación que surge a partir de este momento, sustancialmente la Ley 35/2010, de 17 de septiembre y el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio de 2011.

<sup>3</sup> Vid Del Rey Guanter, S., “La ley 3/2012 y el “trienio” reformador”, en AA.VV., Coordinadores Martínez FonS, D. y Serrano Olivares, R., *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales*, La Ley, Madrid, 2013, págs.32 y ss.

<sup>4</sup> En lo que se refiere a la flexibilidad externa los efectos más significativos de la reforma de 2012 son, por un lado, la disminución de las indemnizaciones derivadas de los despidos declarados improcedentes, que pasan de 45 días de salario con el límite de 42 mensualidades, a 33 días de salario por año de servicio con el límite de 24 mensualidades y, por otro lado, el tratamiento de los salarios de tramitación, cuyo abono ahora se restringe a los despidos nulos, que producen la readmisión del trabajador de forma inmediata, y a los despidos improcedentes en los que el empresario opta por readmitir y no por indemnizar al trabajador. Vid, Goerlich Peset, JM, “La extinción del contrato de trabajo en el Real Decreto Ley 3/2012: la culminación de una larga evolución”, en AA.VV., Coord. García Perrote Escartín, I y Mercader Uguina, J., *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, págs. 300 y ss.

<sup>5</sup> Cfr. Entre otros, AA.VV., *La reforma del mercado laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y los aspectos laborales del Real Decreto Ley 3/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, AA.VV., *Reformas estructurales y negociación colectiva*, Coordinador De Prado Reyes, F., Carl, Sevilla, 2012; AA.VV., *La reforma laboral en el Real Decreto Ley 3/2012*, Tiran lo Blanch, Valencia, 2012; AA.VV., *Políticas de austeridad y crisis en las relaciones laborales: la reforma de 2012*, Coordinador Baylós Grau, A., Bomarzo, Albacete, 2012.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) en las sentencias dictadas sobre la reforma laboral de 2012 ha afirmado el acomodo de esta opción legislativa con la Constitución, considerando como puntos de partida, en primer lugar, que tanto el derecho al trabajo como el derecho a la negociación colectiva pueden sufrir determinadas limitaciones al ser ponderados con otros bienes y derechos constitucionalmente protegibles; en segundo lugar, que el pluralismo político admite contemplar en el marco de la Constitución diversas soluciones legales sobre el régimen jurídico de las relaciones laborales; y en tercer lugar, que la Constitución no diseña un modelo constitucional de Derecho del Trabajo cerrado, sino que establece las premisas desde las que, tanto el legislador como las partes sociales, configuran de forma dinámica, cambiante y abierta, un sistema de relaciones laborales, de los varios que serían compatibles con el orden constitucional (STC 119/2014, de 16 de julio)<sup>6</sup>. Esta línea argumentativa sirve al TC para justificar la reforma efectuada sobre el sistema de relaciones laborales y, en particular, sobre algunos de los rasgos definitorios del modelo de negociación colectiva, con lo que en definitiva está dejando la puerta abierta a futuras reformas legislativas de igual o mayor calado sin precisar hasta dónde puede llegar el margen de actuación del legislador.

## **2. EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: MÁRGENES Y DERIVADAS DE SU CONFIGURACIÓN LEGAL**

En los años posteriores a la promulgación de la Constitución Española (en adelante CE), se debatió<sup>7</sup> sobre la naturaleza del derecho a la negociación colectiva reconocido en su artículo 37.1, en el sentido de aclarar si el mismo tenía una eficacia constitucional directa o, a sensu contrario, si necesitaba para su operatividad de desarrollo legislativo. De admitirse esta última opción, sería la Ley la que haría ejercitable el derecho a negociar, en los términos y límites establecidos en la misma. Sin embargo, el TC rechazó esta opción de forma clara en su sentencia 58/1985, de 30 de abril, sosteniendo que *“la facultad que poseen los representantes de los trabajadores y empresarios de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional”*. A mayor

<sup>6</sup> Vid Cruz Villalón, J., “Interrogantes y equívocos de la jurisprudencia constitucional sobre la reforma laboral de 2012”, Revista Derecho de las Relaciones Laborales, nº 3, 2015, pág. 306. García Murcia, J., “La reforma laboral de 2012 ante el Tribunal Constitucional”, Revista Derecho de las Relaciones Laborales, nº3, 2015, pág. 284.

<sup>7</sup> Vid Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “La negociación colectiva como derecho de libertad y como garantía institucional”, RL, tomo I, 1992.

abundamiento, el TC apuntó que el artículo 37 CE suponía una limitación de las posibilidades de la regulación legal de la negociación, pero sin realizar ninguna precisión al respecto, abriendo varios interrogantes sobre cuál era y hasta dónde llegaba el papel de la Ley en el diseño del derecho a la negociación colectiva. De la dicción literal del precepto constitucional se desprende quiénes pueden negociar colectivamente, los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante del convenio colectivo, concepto que a día de hoy aún sigue sin estar plenamente determinado<sup>8</sup>, debiendo toda legítima opción legislativa sobre el derecho de negociación colectiva ser respetuosa tanto con los mandatos derivados del artículo 37.1 CE como con el contenido esencial del derecho<sup>9</sup>.

Correlato de lo antedicho, el Estatuto de los Trabajadores en su título III procede a regular una determinada configuración legal de la negociación colectiva, que recoge la opción por un tipo de negociación, la estatutaria, por unos sujetos legitimados, los más representativos, y por una concreta eficacia de los convenios colectivos suscritos por ellos, valor normativo y fuerza vinculante que se traduce en una eficacia *erga omnes*. En definitiva, el artículo 37.1 CE reserva un ámbito de actuación a la negociación colectiva, y encomienda a la Ley el establecimiento de un sistema de garantías adecuado para el ejercicio efectivo del derecho, y todo ello en un marco promocional tanto de la acción sindical de defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que son propios de los trabajadores (artículo 7 CE), como de la negociación colectiva (artículo 37.1 CE)<sup>10</sup>, como derecho que forma parte del núcleo del derecho constitucional a la libertad sindical (artículo 28.1 CE).

<sup>8</sup> Cfr. García Murcia, J., “Doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la negociación colectiva”, en AA.VV., Dirección Monereo Pérez, JI., Moreno Vida, N. y Coordinación Tomás Jiménez, N., *El sistema de negociación colectiva en España*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 251, quien resalta que la sentencia 58/1985 precisa que “*la garantía constitucional de la fuerza vinculante implica, en su versión primera y esencial, la atribución a los convenios colectivos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo de aquéllos se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en sus ámbitos de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización, ni necesitar el complemento de voluntades individuales*”.

<sup>9</sup> Cfr. González Ortega, S., “La negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en AA.VV., Coordinador Alarcón Caracuel, M.R., *Constitución y Derecho del Trabajo, 1981-1991: análisis de diez años de jurisprudencia constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1992, pág. 395, quien afirma que el derecho a negociar colectivamente no es un derecho de naturaleza legal sino constitucional, ejercitable por tanto sin mayor apoyo normativo por las representaciones de trabajadores y empresarios.

<sup>10</sup> Vid Alzaga Ruiz, I., “La negociación colectiva en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 73, 2008, pág. 322.

No obstante, el fomento de la negociación colectiva<sup>11</sup>, más aún tras las sentencias del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero, debe ser conectado con los posibles límites constitucionales a la misma. Es en este nuevo contexto en el que se quiere focalizar nuestro análisis, pues difícilmente se puede entender que las reformas realizadas en 2011 y más aún en 2012 sobre instituciones básicas del sistema de negociación colectiva constituyen una forma de promoción del derecho a la negociación colectiva<sup>12</sup>. El legislador infraconstitucional debe respetar el contenido esencial del derecho<sup>13</sup>, tal y como establece el artículo 53.1 CE, sin que se pueda producir un grave menoscabo en las condiciones de ejercicio del mismo. Sin embargo, algunas modificaciones legislativas incluidas en la Ley 3/2012 afectan a la propia esencia del derecho a la negociación colectiva, al implantarse medidas que han alterado el modelo de negociación colectiva, tales como las reglas que ordenan la estructura de la negociación colectiva, el descuelgue de las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo y la restricción de algunos contenidos susceptibles de negociación, como la duración del período de prueba vinculado al contrato indefinido de apoyo a emprendedores. Son éstos pilares básicos que coadyuvan a identificar el propio modelo de negociación colectiva, desde un punto de vista estructural, procedimental y funcional, y desde la jurisprudencia constitucional no se ha objetado que sea la Ley la que regule estos aspectos fundamentales del ejercicio material del derecho, siempre y cuando se respete su contenido esencial. Es en este punto, en el que ponderando el contenido de la reforma legislativa realizada, en conexión con la jurisprudencia constitucional precedente y la resultante de las sentencias 119/2014 y 8/2015, debemos valorar el encaje constitucional de una intervención legislativa de este calibre y sus efectos sobre el modelo de negociación colectiva.

En una aproximación inicial a la cuestión, si se analiza el contenido de la exposición de motivos de la Ley 3/2012 se deduce una primera evidencia, cuál

<sup>11</sup> Que también se aprecia en la normativa internacional, Convenio OIT núm.154, de 1981, sobre fomento de la negociación colectiva.

<sup>12</sup> En este sentido vid Garrido Pérez, E., “Estructura y concurrencia en la negociación colectiva”, en AA.VV., *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo*, Cinca, Madrid, 2015, pág. 220.

<sup>13</sup> Entre otras, vid STC 11/1981, de 8 de abril, que precisa su definición como “*aquella parte del contenido del derecho sin la cual éste pierde su peculiaridad, no resultando reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo*”, esto es, la parte del contenido que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a sus titulares la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga.

es que en la misma no se encuentra referencia alguna al artículo 37 CE, y sí al artículo 38 CE. A ello hay que adicionar que resulta difícil diferenciar entre las transformaciones que traen causa en los cambios que se están generando por la deteriorada situación económica y de empleo de los últimos años y las que son inducidas por los cambios normativos, así como entre las que son coyunturales y las que son estructurales y, probablemente, se instalarán en nuestro sistema de forma permanente.

En definitiva, el Tribunal Constitucional, en sus sentencias 119/2014 y 8/2015, enfatiza la justificación de uno de los cambios más relevantes de la reforma laboral de 2012, el que afecta al modelo de derecho a la negociación colectiva, afirmando que el artículo 37.1 CE reconoce el derecho, señala quiénes son sus titulares (los representantes de trabajadores y empresarios) y establece la eficacia del resultado de la actividad negocial (fuerza vinculante de los convenios), correspondiendo al legislador cumplir un papel activo en la concreción y desarrollo del derecho a la negociación colectiva, y todo ello sin perjuicio de que pueda establecer restricciones a la fuerza vinculante de los convenios colectivos amparadas por la coyuntura económica y en aras de la protección o preservación de otros derechos, valores o bienes constitucionalmente protegidos o intereses constitucionalmente relevantes<sup>14</sup>. Por ende, según el TC, el legislador dispone de un amplio margen de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva y ello se refleja en elementos controvertidos tales como la opción por un sistema de negociación colectiva centralizado o descentralizado, correspondiendo al legislador ordenar los resultados del proceso de negociación y determinar las reglas de concurrencia y articulación de convenios, así como la opción por ampliar o restringir el margen de la autonomía colectiva en la fijación de la estructura negocial, en la ordenación de la eficacia y vinculabilidad de los convenios y en la determinación de los contenidos negociables. El alcance de esta línea interpretativa es de tal entidad que se hace preciso contrastar esta argumentación que avala la opción legislativa plasmada en la Ley 3/2012, concediendo a la Ley unos márgenes de intervención hasta entonces restringidos, confirmando la constitucionalidad del cambio legislativo efectuado sobre los titulares, la eficacia y el modo de ejercicio del derecho a la negociación colectiva y haciendo más compleja la relación entre Ley y convenio colectivo, con el espacio atribuido constitucionalmente a la autonomía colectiva y con el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva. La pretensión última es

<sup>14</sup> Cfr. Martín Valverde, A., “La reforma del mercado laboral de 2012 se ajusta a la Constitución (análisis de la Sentencia del Tribunal Constitucional 119/2014, de 16 de julio)”, *Actualidad Laboral*, n°12, 2014, epígrafe V.

consiguientemente analizar los efectos que tiene para el modelo de negociación colectiva esta forma de intervencionismo legal con normas de Derecho necesario absoluto<sup>15</sup>, inmodificables, en materias neurálgicas como la definición de la estructura de la negociación colectiva, el régimen jurídico de las excepciones a la fuerza vinculante del convenio o determinadas restricciones a los contenidos negociables.

### 3. ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Premisa de partida en esta materia es que el estudio de la evolución y estado actual del modelo de negociación colectiva, y particularmente de su estructura, es un tema de enorme complejidad. Desde años atrás se afirma que la negociación colectiva española está petrificada, pues no cabe duda de que factores históricos de diversa naturaleza perfilaron la constitución de una determinada unidad de negociación y la misma ha pervivido a lo largo de años, tanto en lo que se refiere a su ámbito de aplicación como en lo que afecta al contenido de sus cláusulas, a pesar de las múltiples modificaciones normativas que se han venido sucediendo en la evolución de nuestro sistema de relaciones laborales. En paralelo, de forma mayoritaria se diagnostica que el sistema de negociación colectiva español presenta importantes problemas<sup>16</sup> y disfunciones, esencialmente en lo relativo a la atomización de los niveles negociales y a la descoordinación y desarticulación entre las distintas unidades negociales.

En este contexto, hasta la reforma laboral de 2012 la definición de la estructura de la negociación colectiva era dejada en manos de los propios agentes sociales, quienes, en ejercicio de su autonomía colectiva, estaban legitimados para diseñar libremente la estructura y articulación entre los convenios, limitando su libertad el legislador únicamente con la siguiente prescripción: vigente

<sup>15</sup> Que incluso son adoptadas a sensu contrario de lo acordado por los interlocutores sociales. Evidencia clara de este resultado es el desconocimiento en el RDL 3/2012 de lo acordado por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el II Acuerdo Nacional para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012,2013 y 2014, de 25 de enero de 2012. Cfr. Al respecto, Moreno VidA, N., “Concertación social y negociación colectiva”, en AA.VV., Dirección Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, N., Coordinación Tomás Jiménez, N., *El sistema de negociación colectiva en España*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 182.

<sup>16</sup> Ampliamente, Cairós Barreto, D., *La articulación y concurrencia de convenios colectivos*, Bomarzo, Albacete, 2012; Mercader Uguina, J., “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: la reforma de la Ley 3/2012”, en AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del RDL 3/2012*, Lex Nova, Valladolid, 2012, pág. 420.

un convenio colectivo no podía quedar afectado por lo dispuesto en otro de ámbito distinto. Sin embargo, tras el RDL 3/2012 se produce un giro en el reparto de funciones entre heteronomía y autonomía respecto a la estructura de la negociación colectiva, estableciéndose imperativamente por Ley, tras la modificación del artículo 84.2<sup>17</sup> del entonces vigente Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), la prioridad aplicativa del convenio de empresa en una serie de materias nucleares<sup>18</sup>.

Si del artículo 37.1 CE se deriva la prohibición de un intervencionismo excesivo del Estado en el espacio de la autorregulación colectiva<sup>19</sup>, se hace preciso analizar si la opción legislativa introducida, aun avalada por el Tribunal Constitucional, es necesaria, oportuna e idónea, y encaja sin fisuras con los derechos constitucionales, así como las potenciales repercusiones de esta imposición legal en el modelo de negociación colectiva.

### 3.1. La opción legislativa a favor del nivel de empresa

En el estudio de la configuración legal de nuestro modelo y estructura de la negociación colectiva son preceptos centrales los artículos 83 y 84 ET. Es la reforma de 2011<sup>20</sup> la que lleva a cabo una primera modificación de los artículos 83.2 y 84 ET, introduciendo reglas que incrementan la descentralización de la

<sup>17</sup> Actualmente se trata del artículo 84.2 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores (ET).

<sup>18</sup> La prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa se restringe a determinadas materias, y la interpretación de la extensión de las mismas debe ser estricta. Entre las materias señaladas se encuentran las siguientes: “a) *La cuantía del salario base y los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa;* b) *El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos;* c) *El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen del trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones;* d) *La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores;* e) *La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios colectivos de empresa;* f) *Las medidas que favorecen la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal y g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a los que se refiere el artículo 83.2 ET”.* Es decir, estos convenios o acuerdos podrán ampliar las materias establecidas, pero nunca reducirlas.

<sup>19</sup> En este sentido Monereo Pérez, J.L., “Modelo constitucional del derecho a la negociación colectiva”, en AA.VV., Dirección Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, N., Coordinación Tomás Jiménez, N., *El sistema de negociación colectiva en España*, Aranzadi, Pamplona, 2013, pág. 119.

<sup>20</sup> Articulada en el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

negociación colectiva y su capacidad de adaptación a los cambios. Así, en esta reforma se inaugura la apuesta por priorizar la aplicación del convenio colectivo de empresa respecto de determinadas materias, si bien supeditada a que los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos marco no establecieran otra cosa<sup>21</sup>, constituyendo eso sí un importante primer intento de alterar el modelo de negociación colectiva.

El siguiente paso en la evolución de las iniciativas reguladoras de la estructura negocial lo constituye el II Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-2013-2014, concluido en enero de 2012, en cuyo contenido los sujetos sociales reivindican su propio espacio regulador, diseñando un modelo que concede protagonismo a los convenios colectivos de ámbito Estatal y de Comunidad Autónoma en la articulación y vertebración de la negociación colectiva. Este Acuerdo a la vez apuesta por la pervivencia del nivel sectorial provincial, ampliamente implantado en ámbitos en los que abundan las pequeñas y microempresas, e introduce fórmulas de descentralización, previendo la negociación a nivel de empresa de materias centrales como el salario, la jornada y las funciones, habida cuenta de que el propio Acuerdo considera el ámbito de empresa como el más adecuado para fijar las reglas y contenidos relativos a estas materias. Por lo tanto, se deduce que las organizaciones más representativas pretendían conservar el predominio tradicional de los convenios sectoriales, aunque admitían la posibilidad de buscar fórmulas de coordinación material entre aquellos y los convenios de empresa.

Ahora bien, las insuficiencias atribuidas a la reforma de 2011 desde distintas instancias<sup>22</sup>, junto a la persistencia de la crisis económica y la necesidad de que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para

<sup>21</sup> Por consiguiente, dada la naturaleza dispositiva del precepto legal, siguió prevaleciendo lo establecido en el nivel Estatal o de Comunidad Autónoma, tratándose, por tanto, de una promoción limitada de la negociación colectiva de empresa. Vid al respecto Calvo Gallego, J., “El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura de la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, nº120/2013, pág.140.

<sup>22</sup> Desarticulación e insuficiente grado de descentralización constituyen para las más influyentes instituciones económicas de carácter internacional las principales debilidades de nuestro sistema de negociación colectiva. Nos referimos, entre otras, a la opinión hecha pública por organizaciones como el Fondo Monetario Internacional *en documentos como el denominado Spain: Selected Issues, July 2011, IMF Country Report n° 11/216*”, disponible en <http://www.imf.org/external/pubs/ft/scr/2011/cr11216.pdf>. En sentido similar, la Comisión Europea consideraba un obstáculo para la salida de la crisis la inadecuada estructura de la negociación colectiva española. En concreto, se califica el sistema como difícil de controlar e insuficiente.

adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de las empresas, sirven de fundamento a la reforma de 2012<sup>23</sup>.

La reforma de 2012, articulada a través del RDL 3/2012, de 20 de febrero, y de su homóloga Ley 3/2012, de 6 de julio, incide sobre aspectos diversos de la negociación colectiva, concurrencia, ultraactividad, descuelgue, etc..., influida por factores jurídicos y extrajurídicos –de tipo económico, sociológico e histórico-<sup>24</sup>. En su misma exposición de motivos ya anuncia de forma clara que unos de sus objetivos explícitos es *“procurar que esta sea un instrumento, y no un obstáculo para adaptar las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviesa la empresa”*, a lo que hay que añadir que en lo referente a la estructura de la negociación colectiva se busca incidir en ella, *“otorgando prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios en una serie de materias que se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo”*. Es decir, lo que se pretende es la gestión flexible de las condiciones de trabajo que, desde el punto de vista de su fuente reguladora, se entiende más fácil si proceden de un convenio colectivo de empresa que de una norma convencional de ámbito superior. La pretensión legal declarada es fomentar la negociación colectiva a nivel de empresa, para facilitar la adaptación de las condiciones de trabajo al concreto contexto empresarial, incrementando la flexibilidad en la gestión de las relaciones laborales y evitando con ello la destrucción de empleo. Si bien, junto a estos objetivos explícitos se hallan otros implícitos, como son la reducción de costes laborales y, particularmente, la devaluación salarial que, vía negociación colectiva empresarial, se presume más factible<sup>25</sup>.

cientemente descentralizado, y se señala la conveniencia de reducir el protagonismo de los convenios provinciales y sectoriales en beneficio del ámbito empresarial. *“Recommendation for a Council Recommendation on the National Reform Programme 2011 of Spain and delivering a Council opinion on the updated Stability Programme of Spain, 2011-2014”*, Bruselas, 7.6.2011, SEC(2011) 817

<sup>23</sup> Cruz Villalón, J., “El impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, nº 120, 2013, pág.6.

<sup>24</sup> Es por ello que se afirma que el diseño de la estructura de la negociación colectiva es producto de actuaciones multinivel. Véase Mercader Uguina, J., “La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: La reforma de la Ley 3/2012”, en AA.VV. *La reforma del mercado laboral*, op. cit., pág. 420. Ejemplo de lo que se quiere indicar es la influencia de la estructura de las propias organizaciones sindicales y empresariales en la estructura de la negociación colectiva.

<sup>25</sup> Vid Calvo Gallego, J., “El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura...”, op.cit., pág.145.

Eso sí, siendo clara la opción legislativa de fomentar la negociación colectiva de empresa la misma deja, no obstante, sin aclarar ni perfilar problemas diversos que también afectan a determinados elementos propios y sustanciales de la misma. En concreto la reforma parece centrada en la dualidad convenio sectorial-convenio de empresa, olvidando otros niveles y ámbitos de negociación para los que la normativa anterior, con mayores o menores defectos o insuficiencias, sí preveía determinadas reglas de concurrencia. Así, si bien la prioridad aplicativa del convenio de empresa se reconoce igualmente a los convenios negociados en el ámbito de un grupo de empresas, e incluso a los que afectan a una pluralidad de empresas “*vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas*”, sin embargo no se detiene el legislador a ordenar de forma expresa la estructura de la negociación colectiva en ámbitos inferiores a la empresa, debiendo considerarse que en la medida en la que los acuerdos y pactos de empresa no se ajustan de forma fidedigna al procedimiento de negociación establecido en el título III ET, no les deben resultar aplicables las reglas de concurrencia y articulación fijadas en el artículo 84 ET<sup>26</sup>.

En definitiva, la construcción legal vigente diseña una estructura negocial ubicada entre dos niveles, sectorial estatal, y autonómico en su caso, y empresa. El primero, pensado para aplicar a sectores y empresas –micro y pymes- desprovistas de convenio. Y el segundo, orientado a nuevos espacios, unidades de negociación, con objeto de obtener una mejora de la competitividad y un incremento de la productividad, pretendiendo convertir la empresa en sede natural para la toma de decisiones, con los consiguientes riesgos de inividualización que ello conlleva en pequeñas empresas desprovistas de una representación estable de los trabajadores. Y baste efectuar un somero recorrido por la práctica convencional para comprobar cómo este esquema legal está siendo reproducido en bastantes convenios colectivos sectoriales estatales<sup>27</sup>, cuya estructura no contempla la existencia de convenios de ámbito superior a la empresa, ni infe-

<sup>26</sup> En este sentido Cruz Villalón, J., Rodríguez Ramos Velasco, P., Gómez Gordillo, R., Y Ferradans Caramés, C., *La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2015, pág.46. En este caso, al aludir el legislador a convenios de empresa queda claro que bajo tal concepto no cabe incluir todo el variado conjunto de pactos y acuerdos de empresa que desde la reforma laboral de 1994 juegan un rol cada vez más importante en la regulación de las relaciones laborales que se desarrollan en dicho ámbito.

<sup>27</sup> Vid por ejemplo Convenio colectivo del sector de Fabricación de Alimentos Compuestos para Animales 2014-2015 (BOE 21 de agosto de 2014), art.6 bis, que en relación a la concurrencia de convenios señala que “*el convenio tiene prioridad aplicativa en todos y cada uno de sus conte-*

riores al nivel estatal, y previendo un número importante de convenios sectoriales un reparto de funciones y/o materias entre ambos niveles (modelo centralizado-descentralizado), de forma acorde a la estructura legal diseñada.

Ahora bien, ello no obsta a que otros convenios sectoriales contemplen una estructura de reparto más compleja, en la que concurren niveles intermedios entre el estatal y el empresarial<sup>28</sup>, previéndose su coordinación y permitiéndose la coexistencia de más ámbitos de negociación. Tras este reparto de materias normalmente sale reforzado el convenio colectivo sectorial estatal, fijándose una progresiva atribución de materias a este ámbito, permitiéndose desarrollar en la empresa lo dispuesto en el mismo, y respetándose en todo caso la prioridad aplicativa parcial del convenio colectivo de empresa tal y como exige la Ley.

Por lo tanto, en el nivel sectorial se siguen acordando cláusulas que ordenan la estructura de la negociación, procurando conseguir una cierta homogeneización de las condiciones de trabajo, y expresando la preferencia de los negociadores por el nivel superior, lo que se manifiesta en la inclusión de pactos que, por ejemplo, indican que el convenio colectivo sectorial estatal constituye referencia eficaz para establecer las relaciones laborales de la rama de actividad, un mínimo de derecho necesario, o proponiendo que las empresas con convenio propio se remitan a las materias reguladas por el convenio sectorial estatal, en calidad de derecho supletorio<sup>29</sup>, o que no violen los mínimos dispuestos en la negociación sectorial. Es decir, no se intuye en la dinámica negocial un cambio radical en el equilibrio preexistente entre convenios sectoriales y empresariales, salvo la continua alusión a la promoción de la negociación colectiva empresarial, a la preferencia aplicativa parcial del convenio de nivel empresarial<sup>30</sup> y, por ende, la efectividad real de la modificación legal impuesta por vía heterónoma es atemperada por los propios sujetos sociales, que hasta la reforma de 2012

*nidos respecto de otras unidades de negociación de ámbito inferior, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 84.2 ET”.*

<sup>28</sup> Vid por ejemplo Convenio colectivo General de la Industria Salinera 2014-2016 (BOE de 16 de diciembre de 2014) que conforme al principio de jerarquía normativa dispone “la prevalencia del convenio general y, posteriormente de los acuerdos sectoriales nacionales, en su caso, sobre los convenios sectoriales provinciales y sobre los convenios de empresa, salvo en cuanto a estos últimos respecto de las materias señaladas en el artículo 84.2ET”.

<sup>29</sup> Por ejemplo, Convenio colectivo General del Sector de Servicios de Asistencia en Tierra en Aeropuertos 2014-2015 (BOE de 21 de octubre de 2014).

<sup>30</sup> En este sentido Garrido Pérez, E., “Estructura y concurrencia en la negociación...”, op.cit., pág. 277.

definían la estructura de la negociación colectiva y las reglas de coordinación y articulación, asumiendo los efectos de la centralización o descentralización consiguientes de conformidad con su libertad de contratación.

Es evidente que con la redacción introducida en el artículo 84.2 ET<sup>31</sup> se está impulsando la descentralización de la negociación colectiva, para favorecer su adaptación a las exigencias del mercado, lo que es admisible en el actual contexto económico y ajustado a un canon de constitucionalidad en el que puede encajar un modelo de negociación colectiva descentralizado. Ahora bien, a esta opción legislativa la acompaña su indisponibilidad por los sujetos sociales, propiciando un potencial ataque a la autonomía colectiva y a la negociación que puede ordenar la estructura negocial y el reparto de materias que se requiere en cada momento y en cada sector. Además, con esta opción legislativa probablemente se reduzcan las posibilidades de tener una estructura convencional centralizada y articulada, ya que se facilita la adopción de convenios colectivos de empresa y acuerdos de empresa cada vez más desvinculados de los convenios sectoriales. Con ello, se pretende la introducción de flexibilidad en los instrumentos colectivos, en aras de la mayor adaptación posible de las condiciones de trabajo a la situación real de las empresas y a la consecución de la mayor productividad y competitividad. Con esta fórmula legal probablemente se facilita que las empresas se aparten del convenio de nivel superior, para empobrecer las condiciones pactadas a ese nivel, a través de la suscripción de un convenio de empresa, que no va a tener una vigencia coyuntural en función de las dificultades por las que atraviesa la empresa, sino estructural, con vocación de permanencia.

Transcurrido un cierto tiempo desde que las reformas son aprobadas, resulta obligado atender a las labores de interpretación normativa que de manera progresiva realizan las distintas instancias judiciales. En esta línea se incardinan

<sup>31</sup> Efecto reflejo de la opción de incentivar la negociación de empresa es el hecho de que en algunas de las últimas reformas realizadas, concretamente en el RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores, se puede constatar cómo determinadas llamadas y/o remisiones que anteriormente se realizaban por la Ley del Estatuto de los Trabajadores a la negociación colectiva sectorial han sido sustituidas por llamadas a la negociación colectiva de forma más amplia. Por ejemplo, en la nueva regulación del contrato a tiempo parcial introducida por la norma reseñada, el artículo 12.4.b) ET establece lo siguiente “*cuando el contrato a tiempo parcial conlleve la ejecución de una jornada inferior a la de los trabajadores a tiempo completo y ésta se realice de una forma partida, sólo será posible efectuar una única interrupción en dicha jornada diaria, salvo que se disponga otra cosa por convenio colectivo*”, cuando la previsión precedente se remitía a los convenios colectivos sectoriales o, en su defecto, de ámbito inferior.

los trascendentes pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional que, fundamentalmente en sus sentencias 119/2014, de 16 de julio, y 8/2015, de 22 de enero, da por válida la nueva previsión de la prioridad del convenio colectivo de empresa en el elenco de materias enunciadas en el artículo 84.2 ET, no alterable por los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos del artículo 83.2 ET e indisponible, por tanto, para la propia negociación colectiva. Y todo ello, a pesar de que lo avalado constitucionalmente choca con principios, reglas e intereses que fueron atendidos por los agentes sociales en su autónomo diseño del modelo y estructura de la negociación colectiva en el Acuerdo concluido en enero de 2012, lo que conlleva a respaldar una opción legislativa que sustrae a los sujetos sociales el poder para ordenar sus relaciones negociales y supone un potencial ataque al modelo de negociación y a los equilibrios precedentes en sede de estructura.

### 3.2. La valoración del Tribunal Constitucional

En sentencia dictada por el Tribunal Constitucional el 16 de julio de 2014, se dilucida, entre otras cuestiones, la constitucionalidad de que la Ley otorgue prioridad aplicativa a los convenios de empresa frente a los de sector, así como de que impida a los convenios colectivos y acuerdos interprofesionales disponer de la prioridad aplicativa y garantizar así que los convenios de empresa puedan negociarse en cualquier momento de la vigencia de otro de ámbito superior. A juicio del recurrente, el letrado del Parlamento de Navarra, *“se lleva al extremo la descentralización, estableciendo así un nuevo modelo de negociación que relega a un residual papel secundario a los convenios colectivos estatales, autonómicos y provinciales, ninguneando el papel de quienes ex constitutione, constituyen los sujetos colectivos llamados a ser los protagonistas de la concertación laboral”*<sup>32</sup> y existe, por tanto, una vulneración del derecho a la negociación colectiva y de la fuerza vinculante de los convenios que ampara el artículo 37.1 CE.

<sup>32</sup> El recurrente abunda en la idea exponiendo que *“con el único argumento de la productividad y la competitividad, se desconocen las funciones superiores de los convenios de ámbito superior: la económica, según la cual la negociación colectiva ha de contribuir a asegurar de forma transparente una competencia leal de las empresas, neutralizando el eventual dumping derivado de la rebaja en la calidad y coste de las condiciones laborales; y por otra parte la política, conforme a la cual la autonomía colectiva ha de actuar como instrumento principal de ordenación del mercado de trabajo, logrando la mejora de las condiciones laborales y, en definitiva, el progreso y la cohesión social”*.

Sin embargo, según el Tribunal Constitucional, de conformidad con la argumentación expuesta en el fundamento jurídico 6º de la sentencia reseñada, la descentralización de la negociación colectiva constituye un objetivo que el legislador puede legítimamente pretender, atendiendo a las consideraciones de política social y económica que estime relevantes, en este caso la defensa de la productividad y viabilidad de la empresa y del empleo, sin que ello suponga la vulneración de los artículos 37.1 CE y 28.1 CE.

Desde esta perspectiva, la opción por un intervencionismo legal intenso puede suponer la erosión del poder negociador de los agentes sociales en el sistema de negociación colectiva, y en particular de la acción sindical de los sindicatos. En este sentido, el voto particular realizado por el Magistrado Valdés Dal Ré considera que la sentencia no ha ponderado suficientemente la relación de las cuestiones en *litis* con el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y a la libertad sindical, y que resulta impreciso utilizar la productividad como canon de constitucionalidad de las medidas legales establecidas, en tanto que aquél es un concepto económico que entra en el marco jurídico como concepto indeterminado y de necesaria configuración legal. A juicio del magistrado que formula el voto particular no existe justificación a que el artículo 38 CE sirva simultáneamente como fundamento constitucional tanto del ejercicio de la libertad de estipulación contractual colectiva como de la restricción y limitación de esta misma libertad, y lo que verdaderamente se pretende es permitir que se implanten unas condiciones salariales o de tiempo de trabajo menos favorables que las fijadas en el convenio de vigencia originaria, ya sea de nivel sectorial o empresarial, trasladando el poder normativo convencional existente a nivel provincial, del que son titulares las organizaciones sindicales y empresariales, al que surge de la negociación colectiva en la empresa<sup>33</sup>. Con ello, no se obtiene una descentralización contractual articulada, sino disgregada y atomizada, sin que exista justificación objetiva y razonable para restringir mediante la nueva regla introducida en el artículo 84.2 ET la libertad de estipulación contractual colectiva, lo que, a su juicio, contraría los artículos 37.1 y 28.1 CE, en la medida

<sup>33</sup> En Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015-2016-2017 (BOE de 20 de junio de 2015), concluido por CEOE, CEPYME, UGT y CC.OO., que precisa que los convenios colectivos sectoriales deberán propiciar la negociación en la empresa de jornadas, funciones y salario, por ser éste el ámbito más adecuado para configurar estos conceptos, potenciando la intervención de las secciones sindicales, ello sin perjuicio de otras alternativas complementarias en los convenios de empresa, como son los acuerdos o pactos de empresa suscritos por sujetos legitimados según el artículo 87.1 ET.

en la que se limita la negociación colectiva de titularidad sindical y, a mayor abundamiento, se impide a los convenios colectivos y acuerdos interprofesionales de nivel superior disponer la regla que establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa, lo que supone un obstáculo al ejercicio de la acción sindical<sup>34</sup>.

En el epicentro de la cuestión se encuentra la precisión de los márgenes que tiene la Ley para configurar el derecho constitucional a la negociación colectiva. El TC entiende que el legislador ha intervenido en un campo en el que tiene amplios márgenes, y para confirmar la constitucionalidad de las medidas legales adoptadas no ha ponderado el respeto al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y, en su caso, a la libertad sindical, sino el alcance y contrapeso de otros preceptos constitucionales, los artículos 38 y 40.1 CE, respaldando que las medidas legales adoptadas son idóneas, necesarias y proporcionadas a los fines perseguidos en la muy negativa coyuntura económica existente<sup>35</sup> en 2012 y propiciando un cambio de modelo de negociación sin tener en consideración los condicionantes constitucionales, los perfiles del contenido esencial del derecho que fijan fronteras a la intervención legislativa<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> El Voto particular trae a colación el informe final emitido por el Consejo de Administración de la OIT, en marzo de 2014, sobre varias quejas formuladas por diferentes organizaciones sindicales españolas, entre otras sobre el contenido del artículo 84.2 ET, señalando cómo “*El Comité (de Libertad Sindical) constata que la elaboración de procedimientos que favorecen de manera sistemática la negociación descentralizada de disposiciones derogatorias menos favorables que las disposiciones de nivel superior puede desestabilizar globalmente los mecanismos de negociación colectiva así como las organizaciones de empleadores y de trabajadores y debilita la libertad sindical y la negociación colectiva en violación de los principios consagrados en los convenios núms. 87 y 98*”. Concluyendo el voto particular que los artículos 28.1 y 37.1 CE “*habilitan a las organizaciones sindicales a planificar y programar la estructura de la negociación colectiva en un sentido acorde a sus intereses, debiendo descalificarse, por inconstitucional, las formas más extremas de dirigismo estatal, que no otra finalidad cumplen que la de restringir derechos constitucionales sin más bagaje justificativo que el que ofrece o puede ofrecer en cada momento la oportunidad política*”.

<sup>35</sup> A favor del diagnóstico y la argumentación realizada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 119/2014, García Murcia, J., “La reforma laboral de 2012 ante el Tribunal...”, op.cit., pág. 301, que considera que “*no es extraño que el TC valore la legislación relativa a las relaciones de trabajo no sólo desde los pivotes constitucionales de contenido laboral, sino también desde las exigencias de la “Constitución económica” (art. 38 CE)*”, pues la acción legislativa debe atender a los intereses generales de la sociedad y no sólo a intereses de parte o de grupo.

<sup>36</sup> Al respecto vid Cruz Villalón, J., “Interrogantes y equívocos...”, op.cit., pág. 309, que resalta que, en varias ocasiones, la simple apelación a la defensa de la libertad de empresa y a la tutela de la productividad se convierten en justificación para cualesquiera límites o incluso vacia-

## 4. DESCUELGUE DE CONDICIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO

### 4.1. La nueva configuración legal del descuelgue

Otra de las instituciones en la que la reforma de 2012 ha generado un cambio sustancial, cuya constitucionalidad ha sido dilucidada en sede del TC, es el descuelgue del convenio colectivo. Con esta medida se consigue favorecer la flexibilidad interna, dado que se permite la adaptación de las reglas colectivas a los cambios sobrevenidos y a la vez se dota de mayor protagonismo al ámbito empresarial, pues tal y como indica la exposición de motivos de la Ley 3/2012 se pretende “*la adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas por las que atraviesa la empresa*”, contribuyendo la inaplicación del convenio a “*facilitar la adaptación de los salarios y otras condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial*”<sup>37</sup>. En este marco se instaura un modelo con notas comunes con los procedimientos colectivos de movilidad geográfica, modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, suspensiones contractuales y reducciones de la jornada de trabajo, y despido; un modelo en el que se generaliza la exigencia de unas causas legitimadoras, económicas, técnicas, organizativas o de producción, de unos procedimientos y de unas consecuencias derivadas de la operatividad de tales vicisitudes<sup>38</sup>.

El artículo 82.3 ET resultante de la reforma, que extiende su operatividad al descuelgue de los convenios de ámbito sectorial y empresarial y a un elenco

mientos del derecho expresamente constitucionalizado, sin mención alguna a cuál es el contenido esencial del derecho.

<sup>37</sup> Asimismo, en el AENC-II concluido en enero de 2012, ya se vinculaba la inaplicación del convenio con la crisis económica, afirmándose que “*la actual coyuntura económica y el altísimo nivel de desempleo, así como las perspectivas sobre su evolución inmediata, hacen preciso adoptar medidas de carácter excepcional y con proyección temporal limitada a la actual coyuntura, dirigidas a evitar una evolución negativa de la empresa que afecte al mantenimiento del empleo. En este contexto, con el objetivo de asegurar el mantenimiento del empleo y como instrumento de flexibilidad interna que evite los expedientes de regulación de empleo (...) se somete a la consideración de los legitimados para suscribir convenios colectivos sectoriales, la conveniencia de incluir cláusulas de inaplicación temporal negociada de determinadas condiciones de trabajo*”.

<sup>38</sup> Cfr. De forma amplia y detallada, Cruz Villalón, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, Revista de Derecho Social, nº57, 2012; Gorelli Hernández, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*, Comares, Granada, 2013.

de materias mucho más amplio que el del precedente descuelgue salarial<sup>39</sup>, condiciona su aplicación a la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, precisando de forma bastante flexible la definición de las primeras, con el objeto de facilitar la aplicación de este precepto y posibilitar una mayor utilización de esta medida por el empresario. En cuanto al procedimiento debido, no es posible la operatividad de esta medida a instancia unilateral del empresario, siendo indispensable desarrollar de buena fe un período de consultas-negociación conducente a la conclusión de un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. En caso de acuerdo<sup>40</sup>, se producirá la sustitución de las condiciones fijadas en el convenio por las acordadas, debiendo precisarse las nuevas y su duración, así como su notificación tanto a la comisión paritaria del convenio como a la autoridad laboral a efectos de depósito. Por el contrario, en caso de no acuerdo, se abre una compleja sucesión de mecanismos dirigidos a la obtención final de un acuerdo, empezando por la posible sumisión de la discrepancia por cualquiera de las partes a la comisión paritaria del convenio; continuando, en caso de no intervención de la comisión o de no conclusión de un acuerdo en su seno, por el debido recurso a los procedimientos que para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, incluido el sometimiento a un arbitraje vinculante; y finalizando, en caso de fracaso de las fases anteriores, con el posible impulso a instancia de cualquiera de las partes de la solución de la controversia por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) o de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas según el ámbito territorial del procedimiento, abriéndose en este caso la posibi-

<sup>39</sup> El artículo 82.3 ET, de forma tasada, establece que pueden ser objeto de inaplicación las siguientes las siguientes materias convencionales: jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39, y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Asimismo, el precepto delimita de forma amplia las causas económicas habilitantes del descuelgue, señalando que aquéllas concurrirán *“cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso de entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior”*.

<sup>40</sup> Vid García Perrote Escartín, I., “Inaplicación de convenios colectivos: causas, procedimientos y efectos sobre las relaciones individuales de trabajo”, en AA.VV., Dir. Ramos Quintana, M., *La reforma sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo, Albacete, 2013, pág. 97 y ss.

lidad de atribuir la solución del conflicto a un árbitro designado por la misma Comisión Consultiva u órgano equivalente de carácter autonómico. Por lo tanto, ante la falta de acuerdo y la no solución del conflicto por otras vías autónomas, las partes pueden acabar sometándose a un arbitraje canalizado a través de la CCNCC u órgano similar de las Comunidades Autónomas, debiendo este último órgano decidir, sobre la base de las posturas de las partes, si existen o no las causas alegadas para iniciar el procedimiento de inaplicación.

Es éste el epicentro de la discusión sobre esta institución en sede constitucional. En la relación entre Ley y convenio colectivo, este último debe sujetarse al principio de jerarquía normativa, y adecuarse a lo establecido en las normas de superior rango jerárquico, pero la recepción de esta opción legislativa conlleva la posible existencia de decisiones administrativas que autorizan la inaplicación singular de disposiciones contenidas en convenios colectivos, lo que puede tener como correlato el desconocimiento de la eficacia vinculante del convenio colectivo y, por ende, la lesión del derecho constitucional a la negociación colectiva y su contenido esencial.

#### **4.2. Juicio de constitucionalidad al arbitraje obligatorio que puede concluir un procedimiento de descuelgue**

El artículo 37.1 CE exige que la Ley establezca una regulación que garantice la fuerza vinculante de los convenios colectivos, habiendo entendido hasta ahora el TC que el contenido esencial de esta garantía está constituido por la fuerza jurídica imperativa y la inderogabilidad personal del convenio, que despliega su eficacia en las relaciones individuales de trabajo directamente (STC 58/1985, de 30 de abril). A estos efectos, no deben confundirse la fuerza vinculante del convenio, que emana de la Constitución, y la fuerza personal generalizada, su efecto *erga omnes*, que deriva de su reconocimiento legal. Es decir, el legislador infraconstitucional debe reconocer sea cual sea su opción legislativa la fuerza vinculante del convenio, su carácter de fuente del Derecho<sup>41</sup>. Ello no impide, sin embargo, que sea posible alterar las condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos, si determinadas circunstancias sobrevenidas así lo aconsejan o justifican. Manifestación de esta circunstancia es la inaplicación parcial de las condiciones del convenio regulada en el título III ET, que hasta la reforma del 12 admitía la inaplicación salarial de las condiciones pactadas en

<sup>41</sup> Ampliamente sobre la cuestión Monereo Pérez, JL., “Modelo constitucional del derecho a la negociación...”, *op.cit.*, págs. 104-108.

convenio siempre que hubiera causa económica que así lo justificara y se contara con la aceptación de los representantes del personal.

Sin embargo, las sentencias del TC 119/2014 y 8/2015, avalan, desde una perspectiva constitucional, la inaplicación no pactada –a través de un arbitraje obligatorio- de determinadas condiciones incluidas en los convenios colectivos ante situaciones económicas sobrevenidas. Con estos fallos se debilita la interpretación que hasta el momento había realizado el TC sobre la eficacia vinculante de los convenios colectivos, en la medida en que la modificación de los mismos no está sólo en manos de los negociadores que los pactaron, cambiando el criterio del Alto tribunal que en sentencias anteriores declaraba<sup>42</sup>, salvo en casos excepcionales, la inconstitucionalidad de arbitrajes públicos obligatorios que modificaban lo establecido en convenio y erosionando el poder negociador de los sujetos sociales en el sistema de negociación colectiva, más aún de los representantes de los trabajadores que quedan en una posición de mayor debilidad.

A mayor abundamiento, la opción legislativa implantada choca con el propio modelo de negociación colectiva acordado por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas. En este caso, no sólo existe una confrontación con el diseño autónomo plasmado por los agentes sociales en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012-14, que contemplaba la inaplicación pactada en la empresa de determinadas condiciones de trabajo acordadas en los convenios colectivos sectoriales, así como sus causas habilitantes; sino también con el concertado en el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales, suscrito el 7 de febrero de 2012, que apuesta por la mediación y el arbitraje voluntarios<sup>43</sup>.

Las sentencias del TC avalan la constitucionalidad de la decisión arbitral que finaliza el proceso de descuelgue sin acuerdo, acogiendo las alegaciones presentadas por el Abogado del Estado al recurso interpuesto, al afirmar que el laudo que en su caso se dicte tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas y será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET, es decir de forma similar a los convenios colectivos, y sin producir vulneración alguna del derecho a la tutela judicial

<sup>42</sup> Cfr. STC 11/1981, de 8 de abril.

<sup>43</sup> Eso sí, el artículo 8 del V Acuerdo precisa que el arbitraje puede ser obligatorio en los supuestos previstos en el convenio colectivo de referencia aplicable.

efectiva<sup>44</sup>. Asimismo, el TC señala que la justificación constitucional a la designación del árbitro obligatorio se encuentra, de forma acorde a lo establecido en la STC 11/1981<sup>45</sup>, en la concurrencia de una circunstancia excepcional como es la importante crisis económica que sufre España<sup>46</sup> desde años atrás. La STC 119/2014, de 16 de julio, en su fundamento jurídico 5º, indica que el artículo 37.1 CE exige al legislador la existencia de un sistema de negociación colectiva y una determinada eficacia de su resultado, esto es, la fuerza vinculante del convenio colectivo concluido. Pero ello no impide que el legislador pueda imponer restricciones a la fuerza vinculante de los convenios colectivos en aras de la protección o preservación de otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos o relevantes. Entre ellas se encuentra la previsión de un procedimiento, establecido en el artículo 82.3 ET, para modificar el contenido de los convenios en base a la concurrencia de circunstancias económicas, técnicas,

<sup>44</sup> El arbitraje obligatorio no resulta conforme al derecho a la tutela judicial efectiva cuando el control judicial sobre el laudo previsto en la Ley se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del asunto sometido a decisión arbitral (STC 174/1995, de 23 de noviembre). Y según el artículo 91 ET “*Estos acuerdos y laudos serán susceptibles de impugnación por los motivos y conforme los procedimientos previstos para los convenios colectivos*”, específicamente cabrá el recurso contra el laudo arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión. Asimismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 163.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la Jurisdicción Social, será posible la impugnación judicial por considerar que la decisión o laudo arbitral “*conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros*”, lo que, a juicio del Abogado del Estado, permite a los tribunales realizar un control pleno sobre la decisión o laudo arbitral.

<sup>45</sup> La STC 11/1981, de 8 de abril, declaró inconstitucional un arbitraje público obligatorio que se preveía en el procedimiento para la solución de los conflictos colectivos económicos o de intereses, que contemplaba que en caso de que las partes no llegaran a acuerdo, ni se sometieran a arbitraje voluntario, la autoridad laboral dictaría laudo de obligado cumplimiento, resolviendo sobre todas las cuestiones planteadas. La STC 119/2014 se separa de la misma aduciendo, por un lado, que la CCNCC no es “propia” la autoridad administrativa laboral, al tener una composición paritaria y tripartita y, por otro, que el arbitraje de la autoridad laboral objeto de la STC 11/1981 no estaba sujeto a límites causales ni materiales. E igualmente, esta STC de 16 de julio de 2014 descarta que el supuesto en litis sea equiparable al enjuiciado en la STC 92/1992, de 11 de junio, en la que se analizaba si el arbitraje previsto en el artículo 41 ET (que reconocía a la autoridad laboral la facultad de aprobar modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo cuando concurrían determinadas causas) era constitucional o no, declarándose la constitucionalidad de la norma en tanto se interpretara que dicha potestad administrativa de modificación no alcanzaba a las condiciones pactadas en convenio colectivo.

<sup>46</sup> Según la STC 119/2014, la excepcionalidad de las circunstancias es debida, por una parte, a la actual situación de crisis económica aguda, que exige un esfuerzo extraordinario en defensa de la viabilidad y productividad de las empresas que han sobrevivido, para favorecer el incremento del empleo y las necesidades crecientes de financiación estatal para atender a su cobertura; y, por

organizativas o de producción que lo exijan. Esta excepción a la fuerza vinculante del convenio se justifica, según el TC, por la necesidad de adaptar las condiciones laborales a las circunstancias sobrevenidas que concurren en la empresa tras la adopción y aplicación del convenio, ante el riesgo de que el mantenimiento de las condiciones pactadas pueda poner en peligro la estabilidad de la empresa y el empleo.

Por lo tanto, el TC nuevamente utiliza como canon de constitucionalidad la ponderación del derecho a la negociación colectiva con derechos de corte más economicista reconocidos en los artículos 38 y 40.1 CE, y concluye considerando que la medida discutida es razonable, supera un test de proporcionalidad, y sirve con su aplicación al fin de salvaguardar la competitividad y viabilidad empresarial y al mantenimiento del empleo, sin hacer referencia alguna al necesario respeto por el legislador del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva<sup>47</sup>. El Alto Tribunal, a mayor abundamiento, justifica el encaje constitucional del arbitraje obligatorio, resaltando los límites –causales, procedimentales, materiales y temporales–, circunstancias y garantías a que queda ligada la aplicación de una medida de esta entidad, su naturaleza subsidiaria, el carácter independiente, imparcial y autónomo con el que ejerce sus competencias la CCNCC y el hecho de que la decisión de la CCNCC o el laudo arbitral estarán sometidos a un posible control judicial. Por ende, el TC para acreditar que la medida discutida supera un filtro de razonabilidad y proporcionalidad, aduce la concurrencia de una serie de limitaciones y condiciones que garantizan un ejercicio compatible de la misma con el derecho constitucional. Este proceder genera interrogantes a futuro, pues si la existencia de estos límites junto a la crisis económica justifican la medida litigiosa, ¿quiere esto decir que la mejora de la situación económica y/o la modificación de algunos de los límites señalados conllevará su inconstitucionalidad?<sup>48</sup>.

otra, a la situación de bloqueo negociador, en la que los procedimientos de origen convencional se habrían mostrado inefectivos. Sólo en tan excepcionales circunstancias intervendrá el órgano tripartito, Estatal o autonómico, en interés de la viabilidad y productividad de la empresa, dándose preferencia a una medida de flexibilidad interna.

<sup>47</sup> Según la Exposición de Motivos de la Ley 3/2012, el propósito perseguido por el legislador con esta medida es facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo; finalidad constitucionalmente legítima que atiende al derecho al trabajo (art.35.1 CE) y a los deberes de los poderes públicos de proteger la defensa de la productividad (art.38 CE) y de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE), más aún en el contexto de la grave situación de desempleo en la que se encuentra España.

<sup>48</sup> En este sentido Cruz Villalón, J., “Interrogantes y equívocos de la jurisprudencia constitucional...”, *op.cit.* pág. 309.

Siendo éste el fallo del TC, que estima la constitucionalidad del procedimiento establecido en el artículo 82.3 ET, siempre y cuando se interprete la operatividad del mismo en los términos y con las garantías descritas, no se puede obviar nuevamente el interesante voto particular formulado por el magistrado Valdés Dal Ré, quien considera que el recurso a un arbitraje obligatorio cuando el proceso negocial de inaplicación de las condiciones de trabajo no concluye con acuerdo, es inconstitucional y nulo. Para Valdés, la afirmación contenida en la sentencia de que el laudo obligatorio –y sus efectos- evita la “*extinción de puestos de trabajo y contribuye así al mantenimiento del empleo*” está desprovista de todo apoyo en la legalidad constitucional. A su juicio, el canon de constitucionalidad que utiliza el pronunciamiento, “*la salvaguarda de la competitividad y viabilidad empresarial como mecanismo para favorecer el mantenimiento del empleo*”, bajo la cobertura de la libertad de empresa proclamada en el artículo 38 CE<sup>49</sup>, no es adecuado. El voto particular entra al fondo del asunto, resaltando que la sentencia no emite un juicio de ponderación constitucional entre las ventajas y los inconvenientes de la medida restrictiva establecida, sino que procede a realizar un juicio de proporcionalidad y razonabilidad desde una perspectiva de legalidad ordinaria. Produciéndose, a juicio del magistrado que disiente de la mayoría del Alto tribunal, una desviación del objeto central del recurso: el discernimiento de si la composición de un conflicto de intereses adoptado de manera coactiva y en contra de la común voluntad de ambas partes es acorde o no al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva.

Para responder a esta cuestión, el magistrado contrasta la identidad entre el supuesto enjuiciado en la STC 11/1981, el dictado de un laudo de obligado cumplimiento por la autoridad laboral en conflictos colectivos económicos o de intereses, y el presente, el dictado de un laudo por un tercero para concluir el bloqueo existente en un procedimiento de inaplicación parcial de un convenio

<sup>49</sup> Valdés afirma lo siguiente en su voto particular :“*Constato una tendencia relativamente reiterada a la invocación del artículo 38 CE para el enjuiciamiento constitucional de normas laborales que inciden en derechos fundamentales de los trabajadores y sus organizaciones representativas, así como en las fuentes de la relación laboral, oponiéndose a menudo los derechos de aquel precepto –referido a lo que se ha denominado la Constitución económica- a los típicamente laborales afectados por las normas correspondientes*”. Y considera que la libertad de empresa del artículo 38 CE no comprende cualquier regulación que incida en el interés empresarial, “*sino sólo la libertad de iniciativa y las condiciones de la actividad en el mercado*”, en línea con lo establecido por el TC que declara que “*el derecho a la libertad de empresa no es absoluto e incondicionado sino limitado por la regulación que, de las distintas actividades empresariales en concreto, puedan establecer los poderes públicos*” (STC 109/2003, de 5 de junio). Y en la misma línea Valdés subraya que “*la defensa de la productividad es un concepto económico que entra en el*

colectivo. Mientras en el primer caso hay un conflicto de intereses, en el segundo hay un conflicto de carácter mixto: por un lado jurídico en la medida en la que se puede controlar jurisdiccionalmente la causa alegada y el procedimiento seguido; y por otro lado de intereses, en lo relativo a la supervisión de la idoneidad y congruencia de las nuevas condiciones de trabajo precisadas en el laudo en equidad que se dicte<sup>50</sup>. Al existir una coincidencia de los elementos estructurales de ambos supuestos, el magistrado Valdés Dal Ré entiende que el fallo del TC debería tener en consideración la doctrina dimanante de la STC 11/81, que declaró la inconstitucionalidad de los laudos de obligado cumplimiento regulados en el art. 25.b) RDL 17/77, entendiéndose que una decisión administrativa obligatoria que resuelva cualquier desacuerdo nacido de un proceso de renovación o modificación negocial de condiciones de trabajo no resulta constitucionalmente aceptable por carecer de justificación la restricción impuesta al derecho a la negociación colectiva y a la autonomía colectiva (art. 37. 1 CE). Posibles limitaciones a este derecho en este escenario se admitirían, según la STC 11/1981, sólo de forma excepcional, cuando se puedan irrogar perjuicios a los intereses generales y el TC, en sus sentencias 119/2014 y 8/2015, admitiendo que un conflicto singular de intereses acabe siendo resuelto por la voluntad de un órgano público o de la persona por él designada, parece interpretar que en dicho conflicto hay siempre un “interés general”, productividad, competitividad, viabilidad de la empresa y mantenimiento del empleo, que defender.

En definitiva, a nuestro juicio, la admisión de un arbitraje obligatorio, a instancia de una de las partes negociadoras, como forma de cerrar un conflicto de intereses concreto, esto es, la inaplicación sin acuerdo del contenido de un convenio colectivo a causa de la existencia de unas determinadas circunstancias económicas negativas sobrevenidas, es una opción legislativa discutible desde una óptica constitucional. El TC en sus sentencias 119/2014 y 8/2015 justifica, realizando un juicio de razonabilidad y proporcionalidad, que un tercero pueda modificar parte del contenido del convenio colectivo de forma excepcional, en atención a “intereses generales” guiados por criterios economicistas, acordes al artículo 38 CE, la productividad, viabilidad, estabilidad de la empresa y el

*marco jurídico como concepto indeterminado y de necesaria configuración legal”, añadiendo que “las breves referencias de nuestra jurisprudencia a la defensa de la productividad, imprecisas y vagas como poco otras, no hacen sino acreditar la volatilidad de la justificación que en dicha mención del art. 38 CE trata de encontrar la mayoría para concluir en la constitucionalidad de las normas impugnadas”.*

<sup>50</sup> En este sentido Cruz Villalón, J., “Interrogantes y equívocos...”, op.cit., pág. 311.

mantenimiento del empleo en la misma, sin valorar si esta forma de debilitar la fuerza vinculante del convenio afecta al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva. Y a esta misma conclusión llegan tanto el Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)<sup>51</sup> como el Comité Europeo de Derechos Sociales, al considerar la no conformidad del RDL 3/2012 con el artículo 6.2 de la Carta Social Europea, porque una norma que afecta al derecho a la negociación colectiva se adopta sin consultar a los agentes sociales, permitiendo a los empleadores no aplicar unilateralmente condiciones pactadas en convenios colectivos<sup>52</sup>.

## **5. RESTRICCIONES EN LOS CONTENIDOS SUSCEPTIBLES DE NEGOCIACIÓN: EL PERÍODO DE PRUEBA VINCULADO AL CONTRATO INDEFINIDO DE APOYO A EMPRENDEDORES**

Uno de los resultados de la reforma laboral de 2012 ha sido la pérdida de centralidad y fortaleza de la negociación colectiva, lo que también se refleja en que la regulación introduce limitaciones en los contenidos susceptibles de negociación. Concurriendo nuevamente en este supuesto una confrontación entre el modelo que diseñaron las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en el II Acuerdo sobre Empleo y Negociación Colectiva, particularmente en su capítulo II<sup>53</sup>, y la opción por la que se decanta el legislador con la Ley 3/2012.

<sup>51</sup> El informe aprobado en la 320ª reunión del Consejo de Administración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), celebrada en marzo de 2014, resolvió diferentes quejas formuladas por distintas organizaciones sindicales españolas sobre el contenido de la reforma laboral de 2012. La conclusión 464 indica que *“la suspensión o derogación –por vía de decreto, sin acuerdo de las partes- de convenciones colectivas pactadas libremente por las mismas, viola el principio de negociación colectiva libre y voluntaria establecida en el artículo 4 del convenio núm. 98. Si un Gobierno desea que las cláusulas de una convención colectiva vigente se ajusten a la política económica del país, debe tratar de convencer a las partes de que tengan en cuenta voluntariamente tales consideraciones, sin imponerles la renegociación de los convenios colectivos”*.

<sup>52</sup> Conclusiones XX-3 (2014), dadas a conocer en enero de 2015, y emitidas por el Comité sobre la conformidad de la situación de España en relación, entre otros, al artículo 5 (Derecho sindical) y 6 (Derecho de negociación colectiva) de la Carta Social Europea de 1961.

<sup>53</sup> En el capítulo II se establecen previsiones sobre empleo, formación, flexibilidad y seguridad y derechos de información y consulta, de las que se puede deducir la voluntad de los agentes sociales de renovar y enriquecer los contenidos de la negociación colectiva.

Ejemplo de lo que se quiere resaltar lo constituye la regulación del período de prueba en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores. Esta modalidad contractual, conforme se expone en el Preámbulo de la Ley 3/2012, se origina para facilitar la contratación de trabajadores en empresas de menos de cincuenta trabajadores, permitiendo según la Exposición de Motivos “*garantizar tanto la flexibilidad de los empresarios en la gestión de los recursos humanos como la seguridad de los trabajadores en el empleo y adecuados niveles de protección social*”, y contribuyendo al “*fomento de la contratación indefinida*”, así como a “*facilitar el empleo estable*” y “*potenciar la iniciativa empresarial*”.

Con carácter general, el régimen jurídico que se aplica a este tipo contractual es el de los contratos indefinidos regulados en el ET<sup>54</sup> y en los convenios colectivos, con la única excepción de la duración del período de prueba, fijada en un año, con independencia del puesto de trabajo que se pretenda cubrir y de la previa cualificación que tenga el trabajador, distinguiéndose de lo establecido de forma genérica en el artículo 14 ET.

La excepción originada fue acogida con críticas unánimes por parte de la doctrina<sup>55</sup>, dado que precariza de forma desequilibrada la posición del trabajador en la relación laboral al permitirse en esta modalidad contractual el libre desistimiento del empresario en un plazo de un año, sin preaviso ni abono de indemnización alguna, pareciendo encubrir la opción legislativa un contrato temporal sin causa durante el primer año del formal contrato indefinido. Correlativamente, han sido varias las iniciativas emprendidas, tanto a nivel sindical como en sede jurisdiccional, con el objeto de corregir esta situación.

A nivel sindical, los sindicatos españoles más representativos, UGT y CC.OO., presentaron queja ante la Organización Internacional del Trabajo el 10 de mayo de 2012, al entender que el período de prueba establecido en este

<sup>54</sup> Vid Gómez Abelleira, F., “Medidas para favorecer el empleo estable: el contrato de apoyo a emprendedores y la recuperación de la conversión en indefinido por reiteración de contratos temporales”, en AA.VV., *Reforma Laboral de 2012*, Directores Mercader Uguina, J. y García-Perrote Escartín, I., Lex Nova, Valladolid, 2012, págs.52.

<sup>55</sup> Entre otros Moreno Caliz, S., “Contrato de apoyo a emprendedores”, en AA.VV., Coordinadores Martínez Fons, D. y Serrano Olivares, R., *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales*, La Ley, Madrid, 2013, pág. 130; Salcedo Beltrán, M.C., “Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales y periodo de prueba del contrato de apoyo a emprendedores: la aplicación del control de convencionalidad en España”, *Lex Social*, nº2, 2014, pág. 36.

contrato viola los derechos de los trabajadores establecidos en el convenio 158 de la OIT, sobre terminación de la relación de trabajo<sup>56</sup>, que proclama en su artículo 4 el principio de causalidad en la extinción contractual por voluntad empresarial<sup>57</sup>. UGT y CC.OO. también interpusieron reclamación ante el Comité Europeo de Derechos Sociales, órgano encargado a nivel europeo de la vigilancia y correcta aplicación e interpretación de la Carta Social Europea, solicitando, entre otros aspectos, que se declare *“la existencia de violación del artículo 4.4 de la Carta, por la aprobación de una modalidad contractual (contrato de apoyo a emprendedores) con un período de prueba de un año, sin garantías ni plazo de preaviso para la extinción del empleo”*<sup>58</sup>, pues el artículo 4.4 de la Carta establece *“el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo”*.

En el ámbito jurisdiccional por auto de 4 de marzo de 2014, el juzgado de lo social nº23 de Madrid planteó cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, tras presentación de demanda de despido por una trabajadora que suscribió contrato indefinido de apoyo a emprendedores, con un período de prueba de un año, y que causó baja en la empresa a los cuatro meses y medio tras no superar el período de prueba. El juzgador a quo consideró que el artículo 4 de la Ley 3/2012 podría ser contrario al Derecho de la Unión Europea, al entender que *“no sólo estamos ante un período de prueba de anormal duración en nuestra tradición jurídica, sino que además, el mismo se encuentra esencialmente desnaturalizado al desligarse deliberadamente de las*

<sup>56</sup> Convenio nº 158, adoptado el 22 de junio de 1982, ratificado por España el 18 de enero de 1985, que indica en su artículo 4 *“No se pondrá término a la relación laboral de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”*.

<sup>57</sup> El análisis de la queja interpuesta es realizado en el Informe publicado en marzo de 2014 por el Consejo de Administración de la OIT, en el que se confía a la Comisión de Expertos el seguimiento de las cuestiones en él planteadas, referidas esencialmente a la valoración del contrato de trabajo de apoyo a emprendedores y a las causas de despido colectivo a la luz del convenio nº158 OIT.

<sup>58</sup> El artículo 4.4 de la Carta Social Europea establece *“el derecho de todos los trabajadores a un plazo razonable de preaviso en caso de terminación del empleo”*. Y, asimismo, resulta relevante la Decisión adoptada por este Comité el 12 de mayo de 2012, en relación a un contrato griego de similar naturaleza, que concluye que la Ley griega que regula dicho contrato transgrede el artículo 4.4 de la Carta Social Europea por no establecer un plazo de preaviso ni indemnización compensatoria en caso de finalización del contrato de trabajo y por fijar una duración del período de prueba tan amplia, un año, que no se puede inferir como razonable.

*características profesionales del empleado contratado*<sup>59</sup>, en contravención con el Convenio 158 OIT (art.4), la Carta Social Europea (art. 4.4), la Directiva 1999/70/CE, del Consejo, de 28 de junio, relativa al acuerdo marco de la UNICE, la CEEP y la CES sobre el trabajo de duración determinada, y el derecho fundamental que el artículo 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea reconoce a los trabajadores a gozar de protección en caso de despido injustificado. El juzgado de lo social plantea al TJUE si es contrario al Derecho de la Unión y compatible con el derecho fundamental garantizado en el artículo 30 de la Carta de Derechos Fundamentales, la regulación nacional que somete a un período de prueba de un año el contrato de apoyo a emprendedores. El TJUE, en sentencia de 5 de febrero de 2015, As.C-117/14, se declara incompetente para responder a las cuestiones prejudiciales planteadas, es decir ni respalda ni dejar de respaldar el período de prueba ampliado, llegando a dicha conclusión por cuestiones básicamente formales, en cuanto que considera que no estamos ante un contrato de duración determinada, al que sea aplicable la Directiva 1999/70/CE, no siendo pues competente para pronunciarse sobre normas internacionales que están excluidas del Derecho de la Unión. La perspectiva del TJUE, por ende, es formal, y no tiene en cuenta la posibilidad de que, como indica el órgano jurisdiccional remitente, el contrato indefinido de apoyo a emprendedores encubra, durante su primer año de desarrollo, un contrato temporal sin causa<sup>60</sup>.

Finalmente, a pesar de no contar con referencias normativas e interpretaciones judiciales de origen comunitario, tras la interposición de varios recursos de inconstitucionalidad y de una cuestión de inconstitucionalidad<sup>61</sup>, la situación controvertida ha sido dilucidada en sede del Tribunal Constitucional, planteán-

<sup>59</sup> Lo que conlleva, según el órgano judicial que formula la cuestión prejudicial, “*que bajo el ropaje formal de un contrato indefinido, se oculta la posibilidad de utilizar un contrato de duración determinada, de hasta un año de vigencia, sin necesidad de estipular necesidades objetivas tales como una fecha concreta, la realización de una obra o servicio determinado o la producción de un hecho o acontecimiento determinado, un contrato con absoluta libertad de desistimiento*”.

<sup>60</sup> Cfr. Al respecto Ferradans Caramés, C., “Análisis y valoración de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el período de prueba vinculado al contrato indefinido de apoyo a emprendedores”, *El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, 2016, pág. 230.

<sup>61</sup> Recursos de Inconstitucionalidad nº6503-2012, formulado por el Parlamento Navarro y nº5610-2012, interpuesto por el Grupo Parlamentario Socialista y el de IU, ICV-EUiA, CHA y la Izquierda Plural. Y cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ del País Vasco, el 21 de enero de 2014.

dose la compatibilidad de este período de prueba con la Constitución, concretamente con el principio de igualdad ante la Ley (art.14 CE), la prohibición de arbitrariedad en los poderes públicos (art.9.3 CE), el derecho al trabajo, en cuanto a no ser despedido si no concurre justa causa para ello, en relación a la posibilidad de extinción por desistimiento empresarial y la posible excesiva duración del período de prueba en el contrato de referencia (art.35.1 CE), el derecho a la negociación colectiva laboral entre representantes de trabajadores y empresarios (art.37.1 CE), y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art.24 CE).

El Tribunal Constitucional, en sus sentencias 119/2014, de 16 de julio, 8/2015, de 22 de enero y 140/2015, de 22 de junio<sup>62</sup>, avala la constitucionalidad de la duración del período de prueba de un año en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores, en base a diversos argumentos, tales como: 1) que la duración del período de prueba durante un año se concibe como una medida que coadyuva a la creación de empleo, en un contexto de grave crisis económica y alto desempleo que requiere la promoción de la creación de empleo estable, para constatar no sólo la aptitud y capacidad del trabajador contratado, sino también la sostenibilidad del puesto de trabajo; 2) el carácter coyuntural de este tipo contractual, hasta que la tasa de paro en España se reduzca al 15% y vinculado a la reducción del desempleo en pequeñas y medianas empresas; 3) la previsión de este período de prueba para todos los trabajadores por igual, con independencia de su cualificación o categoría (art.14 CE); y 4) la compatibilidad del contrato y su período de prueba con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, argumentando para ello que se trata de un tipo contractual acotado en el tiempo, que sólo se reconoce a determinadas empresas, cuyo régimen jurídico incluye cautelas para evitar estrategias empresariales abusivas en la susti-

<sup>62</sup> Esta última sentencia, que resuelve la cuestión de inconstitucionalidad formulada por el TSJ del País Vasco en auto de 21 de enero de 2014, también avala la constitucionalidad del período de prueba con una duración de un año, si bien hay que resaltar que en la misma el Fiscal General del Estado presentó escrito de alegaciones interesando la estimación de la cuestión de inconstitucionalidad, al entender que la finalidad de favorecer el empleo estable y de los jóvenes desempleados no justifica la extensión de la duración del período de prueba y que la falta de justificación del trato desigual en el período de prueba regulado en este nuevo contrato convierte la decisión del legislador de fijarlo en un año en arbitraria, *“porque coloca a dos hipotéticos trabajadores sometidos a situaciones idénticas, pero cuya relación se rija por el TRET o por la ley discutida, en clara situación desigual, siendo los derechos nacidos para este segundo mucho más volátiles durante todo un año”*, sin que se entienda qué finalidad, de entre las que pretende la reforma, entre otras fomentar la contratación indefinida y la creación de empleo, se consigue con esta medida.

tución de trabajadores y que insta bonificaciones y deducciones para disuadir a los empresarios de ejercer la facultad de desistimiento antes de que transcurra el período de prueba de un año.

El TC considera que con esta medida no existe una violación del derecho a la negociación colectiva proclamado en el artículo 37.1 CE, en tanto en cuanto en su regulación se veta la posibilidad de regular de manera distinta a lo dispuesto en la Ley la duración del período de prueba previsto en este contrato, dado que la Constitución no establece una reserva de regulación a favor de la autonomía colectiva en materia laboral, existiendo primacía de la Ley sobre los convenios colectivos (STC 58/1985, de 30 de abril) y justificando esta restricción en el hecho de que si la negociación colectiva aminora la duración del período de prueba en este contrato, se puede reducir o eliminar el potencial incentivo a la contratación indefinida introducido por el legislador, que pretende crear empleo estable a través de esta modalidad contractual y su régimen jurídico.

No obstante, al respecto hay que resaltar que la intervención de la Ley en relación a la negociación colectiva se ha concretado históricamente en la denominada legislación promocional, siendo manifestación de la misma la atribución a los trabajadores de ciertas formas de organización, fundamentalmente los sindicatos, con una protección reforzada cuya finalidad es asegurar de manera real y efectiva el desarrollo de sus derechos de actividad, en general, y el derecho de negociación colectiva, en particular. Por ende, la garantía constitucional del derecho a la negociación colectiva se sustancia así en un derecho de libertad que, ejercitable esencialmente frente al Estado, tutela a los interlocutores sociales frente a eventuales interferencias o limitaciones no justificadas desde una perspectiva constitucional<sup>63</sup>. Las restricciones que el legislador imponga al derecho constitucional no pueden desconocer el contenido esencial del derecho y deben superar otros cánones de constitucionalidad, como los de objetividad y proporcionalidad, pues la limitación normativa de un derecho fundamental sólo es admisible si la intervención del legislador es útil y necesaria para la protección de un bien o derecho constitucionalmente protegido. El debate, por consiguiente, nuevamente debe colocar su epicentro en un canon de constitucionalidad que conduzca a un juicio de ponderación, contrastando las medidas normativas que se cuestionan, entre otros, con el contenido esencial del derecho consagrado en

<sup>63</sup> Vid Rodríguez-Piñero Bravo-Ferrer, M., “La negociación colectiva como derecho de libertad...”, *op.cit.*, pág. 6.

el artículo 37.1 CE. De este modo, según el TC, la justificación objetiva y razonable a la exclusión de la negociación colectiva para regular la duración del período de prueba en el contrato indefinido de apoyo a emprendedores se encuentra en el cumplimiento de los fines asignados al mismo, la reducción del desempleo y el incremento del número de contratos indefinidos, en el marco del deber que tienen los poderes públicos de formular políticas orientadas al pleno empleo (artículo 40.1 CE). Este objetivo se justifica en el contexto económico-laboral excepcional presente, de forma coyuntural y no estructural, si bien es discutible que estos objetivos justifiquen la restricción impuesta al derecho a la negociación colectiva<sup>64</sup>.

En esta particular cuestión de la admisibilidad de tan amplio período de prueba en dicho tipo contractual, se constata nuevamente cómo las sentencias del Tribunal Constitucional sobre la reforma laboral de 2012 han utilizado la crisis económica como parámetro de valoración constitucional de medidas limitativas de derechos constitucionales ubicados en el capítulo II del título I de la Constitución Española. Sin embargo, no es admisible el debilitamiento o, en ocasiones, el vaciamiento, de derechos sociales básicos por motivos estrictamente económicos, no pudiendo quedar al arbitrio del legislador, dependiendo de la coyuntura económica, una materia tan sensible. El legislador ha atendido al dato cuantitativo, la creación de empleo, la productividad y competitividad de las empresas, pero no al cualitativo, la calidad de ese empleo y de los derechos que tienen los trabajadores que celebran un tipo contractual como el controvertido, siendo discutible que en el marco del artículo 35.1 CE el derecho al acceso al empleo tenga preferencia sobre el derecho a la estabilidad en el empleo, así como que la negociación colectiva (art. 37.1 CE) no tenga posibilidades de adaptar en esta modalidad contractual la duración del período de prueba a las características funcionales del puesto de trabajo.

## 6. CONCLUSIONES

Cuando han transcurrido más de cuatro años desde la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012, es evidente que el contenido de la misma pretende

<sup>64</sup> El magistrado del Tribunal Constitucional D. Fernando Valdés Dal Ré, emite voto particular a las STC 119/2014 y 8/2015, al que se adhieren otros magistrados, y no comparte los criterios, a su juicio de legalidad ordinaria, que aduce el Tribunal Constitucional para justificar la constitucionalidad del período de prueba instaurado, concluyendo que el artículo 4.3 de la Ley 3/2012 debería haberse declarado inconstitucional, ya que “*restringe desproporcionadamente el principio de causalidad, vulnerando el contenido del derecho al trabajo ex art. 35.1 CE*”.

propiciar un cambio del modelo de negociación, a nuestro juicio, sin tener en consideración los condicionantes constitucionales. El TC, en las sentencias dictadas sobre el contenido de la reforma laboral de 2012, avala que el legislador tenga un amplio margen de discrecionalidad para configurar el derecho constitucional a la negociación colectiva, y justifica que las distintas medidas legales adoptadas, aun cuando restrinjan aspectos como la fuerza vinculante del convenio colectivo u opten sin el consenso de los agentes sociales por un modelo centralizado o descentralizado de negociación, son compatibles con el orden constitucional. En sus sentencias, el TC analiza la razonabilidad, necesidad y proporcionalidad de las distintas medidas legislativas adoptadas en el contexto de una situación de crisis económica, pero sin realizar referencia alguna al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva y utilizando como canon de constitucionalidad la ponderación del mismo con derechos de corte más economicista reconocidos en los artículos 38 y 40.1 CE. Y todo ello, a pesar de que lo avalado constitucionalmente choca con principios, reglas e intereses que fueron atendidos por los agentes sociales en su autónomo diseño del modelo y estructura de la negociación colectiva, lo que conlleva a respaldar una opción legislativa que sustrae a los sujetos sociales el poder para ordenar sus relaciones negociales y abre la puerta a que se prescindiera del diálogo social a la hora de abordar futuras reformas legislativas de igual o mayor calado.

Debiendo guardar especial cautela en el análisis de los datos existentes, pues los correspondientes a los dos últimos años son provisionales, como línea de tendencia, parece apreciarse un mínimo descenso en la tasa de cobertura de la negociación colectiva en los últimos años, reduciéndose levemente tanto el número de convenios colectivos registrados, a nivel de empresa y en el resto de niveles, como el número de trabajadores cubiertos por los mismos<sup>65</sup>, si bien es arriesgado afirmar si este fenómeno es estructural o coyuntural, si la tasa va a seguir disminuyendo en el tiempo o, por el contrario, se va a producir una cierta estabilización en las cifras de cobertura tras esa primera disminución, si tal

<sup>65</sup> Según la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, de conformidad con los datos de la Estadística de convenios colectivos de trabajo, a fecha de 31 de marzo de 2016 se registran los siguientes datos. En 2011 se computaron un total de 4.585 convenios colectivos, en 2012 de 4.376 y en 2013 de 4.589. En los años previos, en 2007 se llegaron a registrar 6015 convenios. Y si atendemos a los datos provisionales de 2014 y 2015 se computan 5048 en 2014 y 3180 en 2015. Ello, a su vez, tiene reflejo en el número de trabajadores cubiertos por convenio colectivo, pasando de 10.662.800 en 2011 a 10.265.400 en 2013, habiéndose llegado a alcanzar la cifra de 11.968.000 trabajadores cubiertos en 2008 y pareciendo que el número se mantiene constante respecto a 2011 y 2012 en los datos provisionales de 2014, 10.191.400.

efecto es consecuencia de los efectos de la crisis económica persistente o de la incidencia de la reforma legal realizada sobre el sistema de negociación colectiva, o de ambos, etc..... Desde febrero de 2012 no se intuye en la dinámica negocial un cambio radical en el equilibrio preexistente entre convenios sectoriales y empresariales; en el nivel sectorial se siguen acordando cláusulas que ordenan la estructura de la negociación colectiva, que suelen expresar la preferencia de los negociadores por el nivel superior, si bien en todo caso respetan la preferencia aplicativa parcial del convenio de nivel empresarial. Por lo tanto, la efectividad real de la modificación legal impuesta por vía heterónoma es atemperada por los propios agentes sociales, que hasta la reforma de 2012 definían la estructura de la negociación colectiva y las reglas de coordinación y articulación, asumiendo los efectos de la centralización o descentralización consiguientes de conformidad con su libertad de contratación.

A partir de la reforma laboral de 2012 se ha producido un aumento notable del número de procesos de inaplicación de convenios colectivos, siendo especialmente importante el correspondiente al año 2013, en el que el número de descuelgues fue de 2512, afectando a 2.179 empresas, la mayoría de menos de cincuenta trabajadores y pertenecientes al sector servicios, y a 159.550 trabajadores. No obstante, a partir del año 2014 el número de descuelgues baja, probablemente tras transcurrir un primer período de ajuste y empezar a utilizarse otras opciones, como la creación de nuevas unidades de negociación en al ámbito empresarial<sup>66</sup>, que permiten obtener el mismo resultado, es decir, la reducción de los costes del trabajo, fundamentalmente los salariales.

En cuanto a los datos relativos a cuál es la incidencia de fomentar la contratación por tiempo indeterminado promocionando, entre otras medidas, la celebración de contratos indefinidos de apoyo a emprendedores con un período de prueba de un año, hay que subrayar que a lo largo de 2015 el número total de contratos de este tipo suscritos ha ascendido a 129.385<sup>67</sup>, lo que no supone ni el 1% del total de contratos indefinidos celebrados, a lo que hay que añadir que la tasa de temporalidad no para de incrementarse, pasando de un 24,2% en el cuarto trimestre de 2014 a un 25,7% en el cuarto trimestre de 2015.

<sup>66</sup> Según la Estadística de Convenios colectivos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en el año 2015 el número de inaplicaciones depositadas ha ascendido a 1437, afectando a 43.173 trabajadores.

<sup>67</sup>[https://www.sepe.es/contenidos/que\\_es\\_el\\_sepe/estadisticas/datos\\_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.htm](https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_estadisticos/contratos/datos/emprendedores.htm)

De todos estos datos se infiere que la reforma laboral de 2012, bajo la premisa unánimemente aceptada de las graves disfunciones que aquejaban a nuestro modelo de negociación colectiva, trata de incorporar una serie de *“medidas para favorecer la flexibilidad interna en la empresa como alternativa a la destrucción de empleo”*, y procurar que la negociación colectiva *“sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa”*. No obstante, más allá de estos objetivos explícitos, otros implícitos en el fomento de la negociación colectiva a nivel de empresa y la facilitación de los procesos de descuelgues son la reducción de costes laborales, particularmente vía devaluación salarial.

El conjunto de las medidas indicadas, que afectan al derecho a la negociación colectiva consagrado en el artículo 37.1 CE y al modelo de negociación colectiva con el pretexto de la crisis económica y la lucha contra el desempleo, y que han sido avaladas por las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional sobre determinados contenidos de la reforma laboral de 2012, no pueden conducir a apartar a un importante número de asalariados de sus derechos fundamentales en materia de trabajo, tal y como indica el Comité Europeo de Derechos Sociales en sus Conclusiones XX-3, emitidas en enero de 2015, *“las medidas que pretenden consolidar las finanzas públicas, asegurar la viabilidad de los regímenes de pensiones de jubilación o incentivar el empleo podrían estimarse legítimas en tiempos de crisis económica, pero no deben traducirse mediante una reducción de los derechos reconocidos en la Carta Social Europea”*, de modo que los Gobiernos deben adoptar las medidas necesarias para lograr que *“estos derechos sean efectivamente garantizados...”*. Por consiguiente, a nuestro juicio no es loable aducir la crisis económica como único parámetro de valoración constitucional de medidas limitativas de derechos como los reconocidos en los artículos 35.1 y 37.1 CE, conduciendo esta línea argumentativa del TC a cuestionarse si una futura mejora del contexto económico debería derivar en una distinta interpretación del Alto Tribunal.