

ESTUDIOS

La "Reforma Macron" del Código de Trabajo Francés
Antoine Jeammaud

Cuestiones jurisprudenciales sobre la negociación colectiva
Ricardo Bodas Martín

La reforma laboral de 2017 y la negociación colectiva en Brasil
Jorge Cavalcanti Boucinhas Filho

El periodo de prueba en las relaciones laborales especiales
María José Asquerino Lamparero

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad de Almería
Derecho de huelga, lus Variandi y esquirolaje tecnológico
Juan Escribano Gutiérrez

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA

Universidad de Cádiz
Representantes unitarios y convenio colectivo empresarial: a vueltas con el principio de correspondencia
María Isabel Ribes Moreno

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL

Universidad Internacional de la Rioja
A vueltas de nuevo con la teoría humanizadora y la pensión de viudedad
Raquel Poquet Catalá

RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía
M^a Dolores Rubio De Medina

139

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
139/2017 - Cuarto Trimestre

TEMAS LABORALES 2017

139

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



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



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

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

139

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Empresa y Comercio

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Avda. República Argentina
núm. 25, 1ª planta
41011 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTE

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO
Consejero de Empleo, Empresa y Comercio

VOCALES

MARÍA JOSÉ ASENSIO COTO	Viceconsejera de Empleo, Empresa y Comercio
JULIO SAMUEL COCA BLANES	Secretario General de Empleo
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S.
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Consejero Permanente de Estado
JOSÉ VIDA SORIA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad de Granada
FERMÍN RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGU MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO	Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ÁNGEL J. GALLEGU MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Avda. República Argentina núm. 25, 1ª, Sevilla (41011). Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales, más uno monográfico– 72 euros. Número suelto: 18 euros

Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 139/2017

Cuarto Trimestre

ÍNDICE

1. ESTUDIOS

La “Reforma Macron” del Código de Trabajo Francés
ANTOINE JEAMMAUD

Cuestiones jurisprudenciales sobre la negociación colectiva
RICARDO BODAS MARTIN

La reforma laboral de 2017 y la negociación colectiva en Brasil
JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO

El periodo de prueba en las relaciones laborales especiales
MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO

2. COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO
Universidad de Almería
Derecho de huelga, *Ius Variandi* y esquirolaje tecnológico
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ

PARTICIPACIÓN Y REPRESENTACIÓN COLECTIVA
Universidad de Cádiz
Representantes unitarios y convenio colectivo empresarial: a vueltas con el principio de correspondencia
MARÍA ISABEL RIBES MORENO

PRESTACIONES DE SEGURIDAD SOCIAL
Universidad Internacional de la Rioja
A vueltas de nuevo con la teoría humanizadora y la pensión de viudedad
RAQUEL POQUET CATALÁ

3. RESEÑA DE LEGISLACIÓN

Comentario de legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía

M^a DOLORES RUBIO DE MEDINA

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (Internacional Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú)*, *Arbeit und Recht (Alemania)*, *Australian Journal of Labour Law (Australia)*, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia)*, *Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica)*, *Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá)*, *Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América)*, *Diritti lavori mercati (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *Giornale di Diritto del Lavoro (Italia)*, *Industrial Law Journal (Sudáfrica)*, *Industrial Law Journal (Reino Unido)*, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda)*, *International Labour Review (OIT)*, *Japan Labor Review (Japón)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Relaciones Laborales (España)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Alemania)*.
Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales":
<http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: jesuscruz@us.es y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a la Revista –que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (abstract) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (key words) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso. Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecuadrados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32. También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

**LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
N° 1392017**

Fourth Trimester

INDEX

1. STUDIES

- The "Macron Reform" of the French Labour Code
ANTOINE JEAMMAUD
- Jurisprudential issues on collective bargaining
RICARDO BODAS MARTIN
- The labor reform of 2017 and collective bargaining in Brazil
JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO
- Probationary period in special labor relations
MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO

2. JUDICIAL COMMENTS

- COLLECTIVE LABOUR LAW
University of Almeria
Right to strike, *Ius Variandi* and technological scab
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ
- PARTICIPATION AND COLLECTIVE REPRESENTATION
University of Cadiz
Elected representatives and company collective agreement: to turns with
the principle of correspondence
MARÍA ISABEL RIBES MORENO

SOCIAL SECURITY BENEFITS

International University of La Rioja

Turns over with the theory of humanizing and widow's pension

RAQUEL POQUET CATALÁ

3. LEGISLATIVE REMARKS

Legislative comment about the Autonomous Community of Andalusia

M^a DOLORES RUBIO DE MEDINA

LA “REFORMA MACRON” DEL CÓDIGO DEL TRABAJO FRANCÉS*

ANTOINE JEAMMAUD

*Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Université Lumière-Lyon 2*

Centre de recherches critiques sur le droit (Universités de Saint-Etienne et
Lyon 2/CNRS)

EXTRACTO

Palabras clave: Reforma, Francia, negociación colectiva, instituciones representativas del personal, despido

La llegada al poder del nuevo Presidente de la República se tradujo en la adopción de una importante reforma anunciada del Código del Trabajo. El objeto de este texto no consiste en realizar una valoración pormenorizada de las Ordenanzas de septiembre de 2017, sino de esbozar un panorama general y crítico tanto de su contenido como de su proceso de adopción, y de apreciar las principales medidas previstas para implementar el programa presidencial. Entre ellas, se abordan especialmente las modificaciones destinadas a “reforzar” la negociación colectiva, las que proceden a la recomposición de la representación del personal y las que flexibilizan el régimen relativo a las condiciones de extinción de los contratos de trabajo.

ABSTRACT

Key words: Reform, France, collective bargaining, institutions representing personnel, dismissal

The coming to power of the new President of the Republic resulted in the adoption of an important announced reform of the Labor Code. The purpose of this text is not to make a detailed assessment of the Ordinances of September 2017, but to outline a general and critical view of both its content and its adoption process, and to appreciate the main measures planned to implement the program presidential. Among them, the modifications aimed at "reinforcing" collective bargaining, those that proceed to the recomposition of the representation of the staff and those that make the regime related to the termination of employment contracts are addressed.

* Trabajo traducido por Pierre Henri Cialti, profesor ayudante doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pablo de Olavide.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

1. EL PROCESO DE LA REFORMA
 - 1.1. EL RECURSO A LAS ORDENANZAS
 - 1.2. LA REALIZACIÓN DE LA OPERACIÓN
2. EL CONTENIDO DE LA REFORMA
 - 2.1. EL “REFORZAMIENTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA”
 - 2.1.1. LA NUEVA POTENCIA DEL ACUERDO DE EMPRESA RESPECTO AL CONVENIO SECTORIAL
 - 2.1.1.1. TRES MODALIDADES DE RELACIONES
 - 2.1.1.2. ¿UNA COMPETENCIA POR LAS NORMAS CONVENCIONALES DE EMPRESA?
 - 2.1.2. INNOVACIONES EN LAS CONDICIONES DE VALIDEZ DE LOS ACUERDOS COLECTIVOS
 - 2.1.2.1. EL ACUERDO DE EMPRESA, ACUERDO MAYORITARIO
 - 2.1.2.2. LA DIVERSIFICACIÓN DE LAS VÍAS DE OBTENCIÓN DE UN ACUERDO COLECTIVO
 - 2.1.3. EL ACUERDO COLECTIVO FRENTE AL CONTRATO DE TRABAJO
 - 2.2. LA RECOMPOSICIÓN DE LA REPRESENTACIÓN DEL PERSONAL
 - 2.2.1. UNA ÚNICA INSTANCIA
 - 2.2.1.1. CONSTITUCIÓN
 - 2.2.1.2. COMPOSICIÓN Y ELECCIÓN
 - 2.2.2. ATRIBUCIONES Y MEDIOS DE LA NUEVA INSTANCIA
 - 2.2.2.1. ATRIBUCIONES DEL COMITÉ SOCIAL Y ECONÓMICO
 - 2.2.2.1.1. EN LAS EMPRESAS DE AL MENOS 50 TRABAJADORES
 - 2.2.2.1.2. EN LAS EMPRESAS DE MENOS DE 50 TRABAJADORES
 - 2.2.2.2. ATRIBUCIONES DEL CONSEJO DE EMPRESA
 - 2.3. LA REDUCCIÓN PARCIAL DE LAS “RIGIDECES” PARA EL EMPLEADOR EN LA RELACIÓN DE TRABAJO
 - 2.3.1. OBSERVACIONES GENERALES
 - 2.3.2. RUPTURAS EN EL DERECHO COMÚN DEL DESPIDO
 - 2.3.2.1. UNA REDUCCIÓN DEL FORMALISMO PROCESAL
 - 2.3.2.2. LA IMPOSICIÓN DE UN BAREMO DE INDEMNIZACIONES DEL DESPIDO IMPROCEDENTE
 - 2.3.3. CAMBIOS EN EL RÉGIMEN DEL DESPIDO POR MOTIVO ECONÓMICO
 - 2.3.3.1. EL ÁMBITO DE APRECIACIÓN DEL MOTIVO
 - 2.3.3.2. LA RUPTURA POR MUTUO ACUERDO EN EL MARCO DE UN ACUERDO COLECTIVO
3. A MODO DE CONCLUSIÓN

INTRODUCCIÓN

Los distintos gobiernos que se han sucedido desde 1981, año del primer acceso al poder de fuerzas políticas de izquierdas desde 1958 y el nacimiento de la Vª República, adoptaron una o varias leyes que modificaron de forma importante el Código del Trabajo. Incluso después de su “recodificación de derecho constante”, cuya entrada en vigor el 1º de mayo de 2008 iba a garantizar, según algunos, más estabilidad a este texto denso y fuertemente sensible a los cambios políticos o a las políticas tanto económicas como sociales. Más aún, este movimiento de modificaciones-agregaciones prosiguió a partir de agosto de 2008. Bajo la presidencia de François Hollande (2012-2017), varias leyes (sin mencionar los innumerables decretos) modificaron el Código del Trabajo, entre ellas, tres en particular: la ley de 14 de junio de 2013 *relative à la sécurisation de l’emploi*, la

ley de 17 de agosto de 2015 *relative au dialogue social et à l'emploi* y la ley de 8 de agosto de 2016, *relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels* (conocida como "loi El Khomri", nombre de la entonces Ministra de Trabajo). Esta última ley suscitó en una parte importante del movimiento sindical mucha hostilidad, que se materializó en numerosas manifestaciones, y preveía en su artículo primero la instauración de una comisión encargada de proponer una "refundición del Código del Trabajo". A esa trilogía legal, se podría añadir la ley de 6 de agosto de 2015 *pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances* económicas, que afectó de forma marginal al Código del Trabajo, pero que incluía inicialmente una limitación de la cantidad de la indemnización en caso de despido improcedente, entonces declarada inconstitucional, y hoy en día presente en derecho positivo desde la reciente reforma. En todo caso, esa ley traducía la voluntad de su inspirador y defensor ante el Parlamento, Emmanuel Macron¹, de "liberar la iniciativa económica" y de fomentar la competencia, hasta conocerse como "ley Macron".

La reforma, realizada mediante un conjunto de textos legislativos y reglamentarios promulgados en septiembre de 2017, es consecuencia directa de la transformación política que Francia había conocido cuatro meses antes. Es cierto que el fuerte vínculo entre un acontecimiento político y un cambio en el ámbito del Derecho del Trabajo no constituye una novedad en la historia de este país. El cambio político de mayo-junio de 1981 (elección de François Mitterrand, líder del Partido Socialista, a la presidencia de la República, seguida de la disolución de la Asamblea Nacional dominada por la derecha y de la elección de una mayoría de unión de la izquierda en apoyo a un gobierno de la misma tendencia²) había permitido la adopción de una serie de Ordenanzas y de leyes en los años 1982 y 1983 que procedieron a la reforma más amplia del Derecho del Trabajo, de la Seguridad Social y del régimen de las empresas públicas (tras importantes nacionalizaciones) desde 1945.

Ahora bien, las victorias electorales de Mitterrand y de los partidos de izquierdas en 1981 eran más previsibles meses antes que las de Emmanuel Macron en la elección presidencial y de los candidatos de *En Marche!* en las elecciones legislativas. En efecto, dado el debilitamiento político de Hollande y las profundas divisiones de la izquierda, se podía esperar una nueva y clásica "alternancia

¹ Entonces Ministro de Economía del Gobierno Valls.

² La mayoría se constituía de diputados del PS, del Partido Comunista (PCF), del Movimiento de los radicales de izquierda (Mouvement des radicaux de gauche-MRG), y el Gobierno de Pierre Mauroy, de dirigentes socialistas cercanos a Mitterrand y de cuatro ministros comunistas (por primera vez desde 1946 y el fin del Gobierno provisional de la República constituido en la Liberación, la entrada en vigor de la Constitución de 1946 y la elección de la primera asamblea de la IV República).

política”: la elección del candidato del partido “Les Republicains” (LR, nacido en 2015 de una tentativa de *cambio de look* de la “Union pour un Mouvement Populaire”-UMP- que procedía a su vez de una alianza de “gaullistas” –cada vez menos “gaullistas”- y de fervientes defensores del liberalismo económico) a la presidencia de la República, seguida de la victoria de los candidatos de este partido en las elecciones legislativas. Así, la derecha hubiera vuelto al poder de Estado tras cinco años de presidencia de François Hollande y de presencia, en la Asamblea Nacional, de una mayoría inestable de diputados del Partido Socialista (PS) con supuesta vocación de apoyar la acción del Presidente y de su gobierno (dirigido desde 2014 por Manuel Valls)³. La celebración de primarias en cada “bando” desembocó en la designación de François Fillon, candidato de LR, con posiciones muy a la derecha (con el propósito de resistir al crecimiento del Frente Nacional-FN- y de su candidata, Marine Le Pen, hija del fundador de este partido de extrema derecha) y, tras la renuncia de François Hollande a solicitar su reelección, de Benoît Hamon como candidato del PS (con propuestas bastante audaces en materia de trabajo y empleo), preferido a Manuel Valls, etiquetado representante de la tendencia más a la derecha del partido.

Los acontecimientos no han seguido el guión establecido, con determinados hechos destacables.

1º) La aparición en el verano de 2016 de un nuevo candidato, Emmanuel Macron, joven y abiertamente hostil a las visiones clásicas de la social-democracia. Un candidato procedente, como tantos otros políticos franceses, de la Escuela Nacional de Administración (ENA) y miembro del prestigioso cuerpo de la Inspección de las finanzas, con experiencia en la Banca Rothschild. Un candidato miembro del PS de 2006 a 2009, nombrado en 2012 secretario general adjunto en el gabinete del Presidente Hollande, Ministro de Economía, de Industria y del Digital en 2014 en el Gobierno Valls, antes de dimitir de este puesto en 2016 tras haber creado su movimiento “En Marche!”. Una candidatura que contribuyó, sin la menor duda, a convencer a Hollande de no volver a presentarse.

2º) El rápido debilitamiento del candidato Fillon, ganador de las “primarias de la derecha” con posiciones a la vez *pro-business* en el ámbito económico y “societal” (como es lo relativo a modos de vida y coiales; por ejemplo, lo relacionado con el matrimonio del mismo sexo) y conservadoras, incluso reaccionarias, en el ámbito social. Un candidato que reivindicaba su inspiración cristiana pero

³ La reforma constitucional de 2000 reduce de siete a cinco años la duración del mandato presidencial, alineándose con el mandato de los diputados. Así, cada cinco años, en primavera, se celebran la elección presidencial y a continuación las elecciones legislativas, estas últimas fuertemente influenciadas por aquella. Se elige los senadores por nueve años pero la tercera parte del Senado se renueva cada tres años.

que fue acusado de prácticas deshonestas (hasta el punto de ser objeto de investigación penal) y reveladoras de una codicia insospechada. La pérdida de apoyo de este candidato en su propio partido y en su electorado, asqueado por su "inmoralidad" y su evidente ambición personal, debía ayudar a la candidatura Macron.

3°) La progresión constante, observada en cada sondeo, de esta candidatura, "ni de izquierda, ni de derecha", con un programa bastante indefinido en el cual figuraba, sin embargo, una reforma del Código del Trabajo (su "modernización" en búsqueda de "flexiseguridad"), la extensión de las prestaciones por desempleo a los trabajadores "dimisionarios" (que cesaban voluntariamente) y autónomos o la supresión del impuesto sobre la fortuna así como de un impuesto local abonado por personas con pocos recursos.

4°) El peso de dos candidaturas calificadas de "populistas": la de M. Le Pen que se esforzaba en presentar el FN como el partido de la gente modesta, de los obreros especialmente, víctimas de la mundialización, de la Europa liberal y de una inmigración "masiva e incontrolada". A "la izquierda de la izquierda", la de Jean-Luc Mélenchon, antiguo miembro del PS y ex ministro, con el apoyo de su movimiento *La France insoumise*, e impuesta a un Partido comunista muy débil que se presentaba en principio como su aliado.

5°) El éxito de E. Macron, en la primera vuelta con 24% de los votos, ante Le Pen (21,30%), Fillon (20%), Mélenchon (19,50%), Hamon (¡menos de 7%!), seguido de su clara victoria en la segunda vuelta (66%) contra la responsable del partido de extrema derecha, así como, pocas semanas después, el éxito del partido "La République en marche" (LREM), que obtiene mayoría absoluta en las elecciones legislativas, con un gran número de candidatos nuevos en política y algunos tránsfugos del PS, del partido centrista MODEM, del partido ecologista y, más excepcionalmente, de LR.

6°) La formación de un nuevo Gobierno dirigido por Edouard Philippe, hasta entonces diputado de LR, y compuesto de otros miembros de este partido (responsables de la política económica...), de ex-socialistas y de "representantes de la sociedad civil" (especialmente una figura emblemática de la lucha para la defensa del medioambiente y contra el calentamiento global, una profesora de medicina, una rectora de universidad, una campeona olímpica, etc., así como una ex directora de "recursos humanos" de un gran grupo industrial, encargada del Ministerio de Trabajo).

El Presidente Macron y el Gobierno Philippe cuentan, por lo tanto, con una sólida mayoría aritmética de LREM en la Asamblea Nacional y de una indiscutible legitimidad para poner en ejecución el programa presidencial que no se puede calificar de "centro-izquierda" ni tampoco de "centrista". Por otra parte, reciben apoyo de varios diputados del partido oficialmente centrista y, más puntualmente,

de diputados del principal partido de oposición, LR, especialmente cuando se trata de medidas de inspiración neo-liberal. Los diputados del PS que componen el grupo parlamentario “Nouvelle gauche”, han manifestado su preferencia por estar en la oposición a los proyectos del Gobierno. La oposición más completa y determinada es muy heterogénea: diputados de *La France insoumise* (LFI) y del Partido comunista a la izquierda y los del FN a la extrema derecha. Ahora bien, la “derecha republicana” ha accedido recientemente a la mayoría en el Senado, donde los “macronistas” no han conocido el mismo éxito que en la Asamblea Nacional.

Ese reparto de fuerzas en las instituciones políticas alimentó las discusiones y debates de la primera e inmediatamente puesta en marcha reforma de importancia del mandato presidencial: la del Código del Trabajo. Conviene señalar otra variable contextual importante, puesta en evidencia por los sondeos y por las numerosas manifestaciones de apoyo público a favor del candidato Macron: una franja considerable del electorado que le ha votado en la primera vuelta de la elección presidencial no se muestra convencida por su programa pero hizo esta elección, bien por el rechazo a Fillon tras el escándalo ya evocado, bien por oponerse a Le Pen (que tenía posibilidad de llegar en primer lugar a la primera vuelta) un candidato susceptible, más que Fillon, de congregar un electorado lo bastante amplio en la segunda vuelta. En definitiva, de todos los Presidentes de la Vª República⁴, Emmanuel Macron constituye el que ganó con la menor tasa de adhesión a su programa.

Probablemente, esta consideración ha influido el método utilizado por el poder ejecutivo para adoptar y permitir la aplicación cuanto antes de los textos de la reforma. Conviene, pues, formular algunas precisiones al respecto (1), antes de emprender el examen de las principales medidas que provocan una transformación parcial del Código del Trabajo (2).

1. EL PROCESO DE LA REFORMA

Una vez constituido y con el fin de poner en marcha el proyecto presidencial, el Gobierno Philippe desarrolla un programa de seis reformas a llevar a cabo en los dieciochos meses siguientes a su toma de posesión, con el objetivo de “renovar en profundidad (el) modelo social francés con las organizaciones sindicales y patronales de la Nación”. Concretamente, en palabras del ejecutivo:

⁴ Cronológicamente, De Gaulle, Pompidou, Giscard d’Estaing, Mitterrand, Chirac, Sarkozy y Hollande.

- "fomentar la convergencia entre rendimiento social y rendimiento económico", gracias a la evolución inmediata del Derecho del Trabajo "para tomar en cuenta la diversidad de las aspiraciones de los trabajadores y las necesidades de las empresas" así como para proporcionar "seguridad" a las relaciones jurídicas del trabajo (una forma de obsesión de la "seguridad jurídica" - estabilidad de los actos, previsibilidad de las consecuencias, especialmente económicas, de los actos, en particular de los despidos - reclamada por las organizaciones patronales y por los juristas a su servicio);

- aumentar el poder adquisitivo de los trabajadores mediante la reducción de las cotizaciones sociales a su cargo;
- reforzar los dispositivos de formación profesional;
- refundir el aprendizaje para desarrollar masivamente la oferta de las empresas a los jóvenes de menos de 25 años;
- abrir las prestaciones de desempleo a los trabajadores "dimisionarios" (hasta ahora sólo se benefician los trabajadores involuntariamente en desempleo) y a los trabajadores autónomos;
- renovar el sistema de jubilación haciéndolo más transparente y justo.

Por lo que se refiere a la primera de esas reformas, el informe al Presidente de la República relativo a la primera de las Ordenanzas a las que nos referiremos más abajo, ofrece un discurso convenido pero significativo: esta reforma traduce un "*proyecto global de transformación del Código del Trabajo destinado a liberar las energías y ofrecer verdaderas protecciones a los trabajadores, mediante la negociación con los trabajadores y sus representantes*", un proyecto que "*debe contribuir a favorecer el progreso social y económico para Francia y los franceses, en la línea de nuestra herencia social, conciliando fidelidad al pasado y adaptación a los desafíos de nuestro tiempo*", a través de "*medidas concretas, pragmáticas*" que "*configuran un nuevo derecho social en nuestro país: en el marco definido por la ley, la negociación fijará, en adelante, las reglas de funcionamiento en la empresa y en el sector*"⁵.

⁵ Extracto del informe relativo a la Ordenanza n° 2017-1385. Igualmente, se puede leer que "esta reforma apuesta por la confianza y la inteligencia colectiva de las empresas, de los trabajadores y de sus representantes, especialmente las organizaciones sindicales" o que reivindica "la confianza dada a las empresas y a los trabajadores a través de la capacidad de anticipar y de adaptarse de manera sencilla, rápida y segura".

1.1. El recurso a las Ordenanzas

La reforma del Derecho del Trabajo mediante la del Código del Trabajo (eliminando reglas jurisprudenciales en determinados puntos) responde a las aspiraciones de la Comisión Europea formuladas en sus “recomendaciones” a los Estados miembros⁶, en las que se insta a Francia, de forma constante, a proceder a una clara “modernización del mercado de trabajo”, eufemismo que nadie puede obviar y que se refiere a una flexibilización de las condiciones jurídicas del uso de la mano de obra. La “ley El Khomri”, precedente más reciente entre muchos otros textos, respondía claramente a esa preocupación.

El Presidente y el Gobierno debían frente, sin embargo, a dos condicionantes.

Un condicionante político en primer lugar: realizar esta reforma del Código del Trabajo antes del final del periodo estival, poco propicio a movilizaciones sindicales que la operación podía provocar, lo que encomendaba recurrir al procedimiento de *las Ordenanzas*, previsto en el artículo 38 de la Constitución⁷. Éste prevé que “el Gobierno puede, para la ejecución de su programa, solicitar al Parlamento la autorización para adoptar por Ordenanzas, durante un plazo limitado, medidas que corresponden normalmente a la ley”, caso de la fijación o de la modificación de las reglas principales del Derecho del Trabajo. La autorización del Parlamento se materializa en una ley de habilitación que fija la duración de esa modalidad de delegación del poder legislativo y define las materias así como las orientaciones de la producción normativa confiada al ejecutivo.

Las Ordenanzas, cuyo proyecto se somete al previo Dictamen consultivo del Consejo de Estado (en su función de consejero del gobierno⁸), se adoptan en Consejo de Ministros presidido por el jefe del Estado que las firma y prescribe su publicación (con el informe al Presidente que ha de acompañar cualquier Ordenanza para exponer las razones de su adopción y describir sus líneas maestras) al *Journal Officiel* de la República. Entran en vigor en el momento de la publicación pero solo tienen valor reglamentario hasta su ratificación por ley aprobada en el Parlamento⁹. Es decir que, hasta la promulgación de esa ley, quedan expuestos,

⁶ « Loi travail : Bruxelles espère des mesures fortes de la France/ Bruxelles attend Emmanuel Macron sur sa future loi travail », *Le Monde*, 23 mai 2017.

⁷ Fue la vía seguida por el Gobierno Mauroy en 1981 para realizar una primera serie de reformas sociales, especialmente de reducción del tiempo de trabajo, antes de la discusión y la aprobación de las “leyes Auroux”. Otros Gobiernos utilizaron el procedimiento de las Ordenanzas.

⁸ Las secciones denominadas “administrativas” del Consejo de Estado, entre ellas, la Sección Social, ejercen esta función.

⁹ Este mecanismo resulta muy similar al de los artículos 82-85 de la Constitución española de 1978. La “ley de habilitación” (o de “autorización”) corresponde a la ley de bases (se requiere igualmente en caso de delegación de poder legislativo para refundir textos legislativos, especial-

como los decretos presidenciales o ministeriales, a un recurso de anulación por ilegalidad (o *a fortiori* por inconstitucionalidad) ante el Consejo de Estado (sección de lo contencioso), jurisdicción administrativa suprema¹⁰. A partir de la entrada en vigor de la ley de ratificación¹¹, que puede modificarlas, las disposiciones de las Ordenanzas o introducidas por ellas en los códigos o leyes anteriores, tienen valor legislativo y sólo pueden ser anuladas por el Consejo constitucional vía una "cuestión prioritaria de constitucionalidad" alegada durante un litigio ante la jurisdicción judicial o administrativa.

Otro condicionante para el Gobierno, de tipo jurídico, se desprendía del artículo L. 1 del Código del Trabajo introducido por la ley "de modernización del diálogo social" de 31 de enero de 2007. En virtud de esta disposición, que abre hoy en día el Capítulo Preliminar (titulado "Diálogo social") del Código refundido en 2007-2008, "todo proyecto de reforma contemplado por el Gobierno que se refiere a las relaciones individuales y colectivas de trabajo, al empleo y la formación profesional y que pertenece al ámbito de la negociación nacional e interprofesional, es objeto de una concertación previa con las organizaciones sindicales de trabajadores y empresarios representativas en el ámbito nacional e interprofesional, con vista a la apertura eventual de una negociación". Esta regla especial de procedimiento legislativo que impone, salvo urgencia, una "concertación" --solicitud e intercambios de puntos de vista y pareceres de los interlocutores sociales sobre el proyecto de reforma-- tiene como objetivo garantizar la toma en consideración (por el Gobierno) de la posición de las organizaciones patronales y sindicales, y favorecer la apertura, entre ellas, de una negociación de la reforma legislativa (dicho sea de paso, algo que casi nunca ha ocurrido hasta la fecha).

Así, con la intención de someter al Parlamento un proyecto de ley que le habilita a "legislar vía Ordenanzas" para modificar sustancialmente el Código del Trabajo, el Gobierno Philippe tuvo que empezar previamente por organizar encuentros, para exponer su proyecto global y las principales medidas de la reforma, con cada una de las organizaciones patronales representativas- Movimiento de las empresas de Francia (Medef), Confederación general de las pequeñas y

mente realizar una "recodificación de derecho constante", como se ha producido frecuentemente, en particular en 2006, para la recomposición del Código del Trabajo). Las Ordenanzas se asemejan al decreto legislativo. La Constitución de 1958 no reconoce al Gobierno la facultad de adoptar decretos leyes como los del artículo 86 de la Constitución española.

¹⁰ La CGT y la CFTD han impugnado algunas disposiciones de las Ordenanzas del 22 de septiembre.

¹¹ Como cualquier "ley ordinaria", puede, tras su aprobación y antes de su promulgación por el Presidente de la República, ser objeto de recurso ante el Consejo constitucional que examinará su conformidad a la Constitución. Pueden formular tal recurso el Presidente de la República, el Primer Ministro, el Presidente del Senado o el de la Asamblea Nacional o - lo que ocurre más frecuentemente - 60 diputados o 60 senadores.

medianas empresas (CGPME), etc.- y cada una de las cinco confederaciones de sindicatos de trabajadores actualmente representativas en el ámbito nacional y en todos los sectores de actividad (CGT, CFDT, CGT-FO, CFTC, CGC-CFE¹²). Hecho llamativo, el ejecutivo no ha mantenido reuniones con el conjunto de esas organizaciones, de acuerdo con lo que se podía pensar de la forma de la concertación prescrita por el Código, y ha optado por reuniones bilaterales entre la Ministra de Trabajo y cada una de las organizaciones. Reuniones sobre los proyectos de Ordenanzas que se realizaron hasta el final del mes de agosto. Los interlocutores sociales no abrieron ningún proceso de negociación, ya que ninguna organización deseaba una negociación nacional e interprofesional que asumiera esta reforma del Código del Trabajo prometida por el candidato Macron. La legalidad de esta manera de practicar el procedimiento del “diálogo social” del artículo L. 1 no ha sido contestada por los parlamentarios de la oposición de izquierdas que han recurrido la ley de habilitación ante el Consejo constitucional, y no podrá serlo a través de una eventual cuestión prioritaria de constitucionalidad relativa a una disposición del Código introducida por una Ordenanza ratificada.

Por consiguiente, es bajo una forma jurídicamente discutible – en el marco de lo que se denomina pomposamente “democracia social”¹³ – que los proyectos de textos han sido elaborados, si bien los repetidos intercambios (“más de 300 horas de intercambios profundizados”, se garantiza) entre el Primer Ministro, la Ministra de Trabajo y sus asesores (principalmente procedentes del mundo patronal), por una parte, y las organizaciones sindicales, por otra parte, han permitido a estas últimas conseguir algunas correcciones de los proyectos iniciales. Dichas

¹² CGT : *Confédération générale du travail* (la más importante en efectivos y en resultados electorales si se consideran todos los sectores de trabajadores dependientes, incluso la función pública); CFDT : *Confédération française démocratique du travail* (organización más representativa en el sector privado desde las últimas elecciones profesionales); CGT-FO : *CGT-Force ouvrière* (nacida de una escisión de la CGT en 1947) ; CFTC : *Confédération française des travailleurs chrétiens* ; CGC-CFE : *Confédération générale des cadres-Confédération française de l'encadrement*.

¹³ Varias leyes del principio del siglo XXI utilizan esta expresión en su título (entre otras, la ley de 20 de agosto de 2008 “*portant rénovation de la démocratie sociale*”, que modificó el régimen de la representatividad sindical). Sin embargo, sería razonable y sano hacer un uso más moderado de tal terminología (A. Jeammaud, “Ne rêvons plus de ‘démocratie économique’ ou ‘industrielle’, ne parlons plus de ‘démocratie sociale’ !”, *Revue de droit du travail*, Octubre 2017, p. 577). Las reformas del Derecho del Trabajo realizadas en 1982-1983, que se acompañaron de la ampliación del sector público industrial y comercial (nacionalizaciones), daban una cierta credibilidad a la voluntad proclamada por el primer Gobierno y la primera mayoría de izquierdas, de permitir la eclosión de una “democracia económica” o, al menos, de una forma avanzada de “democracia industrial” (ver : A. Jeammaud y A. Lyon-Caen, « Francia », in *Derecho del trabajo, democracia y crisis, en Europa occidental y en América*, dir. A. Lyon-Caen et A. Jeammaud, ed. española dir. L. E. De la Villa Gil y M. C. Palomeque López, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1989, p. 55 sig.).

correcciones han permitido reducir la hostilidad de centrales como la CFDT y FO, con el efecto de evitar lo que temía el Gobierno: la adhesión de esas confederaciones, conocidas como "reformistas", a la posición de la CGT y a su llamamiento, ya anunciado, a la movilización en contra de la "reforma Macron". En todo caso, se trató de correcciones menores que no han tomado en consideración las reivindicaciones o propuestas sindicales esenciales, por lo que la apreciación final del movimiento sindical sobre la reforma ha sido globalmente negativa o reservada aunque no haya sido expresada de forma unitaria.

1.2. La realización de la operación

La discusión del proyecto de ley de habilitación ha dado lugar, desde julio, a intensos debates entre la nueva mayoría de la Asamblea Nacional y, principalmente, la oposición de izquierdas (grupos "Nueva izquierda", LFI y PCF). La ley ha sido aprobada de forma rápida con el concurso de algunos diputados de LR (la derecha "republicana") y la oposición del FN en nombre de "la defensa de los trabajadores (franceses)". Tras la decisión del Consejo constitucional que desestimó todas las críticas jurídicas formuladas por los diputados de la izquierda¹⁴. Promulgada el 15 de septiembre, la ley habilita "al Gobierno a adoptar, vía Ordenanzas y durante un plazo de seis meses, diversas medidas de reforzamiento del diálogo social". Preparadas desde el mes de julio, fueron firmadas cinco Ordenanzas el 22 de septiembre por el Presidente de la República con una puesta en escena inusual (periodistas y televisiones invitadas en el Palacio del Eliseo, breve discurso presidencial). De conformidad con el artículo 8 de la ley, el Gobierno ha depositado el 27 de septiembre ante el Parlamento un proyecto de ley única de ratificación de aquellos cinco actos.

Estas Ordenanzas, con números 2017-1385 a 2017-1389 y con tamaños muy desiguales, las integran principalmente artículos que modifican, sustituyen, crean o derogan artículos del Código del Trabajo y, en mucha menor medida, otros Códigos¹⁵. Si la pretensión fue "simplificar" y "modernizar" un Código del Trabajo cuyo volumen, seguramente excesivo, ha sido denunciado con constancia por el sector empresarial, los economistas ortodoxos y la derecha política, el conjunto de la ley del 15 y de las Ordenanzas de 22 de septiembre ocupa un centenar de páginas en el *Journal Officiel*. Otros textos van a complementar o ya han complementado ese conjunto: los Decretos expresamente previstos por algunas disposiciones introducidas por estas Ordenanzas o, en cualquier caso, indispensables para su aplicación. Solo tras su completa publicación se podrá apreciar, en su justa medida, la reducción del volumen del Código.

¹⁴ Decisión nº 2017-751 DC de 7 de septiembre de 2017.

¹⁵ Código Rural y de la Pesca marítima que contienen disposiciones aplicables a los trabajadores del sector agrícola o de la pesca, Código de la Seguridad Social, etc.

2. EL CONTENIDO DE LA REFORMA

De acuerdo con las exigencias de la jurisprudencia del Consejo constitucional, la ley de habilitación del 15 de septiembre precisa las orientaciones sustanciales de las Ordenanzas por venir: “reconocer y atribuir un papel central a la negociación colectiva de empresa” a través de numerosos medios por precisar¹⁶; “instaurar una nueva organización del diálogo social en la empresa y [...] favorecer las condiciones de implementación sindical y de ejercicio de las libertades sindicales”, según modalidades por precisar; “reforzar la previsibilidad y, así [...] proporcionar seguridad jurídica a la relación laboral o los efectos de la ruptura para los empleadores y para los trabajadores”, etc. La mayoría de las nuevas disposiciones del Código del Trabajo entran en vigor el 1° de enero de 2018; algunas, sin embargo, ya se aplican desde el 24 de septiembre o el 1° de octubre.

Resulta imposible en el marco de este trabajo considerar todas las aportaciones de esta reforma parcial del Código del Trabajo (el Gobierno anunciaba “36 medidas”)¹⁷, por lo que sólo se pretende describir a grandes rasgos las principales innovaciones: las encaminadas, según las propias palabras de la primera Ordenanza, al “reforzamiento de la negociación colectiva”, que parece obsesionar tanto al legislador francés contemporáneo como a los dirigentes de determinadas organizaciones profesionales (2.1.), las relativas a la representación del personal en la empresa, con la “fusión” de las tres principales instituciones representativas

¹⁶ El artículo 1, 3° de la ley (que hubiera podido proceder directamente a esta supresión) encomendaba al Gobierno suprimir la comisión de expertos creada por el artículo 1° de la “ley El Khomri” y encargada de proponer una “refundición de la parte legislativa del Código del Trabajo” (¡sorprendente fórmula!), que debía “atribuir un papel central a la negociación colectiva”, de acuerdo con las recomendaciones del Informe Combrexelle (antiguo Director general del trabajo en el ministerio de Trabajo, y actual presidente de la Sección social del Consejo de Estado) al Primer Ministro Valls. La Ordenanza n° 2017-1385 ejecuta el “mandato” del nuevo legislador y deroga el artículo inicial de la ley de 2016. Se sabe que esa comisión no había podido constituirse o no lo había hecho.

¹⁷ Modificaciones de alcances muy variados han retocado el régimen de la extensión y de “la ampliación” (élargissement) de los convenios y acuerdos colectivos de trabajo, el régimen del teletrabajo (para fomentar su práctica) y el régimen del derecho de expresión directo reconocido a los trabajadores a partir del año 1982 (para facilitar su ejercicio, aparentemente poco utilizado en la práctica, a través de las herramientas digitales). Otras disposiciones se refieren a la valorización de la trayectoria profesional de los trabajadores que dedicaron tiempo y energía al ejercicio de mandatos sindicales o de representación a pesar del riesgo de sacrificar su carrera profesional (se trata de animar las vocaciones sindicales o de representación del personal, de preferencia por la inversión en la negociación de empresa). Finalmente, cabe señalar la puesta en marcha de un “Código del Trabajo digital” para facilitar el acceso gratuito de todos los empleadores o trabajadores (vía el servicio público de difusión del derecho por internet) a las disposiciones del Código y a las de los convenios y acuerdos colectivos aplicables.

(2.2.), y las tendentes a un alivio de las cargas y a una reducción de las rigideces que el Derecho de la relación de trabajo supone para el empleador (2.3.).

2.1. El "reforzamiento de la negociación colectiva"

En Derecho francés, el régimen de la negociación colectiva se caracterizaba durante mucho tiempo por cuatro grandes rasgos: el monopolio de las organizaciones sindicales de trabajadores representativas como agentes de la negociación; el dominio del convenio o acuerdo de sector sobre el acuerdo de empresa, salvo disposiciones más favorables para los trabajadores; la exclusión de cualquier regulación convencional contraria a las reglas legales (las del Código del Trabajo esencialmente), salvo disposiciones más favorables para los trabajadores; y una cierta capacidad de resistencia de los contratos de trabajo a las normas colectivas¹⁸. Este perfil ha sufrido varias alteraciones desde hace casi quince años, es decir, desde la reforma del conjunto del derecho a la negociación colectiva operada por una ley de 4 de mayo de 2004 ("ley Fillon", nombre del ministro de Trabajo de aquel entonces) hasta la ley "El Khomri" de 2016. Las disposiciones del Código del Trabajo modificadas o introducidas con vista al "reforzamiento de la negociación colectiva", tal y como se titula la Ordenanza nº 2017-1385, garantiza especialmente el de la negociación empresarial¹⁹.

¹⁸ No parece inútil recordar periódicamente que la capacidad de resistencia según las reglas de derecho no se puede confundir con la capacidad efectiva y la elección (fuertemente dependiente de la información) de ejercer esta facultad (este "derecho").

¹⁹ No se abordarán todos los cambios del régimen de la negociación colectiva: modificaciones de la periodicidad (anual, trianual o quinquenal, etc.) y del contenido de las negociaciones obligatorias con un papel incrementado de la negociación colectiva; modificaciones del régimen de la extensión de los convenios colectivos; "segurización" de la aplicación de éstas (reducción a dos meses del plazo para impugnar el convenio y solicitar su nulidad), etc. Por otra parte, si bien existe desde 1950 un organismo tripartito, la Comisión superior de los convenios colectivos, denominada Comisión nacional de la negociación colectiva desde 1982 (parecida a la *Comisión consultiva nacional de convenios colectivos*), y, desde el año 2008, un Alto Consejo del diálogo social encargado de cuestiones relativas al reconocimiento de la representatividad de las organizaciones sindicales y patronales, la Ordenanza nº 2017-1385 prevé la creación, en el ámbito provincial y por decisión de la autoridad administrativa, de un "Observatorio de análisis y de apoyo del diálogo social", de composición tripartita, encargado de fomentar el diálogo social y la negociación colectiva en las empresas de menos de 50 trabajadores de la provincia, así como de establecer "un balance anual del diálogo social en la provincia".

2.1.1. La nueva potencia del acuerdo de empresa respecto al convenio sectorial²⁰

2.1.1.1. Tres modalidades de relaciones

Las materias susceptibles de negociación se reparten en tres grupos de materias --los comentaristas hablan de “bloques”-- que corresponden a tres relaciones diferentes entre convenio de sector y convenio de empresa.

En trece materias limitadamente enumeradas --*primer bloque*-- *las disposiciones del convenio sectorial prevalecen sobre las del acuerdo de empresa, firmado anteriormente o posteriormente, salvo sobre las que aseguran a los trabajadores “garantías al menos equivalentes”*²¹. Integran ese bloque las siguientes materias: las clasificaciones profesionales; los salarios mínimos por cada nivel jerárquico; la igualdad profesional entre hombres y mujeres; las condiciones y la duración de la renovación del periodo de prueba en el contrato de trabajo por tiempo indefinido; determinadas medidas relativas a la jornada y a su distribución; algunos elementos del régimen del contrato de duración determinada y de los contratos a través de empresas de trabajo temporal sobre los cuales el acuerdo colectivo no podía hasta entonces derogar al Código (duración del contrato, número de renovaciones, etc.); el régimen del nuevo contrato “firmado por la duración de una obra o de una operación”.

En otras materias, *el acuerdo de empresa se aplica de forma preferente al de sector anterior, salvo si éste impone expresamente la solución contraria, en tal caso prevalecen únicamente las normas convencionales de empresa que aseguran a los trabajadores “garantías al menos equivalentes”* (se habla de “cláusula de cierre”). Ahora bien, este *segundo bloque* tiene un tamaño relativamente reducido: prevención de los efectos de la exposición a determinados riesgos profesionales (penosidad, exposición a determinados agentes químicos, etc.); inserción profesional de los trabajadores con discapacidad; pluses por trabajos peligrosos e insalubres; y efectivo de la empresa a partir del cual las organizaciones sindicales representativas pueden designar delegados sindicales y su número.

²⁰ En la nueva terminología del Código, la expresión “convenio de sector” se refiere al género que incluye el convenio colectivo de sector, el acuerdo colectivo profesional (acuerdo sectorial relativo a una o varias materias: jornada, salarios, derecho sindical, por ejemplo) y el acuerdo interprofesional; la expresión “convenio de empresa” corresponde al nombre genérico para el convenio o el acuerdo colectivo empresarial o de centro de trabajo. Para más comodidad, nos referiremos a la expresión *acuerdo colectivo* para designar de forma genérica el conjunto de estos actos jurídicos especiales.

²¹ Los juristas y profesionales de las relaciones laborales, acostumbrados a la fórmula clásica “estipulaciones más favorables”, habrán de determinar el significado y alcance de esta nueva fórmula, varias veces utilizada en los textos nuevos: “asegurar garantías al menos equivalentes”.

En todas las demás materias --tercer bloque-- las disposiciones del acuerdo de empresa, firmado antes o después de la entrada en vigor del convenio de sector, prevalecen sobre las de este último que tienen el mismo objeto, incluso más favorables. En defecto de acuerdo empresarial, lógicamente, se aplica el convenio sectorial.

Se observa, por lo tanto, un importante incremento de la autonomía de la negociación en el ámbito empresarial o en el centro de trabajo que se ilustra igualmente por el régimen especial de un tipo de acuerdo de empresa "para responder a las necesidades de funcionamiento de la empresa o con vistas a preservar o desarrollar el empleo". Este acuerdo puede adaptar la jornada de trabajo, sus modalidades de organización y de distribución, modificar la remuneración en el respeto del salario mínimo legal (SMIC) y de los salarios mínimos convencionales de sector (por ejemplo, suprimiendo una ventaja salarial prevista en un acuerdo de empresa anterior, por uso profesional o reconocido unilateralmente por el empleador), determinar las modalidades de movilidad profesional o geográfica interna a la empresa, o abordar varias de estas cuestiones. Estos acuerdos, sin nombre en las nuevas disposiciones y denominados "acuerdos de competitividad" por el Consejo constitucional en su decisión de 7 de septiembre de 2017 relativa a la ley de habilitación, tienen como singularidad desplegar una eficacia especial sobre los contratos de trabajo incluidos en su ámbito de aplicación (ver *infra* 2.1.3).

2.1.1.2. ¿Una competencia a través de las normas convencionales de empresa?

Se dice con excesiva simplificación que la ley de agosto de 2016 y la Ordenanza n° 2017-1385 han conducido a una "inversión de la pirámide de las normas". Realmente, y suponiendo que esta figura de "pirámide de las normas" sea pertinente y correctamente denominada, el diagnóstico es, por lo menos, excesivo. En primer lugar, porque el instrumento convencional sectorial no siempre cede ante el de empresa. Luego porque, si la facultad de establecer una regulación contraria a las disposiciones legales por acuerdo colectivo, incluso menos favorables a los trabajadores, se ha extendido de forma progresiva a través de las reformas de las últimas décadas, permanecen en el Código numerosas normas inderogables *in peius* y sólo derogables *in melius* de conformidad con lo que sigue siendo la regla de principio²². Sin embargo, cabe afirmar que las más

²² El artículo L. 2251-1 del Código permanece intacto: "un convenio o un acuerdo puede contener estipulaciones más favorables a los trabajadores que las disposiciones legales en vigor. No pueden derogar a las disposiciones de orden público". La norma implica que la disposición constituye una regla de principio, frente a la cual existen determinadas reglas especiales como reglas de excepción (por lo tanto, de interpretación restrictiva). Igualmente se trata de una de las normas que han podido servir de punto de

recientes innovaciones nacidas de una voluntad de “flexibilizar” esta legislación, conducen a un debilitamiento significativo de uno de los papeles reconocidos al Derecho del Trabajo: ser un especie de “policía” de la competencia a través de la limitación de la posibilidad, para los empleadores en competencia en un mercado de productos, de buscar una ventaja en el plano del coste de la mano de obra, alterando las condiciones jurídicas de su uso²³. En efecto, las nuevas reglas permiten a un empleador conseguir, por acuerdo de empresa, una ventaja comparativa en una materia correspondiente al tercer bloque de materias. Por ejemplo, puede librarse de todo o parte del coste de un plus o de un incremento salarial previsto en un acuerdo de sector, dado que éste se aplica de forma obligatoria únicamente por lo que se refiere a los salarios mínimos²⁴. Surge, por lo tanto, un factor nuevo de competencia a través de las normas empresariales, siempre y cuando los agentes de la negociación o los trabajadores directamente a través de la ratificación de un proyecto de acuerdo presentado por el empleador, suscriban esta forma de búsqueda de competitividad. No faltaron denuncias por parte de sindicalistas, y con algo de razón, del riesgo de “dumping social” entre empresas de un mismo sector²⁵.

arranque de la inducción amplificadora que ha llevado a la Corte de casación a consagrar el “principio fundamental en Derecho del Trabajo” según el cual “en caso de conflicto de normas, la más favorable a los trabajadores debe recibir aplicación” (respecto a la noción de “principios”, ver A. JEAMMAUD, “L’inexistence en droit français du travail, d’un principe ‘*pro operario*’”, *Estudios en recuerdo del Profesor Dr. Ramón Alarcón Caracuel*, Monografías de *Temas Laborales*, Sevilla, 2016, p. 83). La presencia de disposiciones nuevas conduce a poner en duda que esta norma jurisprudencial (que algunos llaman « principio de favor », lo que discutimos) conserve su calidad de principio. Debería mantenerse en derecho positivo (si la Corte de casación no decide olvidarla), pero su aplicación se reduce proporcionalmente al número de reglas de excepción, lo que impediría en adelante hablar de “principio”: se trata, hoy por hoy, de una (mera) regla de principio (cuya presencia implica, eso sí, una interpretación restrictiva de las reglas de excepción).

²³ En Francia, esta consideración inspiró la creación de la técnica de la extensión del convenio colectivo sectorial (en el sentido de la terminología legal señalada supra, nota 18) por decreto del Ministro de Trabajo. Conviene apuntar una innovación, discreta pero significativa, de la Ordenanza n° 2017-1388: en adelante, el ministro puede rechazar la extensión de cláusulas de un acuerdo colectivo “por motivo de interés general, especialmente por una vulneración excesiva a la libre competencia” (eventualmente, tras haber solicitado a un grupo de expertos la apreciación de los eventuales efectos económicos y sociales de la extensión).

²⁴ Todo dependerá de lo que el acuerdo de sector entienda por “salarios mínimos jerárquicos”, puesto que los firmantes pueden incluir en ellos elementos de remuneración cuya fijación corresponde, *a priori*, al bloque 3. Así fue lo que sucedió en octubre de 2017 en el sector del transporte por carretera.

²⁵ Por ejemplo: J. Decaillon y E. Martin, « Ordonnances : non au dumping social ! », *Le Monde*, 16 septembre 2017.

Sin embargo, la práctica de esta gestión de la mano de obra llevada a cabo por las direcciones de las empresas y el cumplimiento del riesgo evidente de una degradación de las condiciones de empleo, dependerán en gran medida del poder de negociación de los interlocutores sociales. El traslado del lugar principal de negociación colectiva del sector hacia la empresa --se habla de descentralización-- se presenta con mucho agrado por sus partidarios como un factor de dinamización del sindicalismo en la empresa, y algunos sindicalistas la contemplan como un recurso suplementario para la defensa de los intereses de los trabajadores, incluso como un tipo de "contrapoder" en la organización productiva. A pesar de ello, no faltan motivos para temer que estos representantes sindicales, más solicitados que nunca en la mesa de negociación, tengan menos poder de resistencia a las "propuestas-reivindicaciones" del empleador que los negociadores sindicales en el sector frente a la representación patronal.

2.1.2. Innovaciones en las condiciones de validez de los acuerdos colectivos

La regla de principio permanece sin cambios y contempla que *una o varias organizaciones sindicales representativas* de trabajadores, a través de los delegados sindicales por ellas designados, negocian, firman y revisan los convenios y acuerdos colectivos de trabajo en las empresas o centros de trabajo²⁶. Sin embargo, de forma progresiva, se ha introducido diferentes fórmulas para permitir la celebración de acuerdos en empresas -- pequeñas y medianas sobre todo-- sin delegado sindical, sea que su plantilla no alcance el umbral mínimo para proceder a su designación, o sea que ninguna organización haya estimado útil designarlo. En este marco, se abren posibilidades de negociar a través de los representantes elegidos (delegados del personal, miembros del comité de empresa) o de trabajadores "ordinarios" con un mandato a tal efecto por parte de sindicatos representativos.

Los redactores de la última reforma han querido ir más allá y "proporcionar soluciones pragmáticas en las muy pequeñas y medianas empresas", llegan a hablar de un "derecho a la negociación colectiva de las pequeñas y medianas empresas", garantizado por un "acceso directo y simple" a la negociación para "todas las empresas del país", así como de un "derecho universal", es decir, relativo a todos los temas abiertos a la negociación²⁷. La terminología empleada es reveladora de la concepción de las relaciones laborales y de la vocación del Derecho del Trabajo: la "empresa" como tal, y no el empleador que sigue siendo en Derecho

²⁶ Se ha modificado profundamente el régimen de la representatividad sindical en 2008. En adelante, el reconocimiento de esta cualidad depende fuertemente de los resultados obtenidos por la organización sindical en las elecciones profesionales (de los representantes del personal en la empresa).

²⁷ Informe ya citado con la Ordenanza n° 2017-1385.

francés una de las partes de las relaciones jurídicas de trabajo²⁸, sería titular de derechos subjetivos, especialmente del derecho a la negociación colectiva, cuando el Código del Trabajo consagra únicamente un “*derecho de los trabajadores a la negociación colectiva del conjunto de sus condiciones de empleo, de formación profesional y de trabajo, así como de sus garantías sociales*” (art. L. 2221-1).

En todo caso, antes de abordar la diversidad de las vías para obtener un acuerdo, es importante señalar que en este aspecto la reforma se desarrolla de forma paralela al aceleramiento de un cambio adoptado hace apenas un año: el acuerdo de empresa sólo podrá ser un acuerdo adoptado por mayoría.

2.1.2.1. El acuerdo de empresa, acuerdo mayoritario

Se ha introducido paulatinamente una modalidad de exigencia mayoritaria para reconocer la validez a un convenio o acuerdo colectivo²⁹. Para simplificar, se presentó primero bajo la forma de una doble condición: firma de uno o varios sindicatos minoritarios según los resultados más recientes a las elecciones profesionales --con la exigencia de una audiencia de al menos el 30 % de los votos-- y ausencia de oposición de uno o varios sindicatos mayoritarios según el mismo criterio. Guiada por la preocupación de reforzar la legitimidad de los acuerdos colectivos, la ley de agosto de 2006 consagró el requisito de firma mayoritaria: desde el inicio del año 2017 se subordinó la validez de un acuerdo de empresa o centro de trabajo en materia de jornada de trabajo, de descanso y de vacaciones, a su firma por uno o varios sindicatos mayoritarios o, en caso de firma de sindicatos minoritarios, a su aprobación por referéndum de los trabajadores. Esta exigencia debía extenderse a todos los acuerdos de empresa a partir del 1° de septiembre de

²⁸ En derecho francés, el contrato de trabajo se celebra entre un “trabajador” y un “empleador”, persona física o moral. El sujeto empleador- a menudo una sociedad comercial o civil, o igualmente una asociación, un establecimiento público del sector industrial o comercial, o cualquier otro tipo de “persona moral”- es jurídicamente dueño, salvo excepción (el particular empleador en el sector de la asistencia domiciliaria, por ejemplo), de una “empresa”, por la titularidad de diferentes derechos (derecho de propiedad en primer lugar). Esta empresa no tiene como tal personalidad jurídica, lo que no significa que el derecho francés, como se suele afirmar, “ignore la empresa”. El lenguaje del derecho y del Derecho del Trabajo en particular, utiliza en abundancia este término, especialmente y de forma estricta, para referirse al ámbito jurídico en el cual se celebran los contratos de trabajo, se firman y aplican acuerdos colectivos y se organizan y funcionan las “instituciones representativas del personal” (delegados del personal, comité de empresa, en adelante el comité social y económico o el consejo de empresa) y las representaciones sindicales (secciones sindicales y delegados sindicales). Sin embargo, existe otra representación de las relaciones laborales que procura convencer de definir la empresa como una “comunidad” de vida y de futuro en la cual capital y trabajo están naturalmente destinados a colaborar en vez de oponerse (“doctrina de la empresa”, defendida en Francia por Paul Durand, o visión de la “asociación capital-trabajo”, elemento central de la doctrina social de Charles De Gaulle). Convertir la “empresa”, y no el empleador, en parte de la relación de trabajo resulta ilustrativa de aquella representación ideológica de la empresa y la nutre.

²⁹ Se introduce en 1982 en las “reformas Auroux”.

2019, pero la Ordenanza nº 2017-1385 adelanta la fecha al 1º de mayo de 2018. Igualmente reconoce al empleador la facultad de solicitar que el acuerdo minoritario se someta a la aprobación de los trabajadores.

Por lo tanto, en adelante, *el régimen de derecho común del acuerdo de empresa o de centro de trabajo* es sustancialmente el siguiente:

- su validez se subordina a la firma de uno o varios sindicatos representativos que cuenten con más del 50 % de los votos emitidos a favor de organizaciones representativas durante las últimas elecciones de los miembros titulares del comité de empresa o de la delegación única del personal o, en su defecto, de los delegados del personal (pronto se tratará de elecciones al comité social y económico, ver infra), sea cual sea el número de votantes;
- si firman el acuerdo sindicatos representativos que cuentan con más del 30 % de los votos, una o varias de estas organizaciones disponen de un plazo de un mes para solicitar la consulta a los trabajadores;
- al finalizar el plazo sin iniciativa sindical, el empleador puede solicitar la organización de la consulta, salvo oposición del conjunto de las organizaciones firmantes
- la consulta ha de celebrarse en un plazo de dos meses y se puede organizar de forma electrónica;
- el acuerdo es válido si lo aprueban los trabajadores con la mayoría de los votos emitidos, sea cual sea el número de participantes;

La posibilidad reconocida al empleador de solicitar la consulta traduce, entre otras innovaciones, la clara y firme voluntad de favorecer la obtención de acuerdos colectivos, ¡más que de manifestar una devoción por la democracia en la empresa!

2.1.2.2. La diversificación de las vías de obtención de un acuerdo colectivo

Esta cuestión se plantea en las empresas sin delegados sindicales o consejo de empresa. En efecto, el o los delegados sindicales, designados por cada organización sindical representativa en una empresa o centro de trabajo de al menos cincuenta trabajadores, desempeñan un papel esencial en todas las negociaciones en ese ámbito. Igualmente, el delegado del personal que cualquier sindicato representativo puede designar en una empresa de menos de cincuenta trabajadores, tiene la facultad de asumir las funciones de delegado sindical y convertirse en agente de la negociación en nombre de su organización. En este marco, si ningún sindicato ha podido, jurídica o fácticamente, designar un delegado sindical o al menos confiar este papel a un delegado del personal, la negociación de un acuerdo de empresa o de centro de trabajo parece imposible. Pues bien, el legislador

ha previsto fórmulas alternativas que habilitan para negociar a los representantes elegidos del personal o, en su defecto, a uno o varios trabajadores con intervención o control de una o varias organizaciones sindicales representativas en el sector. Estas alternativas han sido objeto de modificaciones en las Ordenanzas de 2017, que toman en cuenta, por otra parte, las modificaciones realizadas en materia de representación electiva del personal, es decir, la sustitución de los tradicionales órganos de representación (delegados del personal, comité de empresa y consejo de higiene y seguridad de las condiciones de trabajo-CHSCT) por el comité social y económico que puede convertirse en consejo de empresa, entonces con competencia exclusiva para negociar, firmar y revisar acuerdos de empresa o de centro de trabajo (ver *infra*).

Las nuevas disposiciones del Código del Trabajo contemplan varios supuestos y ofrecen, para cada uno de ellos, una o más soluciones, cuyo contenido es, en esencia el siguiente:

En las empresas o centros de trabajo de menos de 11 trabajadores, y en los de menos de 20 sin miembros del consejo social y económico (CSE), el empleador puede proponer a los trabajadores “*un proyecto de acuerdo colectivo*” que se convierte en “*un acuerdo colectivo válido*” si lo ratifica la mayoría de los dos tercios del personal. En tal caso, ¿sería posible considerar un “acuerdo colectivo”, cuando sólo pueden observarse adhesiones individuales?

En las empresas sin delegados sindicales que ocupan entre 11 y 49 trabajadores, pueden negociar, firmar y revisar los acuerdos de empresas o de centros de trabajo, o bien uno o varios miembros elegidos del CSE, o bien uno o varios trabajadores, miembros o no del CSE, con mandato a tal efecto de una o varias organizaciones sindicales representativas. El acuerdo firmado por miembros del CSE (estén o no con mandato de uno o más sindicatos) ha de ser firmado, para su validez, por miembros elegidos que “*representen la mayoría de los votos emitidos*” en las **últimas** elecciones profesionales. Si firman trabajadores ordinarios con mandatos sindicales, el acuerdo, para ser válido, ha de ser aprobado por consulta a los trabajadores, con la mayoría de los votos emitidos.

En una empresa o centro de trabajo sin delegados sindicales de al menos 50 trabajadores, uno o varios miembros elegidos del CSE pueden negociar, firmar o revisar un acuerdo colectivo si tienen mandatos de una o varias organizaciones sindicales representativas, pero la validez del acuerdo se subordina a la aprobación de los trabajadores con la mayoría de los votos emitidos. Si los representantes elegidos no cuentan con un mandato sindical, sólo pueden negociar, firmar o revisar un acuerdo relativo a determinadas materias (la jornada de trabajo en particular) cuya puesta en marcha necesita la existencia de tal acuerdo. La validez del acuerdo supone la firma de miembros elegidos que representan la mayoría

de los votos emitidos durante las últimas elecciones al CSE. En ausencia de representación elegida³⁰, o si ningún miembro desea negociar, el empleador puede negociar y firmar con uno o varios trabajadores con mandatos sindicales en las mismas condiciones que el CSE con mandato, por lo que el acuerdo alcanzado ha de recibir la aprobación de los trabajadores de igual manera.

El tenor de esas normas, nuevas o modificadas, confirma que el objetivo del Gobierno ha sido ofrecer a los empleadores el máximo de medios para conseguir la firma de acuerdos --o la aprobación de actos que tiene igual valor-- que permiten la tan reivindicada flexibilidad de organización y un mayor grado de autonomía respecto a los estándares de condiciones de trabajo resultantes de las normas convencionales sectoriales. Los seguidores del nuevo Presidente, el mundo patronal y los dirigentes de empresa que acogieron con entusiasmo las reformas sostienen, por supuesto, que las recientes Ordenanzas "*alientan a los interlocutores sociales a reiniciar el diálogo social en el seno de la empresa*". Sin embargo, no podemos sino repetir que la cuestión central es saber si, en el marco de la empresa o del centro de trabajo, los encargados de la representación de los intereses de los trabajadores --o los propios trabajadores, invitados a pronunciarse mediante referéndum-- disponen con la experiencia sindical o de representantes del personal, y hasta con el apoyo (que venga a la par de un "mandato") de un sindicato representativo, de un poder de negociar con el empleador comparable al de las organizaciones sindicales de sector frente a las organizaciones patronales del mismo ámbito. Parece legítimo dudar de ello y, por consiguiente, dudar de *la justicia y de la pertinencia de estas modificaciones del régimen de la negociación colectiva*.

2.1.3. *El acuerdo colectivo frente al contrato de trabajo*

La regla general, heredada del primer Código del Trabajo, permanece vigente: "cuando se aplican a un empleador las cláusulas de un convenio o acuerdo colectivo, estas cláusulas se aplican a los contratos de trabajo firmados con él, salvo disposiciones más favorables" (art. L. 2254-1). Por otra parte, dado que el artículo L. 1121-1 acoge una disposición procedente de una ley de 1891 --"El contrato de trabajo se somete a las reglas del derecho común"-- el principio de la fuerza vinculante de los contratos, que era el significado del artículo 1134, párrafo 1º del Código civil (texto de 1804) y es, hoy en día, el del artículo 1103 completado por el artículo 1193 del mismo código (desde octubre 2016)³¹, se

³⁰ En esta hipótesis, no se han podido celebrar las elecciones por falta de candidaturas y el inspector de trabajo ha constatado formalmente una "carencia".

³¹ Art. 1103: "*Les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits*". Art. 1193: "*Les contrats ne peuvent être modifiés ou révoqués que du consentement mutuel des parties, ou pour les causes que la loi autorise*".

aplica a aquel contrato especial. La Corte de casación deduce de ello que un acuerdo colectivo “no puede modificar el contrato de trabajo de un trabajador” o, formulado con más exactitud, que “un convenio colectivo no puede permitir a un empleador realizar una modificación del contrato de trabajo sin el acuerdo expreso del trabajador”. Así, conviene plantearse qué cambios de las condiciones de empleo o de trabajo de un trabajador constituyen una modificación de su contrato.

La misma Corte de casación tuvo oportunidad de afirmar, por ejemplo, que la instauración de una distribución irregular del tiempo de trabajo en aplicación de un acuerdo firmado a tal efecto, constituía una modificación del contrato de trabajo que requiere el acuerdo expreso del trabajador. Como reacción a esa jurisprudencia y para eliminar sus efectos derivados de la aplicación del principio de inmutabilidad de los contratos y considerados como causantes de una rigidez que penaliza a los empleadores, una ley adoptada en 2012 por una mayoría parlamentaria de derecha introdujo en el Código del Trabajo una disposición especial: “la puesta en marcha de una distribución de los horarios en un periodo superior a la semana y como máximo anual prevista en un acuerdo colectivo, no constituye (para un trabajador a tiempo completo) una modificación del contrato de trabajo”. Por lo tanto, el rechazo por parte del trabajador de someterse a esta distribución podía conducir a un despido procedente (“justificado por una causa real y seria”), concretamente a un despido disciplinario (“por falta”). Naturalmente, la ley de 8 de agosto de 2016 ha mantenido esta disposición pero ha atribuido igualmente al acuerdo colectivo “con vista a la preservación o al desarrollo del empleo” una autoridad especial que consiste en garantizar su primacía respecto a los contratos individuales de trabajo. En efecto, las disposiciones del acuerdo sustituyen de pleno derecho a las cláusulas contrarias e incompatibles del contrato de trabajo, y se considera procedente el despido del trabajador que rechaza la modificación de su contrato.

Este régimen fue el modelo seguido por la Ordenanza n° 2017-1385 que lo ha extendido a una nueva modalidad de acuerdo de empresa, que sustituye a los acuerdos de preservación y de desarrollo del empleo, así como al acuerdo de mantenimiento del empleo y de movilidad interna, al acuerdo de distribución de la jornada y al acuerdo de reducción del tiempo de trabajo. Este nuevo *acuerdo de competitividad*, tal como lo ha denominado el Consejo constitucional, adapta “con el fin de responder a las necesidades de funcionamiento de la empresa o con vistas a preservar o desarrollar el empleo” la duración de la jornada de trabajo, sus modalidades de organización o de distribución, adapta la remuneración en el respeto del salario mínimo interprofesional de crecimiento (SMIC) y de los salarios mínimos de sector (por ejemplo, suprimiendo o suspendiendo un plus de antigüedad o el abono de una gratificación extraordinaria en navidad), pone en

marcha un dispositivo de movilidad funcional o geográfica interna a la empresa, o incluso contempla varias medidas referentes a estas cuestiones.

En su nueva redacción, el artículo L. 2254-2 del Código del Trabajo dispone que³² :

- las estipulaciones del acuerdo de competitividad sustituyen de pleno derecho a las cláusulas contrarias e incompatibles del contrato de trabajo, incluso en materia de remuneración, de duración de la jornada y de movilidad funcional y geográfica interna a la empresa;
- cada trabajador puede rechazar la modificación de su contrato e informar al empleador de su elección por escrito en un plazo de un mes;
- si el empleador decide despedir al trabajador, se trata de un despido procedente (con beneficio de la llamada "indemnización de despido", es decir indemnización legal por antigüedad para todo trabajador despedido por cualquier motivo distinto a la falta grave) que descansa sobre "un motivo específico que constituye un causa real y seria", que no puede calificarse como despido económico y que se somete a las reglas aplicables al "despido por motivo personal", es decir en relación con el trabajador³³;
- el trabajador despedido se convierte en "demandante de empleo" y se beneficia (lógicamente) de la indemnización por desempleo así como de un "acompañamiento" para un retorno al empleo. El empleador debe abonar la cuenta personal de formación del trabajador (según condiciones que ha de precisar un Decreto).

Este trato relativamente benevolente con el trabajador privado de empleo por haberse negado a aceptar un cambio de sus condiciones contractuales justificado por el interés de la empresa o la colectividad de los trabajadores, no puede sino inspirar algo de preocupación dado el carácter muy comprensivo de las exigencias causales de este acuerdo colectivo: bastaría alegar "necesidades de funcionamiento de la empresa". La obligación que el preámbulo del acuerdo "determine sus objetivos" constituye una garantía manifiestamente pobre. En tales condiciones, cabe plantearse si un acuerdo que afecta directamente a la condición

³² Según este artículo, el acuerdo ha de precisar las condiciones en las cuales los *dirigentes asalariados* que ejercen en el perímetro del acuerdo, así como los altos directivos (*mandataires sociaux*) y accionarios, "proporcionan esfuerzos proporcionados a los exigidos a los trabajadores". ¡Loable deseo de equidad!

³³ Por efecto de esta forma de presunción *iuris et de iure*, el Consejo de *prud'hommes*, juez del contrato de trabajo frente al cual el trabajador impugna su despido, no dispone de poder de apreciación sobre el carácter serio de las razones alegadas por el empleador para buscar la firma de este acuerdo con los representantes de los trabajadores.

contractual de cada trabajador y que permite con más comodidad el despido de los recalcitrantes no se firma con demasiadas facilidades.

2.2. La recomposición de la representación del personal

El segundo ámbito que experimenta importantes cambios corresponde a las *instituciones representativas del personal* (en adelante IRP), reguladas en el libro III de la segunda parte del Código del Trabajo. Esa transformación, que se opera por fusión de los tres órganos de base de la representación de los intereses y puntos de vista de los trabajadores en una sola, se contempla en la Ordenanza n° 2017-1386 *relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales*.

Es verdad que el Derecho del Trabajo francés se caracterizaba por un “solapamiento” de estructuras representativas que hacía complejo el dispositivo nacional respecto a otros países europeos. Desde el año 1945, se han creado: los delegados del personal (en todos los centros o empresas de al menos 11 trabajadores), el comité de empresa (a partir de 50 trabajadores)³⁴ así como los comités de centros de trabajo y el comité central de empresa compuesto por miembros de aquellos en caso de empresa de estructura compleja, y finalmente, el comité de grupo en 1982. Por otra parte, y por otra de las “leyes Auroux” de aquel año, el CHSCT se independizó del comité de empresa del cual constituía hasta entonces una mera comisión y se convirtió en IRP especializada, y se instauró (en cumplimiento de la conocida Directiva europea de 1994) el comité de empresa europeo o el procedimiento de información y consulta en las empresas de ámbito comunitario³⁵. Además, la ley de diciembre de 1968 sobre derecho sindical en la empresa, “conquista” del movimiento social de mayo 68, había facultado a cualquier sindicato representativo en una empresa de al menos 50 trabajadores a constituir una sección sindical y designar uno o más delegados sindicales.

La rigidez, las trabas y el coste producidos por este “doble canal”³⁶ de representación de los intereses de los trabajadores, así como la variedad de órganos con base electiva, han sido objeto de constantes quejas por parte de las organizaciones patronales que reivindican una simplificación de esta “carga para las empresas”. Por otra parte, el dispositivo no resultaba tampoco exento de dificultades para las propias organizaciones sindicales. Primero, necesitan disponer de

³⁴ A diferencia del derecho español, se eligen delegados del personal en las empresas de al menos 50 trabajadores, por lo que coexisten con el comité de empresa.

³⁵ Otras directivas han determinado la introducción en el Código del Trabajo de dispositivos de “implicación” o de participación de los trabajadores en las sociedades europeas o las sociedades nacidas de fusiones transnacionales.

³⁶ Expresión evidentemente inspirada en la doctrina *iustlaboralista* española.

militantes, afiliados, incluso simpatizantes, aptos y comprometidos por ejercer funciones representativas que suponen adquirir una formación sindical indispensable y exponerse a eventuales represalias de varias índoles. Segundo, se exponen al riesgo de perder o perjudicar su actividad militante absorbida u obstaculizada por sus funciones institucionales de representación. En este marco, el legislador había introducido determinadas correcciones: posibilidad por los delegados del personal de ejercer determinadas prerrogativas económicas del comité de empresa y así permitir a los sindicatos representativos no exigir la constitución de ese último; facultad reconocida al empleador en las medianas empresas de optar por la modalidad de la delegación única del personal en la cual los delegados del personal desempeñan el papel de representantes de los trabajadores en el comité de empresa (leyes de diciembre de 1993 y de agosto de 1995); y reagrupación de las principales IRP mediante un acuerdo de empresa específico (ley de 2015 ya citada). La reforma de 2017 satisface en gran medida, sin bien no del todo, las reivindicaciones patronales y sus posicionamientos más ávidos de “flexibilidad” y de “simplificación”.

Las disposiciones nuevas o modificadas del Código del Trabajo regulan una nueva institución, *el comité social y económico* (en adelante CSE) que hereda las atribuciones de las IRP anteriores y que puede convertirse en *consejo de empresa* entonces dotado de una función no reconocida a las “viejas” instituciones: llevar a cabo negociaciones de acuerdos colectivos de empresa. Las otras instancias o procedimientos de representación de los trabajadores previstos de forma excepcional no sufren modificaciones: comité de grupo, comité de empresa europeo o procedimiento de información y consulta en las empresas de ámbito comunitario, etc.

2.2.1. Una instancia única

2.2.1.1. Constitución³⁷

Se constituye un CSE en todas las empresas de al menos 11 trabajadores. En las empresas que cuentan con al menos dos “centros de trabajo distintos”, se constituyen *comités sociales y económicos de centros* y un *comité social y económico central de empresa*. A través de una modalidad de acuerdo de empresa, firmado según el nuevo Derecho común, se determina el ámbito y el número de los “centros de trabajo distintos”. En defecto de acuerdo y en ausencia de delegado sindical (ninguna organización puede o quiere designar uno), el mismo CSE puede negociar tal acuerdo, que requiere la firma de la mayoría de sus miembros elegidos titulares. En defecto de acuerdo, corresponde al empleador fijar el núme-

³⁷ Al final del mandato de las IRP constituidas a partir del 1º de enero de 2018 y, a más tardar, el 31 de diciembre de 2019.

ro y el ámbito, “tomando en cuenta la autonomía de gestión del responsable [...] especialmente en materia de gestión del personal” de cada centro, lo que significa una extensión del poder del empleador. Sin embargo, la decisión empresarial puede ser impugnada y corresponde entonces a la autoridad administrativa de la sede de la empresa proceder a la división que, a su vez, puede ser impugnada ante la autoridad judicial (nueva excepción a la norma general de reparto entre las competencias de las “jurisdicciones” judiciales y administrativas)³⁸.

De igual manera que el comité de empresa, el CSE se puede constituir, en su caso, no de acuerdo con la persona jurídica del empleador, sino respecto a la unidad económica y social (UES) “que cuenta con al menos once trabajadores [...], reconocida por acuerdo colectivo o por decisión de justicia entre varias empresas jurídicamente distintas”. En su caso, se habrán de constituir CSE de centros de trabajo distintos.

Las mayores innovaciones se centran en dos aspectos. En primer lugar, se introduce la facultad de constituir, por acuerdo colectivo interempresas, un *comité social y económico interempresas*, “cuando la naturaleza y la importancia de los problemas comunes a las empresas de un mismo sitio o de una misma zona lo justifican”. Se trata de la continuidad de los delegados del personal de “sitio” previstos desde 1982, si bien en adelante esta organización se establece por acuerdo mientras que en el dispositivo anterior su constitución procedía de una decisión de la autoridad administrativa. En segundo lugar, se prevé la posibilidad de instaurar, por acuerdo de empresa similar al relativo a los centros de trabajo distintos, *representantes de proximidad* en los centros de la empresa que no son centros de trabajos distintos y que, por lo tanto, no cuentan con comité. El acuerdo fija el número de representantes que pueden ser miembros del CSE o designado por él (se establecen por lo tanto las modalidades de designación), sus atribuciones y las modalidades de funcionamiento.

La posibilidad de transformar por vía convencional el CSE en *consejo de empresa* resulta más llamativa respecto a la historia de la representación del personal en Derecho francés. El consejo de empresa ejerce las atribuciones del CSE pero dispone en exclusiva de la competencia para negociar la mayoría de los acuerdos colectivos existentes en el ámbito empresarial o del centro de trabajo.

³⁸ La “autoridad administrativa” es, en esta materia, el director regional de las empresas, de la competencia, del consumo, del trabajo y del empleo (*directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi-DIRECCTE*), como autoridad regional de la Inspección de trabajo. Será muy probablemente el juez judicial civil competente (juez de instancia, magistrado profesional actuando como juez único y competente para los contenciosos civiles más modestos, así como para los litigios relativos a las elecciones profesionales y a la designación de los delegados sindicales).

La puesta en marcha de tal posibilidad de reagrupar las misiones de reclamación, información, consulta y la función de negociación, se ha de realizar mediante la firma de un acuerdo de empresa entre el empleador y uno o varios sindicatos representativos que cuenten con al menos el 50 % de los votos en las últimas elecciones del CSE³⁹. Un acuerdo sectorial, con eficacia general por extensión de la autoridad administrativa, puede prever la constitución del consejo de empresa en lugar del CSE o la transformación de los CSE existentes en consejos de empresa, en las empresas sin delegado sindical, es decir, fácticamente, en las pequeñas empresas.

2.2.1.2. Composición y elección

El régimen del CSE resulta en gran medida similar al del comité de empresa. El CSE, o el consejo de empresa, se compone del empleador o de su representante⁴⁰ y de una *delegación del personal* constituida por un número de miembros (tanto titulares como suplentes) fijado por decreto en función de la plantilla de la empresa o del centro de trabajo. Se puede incrementar el número de miembros por acuerdo entre el empleador y las organizaciones sindicales representativas que han manifestado su voluntad de participar en las elecciones. Cada organización sindical representativa en la empresa o el centro de trabajo puede designar un *representante sindical en el comité* con voz pero sin voto. En las empresas de menos de 300 trabajadores, es el delegado sindical eventualmente designado por su organización quien asume también el papel de representante sindical de la misma en el comité.

Los trabajadores distribuidos en dos colegios, el de los obreros y empleados y el de los "ingenieros, jefes de servicios, técnicos, mandos intermediarios o asimilados", eligen a los miembros, titulares y suplentes, de la delegación del personal (se constituye un tercer colegio de ingenieros y de personal directivo si su número alcanza una cuarta parte de la plantilla). El reparto del personal entre los colegios, la fijación de su número y de su composición, el reparto de escaños entre los colegios, así como la organización de las elecciones, es objeto de negociación entre el empleador y los sindicatos representativos. El régimen electoral, por ejemplo las condiciones del electorado y de elegibilidad, no sufre

³⁹ Sin posibilidad de buscar validar el acuerdo minoritario (con un porcentaje de 30%) a través de un referéndum de los trabajadores, posibilidad abierta en el régimen general del acuerdo de empresa (*supra*, 2.1.2.1).

⁴⁰ La presencia del empleador o de su representante en el seno del comité de empresa, así como su presidencia de oficio, no deja de sorprender, considerando que este órgano representa los intereses de los trabajadores frente al empleador que, por otra parte, lo consulta sobre varias cuestiones. Los reformadores de 2017 no han aprovechado la oportunidad de poner fin a esta construcción paradójica. Consecuencia de este conservadurismo, es el número de disposiciones legales que se refieren a la "delegación del personal en el CSE" y no al comité como tal.

modificaciones importantes respecto al dispositivo relativo al comité de empresa. La duración del mandato sigue siendo de cuatro años.

2.2.2. Atribuciones y medios de la nueva institución

Tanto los miembros elegidos como los representantes sindicales disponen de medios clásicos: crédito de horas (tiempo durante el cual pueden suspender la ejecución de su contrato de trabajo, sin pérdida de salario, para cumplir sus funciones) cuyo volumen se fija por Decreto (la Ordenanza fija en todo caso un mínimo en el Código), libertad de desplazamiento y de circulación en la empresa, libertad de colocar carteles y derechos en materia de formación. La ley impone una periodicidad de las reuniones del CSE (una vez cada dos meses o una vez al mes según si la dimensión de la empresa es inferior o al menos de 300 trabajadores) al cual el empleador ha de abonar una subvención legal de funcionamiento. Los representantes elegidos de los trabajadores pueden recurrir a la asistencia de expertos, cuya remuneración corresponde en determinados casos al empleador⁴¹, y gozan de una protección del empleo, especialmente a través de la autorización previa de la inspección de trabajo en caso de despido.

2.2.2.1. Atribuciones del comité social y económico

El CSE aglutina las atribuciones hasta entonces reconocidas por el Código del Trabajo a los delegados del personal (principalmente la presentación de quejas individuales y colectivas, así como la transmisión a la inspección de trabajo de las quejas y observaciones relativas a la aplicación de las disposiciones legales cuyo control le corresponde), al comité de empresa y al CHSCT.

2.2.2.1.1. En las empresas de al menos 50 trabajadores

El CSE tiene como misión, según la fórmula introducida en 1982 para el comité de empresa, “garantizar una expresión colectiva de los trabajadores que permita tomar en cuenta de forma permanente sus intereses en las decisiones relativas a la gestión y a la evolución económica y financiera de la empresa, a la organización del trabajo, a la formación profesional y a las técnicas de producción”. Salvo excepción, sus atribuciones son meramente consultivas y dan lugar a consultas y emisión de sugerencias. El CSE ha de ser informado y consultado sobre los mismos puntos, cuestiones y proyectos que lo era el comité de empresa

⁴¹ La fijación del número de recursos a la asesoría de un experto para el CSE corresponde en gran medida al acuerdo de empresa o al acuerdo firmado entre el empleador y la mayoría del CSE. Respecto al pago de los gastos inherentes, en determinados y limitados casos previstos legalmente, corresponde al empleador o principalmente al empleador con el CSE (20 %). En los otros casos, el comité puede recurrir a un experto de su elección que deberá remunerar con sus fondos propios. Este régimen resulta menos favorable que el anterior aplicable al comité de empresa y puede conducir a desigualdades entre comités y a dificultar el recurso a expertos.

y el nuevo texto precisa, retomando las palabras del anterior, que "las decisiones del empleador han de contar con la consulta previa del CSE"⁴². Se regula con minuciosidad las consultas e informaciones, "recurrentes" o "puntuales", precisando lo que corresponde al ámbito del orden público, al ámbito de la negociación empresarial (o de grupo) que puede definir las modalidades de los intercambios con la dirección de la empresa (por ejemplo, los datos económicos y sociales que contiene el conjunto de las informaciones necesarias y debidas que el empleador ha de poner a disposición del CSE), y enunciando disposiciones supletorias en caso de ausencia de acuerdo colectivo⁴³.

El texto modificado y adaptado al CSE aborda también varios derechos de advertencia hasta entonces reconocidos a los delegados del personal, al comité de empresa o al CHSCT⁴⁴. Por otra parte, si el empleador es una sociedad, se reconoce el derecho de asistencia a dos o cuatro miembros del CSE, con voz pero sin voto, a todas las sesiones del consejo de administración o del consejo de vigilancia.

Siguiendo igualmente la regulación anterior, el CSE desempeña lo que fue la misión primera (en el texto fundado de 1945) del comité de empresa, pues "asegura, controla o participa a la gestión de todas las actividades sociales y culturales de la empresa" que se benefician de una subvención anual abonada por el empleador.

Finalmente y como consecuencia manifiesta de la fusión de las instituciones representativas, el CSE ejerce en adelante las atribuciones del CHSCT⁴⁵. Se encarga de analizar los riesgos a los que se exponen los trabajadores, de participar

⁴² Con una sola excepción: con el fin de proteger el secreto comercial de sus protagonistas, la oferta pública de adquisición no da lugar a consulta previa del CSE de la empresa del autor de la oferta, tampoco de aquel de la empresa destinataria.

⁴³ Estas disposiciones regulan el derecho de información del CSE en varias materias: forma jurídica y organización de la empresa, eventual pertenencia a un grupo, sus perspectivas, consultas sobre las orientaciones estratégicas de la empresa, situación económica y financiera, política social, condiciones de trabajo y de empleo, métodos de contratación y medios de control de la actividad de los trabajadores, reestructuración o reducción de efectivos, operación de concentración, cualquier procedimiento en caso de dificultades económicas, etc.

⁴⁴ Derecho de alerta en caso de vulneración de los derechos de las personas, en caso de peligro grave e inminente para la salud o la seguridad de los trabajadores, para la salud pública o el medioambiente, o en caso de utilización irregular de deducciones de impuestos (en cuanto incentivos para la inversión), así como "derecho de alerta económica" en caso de situación económica preocupante de la empresa, y "derecho de alerta social" en caso de incremento importante del empleo precario.

⁴⁵ La expresión "comité social et économique" sustituye a la de "comité d'hygiène (...)" en las disposiciones del código, especialmente en el segmento de la cuarta Parte dedicado a la salud y seguridad en el trabajo.

en la prevención del acoso moral o sexual y de los comportamientos sexistas, etc. La desaparición de esta institución especializada, cuyo papel no ha dejado de crecer desde 1982, constituye uno de los principales motivos de inquietud del mundo sindical así como de los juristas del trabajo y de los especialistas de las condiciones de trabajo o de las relaciones laborales, más sensibles a la salvaguardia de los intereses de los trabajadores.

En todo caso, el peso y la utilidad del CSE dependerán en gran medida del número de miembros de la delegación del personal que ha de fijarse por Decreto y que será, sin duda alguna, inferior, a número constante de trabajadores, al número total de representantes del personal según la regulación precedente⁴⁶. Ahora bien, quienes asuman la condición de representantes del personal constituyen el recurso básico para garantizar el cumplimiento útil de las misiones de las instituciones de representación, especialmente cuando se trata de realizar estudios, prever adaptaciones, analizar críticamente proyectos y concebir mejoras o alternativas, anticipar riesgos o investigar sobre incidentes o accidentes. En este sentido, la existencia de un órgano especializado, integrado por trabajadores con real experiencia en la materia, parecía caer por su propio peso en un momento en el que se intensifica legítimamente la preocupación por la salud (tanto psíquica como física) y la seguridad en el trabajo. Los defensores de la fusión alegan que la única comisión de obligatoria constitución en el seno del CSE es precisamente la *comisión de salud, seguridad y condiciones de trabajo*, cuando la creación de otras comisiones dependerá del contenido del acuerdo de empresa firmado con los sindicatos mayoritarios⁴⁷. Ahora bien, esa comisión resulta obligatoria únicamente en las empresas o centros de trabajo de al menos 300 trabajadores (anteriormente, se constituía el CHSCT en todas las empresas o centros de al menos 50 trabajadores) y en los centros que presentan peligros específicos (químicos o nucleares), y el inspector de trabajo puede imponer su creación, incluso si la plantilla no alcanza 300 trabajadores, si lo estima necesario por la naturaleza de las actividades, las condiciones de lugar de trabajo o de los equipamientos utilizados.

2.2.2.1.2. En las empresas de menos de 50 trabajadores

La delegación del personal del CSE, además de las atribuciones más clásicas de los delegados del personal (presentación de las reclamaciones individuales y colectivas, vínculo con el inspector de trabajo), debe contribuir a fomentar la salud y la seguridad, a mejorar las condiciones de trabajo y a realizar las investi-

⁴⁶ La reducción del número de “delegados” es una exigencia patronal constante.

⁴⁷ Solo en defecto de acuerdo, se impone, bajo condiciones variables de efectivos, la constitución de una comisión económica (en las empresas de al menos 1000 trabajadores), de una comisión de la formación o de una comisión de igualdad profesional (en las empresas de al menos 300 trabajadores), etc.

gaciones en caso de accidente laboral o enfermedad profesional. Sin embargo, a diferencia de los delegados del personal, el CSE no dispone del poder de iniciar un procedimiento de advertencia en caso de vulneración de los derechos de las personas, de su salud física o psíquica o de las libertades en la empresa (procedimiento interno a la empresa pero que puede dar lugar a intervención judicial)⁴⁸.

2.2.2.2. Atribuciones del consejo de empresa

Este consejo dispone de las mismas prerrogativas que el CSE y se presenta como un resultado de este último. Dispone además de un monopolio de negociación, firma y revisión de los convenios y acuerdos de empresa o de centro de trabajo, con la salvedad de determinados acuerdos sometidos a condiciones de validez específicas (por ejemplo y lógicamente, los acuerdos relativos a la elección de la delegación del personal). Por lo tanto, el consejo de empresa se erige, salvo para estos acuerdos específicos, en agente exclusivo de la negociación aunque existan, en la empresa, delegados sindicales designados por sindicatos representativos.

El acuerdo que lo instaura dispone de un amplio margen de maniobra en cuanto a la organización y regulación de su funcionamiento. Puede incluso fijar la composición de la delegación ("delegación de la delegación del personal" en su seno) que negocia los acuerdos colectivos con aquel otro miembro del consejo que es el empleador o su representante. La validez del acuerdo firmado por el consejo de empresa se subordina a la firma, o de la mayoría de sus miembros elegidos titulares, o de uno o varios de sus miembros que representan más del 50 % de los votos emitidos en las últimas elecciones profesionales.

Otra disposición llama la atención: el acuerdo que instaura el consejo fija la lista de "*los temas sometidos al parecer conforme del consejo de empresa*". El texto da como ejemplo la igualdad profesional entre hombres y mujeres y añade que la formación profesional ha de figurar obligatoriamente en la lista convencional. El carácter más o menos extenso de esta lista dependerá, por lo tanto, de la práctica negociada en cada empresa. En todo caso, este procedimiento no se puede equiparar con un proceso de codecisión o de codeterminación. Se trata más bien del reconocimiento de un derecho de oposición a una decisión empresarial o a la adopción de una regla que se desea imponer, es decir, a un derecho de veto. Los optimistas pueden, no obstante, apreciar en la posibilidad de optar por esa figura del consejo de empresa, una apertura hacia una modalidad de cogestión. Si bien la idea de consagrar una organización del poder en la empresa que se inspira en

⁴⁸ A la hora de publicarse el presente estudio, parece probable que el CSE recuperará aquella facultad mediante una modificación del texto de la Ordenanza por la ley de ratificación que se está discutiendo en el Parlamento.

derechos de otros países (Alemania en especial) experimenta una cierta progresión entre los partidarios de una democratización de la empresa al servicio de su competitividad como de una mayor justicia social, cabe afirmar que la reforma de 2017 no recoge tal perspectiva o, en otras palabras, que la reforma del poder en la empresa no fue una preocupación de sus autores.

2.3. La reducción parcial de las “rigideces” para el empleador en la relación de trabajo

2.3.1. Observaciones generales

Los cambios que afectan el régimen de la relación jurídica que surge del contrato de trabajo entre un empleador y cada uno de sus trabajadores⁴⁹, figuran esencialmente en la Ordenanza n° 2017-1387 de 22 de septiembre, *relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail*. Su objetivo, como repite el informe al Presidente de la República que acompaña el texto, consiste en “dar seguridad a las relaciones de trabajo, tanto para los empleadores como para los trabajadores”, o en garantizar “la seguridad esperada tanto por las empresas para liberar las energías creadoras de crecimiento y de empleo, como por los trabajadores para ver garantizados sus derechos”.

Efectivamente, se trata más de garantizar “los derechos” de los trabajadores, con mayor seguridad que sus empleos, a la vista de las alteraciones del marco normativo del despido que estabiliza el contrato de trabajo indefinido. Desde luego, la utilidad de un marco normativo que convierte la ruptura a iniciativa del empleador en medida de “último recurso” se ha visto mermada desde los años 70 por la introducción de una variedad de contratos de trabajo especiales (entre ellos, y en primer lugar, los contratos de duración determinada) que no se someten a

⁴⁹ Este régimen, al cual una tradición tan discutible como tenaz denomina “relación individual de trabajo” en oposición a las “relaciones colectivas de trabajo, se regula principalmente en la primera Parte del Código. Sin embargo, importantes elementos de las vicisitudes de esa relación contractual (jornada, descanso, vacaciones, salarios, remuneración, formación profesional, etc.) se encuentran regulados en otras Partes, especialmente en la cuarta “Salud y seguridad en el trabajo”, modificada en algunos puntos por la Ordenanza n° 2017-1389, *relative à la prévention et à la prise en compte des effets de l'exposition à certains facteurs de risques professionnels*. En especial, se ha reducido, para satisfacer otra exigencia de las organizaciones patronales, el alcance del dispositivo de la cuenta profesional de prevención creada en la leyes de 2010 y 2014 que consiste, para el trabajador expuesto a lo largo de su vida laboral a factores de penosidad al trabajo (manutención manual de cargas, posturas penosas, exposición a agentes químicos, polvo, humos o ruidos, trabajo nocturno o a turnos, etc.), en acumular puntos que le permiten financiar una formación profesional para una reconversión, reducir su jornada sin pérdida económica o reducir la edad de su jubilación sin reducción de la pensión. La reforma de septiembre ha disminuido fuertemente la contribución de los empleadores a la financiación de las cuentas y las exigencias en torno a las declaraciones de riesgos del empleador (si bien podía reprochar una excesiva complejidad), en detrimento de la dimensión preventiva del dispositivo.

dicho marco. En este sentido, cualquier muestra de tolerancia o de favor legal a esas alternativas a la contratación indefinida que sigue siendo la modalidad contractual de derecho común, puede interpretarse como una confesión de dudoso interés para la seguridad del empleo⁵⁰.

Desde este prisma, cabe lamentar la ausencia de avances en la Ordenanza hacia el objetivo, constantemente evocado, de "simplificación" del Derecho del Trabajo que implicaría, sin lugar a dudas, una reducción de aquellas modalidades especiales de contratación laboral. Al contrario, la reforma de 2017 favorece de alguna manera el uso del contrato de duración determinada, permitiendo a un acuerdo sectorial adaptarlo a las especificidades del sector de actividad (modificando su duración y el número de renovaciones posibles), y, sobre todo, introduce una nueva modalidad de contrato de trabajo, *el contrato de obra o de operación*, en respuesta a una particular reivindicación de flexibilidad. Ese contrato puede ser previsto --"ofrecido a los actores"-- por un convenio o acuerdo sectorial entendido que fija sus condiciones de aplicación, o puede ser concluido en los sectores de actividad (construcción por ejemplo) donde su uso es habitual y conforme al ejercicio regular de la profesión. La ruptura a iniciativa del empleador de este nuevo contrato de trabajo especial que "se firma por una duración indefinida", se produce al finalizar la obra o realizada la operación y descansa, según el Código del Trabajo, sobre "una causa real y seria", lo que excluye cualquier demanda judicial por parte del trabajador. El procedimiento de despido sigue el procedimiento del despido por motivo personal y da lugar a un preaviso y al abono de una indemnización por despido.

Por lo demás, la regulación del despido que ha sido objeto desde las leyes de 1973 y 1975 de varias modificaciones, a veces contradictorias entre sí, y de intervenciones jurisprudenciales a veces muy constructivas (o atrevidas), conoce con esta Ordenanza una profunda transformación que se refiere al derecho común del despido como al régimen particular del despido por motivo económico.

2.3.2. *Rupturas en el Derecho común del despido*⁵¹

Desde la conocida ley de 1973, el Código del Trabajo somete la extinción del contrato de trabajo de duración indefinida a iniciativa del empleador a un procedimiento que garantiza, por una parte, un intercambio de posiciones entre

⁵⁰ Sin perjuicio del gran debate europeo de nuestra época y de la concepción más positiva de la "flexiseguridad" o "flexiguridad": se trata de garantizar, en lugar de la permanencia en un empleo, el retorno a un nuevo empleo tras la pérdida de otro y la sostenibilidad de ingresos que permiten una vida digna.

⁵¹ Las disposiciones de base del derecho común del despido se encuentran en el Código en un capítulo titulado "el despido por motivo personal", aunque se apliquen en gran medida para el "despido por motivo económico", objeto de otro capítulo.

las partes antes de la decisión y, por otra parte, un mínimo de certeza y claridad a través de la notificación de la decisión por carta certificada. Desde entonces, esta carta debe indicar “el o los motivos alegados por el empleador”, y se trata de un formalismo lógicamente impuesto, ya que el Código del Trabajo exige que el despido esté “justificado por una causa real y seria”. Si el tribunal paritario del trabajo (*conseil de prud’hommes*) o la Corte de apelación constata incumplimientos en el procedimiento, independientemente de que el despido sea o no correcto en cuanto al fondo o parezca justificado, condenará al empleador a pagar una indemnización que no puede exceder un mes de salario. En cambio, si se considera que el motivo alegado por el empresario no constituye una causa real y seria, se condena al empleador a abonar a su antiguo trabajador una indemnización --“indemnización por despido sin causa real y seria”, es decir, improcedente-- que repara el perjuicio sufrido por el despido y la consecutiva privación injustificada de empleo (esta indemnización tiene por lo tanto naturaleza de daños y perjuicios)⁵². Según el Código, esta indemnización no puede ser inferior a los salarios de los últimos seis meses para un trabajador con al menos dos años de antigüedad en una empresa de al menos 11 trabajadores y debe, en todo caso, asegurar la reparación integral del perjuicio sufrido⁵³.

Pues bien, la reciente reforma afecta o transforma estos elementos constitutivos de la regulación del despido.

2.3.2.1. Una reducción del formalismo procesal

La Ordenanza 2017-1387 rompe con una regla jurisprudencial, fruto de una interpretación rigurosa del texto hasta entonces en vigor. En efecto, la Corte de casación consideraba que el defecto de indicación del motivo de ruptura en la carta de despido o la indicación de un motivo impreciso, provoca la improcedencia del despido. El razonamiento es el siguiente: si el empleador no hace mención del motivo en la carta que notifica la ruptura, se ha de inferir que no lo tenía en el momento de tomar la decisión de despedir y, si la alegación carece de precisión, significa que el motivo de la decisión también, por lo que no es serio ni real. Esta firme doctrina jurisprudencial, fuente a la regla considerada elemento de derecho positivo y comúnmente aplicada por los tribunales paritarios y las salas de lo social de las cortes de apelación, traduce la voluntad de la Corte de incitar a los empleadores a cumplir con las exigencias procesales elementales a través de la amenaza de una sanción económica más importante que el mes de salario debido en caso de despido irregular.

⁵² El juez ordena igualmente el reembolso por el empleador de toda o parte de las prestaciones de desempleo percibidas por el trabajador.

⁵³ De acuerdo con el principio general del derecho francés que la Corte de casación recuerda desde varios años con una cierta constancia, y que su Sala de lo social aplica en materia de despido.

Muy exigente para los empleadores, que reprochan a la Corte de casación de "reescribir la ley", esta posición parecía muy asentada e inmune a cualquier intervención legal. Pues bien, la reforma de septiembre da motivos de satisfacción a los críticos de esta jurisprudencia constructiva.

En adelante, los motivos que figuran en la carta de despido pueden, tras su notificación, ser precisados por el empleador, bien a iniciativa propia, bien a solicitud del trabajador⁵⁴. Si éste no formula tal demanda, la irregularidad que constituye una insuficiencia de motivación de la carta de despido no genera por sí mismo la improcedencia del despido y sólo abre derecho a una indemnización que no puede ser superior a un mes de salario. En cualquier caso, el mantenimiento de la jurisprudencia antes referida hubiera tenido menor consecuencia para los empleadores responsables puesto que la Ordenanza nº 2017-1387 procede, a la par, a la reducción del monto de las indemnizaciones en caso de despido improcedente.

2.3.2.2. La imposición de un baremo de indemnizaciones del despido improcedente

He aquí el punto de la reforma que más críticas ha provocado. Tiene su origen en otro reproche formulado por las organizaciones patronales que denunciaban una fuerte variación de la cuantía de las indemnizaciones en función de los tribunales que resuelvan y, a la vez, el monto excesivo de numerosas condenas. Los comentaristas del sistema en vigor desde el año 1973 evocan también problemas de previsibilidad, de igualdad de trato entre empleadores y por lo tanto de justicia, precedentes de la práctica de jueces no profesionales de primera instancia en los *prud'hommes* así como de magistrados profesionales de las cortes de apelación. Más allá, y según la clásica tesis del "análisis económico del Derecho del Trabajo", los temores a consecuencias judiciales y al coste importante del despido constituirían un freno a la contratación laboral, y a la contratación de duración indefinida en particular. En su calidad de Ministro de Economía durante una parte del mandato de F. Hollande, E. Macron impulsó la adopción de la "ley para el crecimiento, la actividad y la igualdad de oportunidades económicas" que contemplaba una limitación del monto de la indemnización por despido improcedente. Sin embargo, antes de la promulgación de la "ley Macron" de 6 de agosto de 2015, este dispositivo fue declarado inconstitucional, en razón de las modalidades del baremo⁵⁵, y se estableció "un referencial indicativo" propuesto

⁵⁴ La Ordenanza prevé la creación, por decreto, de modelos de cartas de despido puestos a disposición de los empleadores.

⁵⁵ Los mínimos y máximos de la indemnización variaban en función de dos variables: la antigüedad del trabajador y el efectivo de la empresa (distinguiendo tres categorías). En su decisión de 5 de agosto de 2015, el Consejo constitucional admite que el legislador pueda limitar la indemnización en caso de despido improcedente, siempre y cuando aplique criterios que presenten un

a los jueces. El anteproyecto de lo que se iba a convertir un año más tarde en la “ley El Khomri” introducía a su vez una limitación en función, únicamente, de la antigüedad. Frente a la hostilidad del conjunto de las confederaciones sindicales representativas, incluso de las que no se manifestaron en contra de la ley⁵⁶, la medida desapareció del texto definitivo. Hoy por hoy, la introducción de un baremo que se impone a los jueces es una realidad, con un régimen de indemnización al cual se dedican las próximas consideraciones⁵⁷.

En adelante, si los jueces consideran que el despido es improcedente y si una de las dos partes rechaza la reintegración del trabajador, se condena al empleador a abonar una indemnización cuyo monto se sitúa entre un mínimo y un máximo. Los montos mínimos y máximos varían, según una tabla introducida en el artículo L. 1235-3 del Código del Trabajo, en función de la antigüedad del trabajador. Por ejemplo, para un trabajador con un año de antigüedad, la indemnización se eleva entre uno y dos meses de salario bruto⁵⁸; para un trabajador con una antigüedad de 29 años o más, la indemnización se sitúa entre 3 y 20 meses de salarios. Sin embargo, por excepción a la regla, los montos mínimos no se aplican a los despidos realizados en las empresas de menos de 11 trabajadores⁵⁹.

Cabe señalar que la limitación legal no se aplica cuando el juez aprecia una causa de nulidad del despido prevista por otras disposiciones del Código (en materia de protección contra el acoso moral o sexual, de igualdad profesional entre mujeres y hombres, de ejercicio de un mandato de representación electiva o sindical, etc.) o por violación de una libertad fundamental⁶⁰. En tal caso, si el trabajador no solicita su reincorporación o si resulta imposible, los jueces deben condenar al empleador a abonar una indemnización que no puede ser inferior a los salarios brutos de los últimos seis meses de trabajo.

vínculo con el perjuicio sufrido. Considera que el criterio de la antigüedad del trabajador cumple la exigencia pero que el criterio del efectivo no presenta tal vínculo, por lo que constituye una diferencia de trato entre empleadores y vulnera el principio constitucional de igualdad ante la ley.

⁵⁶ Especialmente la CFDT, interlocutora privilegiada del “diálogo social” en el ámbito nacional, que los sucesivos gobiernos procuraron convencer y cuidar.

⁵⁷ Esta limitación legal de la reparación podría chocar con el principio de la reparación integral del perjuicio si tuviera rango constitucional. Sin embargo, el Consejo constitucional no se ha pronunciado en tal sentido a pesar de demostrar, en numerosas ocasiones, un cierto atrevimiento en una interpretación extensiva de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

⁵⁸ Si el trabajador no dispone de al menos un año de antigüedad, no se establece mínimo pero la indemnización no puede ser superior al equivalente a un mes de salario.

⁵⁹ Esta diferencia entre las pequeñas empresas y las demás parece compatible con la crítica formulada por el Consejo constitucional del dispositivo de la ley de 2015.

⁶⁰ La Corte de casación ha consagrado, en una serie de sentencias desde hace 20 años, la regla de la nulidad, incluso en ausencia de disposición legal, del despido por vulneración de derechos fundamentales.

Seguramente, este dispositivo pretende garantizar más la seguridad de los empleadores que la igualdad de trato entre empleadores ante los tribunales o la eliminación de los "obstáculos a la contratación". Mientras parece lógico que el empleador conozca, de antemano, la duración de un preaviso que habrá de respetar si despide a un trabajador, el monto de la indemnización que deberá abonar si incumple este preaviso o el monto de la indemnización en función de la antigüedad, resulta verdaderamente difícil comprender la necesidad de que, por "razones de justicia", pueda calcular lo que le costaría como máximo un despido improcedente. ¿Puede considerarse legítima esta obstinación con permitir el "cálculo" de las consecuencias de un acto ilícito? ¿No se trataría, en el fondo, de una voluntad de reducir el poder de apreciación del juez⁶¹?

Algunos no olvidaron resaltar que esta limitación de la indemnización por despido improcedente se acompaña, a modo de compensación de alguna manera, de una mejora de la indemnización por despido (procedente): en adelante, el trabajador despedido debe contar con una antigüedad de ocho meses sin solución de continuidad, en vez de un año (eran dos años hasta 2008), y un Decreto publicado pocos días después de la Ordenanza ha incrementado un 25 % el monto de la indemnización. Sin embargo, es importante precisar que la Ordenanza permite al juez tomar en cuenta esta indemnización en el momento de determinar, en los límites antes señalados, la indemnización por despido improcedente.

2.3.3. Cambios en el régimen del despido por motivo económico

La Ordenanza n° 2017-1387 afecta a varios puntos del capítulo, complejo y varias veces modificado, del Código del Trabajo relativo a esta clase de despido (obligación por el empleador de recolocación de los trabajadores, criterios de designación de los trabajadores despedidos, transmisión de entidades autónomas de una empresa para salvaguardar el empleo). Estos cambios no significan una reducción espectacular de las obligaciones empresariales. El aspecto que más polémicas y debates ha suscitado se refiere a la apreciación del motivo económico alegado por la empresa para justificar el despido. Sin duda, el alcance de la reforma tiene una dimensión y una inspiración pro-empresarial. En el mismo sentido, con el propósito de ofrecer más flexibilidad a las direcciones de empresas, se admite y reglamenta una nueva *ruptura convencional colectiva* que permite poner en jaque la aplicación del régimen legal relativo al despido.

2.3.3.1. El ámbito de apreciación del motivo

Conforme a una interpretación no discutida de la disposición básica en la materia, el párrafo primero del artículo L. 1233-3 del Código del Trabajo en su

⁶¹ Hipótesis reforzada por la tendencia legal, que se inició años atrás y presente en la Ordenanza, a reducir los plazos de impugnación de los despidos.

redacción procedente de una ley de 1989, la justificación de un despido presentado como despido económico, supone primero que el o los motivos alegados, “no inherentes a la persona” del o de los trabajadores, resulten de una supresión o transformación de empleo o de una modificación de su contrato de trabajo rechazada por el o los trabajadores afectados, “consecutivas, especialmente, a dificultades económicas o mutaciones tecnológicas”. La Corte de casación consagra reglas adicionales relativas a las condiciones de esta justificación y encaminadas a encuadrar u orientar su apreciación por parte de los jueces. Una de ellas, sensible al punto de vista empresarial, admite que “la necesidad de salvaguardar la competitividad de la empresa” justifique el despido. Según otra, sin embargo, si la empresa pertenece a un grupo de empresas, las dificultades económicas no han de apreciarse en el ámbito empresarial, tampoco al nivel del grupo en su totalidad, sino respecto a todas las empresas del grupo que pertenecen al mismo sector de actividad. Pero, respecto al ámbito geográfico de apreciación, la doctrina de la Corte es que no se limita a las unidades y empresas del grupo establecidas en territorio francés. Con el objetivo de otorgar seguridad a los empleadores, la ley de 8 de agosto de 2016 había precisado e establecido en el Código las condiciones de reconocimiento de la procedencia del despido por motivo económico pero sin romper con la exigencia jurisprudencial de una apreciación que toma en consideración el conjunto de los componentes del grupo transnacional, incluso en el extranjero.

La reciente Ordenanza va más allá. Integra en el texto del Código la distinción entre la empresa fuera de un grupo y la empresa perteneciente a un grupo, manteniendo el “sector de actividad” como ámbito de apreciación de las dificultades económicas, de las mutaciones tecnológicas o de la necesidad de salvaguardar la competitividad, pero *opta por reducir el ámbito geográfico a las empresas del grupo “establecidas en el territorio nacional”*. De tal modo que, si una filial francesa de un grupo con sede en Francia o en otro país conoce dificultades económicas, la apreciación de estas se realizará, en adelante, sólo respecto a las empresas del grupo del mismo sector radicadas en Francia. Por lo tanto, el despido por motivo económico en la filial francesa podría justificarse a pesar de que el grupo prospere internacionalmente. Es verdad que, como consecuencia de aquel cambio en el **ámbito** de apreciación, no se podría justificar un despido en una filial francesa que goce de buena salud en razón de dificultades experimentadas por el grupo en otros países.

No existen dudas respecto al objetivo que inspiró el rechazo de la regla jurisprudencial. El informe que acompaña la publicación de la Ordenanza en el *Journal Officiel*, señala que esta disposición alinea el derecho francés con el de “la gran mayoría de los países europeos” y vaticina que va a permitir *“incrementar la capacidad de atracción del territorio francés para las inversiones inter-*

nacionales, lo que tendrá un impacto beneficioso sobre el empleo". A la vez, con la voluntad de tranquilizar las legítimas preocupaciones, el informe se convence de que "el juez controlará los fraudes, por ejemplo la práctica de los precios de transferencia que conduce a penalizar artificialmente a la filial francesa".

2.3.3.2. La ruptura por mutuo acuerdo en el marco de un acuerdo colectivo

Las organizaciones firmantes del acuerdo nacional interprofesional del 11 de enero de 2008 sobre "la modernización del mercado de trabajo" habían estimado oportuno clarificar el papel de la ruptura convencional del contrato de trabajo por tiempo indefinido y habían previsto un régimen especial cuyos objetivos eran garantizar la integridad del consentimiento del trabajador y del empleador, establecer el abono al primero de una indemnización análoga a la del despido, así como el derecho a la prestación por desempleo, y garantizar un control de la inspección de trabajo sobre la veracidad y la regularidad del acuerdo. La ley de 25 de junio de 2008 introdujo en el Código varias disposiciones procedentes de este acuerdo. Esta ruptura convencional ha conocido un notable éxito que ha superado las expectativas de sus promotores. Si bien interviene en la mayoría de los casos a iniciativa del empleador (pues impide un litigio y un examen de las causas que le han conducido a buscar la ruptura contractual), no es infrecuente que los trabajadores tomen la iniciativa por motivos de varia índole.

El éxito de esta clase de acto convencional animó a los redactores de las Ordenanzas a ampliar el ámbito de aplicación de la ruptura por mutuo acuerdo, considerando, por otra parte, la práctica de los "planes de bajas voluntarias" que han aparecido al margen del régimen los despidos colectivos por motivos económicos. El informe que acompaña la Ordenanza resulta muy transparente a este respecto y enuncia que "en la medida en que permite limitar el número de despidos sufridos y no queridos y fomenta los proyectos profesionales y personales de los trabajadores, el fomento de la voluntariedad debe ser incentivado" a través de una clarificación del régimen de la ruptura convencional colectiva.

Las nuevas disposiciones establecen que, en adelante, un acuerdo colectivo relativo a la gestión previsional de los empleos y de las competencias o a la ruptura convencional colectiva, puede fijar las condiciones y modalidades de esta ruptura de mutuo acuerdo y precisar los objetivos del dispositivo en materia de supresión de empleos. Este acuerdo relativo a la ruptura convencional colectiva determina las modalidades de información del CSE, el número máximo de bajas y de supresiones de empleos asociadas, las condiciones que han de cumplir los trabajadores para beneficiarse de esta regulación, los criterios de selección de los candidatos y las modalidades de cálculo de las indemnizaciones que no pueden ser inferiores a las legales en caso de despido (indemnización de preaviso, e "indemnización por despido", es decir, por antigüedad). Igualmente, en la misma línea que el

plan de salvaguardia del empleo en caso de despido económico colectivo, debe prever las medidas que facilitan la recolocación externa de los trabajadores en empleos equivalentes (acciones de formación o reconversión, convalidación de las competencias, creación de actividades nuevas o recuperación de actividades existentes). El acuerdo se transmite a la autoridad administrativa (DIRECCTE) para su “validación” tras comprobar su regularidad. Se debe también proceder a la consulta del CSE para su puesta en marcha. Finalmente, en la nueva normativa se dispone, de manera sobria, que “la aceptación por el empleador de la candidatura del trabajador en el marco de la ruptura convencional colectiva conduce a la ruptura del contrato de trabajo *por* mutuo acuerdo de las partes”.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN

El estudio que aquí se concluye ha dado la oportunidad de presentar y analizar, si bien de manera somera, algunas de las modificaciones del Código del Trabajo procedentes de la ley y de las Ordenanzas del pasado mes de septiembre. Las modificaciones evocadas constituyen a nuestro parecer las modificaciones más importantes y significativas considerando los debates y controversias que han suscitado. Tras el análisis, cabe una apreciación justificada, más bien negativa, de las innovaciones decididamente queridas por el nuevo Presidente de la República, su Primer Ministro y su Ministra de Trabajo sobre todo. Indiscutiblemente, el proyecto de esta reforma anunciado por el candidato Macron no se presentaba como un proyecto “de izquierda”. Entonces, parece perfectamente lógico que el contenido de la reforma, realizada con la diligencia prometida, satisfaga más a los ámbitos patronales y financieros, a los partidarios de un liberalismo económico cada vez más puro, a los economistas ortodoxos (es decir, la mayoría de los economistas franceses) y a todos los que se alegran por tener la convicción de formar parte de “un mundo nuevo”⁶².

Sin embargo, parece absurdo hablar de “destrucción del Derecho del Trabajo” como se ha llegado a afirmar. Conviene leer detenidamente y comprender los textos que modifican el Código del Trabajo, a pesar de su carácter indigesto, incluso para los juristas que se dedican al estudio o a la práctica del Derecho del Trabajo. El Derecho del Trabajo francés, que en un momento dado ha podido ilustrar un modelo de derecho social-demócrata, experimenta desde el principio del siglo una evolución globalmente favorable a los empleadores, aunque todas las innovaciones, incluso las más recientes, no vayan en el mismo sentido. En todo caso, ¿cabe esperar que el Derecho del Trabajo contribuya, de forma decisiva, en la construcción de una sociedad más igualitaria y verdaderamente más

⁶² Referencia a una oposición “nuevo mundo”/“viejo mundo”, que gusta a E. Macron.

democrática en todas sus dimensiones, de la esfera pública a la de la producción de bienes y servicios⁶³?

Existen, sin lugar a dudas, aspectos seriamente discutibles en los cambios operados por la reforma de septiembre de 2017. La esperanza de sus promotores reside en que la supresión de los obstáculos a la contratación permita mejorar la competitividad de las empresas implantadas en el territorio nacional y, por lo tanto, el nivel de empleo. Así, aunque el Derecho del Trabajo siga siendo, en Francia como en muchos otros países, un Derecho que tiene como objeto regular el empleo y las relaciones laborales, se convierte cada vez más en una especie de puesto de pilotaje (o de intento de pilotaje) del mercado de trabajo que, por otro lado y antes que nada, contribuye a constituir. La "reforma Macron" quiere ser juzgada, a corto y medio plazo, en función de sus efectos sobre la actividad económica y el empleo⁶⁴. Ahora bien, esta operación se enfrentará, una vez más, a la dificultad de evaluar los efectos sociales y económicos de los cambios normativos. ¿Qué expertos? ¿Qué instrumentos de medición? Y, ante todo, ¿qué teoría plausible del papel de las normas jurídicas en las acciones en sociedad?

ADENDA

Se adoptó en primera lectura el proyecto de ley de ratificación de las cinco Ordenanzas, a principios del mes de diciembre de 2017, con algunas enmiendas que modifican determinados puntos secundarios de las disposiciones introducidas en septiembre en el Código. Esta ratificación contó con el voto a favor de los diputados de "La République en marche" (el partido del Presidente) que disponen de mayoría absoluta en esta Asamblea, los "centristas" del MODEM y los diputados de derecha del partido "Les Républicains", mientras todos los representantes de izquierdas votaron en contra. El Senado ha de examinar el proyecto de ley y debería aprobarlo sin modificaciones en enero de 2018. Es probable que antes de la promulgación de la ley los diputados y senadores de izquierdas acudan al Consejo constitucional para impugnar la constitucionalidad de algunas disposiciones, especialmente respecto a los acuerdos de empresas o al baremo

⁶³ El escepticismo que denota tal interrogante encuentra su fundamento en la tesis de la *ambivalencia del Derecho de Trabajo*, desarrollada, en otro tiempo, en escritos nuestros tendentes a dilucidar las funciones del Derecho del Trabajo en una formación social como la sociedad francesa (en especial: "Les fonctions du droit du travail", in A. Jeammaud, A. Roudil et alii, *Le droit capitaliste du travail*, PU Grenoble, Col. "Critique du droit", 1980, pp. 149-254).

⁶⁴ Para una primera valoración de la reforma, ver el número monográfico de octubre de 2017 de la *Revue de droit du travail*. En su editorial, Antoine Lyon-Caen considera que se trata de una reforma del mercado de trabajo destinada a permitir su fluidez y que será juzgada en función de este objetivo. Igualmente, apunta que conlleva claramente una política de reducción del coste del trabajo (p. 573).

de indemnizaciones por despido improcedente. Las posibilidades de éxito son escasas; sin embargo la “respuesta jurídica” a la reforma podría manifestarse más tarde bajo la forma de cuestiones prioritarias de constitucionalidad formuladas a través de litigios ante las jurisdicciones judiciales o administrativas, o mediante impugnación, de nuevo en el marco de litigios, ante estas jurisdicciones ordinarias con poder de apreciación de la conformidad de las normas nacionales con los convenios internacionales; por ejemplo, la Carta Social Europea revisada. Al margen de ello, la CGT y otras organizaciones sindicales que emprendieron el camino de la contestación de principio y en su globalidad a las Ordenanzas Macron, no consiguen movilizar a los trabajadores para organizar huelgas o manifestaciones. La protesta sindical global no tiene un alcance comparable con la que había suscitado la “ley El Khomri” en el año anterior, ¡pero obviamente, las cosas pueden cambiar!

CUESTIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA*

RICARDO BODAS MARTÍN

Magistrado

Presidente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional

EXTRACTO

**Palabras clave: Jurisprudencia, reforma,
negociación colectiva**

Más de cinco años después de la reforma laboral, impulsada por el RDL 3/2012, convalidada posteriormente por la Ley 3/2012 y profundizada por RDL 11/2013, parece oportuna la realización de un balance sobre el rodaje de sus principales instituciones en la jurisprudencia, puesto que nos permitirá constatar de qué modo ha rodado la reforma y lo que es más importante, hasta qué punto ha alcanzado sus objetivos en la materia que nos ocupa, en la que se introdujeron cambios profundos y conflictivos en nuestras relaciones laborales colectivas. Tanto que el propio Tribunal Constitucional se ha tenido que pronunciar sobre la constitucionalidad de las reformas, convalidándolas en sus propios términos (STCo. 109/2014, de 16 de junio y STCo. 8/2015, de 22 de enero).

ABSTRACT

**Key words: Jurisprudencia, reforma,
negociación colectiva**

More than five years after labor reform, prompted by RDL 3/2012, subsequently validated by Law 3/2012 and deepened by RDL 11/2013, it seems appropriate to carry out a balance sheet on the filming of its main institutions in the jurisprudence, since it will allow us to see how the reform has rolled out and, what is more important, to what extent it has reached its objectives in this area, in which profound and conflicting changes were introduced in our collective labor relations. Constitutional Court had to pronounce on the constitutionality of the reforms, validating them in their own terms (STCo 109/2014, June 16 and STCo, 8/2015, January 22).

* El presente trabajo reproduce la versión escrita facilitada por el autor de la Conferencia de clausura impartida en las XXXVI JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES, celebradas en Córdoba durante los días 23 y 24 de noviembre de 2017, bajo el título "La negociación colectiva tras las reformas legales. Especial referencia a Andalucía", con las necesarias adaptaciones de edición.

ÍNDICE

1. LA NEGOCIACIÓN ANTE TEMPUS DEL CONVENIO COLECTIVO
2. LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO
 - 2.1. LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CAUSAS
 - 2.2. EL PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO
3. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA CONCURRENCIA CONFLICTIVA DE CONVENIOS

Como es sabido, durante años se pospuso la reforma de la negociación colectiva, porque se consideró siempre que debería ser abordada y convenida previamente entre los interlocutores sociales, a quienes se reconocía la máxima legitimidad para impulsar dicha reforma. Ese acuerdo entre los interlocutores sociales no se alcanzó en la legislatura anterior pese a los múltiples intentos de reforma negociada, lo que motivó, en su momento, una regulación legal mediante el RDL 7/2011, de medidas urgentes para la negociación colectiva, que provocó fuertes críticas, precisamente porque no se pactó con los interlocutores sociales¹.

¿La negociación colectiva constituye un obstáculo para la adaptabilidad y competitividad de las empresas o las facilita?

La reforma de la negociación colectiva, contenida en el art. 14 de la ley 3/2012, de seis de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral (procedente del RDL 3/2012, de 10 de febrero), encuadrada en su capítulo III, agrupa diversas medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo y tienen por objetivo, según su exposición de motivos, fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa, lo cual se interpretó, en su momento, como una vía para que las empresas busquen esencialmente su competitividad mediante el logro de ventajas laborales², aunque la jurisprudencia ha matizado el papel de la competitividad empresarial, que no constituye un valor absoluto³. La adaptabilidad, o lo que es lo mismo, la competitividad de las em-

¹ Del Rey Guanter, S., Informe sobre la Ley 35/2010, pág. 60

² Casas, M.E.; Rodríguez Piñero y Bravo-Ferre, M. y Valdés Dal-Ré, F.: La nueva reforma laboral.

³ La modificación sustancial de condiciones de trabajo, introducida por Sanitas Seguros, consistente en el establecimiento de un copago en la prestación de servicios sanitarios en atención al coste comparado de éstos, no es causa organizativa, ni productiva, sino en su caso económica y se declara que la medida no está justificada ni hay un hecho susceptible de operar como causa, ni de existir éste, sería un hecho sobrevenido. Se establece una doctrina muy rica en la que se sostiene que una medida meramente redistributiva en el sentido de que la “mejora” de la empresa se obtiene únicamente de una nueva distribución de los rendimientos de su actividad entre los titulares del establecimiento empresarial y los trabajadores. Éstos “empeoran” en lo que lo que aquéllos -o si se prefiere, la empresa- “mejoran”, sin que haya ningún dato objetivo -técnico, organizativo, productivo o económico- que justifique ese cambio en la distribución. Si se interpreta así el precepto legal, toda restricción de los derechos económicos de los trabajadores representará siempre una

presas constituye, en suma, el bien jurídico protegido por la reforma, por cuanto es la capacidad de las empresas para competir en el mercado en el que desarrollan su actividad la que les permitirá conservar y generar empleo⁴.

La adaptabilidad de las empresas a las circunstancias sobrevenidas, se constituye, de este modo, en el primer objetivo de la reforma, que cuestiona el papel de la negociación colectiva en su regulación precedente a tal punto que duda, según la exposición de motivos, si esa regulación anterior constituyó un obstáculo para adaptar las condiciones de trabajo a la realidad empresarial, lo que no deja de ser llamativo, puesto que los interlocutores sociales han considerado, por el contrario, en el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012-2012, que la negociación colectiva es el instrumento idóneo para cohesionar la capacidad adaptativa de nuestras empresas y la garantía de los derechos de los trabajadores. Dicho Acuerdo (BOE 6-02-2012) apuesta de modo decidido por una negociación colectiva sensible a las circunstancias del mercado, por lo que promueve un modelo de negociación colectiva adaptado a las necesidades de las empresa, mediante una utilización intensiva de las medidas de flexibilidad interna, que limiten al máximo la flexibilidad externa. Sucede lo mismo con el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2015, 2016 y 2017 (BOE 20-06-2015), en cuya exposición de motivos se subraya que negociación colectiva es el espacio natural del ejercicio de la autonomía colectiva de las Organizaciones empresariales y sindicales y el ámbito apropiado para facilitar la capacidad de adaptación de las empresas, fijar las condiciones de trabajo y modelos que permitan mejorar la productividad, crear más riqueza, aumentar el empleo, mejorar su calidad y contribuir a la cohesión social.

La norma propuso, por consiguiente, acabar con la posible obstaculización de la negociación colectiva a las necesidades de adaptación de nuestras empresas a los requerimientos del mercado mediante las herramientas siguientes:

- a. Posibilitar la inaplicación del convenio colectivo vigente, para lo que se viabiliza, en primer lugar, la revisión del convenio por los sujetos legitimados durante su vigencia (art. 86.1 ET) y se establece un nuevo procedimiento para la inaplicación de condiciones de trabajo originadas en convenio colectivo estatutario, cuando concurran causas económicas, técnicas, organi-

mejora que justificará la modificación, pues la mejora en sí misma se ha convertido en causa de la modificación en lo que no es más que un razonamiento circular. La justificación opera de manera distinta: hay un hecho objetivo susceptible de alterar el régimen de prestaciones del contrato -una innovación técnica, organizativa o productiva, un cambio de la coyuntura económica- y a partir de ese cambio (la actualización de la causa) la medida se justifica si se corresponde con ese cambio y si sirve al objetivo de mejorar la posición competitiva de la empresa o a prevenir una evolución negativa (STS 20-01-2014, rec. 56/2013, confirma SAN 2-03-2013).

⁴Blasco Pellicer, A.: Convenios colectivos estatutarios: contenido, eficacia e inaplicación.

zativas o de producción (art. 82.3 ET), regulándose un original mecanismo de gestión del desacuerdo a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos⁵, cuya constitucionalidad se ha validado por la doctrina constitucional⁶.

- b. Se modificó el régimen de concurrencia de convenios colectivos, para lo que se prioriza, en primer lugar, al convenio de empresa respecto a cualquier otro en la mayoría de las materias esenciales de la negociación colectiva. Se equiparan, a estos efectos, los convenios de grupos de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas (art. 84.1 ET). Se posibilita también que el convenio colectivo de ámbito autonómico, suscrito por sujetos legitimados cualificados, tenga prioridad aplicativa sobre convenios de ámbito estatal, siempre que no lo impidan los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal, así como los convenios sectoriales estatales (art. 84.3 ET), excluyéndose, no obstante, algunas materias tasadas (art. 84.4 ET).
- c. Se reformuló el régimen de ultractividad de los convenios, mediante el establecimiento de un límite máximo de un año desde la denuncia del convenio, en cuyo caso las relaciones laborales se regirán por el convenio de ámbito superior (art. 86.3 ET). Se determina, a estos efectos, el régimen de vigencia del convenio colectivo, una vez concluida la duración pactada y se encomienda a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico un procedimiento para solventar los desacuerdos en la negociación del convenio, apostándose decididamente por las soluciones arbitrales, que serán obligatorias, salvo que los acuerdos citados las declaren voluntarias (art. 86.3 ET).
- d. Se reforma finalmente el contenido mínimo de los convenios colectivos, aligerándose sustancialmente el papel protagonista, que el RDL 7/2011 había dado a las comisiones paritarias, cuyas funciones quedan condicionadas a lo que se acuerde en la negociación colectiva (art. 85.3 ET).

La reforma de la negociación colectiva, promovida por la Ley 3/2012, no puede entenderse cabalmente, si no se tiene presente la profunda alteración del régimen de causas, requeridas para fundamentar decisiones empresariales novatorias o regulatorias, cuyo denominador común es una mayor flexibilización de las relaciones laborales, que tendrá una incidencia manifiesta en el desarrollo de la negociación colectiva, puesto que si esta no se ajustara a las necesidades de adaptación empresarial, se activarán normalmente las herramientas novatorias

⁵ Las funciones de la CCNCC se desarrollan mediante el RD 1362/2012, de 27 de septiembre.

⁶ STCo. 16-07-2014, rec. 5603/2012. y STCo 119/14.

empresariales (flexibilidad interna) e, incluso, las regulatorias (flexibilidad externa).

Conviene precisar aquí, que el objetivo de la reforma de la negociación colectiva, perseguido por la Ley 3/2012, es la adaptabilidad de las empresas, por lo que las herramientas, referidas más arriba, no constituyen propiamente objetivos de la reforma, sino herramientas, impulsadas por el legislador, para conseguir que haya más y mejores convenios colectivos, entendiéndose como tales aquellos que permitan una mejor adaptación de nuestras empresas a las circunstancias sobrevenidas del mercado de trabajo⁷. Así se desprende de la exposición de motivos de la norma, donde se precisa que las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa.

El objetivo de adaptación de las empresas a los mercados, así como a los requerimientos de la demanda, al que se debe adecuar la negociación colectiva, promoverá un modelo de negociación permanente, que obligará a planificar cuidadosamente su desarrollo, teniéndose presente que la competitividad y productividad empresarial tendrán que enfrentar procesos económicos en permanente movimiento, en los que la reacción rápida supondrá valores añadidos importantes para alcanzar los objetivos propuestos.

Negociación permanente, como alternativa a la denuncia y renegociación del convenio en su totalidad, que suele ser más conflictiva, por lo que se propone incentivar una renegociación del convenio adelantada al fin de su vigencia general sin necesidad de denunciarlo propiamente, porque se considera que así la negociación será más sosegada y equilibrada, evitando la petrificación del convenio y los retrasos para su renovación.

En cualquier caso, están legitimados, para denunciar el convenio, aquellos sujetos colectivos con legitimación inicial, aunque constituye presupuesto constitutivo, para renegociar el convenio, que los sujetos colectivos acrediten la negociación plena⁸, sin que sea precisa denunciar el convenio, cuando se ha anulado por sentencia judicial que no ha alcanzado firmeza⁹.

Se impulsa, por otra parte, que los negociadores del convenio puedan establecer períodos de vigencia diferenciados por materias o grupos homogéneos de materias (art. 86.1 ET), lo que facilitará, en principio, una negociación más orde-

⁷ Casas; Rodríguez-Piñero y Valdés Dal-Ré: El agotamiento de la ultratractividad del convenio colectivo.

⁸ STS 2-12-2016, rec. 14/16, Roj: STS 5619/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5619.

⁹ SAN 5-05-2017, proced. 69717, ROJ: SAN 1822/2017.

nada y sosegada, que permitirá una mayor profundización en la negociación, al no verse contaminada por otros aspectos de la misma, que pudieran resultar más conflictivos, lo que exigirá programar los tiempos de manera adecuada, porque el régimen de ultractividad de un año desde la denuncia del convenio, regulado en el art. 86.3 ET, no distingue entre denuncias totales o parciales, pone en riesgo las negociaciones parciales, puesto que si los negociadores no son suficientemente diligentes y las concluyen con acuerdo, se solaparán con las negociaciones siguientes, lo cual provocará situaciones paradójicas, puesto que, si no se alcanzan acuerdos parciales en el plazo de un año desde la denuncia, la materia negociada sin éxito perderá su vigencia, mientras se negocian las demás materias del convenio. De producirse dicha situación, pérdida de vigencia parcial del convenio en algunas materias (art. 82.3 ET), debería aplicarse la regulación de las mismas en el convenio de ámbito superior (art. 86.3 ET), si lo hubiere, mientras se continúan negociando otras materias del convenio de la unidad negociadora correspondiente. Sería recomendable, para fomentar las negociaciones parciales, que las partes recurrieran al pacto en contrario, contemplado en el art. 86.3, para asegurar que, si dichas negociaciones parciales no concluyeran con éxito en los plazos de ultractividad, se mantuviera vigente el régimen anterior hasta que se cierre la negociación global del convenio, para evitar el riesgo de la pérdida de la unidad de negociación.

Caso de no haberse pactado un calendario progresivo de negociación, el art. 86.1 ET viabiliza, sin más límite que la concurrencia de legitimación para negociar, la negociación ante tempus, que se constituye en alternativa real al régimen de inaplicación del convenio colectivo, regulado en el art. 82.3 ET, puesto que dicha negociación no está sometida a plazo alguno, ni requiere la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción¹⁰.

1. LA NEGOCIACIÓN ANTE TEMPUS DEL CONVENIO COLECTIVO

El art. 86.1 ET permite que los sujetos legitimados conforme a los arts. 87 y 88 ET podrán revisar el convenio durante su vigencia, posibilitando, en aras a la adaptabilidad empresarial, la negociación “ante tempus” del convenio, lo que ya se había viabilizado por la jurisprudencia¹¹, entendiéndose que no son sujetos legitimados quienes ostenten legitimación inicial, sino quienes ostenten la legitimación deliberativa¹², aunque el convenio esté vigente. Parece claro, en todo caso

¹⁰ Escudero Rodríguez, R.: El RDL 3/2012: la envergadura de una reforma profundamente desequilibrada de la negociación colectiva.

¹¹ TS 10-10-06, rec. 133/05.

¹² STS 14-12-2010, EDJ 2010/290715.

que la negociación ante tempus exigirá el acuerdo de ambas partes, como sucedía anteriormente, puesto que la norma establece la expresión potestativa “podrán”, refiriéndose a ambas partes¹³. La exposición de motivos de la ley precisa que no será necesaria la denuncia del convenio en estos supuestos, por cuanto se basan en la conformidad de ambas partes, que no deberán someterse, por tanto, al plazo mínimo de denuncia, que forma parte del contenido mínimo del convenio (art. 85.3.d). Si no fuera así, si tenemos presente, que el régimen de denuncia, así como su plazo mínimo, constituye parte del contenido mínimo del convenio (art. 85.3.d ET) y se considera que la ultraactividad finaliza al año de la denuncia (art. 86.3 ET), podría suceder que los sujetos con las legitimaciones citadas pudieran dejar sin efecto los plazos de denuncia del convenio, vaciándolo de contenido, si no se alcanza acuerdo en el plazo de un año, lo que no parece admisible, puesto que excedería con mucho el objetivo de adaptabilidad de las empresas. Por estas razones, parece más razonable que la negociación ante tempus no exija la previa denuncia del convenio, que mantendrá su vigencia pactada, salvo que se alcancen acuerdos por los sujetos legitimados, si bien nada impedirá la denuncia anticipada, cuando en el propio convenio se pactó únicamente que el convenio debería denunciarse dos meses antes de su vencimiento¹⁴, debiendo tenerse presente, en todo caso que, tanto si se denuncia anticipadamente el convenio, como si se decide negociarlo ante tempus (art. 86.1 ET) deberán convocarse a los sujetos legitimados (SAN 14-01-2014, proced. 400/2013), entendiéndose como tales, quienes tengan legitimación al iniciarse la nueva negociación y no quienes la tuvieron en el convenio precedente¹⁵.

Cuestión distinta será cuando una de las partes, apoyándose precisamente en la emergencia sobrevenida de un desequilibrio radical en el convenio, pretenda anticipar su negociación con oposición de la otra, en cuyo caso deberá denunciar el convenio, identificar las causas sobrevenidas y reclamar judicialmente la obligación de negociar por dichas circunstancias, si no se acepta negociar por la contraparte, aunque esta alternativa se ve con reticencia por algún sector de la doctrina¹⁶. Dicha opción, apoyada en la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuyo despliegue no permite la inaplicación directa de los convenios colectivos¹⁷,

¹³ Sala Franco, T.: La ultraactividad y la duración de los convenios.

¹⁴ STSJ Galicia 9-06-2014, rec. 1465/2014

¹⁵ SAN 17-12-2015, proced. 284/15.

¹⁶ Sala Franco, T., obra citada.

¹⁷ “...si ya en el ámbito del Derecho civil la cláusula «*rebus sic stantibus*» tiene dificultades aplicativas, con mayor motivo han de sostenerse obstáculos a ella en el Ordenamiento jurídico laboral, tanto por sus específicas reglas orientadas a modificar las condiciones de trabajo [arts. 39 a 41 ET], cuanto por la singularidad del Convenio Colectivo como fuente del Derecho [art. 3.1 ET], al situarse en el orden jerárquico inmediatamente después de las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, de tal suerte que los convenios están llamados a disciplinar el desarrollo

tratándose de un criterio pacífico en la jurisprudencia¹⁸, así como en la doctrina judicial¹⁹. No obstante, no parece aconsejable seguir esa vía, puesto que, si se ha producido un grave desequilibrio en el convenio colectivo, concurrirán normalmente las causas para la inaplicación del convenio, reguladas en el art. 82.3 ET, que tiene, como veremos más adelante, mecanismos de gestión del desacuerdo mucho más seguros que la negociación ante tempus, donde concurrirá obligación de negociar, a diferencia del convenio ante tempus²⁰.

Se ha admitido, no obstante, que los sujetos, legitimados para negociar el convenio sectorial, decidieran reducir su plazo de vigencia y negociar un nuevo convenio colectivo, en el que redujeron determinados derechos a cambio de otros en un negocio jurídico complejo, que equilibró los intereses en presencia, sin que se vulnerara la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, puesto que las

de la relación de trabajo en el ámbito que les es propio, en tanto no sean anulados, en todo o en parte (STS 10/06/03 -rco 76/02-). Hasta el punto de que la teoría [« rebus sic stantibus »] únicamente cabría aplicarla -restrictivamente- cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues la cláusula es impredecible de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex art. 37 CE [«cuerpo de contrato y alma de Ley», se ha dicho]; e incluso -tratándose de condición individual de trabajo- la citada cláusula « rebus sic stantibus » habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el art. 41 ET, pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la Empresa (así, la STS 19/03/01 -rcud 1573/00-).»

Para posteriormente recordar que: “Estas afirmaciones se ven corroboradas por diversos precedentes de esta Sala, sentados no sólo en la sentencias que acaban de citarse, sino en otras muchas. En efecto, si bien excepcionalmente se ha contemplado la incidencia de circunstancias sobrevenidas en las condiciones de trabajo pactadas colectivamente, en tales casos no se ha entrado a resolver el tema planteado por inexistencia de datos de hecho que lo consintieran (así, la STS 23/02/96 -rco 2543/95 -); o bien se accedió a la pretensión, no por aplicación de la cláusula « rebus sic stantibus », sino por la desaparición del presupuesto sobre el que se asentaba la mejora de cuya supresión se trataba (caso de la STS 04/07/94 -rco 3103/93 -, que trató la incidencia sobre ILT producida por el RD- ley 5/1992, de 21 /Julio, y la Ley 28/1992, de 24 /Noviembre, desplazando al empresario el abono del subsidio de los días cuarto a decimoquinto). Y la restante casuística jurisprudencial va referida a condiciones más beneficiosas (SSTS 11/03/98 -rcud 2616/97 -, acerca de abono de cuotas por asistencia sanitaria; 08/07/96 -rco 2831/95-, sobre asignación por gastos de desplazamiento y comida; 04/07/94 -rco 3339/93-, sobre complemento de ILT...), cuya unilateral alteración por causas sobrevenidas se rechaza.”(STS 26 de abril de 2007 rec. 84/2006)

¹⁸ STS 14-10-2008, rec. 129/2007; 28-09-2011, rec. 25/2011; 16-01-2013, rec. 1877/2012; 25-03-2013, rec. 1706/2012; 15-04-2013, rec. 1823/2012; 28-05-2013, rec. 1893/2012; y 10 y 11-06-2013, rec. 1857 y 1821/2012.

¹⁹ SAN 16-11-2012, proced. 302/2012; 10-01-2013, proced. 135/2012 y 291/2012; 13-02-2013, rec. 344/2012; 9-05-2013, rec. 95/2013 y 28-06-2013, proced. 202/2013.

²⁰ Sanguinetti Raymond, W.: La inaplicación o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la negociación colectiva.

retribuciones pactadas en los mismos se activarían desde su entrada en vigor²¹.

En cualquier caso, la gravedad de la actual crisis económica permite pensar que la adaptabilidad pretendida se orientará decididamente a la negociación a la baja²², que no podrá, en todo caso, aplicar retroactivamente las reducciones salariales²³, aunque nada impedirá una negociación expansiva, cuando se supere la crisis, lo que afectará a la necesaria estabilidad de lo pactado, que podrá alterarse, incluso en la situación actual, en sectores con gran poder de negociación, especialmente en determinados convenios franja de empresas del transporte.

2. LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO

El nuevo art. 82.3 ET mantiene la regla general, según la cual los convenios colectivos estatutarios obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. No obstante, excepciona dicha obligación, nuevamente en aras a la adaptabilidad de la empresa, cuando concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que se alcance acuerdo con los representantes legitimados de los trabajadores (art. 87.1 ET), previo período de consultas en los términos del art. 41.4 ET, en cuyo caso la empresa podrá inaplicar las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa y fuere cual fuere el número de trabajadores implicados, que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 de esta Ley.
- g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, que deberán cumplirse en los términos previstos en el convenio²⁴.

²¹ SAN 6-07-2016, proced. 133/16.

²² Gorelli Hernández, J.: Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios.

²³ SAN 23-06-2016, proced. 144/16.

²⁴ Se reclama que el complemento de las prestaciones por IT, riesgo durante el embarazo y maternidad, incluya las cantidades percibidas en concepto de complementos por guardia, festividad

El art. 82.3 ET incorpora las modificaciones reguladas en el antiguo art. 41.6 ET, tratándose de un listado tasado²⁵, que no puede interpretarse extensivamente²⁶, aunque se ha interpretado así por la jurisprudencia de modo puntual²⁷. Añade las mejoras voluntarias, no contempladas en la regulación precedente, con la finalidad de combatir el absentismo laboral²⁸, aunque su inclusión supondrá también un grave problema de seguridad jurídica para las mejoras voluntarias ya causadas por sus beneficiarios, cuyo ejercicio supere los plazos de vigencia del convenio²⁹ y subraya la cuantía salarial para integrar precisamente el descuelgue del régimen salarial, contenido en el anterior 82.3 ET, que ahora podrá producirse también en los convenios de empresa o ámbito inferior, a diferencia de la regulación anterior³⁰, con lo que se despoja a los convenios sectoriales la potestad de regular su inaplicación, como sucedía con anterioridad a la reforma³¹, lo que incentivará el dumping social. La inclusión de la cuantía salarial constituye una novedad muy importante, tanto en las modificaciones sustanciales (art. 41 ET), como en el procedimiento de inaplicación de convenio, porque la jurisprudencia había descartado, que la cuantía salarial constituyera una condición salarial susceptible de modificación sustancial, aunque el listado, contenido en el art. 41.1. ET, no está tasado³², si bien será requisito constitutivo, para modificar condiciones convencionales, seguir el procedimiento de

y rodaje, se estima dicha pretensión, porque así lo dispone expresamente el convenio colectivo (SAN 23-09-2016, proced. 202/16, ROJ: SAN 3456/2016).

²⁵ Mercader Uguina, obra citada.

²⁶ Impugnada resolución de la CCNCC por la empresa, quien pretendía retrasar el abono de la paga de Navidad, así como el fraccionamiento de las nóminas mensuales en dos parte, así como el desplazamiento de su abono, se desestima dicha impugnación, porque no hay posibilidad descuelgue o inaplicación en aquellas materias retributivas distintas del sistema de remuneración y cuantía salarial, pues son las únicas a las que se refiere expresamente le norma, en tanto que el sistema de remuneración, son los criterios o reglas que fijan los distintos conceptos retributivos o la estructura salarial y la manera de percibir los mismos, pero nunca se refieren a la fecha de pago por la prestación del trabajo, pues en otro caso el legislador habría optado por referir “la fecha de pago del salario y de los demás conceptos retributivo (SAN 4-04-2017, proced. 46/17, ROJ: SAN 1178/2017).

²⁷ Considera que la inaplicación del régimen de vacaciones, contenida en un convenio colectivo, puede producirse por el procedimiento de descuelgue, regulado en el art. 82.3 ET, porque las vacaciones están implícitas en la regulación de la jornada. Entiende, por otra parte, que ha habido período de consultas, que el acuerdo se suscribió por la mayoría de los representantes de los trabajadores y que despliega presunción de concurrencia de causas, que no se destruyó de contrario (STS 27-05-2013, rec. 90/2012).

²⁸ TS 26-12-2011, rec. 66/2011.

²⁹ Gala Durán, C.: Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).

³⁰ SAN 24-06-2009, proce. 74/2009.

³¹ Sanguinetti Raymond, W.: La inaplicación parcial o descuelgue de convenios: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva.

³² STS 12-06-2013, rec. 103/2012, revoca SAN 23-04-2012.

inaplicación³³. La integración de los supuestos, contemplados en el art. 41.6 ET, en el art. 82.3 comporta que todo el régimen de descuelgue haya pasado a ser imperativo, de manera que, si las modificaciones del régimen convencional perjudican a los trabajadores, no podrán, como sucedía anteriormente solicitar la extinción indemnizada de sus contratos de trabajo³⁴. Tampoco será viable su impugnación individual por el procedimiento del art. 138 LRJS, por cuanto el art. 82.3 ET no se contempla en dicha norma.

Como vemos, se trata de las materias nucleares de la negociación colectiva, cuya modificación vaciará de contenido lo pactado colectivamente, sea cual fuere su ámbito, ya que la regulación precedente solo permitía el descuelgue del régimen salarial de convenios de ámbito superior a la empresa, mientras que ahora podrá realizarse también en los convenios de empresa o de ámbito inferior a la empresa. Es cierto que su ejecución deberá realizarse mediante la negociación colectiva³⁵, pero no es menos cierto que dicha negociación se producirá con unas garantías de muy bajo nivel, cuando el descuelgue se negocie con las “comisiones ad hoc”, reguladas en el art. 41.4 ET, compuestas por representantes atípicos de los trabajadores, que no gozarán, siquiera, del régimen de garantías de los demás representantes de los trabajadores, siendo llamativo que las “comisiones ad hoc” no puedan negociar el convenio colectivo, pero sí su inaplicación en materias nucleares, así como la regulación de las nuevas condiciones de trabajo hasta que concluya su vigencia³⁶.

Negociación condicionada también, porque estará extremadamente afectada por el riesgo de utilización de medidas de flexibilidad externa por la empresa, como alternativa a la conclusión del período de consultas sin acuerdo, ya que la frontera de las causas, para aplicar una u otra opción, es extremadamente leve, al haber omitido por el legislador algún criterio de intensidad, eludiendo, incluso, los criterios finalistas existentes en la regulación precedente. Por esas razones, se ha entendido que el descuelgue de condiciones de convenio es, en la práctica, la última frontera entre la flexibilidad interna y la externa³⁷.

La empresa no puede modificar unilateralmente las tablas salariales del convenio sectorial, cuando se ha alcanzado acuerdo de mediación, en el que se comprometió a no hacerlo³⁸. No cabe tampoco que la empresa modifique el ré-

³³ STS 2-02-2015, rec. 81/15, confirma SAN 31-10-2014).

³⁴ BLASCO PELLICER, obra citada.

³⁵ Jesús Mercader Uguina: La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012

³⁶ STS 6-06-2017 y STSJ Galicia 9-06-2014, rec. 1465/2014

³⁷ Jesús Mercader Uguina: La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: La reforma de la Ley 3/2012, Lex Nova.

³⁸ STS 2-02-2016, rec. 81/15, confirma SAN 31-10-2014.

gimen de jornada, pactado en acuerdo de mediación, puesto que dicho acuerdo tiene valor de convenio colectivo³⁹. - Se ha descartado que la empresa pueda imponer, mediante acuerdos individuales en masa, el trabajo en sábados, prohibido por el convenio, con base a que se liberalizó administrativamente el horario, ya que debió seguirse el procedimiento de inaplicación del convenio⁴⁰, o imponer un calendario laboral, cuando el convenio preveía su negociación con la RLT⁴¹ y también la modificación de jornada y salario convenio por el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo⁴², ni modificar jornada y horario, pactado en convenio colectivo, sin seguir los trámites mencionados⁴³. No cabe modificar unilateralmente el sistema de dietas, pactado en convenio colectivo, debiendo seguirse el procedimiento de inaplicación del convenio⁴⁴, ni cabe tampoco modificar las funciones del grupo de especialistas, establecida en convenio colectivo, sin seguir el trámite del art. 82.3 ET⁴⁵. Tampoco suprimir en empresa pública la mejora de prestación de IT, pactada en convenio, si no se acredita que su mantenimiento supera los límites presupuestarios⁴⁶. No obstante, se ha admitido la supresión de antigüedad, a cambio de la promoción de empleo fijo, sin seguir los requisitos establecidos para ello en el convenio colectivo, porque se alcanzó un acuerdo de empresa al respecto, que nunca fue impugnado⁴⁷.

2.1. La nueva regulación de las causas

Las causas, que habilitarán la inaplicación del convenio, son iguales a las del despido colectivo (art. 51.1 ET), salvo la reducción de ingresos y ventas, que solo exigirá dos trimestres consecutivos, comparados con los del año precedente, lo que constituye un fuerte incentivo para la consecución de acuerdos, ya que la negativa sindical a suscribir el acuerdo de inaplicación del convenio, cuando concurra causa, cargará de razones a la empresa para desplegar medidas de flexi-

³⁹ STS 2-02-2016, rec. 81/15, confirma SAN 31-10-2014.

⁴⁰ STSJ PV 17-01-2017, rec. 2392/16.

⁴¹ SAN 27-07-2017, proced. 183/17

⁴² STS 30-06-2016, rec. 238/15, Roj: STS 3931/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3931, confirma SAN 16-04-2015.

⁴³ STS 30-06-2016, rec. 238/15, Roj: STS 3931/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3931, confirma SAN 16-04-2015

⁴⁴ STS 29-06-2017, rec. 186/16.

⁴⁵ STS 20-07-2016, rec. 145/15, Roj: STS 3990/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3990, confirma SAN 19-02-2015.

⁴⁶ SAN 22-03-2016, proced. 23/16.

⁴⁷ Se impugna la supresión del complemento de antigüedad, fundada en convenio colectivo, desarrollado por acuerdo de empresa, en los que se transó la antigüedad a cambio de consolidación de empleo fijo y se desestima dicha pretensión, por cuanto la medida deriva de los pactos colectivos antes dichos, que no fueron impugnados nunca (STS 27-06-2017, rec. 164/16).

bilidad externa, habiendo desaparecido los criterios finalistas requeridos por los precedentes arts. 41 y 82.3 ET⁴⁸.

Así pues, se entenderá que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas, precisándose, en todo caso, que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos, comparados con los del año precedente. Se ha interpretado razonablemente que, si se producen modificaciones por reducción de ingresos o ventas durante dos trimestres consecutivos, no se podrán acumular las del trimestre siguiente para extinguir por la misma causa, salvo que se pruebe cualificadamente por el empresario la imposibilidad de mantener el empleo⁴⁹, aunque la indemnización no podría calcularse conforme al salario reducido, porque constituiría abuso de derecho⁵⁰. Se ha entendido, en todo caso, que la acreditación de pérdidas previsibles obligará a una prueba exigente⁵¹, debiendo resaltarse, en última instancia, que la ley se refiere a ingresos o ventas ordinarios, lo que descarta su comparación con ingresos o ventas extraordinarios⁵². Así, se han admitido la concurrencia de la causa en casos en los que se ha perdido al cliente principal⁵³, puesto que dicha circunstancia provocará necesariamente reducción de ingresos y consiguientemente pérdidas, cuando la estructura de la empresa pivotaba esencialmente para atender a sus necesidades⁵⁴, así como en supuestos, en los que el concurso de la empresa principal provocará inevitablemente pérdidas a sus proveedores o empresas auxiliares⁵⁵, aunque parece claro que el pronóstico de pérdidas constituye una medida preventiva, frente a las pérdidas actualizadas o la disminución persistente de ingresos y ventas, en las que el despido será una medida más reactiva.

Concurrirán causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando

⁴⁸ STSJ Valladolid 7-03-2012, rec. 168/2012, donde se autoriza la extinción del contrato de una trabajadora, a quien se ofertó previamente la reducción de jornada, ante los desajustes presupuestarios de la entidad.

⁴⁹ Goerlich Peset, J.M.: La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: la culminación de una larga evolución. Lex Nova.

⁵⁰ TSJ Cataluña 27-07-2011, rec.245/2011.

⁵¹ Cuando se alegan pérdidas previsibles, deberán acreditarse indicios sólidos de que van a producirse, no concurriendo si la empresa tuvo beneficios en 2011 y la previsión negativa se apoya únicamente en un trimestre (STSJ Rioja 27-02-2012, rec. 18/2012) y SAN 15-07-2014, rec. 119/2014.

⁵² Jesús Mercader Uguina, obra citada.

⁵³ SAN 18-12-2012, proced. 257/2012.

⁵⁴ SAN 26-10-2015, proced. 232/2015.

⁵⁵ Aurelio Desdentado, obra citada.

se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. La nueva regulación ya no pivota, como antes, sobre la “crisis de la empresa”, sino que apuesta, sobre todo, por la mejora de su competitividad y productividad, así como por su mejor adaptabilidad a los requerimientos de la demanda⁵⁶. De este modo, se ha admitido la concurrencia de causa productiva, cuando se pierde al cliente, que generaba el 80% de la actividad de la empresa⁵⁷.

Aunque la norma no menciona la intensidad de la causa, se ha defendido con razón, que esta no se puede exigir la misma entidad para la inaplicación de convenio que para los despidos⁵⁸, puesto que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo («flexibilidad externa» o «adaptación de la plantilla») que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo («flexibilidad interna» o «adaptación de condiciones de trabajo»). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la «libertad de empresa» y de la «defensa de la productividad» reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de «reestructuración de la plantilla», la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la «libertad de empresa» y el «derecho al trabajo» de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional⁵⁹.

En cualquier caso, el empresario deberá informar y razonar suficientemente la concurrencia de la causa en relación con el funcionamiento de la empresa, porque dicha información es el requisito constitutivo para que el período de consultas pueda alcanzar buen fin⁶⁰, lo que no sería posible si el empleador se limita a demostrar la concurrencia de causas⁶¹. Así lo dispone el art. 4 del Convenio 158 de la OIT⁶², que exige dos requisitos: *concurrencia de causa justificada y que esté relacionada, entre otras, con el funcionamiento de la empresa*. La jurisprudencia más reciente ha establecido que corresponde controlar al poder judicial, sin que

⁵⁶ Martín Valverde, A.: El control judicial del despido colectivo.

⁵⁷ SAN 24-10-2016, proced. 231/16, ROJ: SAN 3898/2016

⁵⁸ Goerlich Peset, obra citada.

⁵⁹ TS 17-05-2005, rec. 2363/2004.

⁶⁰ TS 30-06-2011, rec. 173/2010.

⁶¹ STJCE 10-09-2009, TJCE 2009\263.

⁶² No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio.

ello comporte la sustitución del empresario o la aplicación de criterios de oportunidad, si la intensidad de las causas se adecua razonable y proporcionalmente a las medidas tomadas⁶³, o en supuestos de reducción de la contrata, que reduce sustancialmente la actividad de la empresa⁶⁴.

La jurisprudencia, por todas TS 2-03-2009, RJ 2009\1719 y 16-05-2011, ROJ 3647/2011, ha mantenido que no es la crisis empresarial sino la mejora de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa, lo cual permite concluir que el nivel de exigencia probatoria de las inaplicaciones del convenio y las modificaciones sustanciales será sustancialmente inferior a las extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción⁶⁵.

La exigencia de probar las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y su relación con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, introducida por la ley 3/2012 en la nueva versión del art. 41 ET, revela que no existe una discrecionalidad absoluta del empresario, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que afecten a su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo⁶⁶. Con más razón, los presupuestos, para la inaplicación del convenio, son los siguientes: Acreditar la concurrencia de las causas y demostrar la adecuación entre su intensidad y las medidas propuestas, lo que se relacionará normalmente con la competitividad, productividad y adaptabilidad de la empresa a las exigencias del mercado y los requerimientos de la demanda.

⁶³ La Sala desarrolla una rica doctrina sobre la interrelación entre causas y medidas tomadas, subrayando que el control judicial pasa, sin que ello signifique control de oportunidad o exigencia de optimización de la medida a la empresa, por acreditar la idoneidad y razonabilidad de la medida, advirtiendo que en el supuesto debatido concurren causas y se adecuan a la medida, pero descarta que pueda tratarse de una medida abierta y sin límite para el empleador (STS 27-01-2014, rec. 100/2013, confirma SAN 22-11-2012).

⁶⁴ SSTs de 16 de julio de 2014 -Rec. 1777/2013-, de 17 de septiembre de 2014 -Rec. 2069/2013-, de 3 de marzo de 2015 -Rec. 1070/2014- y de 10 de enero de 2017 -rcud. 1077/2015-). Existencia de acuerdo durante el período de consultas que fue suscrito por amplia mayoría de los integrantes de la comisión negociadora en representación de los trabajadores (11 de los 13 miembros). -La reducción salarial durante 24 meses es una medida coyuntural que aminoró los efectos del despido (6-04-2017, rec. 3566/15, Roj: STS 1759/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1759).

⁶⁵ SAN 28-05-2012, proce. 81/2012.

⁶⁶ SAN 28-05-2012, proce. 81/2012.

Así se deduce de los arts. 22.3 y 24.3 RD 1362/2012, de 27 de diciembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que dicen textualmente lo siguiente:

“22.3: Cuando se aprecie la concurrencia de las causas, la Comisión deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. La decisión podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, la Comisión se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo”.

“24.4: Cuando aprecie la concurrencia de las causas, el árbitro deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. El laudo podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, el árbitro se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo”.

Así pues, la resolución habrá de ser motivada y deberá resolver la discrepancia sobre la inaplicación del convenio, pronunciándose, en primer lugar, sobre la concurrencia de las causas, alegadas por la empresa. Cuando no concurren las causas, deberá manifestarlo así, en cuyo caso denegará la aplicación de la medida. Por el contrario, de concurrir la causa, la Comisión deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. Podrá también aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad, pronunciándose, en todo caso, sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo. Parece claro, por tanto, que el precepto examinado no contempla la autorización mecánica de la medida, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por parte de la Comisión, quien deberá valorar obligatoriamente la adecuación de la medida y sus efectos sobre los trabajadores afectados en relación con las causas acreditadas⁶⁷.

El control de la adecuación de la medida a las causas acreditadas, así como los efectos sobre los trabajadores, introducido por el RD 1362/2012, ha sido con-

⁶⁷SAN 28-01-2013, proced. 316/2012.

siderado “ultra vires” por algún sector de la doctrina científica⁶⁸, aunque no así desde otros sectores⁶⁹ quienes, refiriéndose a los despidos colectivos, defienden que los despidos se justifican en la medida que hacen frente a una necesidad de amortizar puestos de trabajo, habiéndose seguido dicho criterio por la doctrina judicial⁷⁰. Otros sectores de la doctrina judicial⁷¹ han defendido la desaparición de la conexión de funcionalidad, porque ya no se contienen las regulaciones previas en el art. 51 ET. Lo que sucede es que la nueva regulación del art. 51.1 ET no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la causas económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, pero si acreditar que el contrato ha perdido su eficiencia económica para la empresa⁷², o lo que es igual, que ha perdido su objeto y su causa⁷³. La pérdida de la eficacia económica del contrato, debida a la concurrencia de causas objetivas, es compartida también por otros sectores de la doctrina⁷⁴, quienes defienden que no solo debe acreditarse la causa, sino también su adecuación a la medida propuesta, lo que dependerá de la intensidad con la que se manifieste sobre el funcionamiento y competitividad de la empresa⁷⁵. La adecuación de la medida a las causas, así como a su intensidad, ha sido aplicada por la CCNCC y confirmada por la doctrina judicial⁷⁶.

⁶⁸ Mercader Uguina: El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva: problemas prácticos en materia de inaplicación del convenio colectivo, convenios de empresa y ultraactividad.

⁶⁹ Desdentado Bonete: Los despidos económicos tras la reforma de la ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales.

⁷⁰ SAN 21-11-2012, proced. 167/2012.

⁷¹ STSJ Madrid 11-06-2012, rec. 22/2012 y TSJ Cantabria 26-09-2012, rec. 2/2012, quienes defienden que ha desaparecido la relación de funcionalidad, por cuanto la norma no exige ya que la medida contribuya a mejorar la viabilidad empresarial o la pervivencia del empleo.

⁷² SAN 11-03-2013, proced. 381/2012 y SAN 26-04-2013, proced. 29/2013

⁷³ SAN 18-12-2012, proced. 257/2012.

⁷⁴ Martín Valverde, obra citada.

⁷⁵ Blasco Pellicer: Convenios colectivos...

⁷⁶ Impugnada una decisión de la CCNC, se declara que la decisión de la CCNCC debe pronunciarse no solo sobre las causas económicas alegadas por la empresa, sino que también ha de valorar su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. La Comisión deberá examinar si concurren las conexiones de funcionalidad, normalidad y proporcionalidad entre la causa acreditada y la medida propuesta por la empresa. En el supuesto examinado se declara que la empresa no puede aplicar la medida que se solicita puesto que menos de dos meses antes se tomaron otras amparadas también en causas económicas y productivas, no habiéndose probado por la empresa que hayan surgido situaciones extraordinarias, que justificaran una nueva modificación en un plazo tan breve (SAN 28-01-2013, proced.316/2012).

Así pues, de concurrir las causas, deberá probarse que las medidas tomadas se adecuan a la intensidad de las causas, entendiéndose por adecuación la acomodación al fin propuesto, consistente en promocionar la adaptabilidad de las empresas, que no se produciría si el mantenimiento de las condiciones convencionales comporta una merma de competitividad y productividad, que provoca una incidencia relevante de la utilidad económica de los contratos afectados, aunque no tanta como para justificar su extinción. Si no fuera así, si el empresario, solo tuviera que acreditar la concurrencia de causas, sin necesidad de demostrar la adecuación entre la medida y la intensidad de la causa, no habría razón para exigirle, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.k RD 1362/2012 que identifique el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por la inaplicación de condiciones de trabajo del convenio colectivo en vigor, exigiéndose, a continuación que, si afecta a más de un centro de trabajo esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, por provincia y comunidad autónoma. Del mismo modo, si las suspensiones del contrato, las reducciones de jornada o las extinciones de contratos colectivos, reguladas en los arts. 47 y 51 ET, no tuvieran que demostrar la relación de adecuación entre la medida y la intensidad de las causas, no habría ninguna razón para que tuvieran que precisar número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, así como criterios de selección, puesto que la mera concurrencia de las causas, daría vía libre al empresario para tomar la medida que considere oportuna.

La doctrina constitucional ha avalado la tesis expuesta, al subrayar la necesidad de que la medida impugnada resulte razonable y proporcionada. Para efectuar este enjuiciamiento es necesario atender al régimen jurídico que acompaña la cuestionada decisión o arbitraje del art. 82.3 ET, cuyo análisis permite apreciar los límites, circunstancias y garantías a que queda ligada su aplicación. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que la posibilidad de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo, que constituye el objeto de la intervención decisoria o arbitral controvertida, está sujeta a límites causales; únicamente se autoriza cuando en la empresa concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos definidos por el propio precepto legal. Se trata de supuestos en que o bien los resultados empresariales reflejan una situación económica negativa (pérdidas, disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas...), o bien se producen cambios en los medios o instrumentos de producción, en los sistemas y métodos de trabajo del personal, el modo de organizar la producción, o en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. La aplicación de la medida controvertida requiere, por tanto, la presencia de las circunstancias justificativas indicadas, todas ellas estrechamente vinculadas a la viabilidad y competitividad de la entidad empresarial, destacando finalmente que la decisión de la CCNCC está

sometida a control judicial, correspondiendo a los órganos judiciales comprobar si la medida se acomoda razonable y proporcionalmente a las causas en las que se fundamenta⁷⁷.

2.2. El procedimiento de inaplicación del convenio colectivo

Es requisito constitutivo, para inaplicar las condiciones de trabajo, listadas en el art. 82.3 ET, es alcanzar acuerdo con los representantes de los trabajadores que ostenten la legitimación del art. 87.1 ET, salvo en los convenios de grupos de empresas o empresas en red, en los que la legitimación debería corresponder a los sujetos contemplados en el art. 87.2 ET. La regulación de los procedimientos de flexibilidad interna y externa, regulados en el ET ha sido modificada sustancialmente por el art. 9 del RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico social, puesto que ha unificado la composición de la comisión negociadora, prevista en los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET, en los mismos términos previstos en el art. 41.4 ET, introduciendo una novedad muy positiva, que facilitará la negociación en el período de consultas, según la cual la comisión negociadora deberá estar conformada antes de iniciar el período de consultas, aunque si no sucediera así y no se constituyera en el plazo de 7 días, cuando todos los centros de trabajo afectados por la medida tengan representantes de los trabajadores, o de 15 días, cuando alguno de ellos no los tenga, no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración, salvo que las partes acuerden libremente su prolongación, puesto que el plazo máximo, contemplado en el art. 41.4 ET, extendido al procedimiento del art. 82.3 ET, significa que ninguna de las partes puede exigir a la otra que continúe negociando después de superar el plazo, pero nada impide que ambas partes continúen negociando de común acuerdo⁷⁸.

La norma apuesta de modo decidido por la representatividad de la comisión en los centros de trabajo afectados, que ya no dependerá de la representatividad de los representantes de los trabajadores en la empresa, sino en el centro o centros de trabajo afectados por la medida, por cuanto la negociación del período de consultas se va a desplazar de la empresa a los centros de trabajo afectados, aunque la negociación será conjunta, sin que quepa parcializarla centro a centro, como permitía el Reglamento precedente sin fundamento legal claro⁷⁹. Dicha elección comporta que quienes negociaron el convenio colectivo, cuya inaplicación se pretende, podrían no ser representativos para negociar su inaplicación. En efecto, si las secciones sindicales mayoritarias en la empresa que negociaron el convenio

⁷⁷ STCo. 119/14, de 16-07-2014.

⁷⁸ SAN 13-03-2013, proced. 43/2013 y 19-09-2013, proced. 223/2013.

⁷⁹ CASAS, M.E.: La huida del derecho del trabajo hacia el emprendimiento...

decidieran negociar el período de consultas, deberán acreditar que ostentan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados, sin que quepa negociar individualmente con los trabajadores afectados, pretiriéndose a sindicatos legitimados para negociar la inaplicación del convenio⁸⁰. Por el contrario, cuando no fuere así, ya no estarán legitimadas para negociar el período de consultas, perdiendo la primacía que les proporcionaba la regulación precedente, si bien cabría, en principio, otra interpretación, según la cual la mayoría exigida afectaría únicamente a los centros con representantes legales de los trabajadores, aunque estén afectados centros de trabajo, que no los tengan, pero dicha alternativa es poco concordante con el nuevo modelo, propuesto por la reforma, que busca garantizar la representatividad entre todos los trabajadores afectados.

Más compleja, si cabe, será la constitución de la comisión negociadora en los períodos de consulta, que pretenden promover un despido colectivo, así como otras medidas de flexibilidad interna, entre las que podría incluirse la inaplicación de convenio, cuando se trate de empresas complejas, a las que se apliquen diversos convenios. En dichos supuestos habrá que despejar si la comisión representativa para negociar el despido colectivo puede negociar también la inaplicación de convenios diferentes en los centros de trabajo afectados, o es necesario constituir tantas comisiones como centros afectados para tratar sobre la inaplicación del convenio, porque si se opta por la primera solución, decidirá una mayoría de representantes, que podría ser minoritaria en el ámbito del centro afectado por la inaplicación del convenio y si se optara por la segunda, la reducción de despidos, que es el bien jurídico protegido principalmente y su sustitución por medidas de flexibilidad interna, quedaría al arbitrio de comisiones minoritarias en el ámbito del despido, por lo que primará probablemente la negociación globalizada del despido y las medidas de acompañamiento, porque la negación del despido y su sustitución por medidas de flexibilidad interna, entre las que se encuentra la inaplicación de convenio, es el objetivo del período de consultas, a tenor con lo dispuesto en el art. 2.2 Directiva 1998/59/CE, en relación con el art. 51.2 ET, así como el art. 8.1.e RD 1483/2012⁸¹.

En dichos supuestos, la legitimación para negociar el período de consultas dependerá de que la medida afecte a un centro o a más de un centro de trabajo, en cuyo caso se conformará del modo siguiente:

Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal, salvo que las secciones sindica-

⁸⁰ SAN 27-03-2017, proced. 38/17

⁸¹ STS 14-07-2016, rec. 271/15.

les mayoritarias del centro afectado decidan negociar como tales. En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá: si bien el art. 41.4.b dispone que la legitimación corresponderá en primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación, lo cual significa que, si el comité intercentros fue quien negoció el convenio, estará legitimado para negociar el período de consultas, aunque alguno de los centros de trabajo no participara en su elección, porque no tenía representantes de los trabajadores, lo hace únicamente cuando las secciones sindicales mayoritarias en los centros afectados hayan decidido no negociar como tales. La legitimación absoluta del comité intercentros para negociar estos procedimientos, aunque alguno de los centros afectados no tengan representantes, puede comportar, en la práctica, que esos centros no se consideren debidamente representados.

En otro caso, a una comisión representativa que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:

1ª Si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos, en cuyo caso se ha defendido la necesidad de convocar a todos ellos, aun cuando algunos hubieren cesado en la empresa, por cuanto debieron ser sustituidos automáticamente⁸², lo cual parece discutible, porque el representante pierde tal condición cuando ha extinguido su contrato de trabajo.

2ª Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos

⁸² STSJ País Vasco 10-12-2013, rec. 45/2013.

representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere el párrafo a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen, lo que habilita las denominadas comisiones híbridas, ya admitidas por la doctrina judicial en la regulación precedente, siempre que se pactará entre la empresa y los representantes de los trabajadores y se respetara el principio de proporcionalidad⁸³. No es posible constituir comisiones híbridas, compuestas por secciones sindicales, representantes unitarios y comisiones ad hoc⁸⁴, aunque la jurisprudencia⁸⁵, ha admitido, de manera aislada, con la regulación anterior una comisión híbrida, compuesta por dos secciones sindicales, cuya representatividad no se acreditó, un miembro de una Federación sindical y dos comités de empresa, quienes no alcanzaron acuerdo. Parece claro, a la vista de la redacción del precepto –que contempla la opción de los trabajadores “por designar la comisión a que se refiere el párrafo a)- si también pueden los trabajadores optar por una comisión de carácter sindical. Nada lo impide, sin embargo, pues el párrafo a) contempla ambas comisiones, la elegida por los propios trabajadores y la designada por los sindicatos mas representativos y representativos, lo que viene a reconocer el propio precepto al referirse después, en plural, a “las comisiones previstas en dicho párrafo”⁸⁶.

En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión del párrafo a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen. Dicha medida constituye una aportación positiva, puesto que ni no se produce la elección de la comisión ad hoc en el plazo establecido, no se bloquearía la constitución de la comisión con las consecuencias ya descritas, sino que se asignaría la representatividad de los centros de trabajo en los términos descritos.

3ª Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa esta-

⁸³ SAN 28-09-2012, proced. 151/2012; 16-11-2012, proced. 197/2012; 20-02-2013, proced. 357/2012; 1-04-2013, proced. 17/2013; 22-04-2013, proced. 73/2013; 22-04-2013, proced. 82/2013; 13-06-2013, proced. 105/2012; 24-07-2013, proced. 14472012 y 30-07-2013, proced. 154/2013.

⁸⁴ SAN 26-04-2013, proced. 76/2013 y STS 15-04-2014, rec. 127/2013, confirma SAN 4-10-2012.

⁸⁵ STS 1-04-2014, rec. 95/2013.

⁸⁶ Casas, M.E., La huida del derecho del trabajo...

rá integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en el párrafo a), en proporción al número de trabajadores que representen. En todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen.

Las comisiones ad hoc constituyen, sin duda, el punto débil del procedimiento de inaplicación por la indefinición del régimen de elección, así como por la falta de garantías de sus miembros, lo que las hará más vulnerables a las presiones empresariales, lo que aconseja promover regulaciones de ambos aspectos en la propia negociación colectiva⁸⁷

La nueva composición de la comisión negociadora provocará problemas a la hora de determinar con precisión la representatividad, que ya no se mide por el número de representantes, sino por el número de trabajadores afectados que representen, lo que sucederá especialmente cuando concurren representantes de los trabajadores y comisiones ad hoc⁸⁸. Conviene precisar que el empresario no está legitimado para elegir a sus interlocutores durante el período de consultas, puesto que su obligación concluye con la notificación fehaciente a los sujetos legitimados para negociar, quienes se convierten, de este modo, en los únicos responsables de la debida constitución de la comisión negociadora, de manera que, si se constituyera con la concurrencia de algún vicio grave, la consecuencia sería la nulidad del acuerdo producido.

Se ha descartado la viabilidad de promover la inaplicación de todos los convenios colectivos provinciales aplicables a la empresa en cada provincia, mediante una negociación con una comisión representativa de todos los centros de trabajo, debiendo negociarse con los representantes de los trabajadores a quienes se aplicaba cada convenio provincial⁸⁹.

Como vemos, el legislador ha desaprovechado la oportunidad de viabilizar la constitución de la comisión negociadora en el grupo de empresas, lo que hubiera despejado múltiples conflictos para los tribunales, quienes han mantenido, con apoyo doctrinal en este supuesto⁹⁰, que no cabe inaplicar el convenio en el grupo de empresas como tal, lo que no deja de ser llamativo, puesto que el art. 87.1 ET viabiliza el convenio de grupo de empresas, en cuyo caso la legitimación

⁸⁷ Sanguinetti Raymon, obra citada.

⁸⁸ Casas, M.E., *La huida del derecho del trabajo...*

⁸⁹ SAN 25-09-2014, proced. 187/2014.

⁹⁰ Mercader Uguina, obra citada.

para negociarlos se ajustará a lo dispuesto en su apartado segundo. Así pues, cada una de las empresas, integradas en el grupo de empresas mercantil, tendrá que descolgarse por sí misma⁹¹, sin que quepa propiamente constituir una comisión representativa del grupo como tal⁹², por cuanto cada empresa del grupo mercantil responde como tal, sin que quepa extender sus responsabilidades a las demás empresas del grupo⁹³, aunque nada impediría, en principio, una negociación marco a nivel de grupo de empresas, siempre que la decisión se remita a comisiones negociadoras a nivel de cada una de las empresas, que deberán asegurar una composición ajustada a las reglas precedentes.

Distinta solución habría que dar a los grupos de empresa laborales, en cuyo caso sí habría de negociarse con los representantes de todas las empresas del grupo⁹⁴, por cuanto todas ellas ostentan realmente la condición de empleadoras⁹⁵. La comisión negociadora debería elegirse de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.4 ET, sin que el número de componentes, repartido con arreglo a su representatividad, pueda superar el número de trece miembros.

En cualquier caso, es presupuesto, para seguir obligatoriamente el procedimiento antes dicho, que se pretenda inaplicar un convenio colectivo estatutario, puesto que si se pretende inaplicar un acuerdo de empresa, aun cuando su eficacia se haya generalizado, es el previsto en el art. 41.4 ET⁹⁶. Consiguientemente, si la jornada, que se pretende reducir, está pactada en convenio vigente, debe seguirse el procedimiento de inaplicación del convenio y no el de modificación sustancial de condiciones de trabajo⁹⁷. Por el contrario, si no se sigue el procedimiento del art. 82.3 ET, para inaplicar condiciones originadas en convenio colectivo estatutario, la consecuencia podría ser, si se han producido vicios graves en la composición de la comisión negociadora, la nulidad de la medida⁹⁸, lo cual comportaría que, una vez firme la sentencia, debería seguirse el procedimiento de gestión del desacuerdo, regulado en el art. 82.3 ET, puesto que el empresario no puede imponer unilateralmente la inaplicación del convenio estatutario, lo cual supondría

⁹¹ SAN 31-05-2013, proced. 165/2013.

⁹² SAN 18-12-2012, proced. 257/2012.

⁹³ TSJ Murcia 22-10-2012, rec. 896/2011; TSJ Galicia 21-11-2012, rec. 22/2012; SAN 11-03-2013, proced. 381/2012; SAN 20-03-2013, proced. 19/2013; SAN 25-02-2013, proced. 19/2013; SAN 20-03-2013, proced. 219/2012; SAN 4-07-2013, proced. 169/2013

⁹⁴ STS 19-12-2012, rec. 4340/2011; SAN 26-07-2012, proced. 124/2012; SAN 28-09-2012, proced. 152/2012; 18-12-2012, proced. 257/2012; SAN 25-02-2013, proced. 324/2012

⁹⁵ STS 20-03-2013, rec. 81/2012.

⁹⁶ SAN 5-02-2014, proced. 469/2013 y STS 11-02-2014, rec. 2772013, confirma SAN 29-12-2011.

⁹⁷ STS 30-06-2016, rec. 238/15, Roj: STS 3931/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3931, confirma SAN 16-04-2015

⁹⁸ STS 5-11-2013, rec. 66/2013.

quebrar una negociación en la que el empresario no es responsable de la debida conformación de la comisión negociadora. Otra alternativa podría ser validar el acuerdo, por quiebra unilateral de las reglas de buena fe, exigibles a todas las partes, lo cual evitaría ciertas prácticas en las que se constituye indebidamente la comisión negociadora sin reproche alguno, pretendiéndose anular después lo acordado en la misma.

¿Qué documentación debe aportarse por la empresa al período de consultas?

El período de consultas, exigido en los procedimientos de flexibilidad externa o interna, como sucede con la inaplicación de convenios estatutarios, es propiamente una manifestación específica de la negociación colectiva, que debe versar necesariamente, al tratarse de objetivos mínimos, sobre las posibilidades de evitar o reducir las medidas empresariales o atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos (art. 2.2 Directiva). Así pues, estamos ante una negociación finalista, que obliga por igual a empresarios y a los representantes de los trabajadores, quienes deben procurar alcanzar efectivamente los objetivos propuestos mediante la negociación de buena fe (STJCE 16-07-2009, TJCE 2009\237).

Se trata, por tanto, de una negociación colectiva compleja, que exige al empleador proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente para que el período de consultas pueda alcanzar sus fines. Se entiende por información pertinente, a tenor con el art. 2.3 Directiva la que permita que los representantes de los trabajadores puedan hacerse cabalmente una composición de lugar, que les permita formular propuestas constructivas en tiempo hábil (STJCE 10-09-2009, TJCE 2009\263). Dicha información no puede eludirse, siquiera, aunque la empresa esté en proceso de liquidación (STJCE 3-03-2011, EDJ 2011/8346). Tampoco es eludible cuando la decisión ha sido tomada por la empresa dominante (art. 2.4 Directiva y art. 51.8 ET), lo cual obligará efectivamente a acreditar que concurre una sociedad dominante, cuya carga probatoria corresponderá a quien lo denuncie (STSJ Cataluña 15-10-2012, proced. 32/2012).

La obligación empresarial de proporcionar información pertinente a los representantes de los trabajadores se cumple, tal y como dispone el art. 64.1 ET, cuando se efectúa la transmisión de los datos necesarios para que la representación de los trabajadores tenga conocimiento preciso de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen, sin que los trabajadores puedan imponer la aportación de cualquier documentación, salvo que acrediten su relevancia para la negociación del período de consultas (SAN 1-04-2013, proced. 17/2013 y 4-04-2013, proced. 63/2013). Dicha información habrá de versar necesariamente sobre las

causas, alegadas por el empresario, así como sobre su adecuación a las medidas propuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). Si no se hiciera así, si la información aportada no permitiera alcanzar razonablemente los fines perseguidos por el período de consultas, la consecuencia sería la nulidad de la medida, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS (STS 30-06-2011; 18-01-2012; 23-04-2012 y 27-05-2013, rec. 72/2012 y SAN 7-12-2012, proced. 243/2012 y 19-12-2012, proced. 251/2012). Ahora bien, la carga de la prueba de la pertinencia de más documentación, que la exigida legal y reglamentariamente, corresponde a quien la demande⁹⁹.

La doctrina judicial ha extendido a los procedimientos de modificación colectiva e inaplicación de convenios colectivos, la obligación empresarial de aportar a los representantes de los trabajadores la información pertinente, entendiéndose como tal la que permita a dichos representantes hacerse una cabal composición de lugar de la situación de la empresa y estar en condiciones de ofertar alternativas a la misma¹⁰⁰. Así se ha entendido por la jurisprudencia, que considera documentación trascendente la que posibilite la consecución del acuerdo¹⁰¹.

Un factor decisivo, para que la negociación pueda alcanzar sus fines, es que la información pertinente esté a disposición de los representantes de los trabajadores, como prevé el art. 13.1.a Convenio 158 OIT, que establece la obligación del empleador de proporcionar a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones. Por tiempo oportuno ha de entenderse el que permita que la negociación se desarrolle lo antes posible, como exige el art. 13.1.b Convenio 158 OIT, lo que no se cohonesta razonablemente con la entrega al inicio del período de consultas, por cuanto ello supondrá que no se podrá empezar a negociar desde el primer día, lo que se hace más ininteligible, si cabe, cuando el art. 9 RDL 11/2013 ha anticipado la constitución de la comisión negociadora al inicio del período de consultas con la finalidad de posibilitar una negociación efectiva del mismo.

La documentación pertinente en el período de consultas de los procedimientos de inaplicación de convenios ha de ser necesariamente la misma, que exige el art. 20 RD 1362/2012, para que resuelva la CCNCC, bien como comisión o mediante la designación de un arbitro, puesto que sería ininteligible que el órgano,

⁹⁹ SAN 4-04-2013, proced. 63/2013; 20-05-2013, proced. 108/2013 y 8-09-2013, proced. 234/2012.

¹⁰⁰ SAN 15-02 Y 19-03-2013, proced. 376/2012 y 21/2013.

¹⁰¹ STS 27-05-2013, rec. 78/2012.

a quien se responsabiliza de la resolución de los desacuerdos en los períodos de consultas, dispusiera de más información que los representantes de los trabajadores durante el período de consultas, a quienes corresponde precisamente alcanzar sus fines. Por dicha razón, se ha anulado la medida, porque la empresa no aportó a la comisión negociadora las cuentas provisionales del ejercicio en curso¹⁰².

La documentación, que deberá acompañarse a la solicitud a la CCNCC, conforme dispone el art. 20 del RD 1362/2012, de 27 de septiembre, es la siguiente:

- a) Identificación del solicitante, centros de trabajo afectados y dirección de correo electrónico.
- b) Identificación de los representantes de los trabajadores, incluyendo, en todo caso, nombre, DNI y dirección de correo electrónico a la que se les puedan efectuar comunicaciones.
- c) Acreditación de haberse desarrollado el periodo de consultas y, en su caso, actas de las reuniones celebradas y posición de la otra parte que da lugar a la discrepancia.
- d) En el supuesto de haber sometido la discrepancia a la comisión paritaria del convenio colectivo, acreditación de ello y, en su caso, pronunciamiento de la misma.
- e) En su caso, declaración de no ser aplicable a la parte que insta el procedimiento el Acuerdo Interprofesional de ámbito estatal para la solución efectiva de las discrepancias a que se refiere el art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores.
- f) En el caso de haber sometido la discrepancia al procedimiento a que se refiere el párrafo anterior, acreditación de ello y, en su caso, resultado de la misma.
- g) Identificación del convenio colectivo vigente del que se pretenden inaplicar determinadas condiciones de trabajo, indicando su vigencia temporal.
- h) Documentación relativa a la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. A tales efectos se tomará como referencia la documentación que sea preceptiva en la comunicación de los despidos colectivos, teniendo en cuenta que cuando las causas económicas alegadas consistan en una disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, deberá presentar, además, la documentación que acredite que se ha producido dicha disminución durante los últimos dos trimestres consecutivos.

¹⁰² STS 21-06-2017, rec. 12/2017, confirma SAN 19-06-2016, proced. 265/13.

- i) Relaciones pormenorizadas de las condiciones de trabajo del convenio colectivo que se pretenden inaplicar y su incardinación entre las materias previstas en las letras a) a g) del párrafo segundo del art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, detallando las nuevas condiciones del trabajo que se quieren aplicar y el período durante el cual se pretenden establecer.
- j) Acreditación de haber entregado a la otra parte de la discrepancia copia de la solicitud presentada a la Comisión, junto con la documentación establecida en este artículo.
- k) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por la inaplicación de condiciones de trabajo del convenio colectivo en vigor. Cuando afecte a más de un centro de trabajo esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, por provincia y comunidad autónoma.
- l) Conformidad, en su caso, de las partes de la discrepancia sobre el procedimiento para la solución de la misma de entre los establecidos en el art. 16.3 y, de haber optado por la designación de un árbitro, conformidad, en su caso, sobre su nombramiento.
- m) Información sobre la composición de la representación de los trabajadores, así como de la comisión negociadora, especificando si son representación unitaria o representación elegida conforme al art. 41.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Parece claro, a mi juicio, que el empresario deberá aportar la misma documentación a los representantes de los trabajadores, salvo aquellos documentos, claro está, que sean consecuencia del propio proceso negociador, por cuanto su aportación a la CCNCC acredita por sí misma, que se trata de documentación pertinente para asegurar que el período de consultas alcance sus fines.

Como vemos, la documentación exigida es la misma que se requiere en los procedimientos de despido colectivo, donde la Disposición Final Cuarta del RDL 11/2013 ha introducido una novedad muy relevante en el art. 4.5 RD 1483/2012, según la cual cuando la empresa promotora del procedimiento forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorias, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberán

acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorias, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no se aporta la documentación citada, la consecuencia será la nulidad de la medida¹⁰³.

Así pues, desde la entrada en vigor de la norma citada, el requisito constitutivo, para aportar las cuentas anuales e informe de gestión consolidados, es que la sociedad dominante esté radicada en España, lo que no se exigía anteriormente, sin que el legislador se haya molestado en explicar qué razones de urgencia concurren para producir una alteración tan importante en la negociación del período de consultas, que redundaría en la pérdida de transparencia sobre la situación de la empresa y que no había producido hasta la fecha ningún tipo de problema, puesto que las empresas dominantes, radicadas en la Unión Europea, cumplían con lo previsto en los arts. 42 y 43 del Código de Comercio. La ausencia absoluta de explicaciones sobre la concurrencia de razones de extraordinaria y urgente necesidad, requeridas por el art. 86.1 CE, podría poner en cuestión la constitucionalidad del precepto.

Por lo demás, el precepto examinado podría vulnerar lo dispuesto en el art. 64.4.a ET, que concede al comité de empresa el derecho a conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa, prevista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a estos. Dicho derecho debe conectarse con lo dispuesto en el art. 272.2 RDL 1/2010, de 2 de julio, que reconoce a los socios, a partir de la convocatoria de la junta general, el derecho a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas. Ese derecho es extensible a las cuentas consolidadas de los grupos de empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42.5 del C. Comercio, donde se prevé que las cuentas consolidadas y el informe de gestión del grupo habrán de someterse a la aprobación de la junta general de la sociedad obligada a consolidar simultáneamente con las cuentas anuales de esta sociedad. Los socios de las sociedades pertenecientes al grupo podrán obtener de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, así como el informe de gestión del grupo y el informe de los auditores. El depósito de las cuentas consolidadas, del informe de gestión del grupo y del informe de los auditores de cuentas en el Registro Mercantil y la publicación del mismo se efectuarán de conformidad con lo establecido para las cuentas anuales de las sociedades anónimas.

¹⁰³ SAN 4-06-2013, proced. 1/2013.

Parece claro, por tanto, que las cuentas y el informe de gestión consolidados de la empresa dominante del grupo de empresas, salvo que concurran las excepciones del art. 43 C.Co., constituyen un documento pertinente, que facilitará la negociación del período de consultas. Por el contrario, su no aportación, amparada por la norma reglamentaria, podría vulnerar lo dispuesto en los artículos comentados anteriormente, de manera que parece aconsejable su aportación al período de consultas. Por lo demás, como se ha anticipado por la doctrina científica¹⁰⁴ la falta de aportación de las cuentas consolidadas de la empresa matriz, ubicada en la Unión Europea pero fuera de España, podría vulnerar la doctrina comunitaria¹⁰⁵. Si la empresa dominante no está constituida con arreglo al derecho comunitario y está ubicada fuera de la Unión Europea, habrá que estar al derecho aplicable, cuya carga probatoria corresponderá a quien lo alegue, correspondiendo al Tribunal resolver sobre el modo de aplicación, conforme dispone el art. 281.2 LEC¹⁰⁶.

Conviene destacar, en cualquier caso, que el art. 8 RDL 1/2010 aplica el derecho español a las sociedades domiciliadas en España, fuere cual fuere su lugar de constitución, entendiéndose por domicilio, a tenor con lo dispuesto en el art. 9 de la norma antes dicha, el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación o, en su caso, cuando su principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España, por lo que el legislador español ha optado por el domicilio real frente al domicilio formal.

En cualquier caso, la empresa deberá aportar la documentación complementaria que se solicite por la RLT, siempre que ésta acredite que la misma es pertinente, entendiéndose como tal, aquella que facilita que el período de consultas alcance sus fines¹⁰⁷, siendo necesario, en cualquier caso, solicitarla en el período de consultas¹⁰⁸.

La negociación durante el período de consultas

La segunda fase del período de consultas es propiamente la negociación, que consiste, conforme dispone el art. 64.1 ET, en un intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y los representantes de los trabajadores sobre la propuesta empresarial y las alternativas que permitan evitarla, reducirla o atenuar sus consecuencias.

¹⁰⁴ Casas Bahamonde, La huida del derecho del trabajo...

¹⁰⁵ STJUE de 10 de septiembre de 2009, Akavan, C-44/08.

¹⁰⁶ SAN 1-04-2013, proced. 17/2013.

¹⁰⁷ SAN 10-03-2017, proced. 347/16

¹⁰⁸ STS 23-09-2015, rec. 314/14, confirma SAN 11-02-2014 y STS 20-10-2015, rec. 272/2014.

La negociación deberá ajustarse a las reglas de buena fe, que obliga a ambas partes y comporta su disponibilidad a ser convencidos por los argumentos de la contraparte¹⁰⁹. Habrán de acreditarse propuestas y contrapropuestas (STS 30-06-2011; STSJ Asturias 2-07-2010 y SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). - Si la negociación fue inexistente, limitándose la empresa a exponer su posición, inamovible, de proceder a tramitar el ERE fijando la indemnización mínima legal, se entiende que el despido debe declararse nulo (STSJ Madrid 30-05-2012, rec. 17/2012, confirmada por STS 20-03-2013, rec. 81/2012 y STSJ País Vasco 11-12-2012, proced. 19/2012). La negociación se produce efectivamente, si se acreditan propuestas y contrapropuestas, lo que sucederá normalmente cuando se aceptan parcialmente algunas de las contrapropuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). Así, se ha entendido conforme a derecho pactar un acuerdo marco de ejecución progresiva de la medida (SAN 25-02-2013, proced. 324/2012); si concurre causa, la empresa no está vinculada a compromisos previos de no extinguir contratos (STSJ Madrid 8-02-2013, rec. 73/2012); quiebra la buena fe, cuando la empresa comunica los despidos antes de concluir el período de consultas (SAN 15-10-2012, proced. 162/2012); no vulnera el deber de negociar de buena fe la no aportación de las cuentas anuales de otra empresa, cuando no forma parte del mismo grupo de empresas (STSJ Cataluña 15-10-2012, proced. 32/2012); si la empresa tiene un déficit de tal magnitud, que está obligada a cerrar, no vulnera la buena fe comercial mantener dicha posición a lo largo de la negociación (SAN 20-03-2013, proced. 219/2012); si la empresa acredita que su capacidad productiva es muy superior a la demanda de bienes y servicios justifica la extinción por causas productivas (SAN 4-04-2013, proced. 66/2013).

La nueva composición de la comisión negociadora, representativa únicamente de los centros de trabajo afectados, dificultará, como anticipamos más arriba, las negociaciones transversales, en las que se negocien alternativas a la medida empresarial mediante la búsqueda de soluciones aplicables a la totalidad de los trabajadores de la empresa.

Acuerdo en el período de consultas y su naturaleza jurídica

Si se alcanza acuerdo, lo que obligará a su suscripción por los representantes de los trabajadores que acrediten la mayoría de los trabajadores afectados (art. 28 RD 1483/2012), se presumirá la concurrencia de las causas y solo podrá impugnarse por fraude de ley, dolo, abuso de derecho y coacción en su conclusión¹¹⁰, lo que no significa que no deba concurrir causa¹¹¹, puesto que la concurrencia de

¹⁰⁹ Martín Valverde, obra citada.

¹¹⁰ STSJ Madrid 28-02-2014, proced. 1/2014.

¹¹¹ Voto particular STS 11-05-2004, rec. 95/2003.

causa es el presupuesto de estas modificaciones¹¹², como se ha interpretado por la doctrina científica¹¹³. Debe precisarse que no cabe modificar un convenio colectivo estatutario, que no se ha negociado con arreglo al procedimiento del art. 82.3 ET, aun cuando se haya alcanzado un acuerdo extraestatutario¹¹⁴, si bien se ha admitido la validez de un acuerdo, alcanzado en asamblea de trabajadores, en la que participaron tres sindicatos¹¹⁵.

El acuerdo deroga las condiciones modificadas y deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prologarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa, ni tampoco aplicarse retroactivamente¹¹⁶, así como notificarse a la comisión paritaria del convenio colectivo y a la autoridad laboral, habiéndose entendido que los acuerdos tienen eficacia general y normativa¹¹⁷, si bien será requisito constitutivo para la eficacia normativa su inscripción en el Registro de convenios (art. 2.1.h RD 713/2010), así como su publicación en el Boletín correspondiente¹¹⁸. Como vemos el acuerdo de inaplicación de convenio sucede al convenio y se le reconoce preferencia aplicativa sobre el mismo¹¹⁹.

La jurisprudencia¹²⁰ viene sosteniendo que es requisito constitutivo, para que los convenios sean estatutarios y desplieguen eficacia jurídica normativa y eficacia personal “erga omnes”, que se cumplan todos los requisitos previstos en el Título III ET, siendo también pacífico en la jurisprudencia y en la doctrina judicial, aunque no en la doctrina científica, que los acuerdos extraestatutarios, incluyendo los acuerdos sustitutivos de convenio colectivo, cuya eficacia personal es “erga omnes”¹²¹, no están obligados a respetar el derecho de igualdad¹²², que si se exige a los convenios estatutarios, porque no tienen eficacia jurídica normativa.

Consecuentemente, debe despejarse si los acuerdos de descuelgue, regulados actualmente en el Título III ET, tienen naturaleza jurídica de convenio co-

¹¹² SAN16-01-2012, proce. 62/2012.

¹¹³ Mercader Uguina, obra citada.

¹¹⁴ STSJ Asturias 29-11-2013, rec. 2001/2013.

¹¹⁵ STSJ Madrid 4-11-2013, rec. 619/2013.

¹¹⁶ C y M 28-05-2002, RJ 2002\2750; TSJ Valladolid 13-12-2007, AS 2007\60410; SAN 7-04-2017, proced. 46/17.

¹¹⁷ Mercader Uguina, obra citada.

¹¹⁸ TS 21-05-2009, rec. 100/08.

¹¹⁹ Cruz Villalón.

¹²⁰ TS 4-12-2000, RJ 2001\2055; TS 23-09-2003, RJ 2003\8378; STS de 14-3-05 (RJ 20053191); TS 19-02-2008, ED 25828; TS 24-06-2008, RJ 2008\4234; (TSJ C y M 27-10-05, AS 2005\3192) y TSJ Valladolid 27-03-2006, AS 1521

¹²¹ TS 25-02-08, rec. 29/07, confirma SAN 4-12-06, pro. 133/06

¹²² TS 5-05-06, ROJ 3493/06; TS 3-11-2008, rec. 20/07; TS 11-11-08, rec. 120/07; SAN 31-03-2009, ROJ 1491/2009; TS 23-01-2009, ROJ 863/09 y TS 18-03-2009, rec. 98/07.

lectivo y de ser así, si es obligado su registro y publicación o, por el contrario, aunque no se cumplan dichos requisitos formales, desplegarán efectos jurídicos normativos.

A mi juicio, estos acuerdos deberían considerarse estatutarios, no solamente porque se regulan en el Título III, sino por su propia finalidad modificativa del convenio, ya que sería ininteligible que una herramienta legal, prevista para modificar un convenio colectivo estatutario, fuera extraestatutaria, ya que liquidaría el principio de jerarquía normativa, habiéndose considerado así por sectores de la doctrina¹²³, debiendo tenerse presente, en todo caso, que se negocia con sujetos con legitimación plena, salvo cuando la interlocución corresponda a “comisiones ad hoc”. Su inscripción en el Registro de convenios y acuerdos colectivos es incuestionable, a tenor con lo dispuesto en el art. 2.1.h RD 713/2010, no siendo decisiva, en estos supuestos, su publicación en el BOE, habiéndose entendido por la jurisprudencia, que los acuerdos modificativos, suscritos por la mayoría de los representantes unitarios, constituyen manifestación de la denominada negociación colectiva impropia, despliegan eficacia personal general, pero no normativa¹²⁴ y así se ha defendido por la doctrina judicial¹²⁵.

Debe admitirse, en todo caso, que cuando el legislador quiere dar valor de convenio colectivo a los acuerdos lo hace expresamente (arts. 86.3 y 91.2 ET), lo que no sucede con los acuerdos de descuelgue, como se desprende expresamente del art. 82.3 ET, donde deja claro que los acuerdos alcanzados en la Comisión Paritaria, los que se alcancen mediante procedimientos de mediación o arbitraje, o los que resuelva la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas. Se ha viabilizado la inaplicación de convenio, concretamente los incrementos retributivos para el año 2012, aunque ya se hubieran devengado parcialmente, cuando se propone por el mediador y se admite mayoritariamente por los representantes de los trabajadores, porque se encomendó al mediador que resolviera, en el marco de un despido colectivo, sobre la citada inaplicación convencional, entendiéndose, que la aplicación retroactiva es admisible, porque estaba en juego un valor superior, que era el mantenimiento de puestos de trabajo, lo que se logró mediante esta medida¹²⁶. En cualquier caso, si se pretende inaplicar lo pactado en acuerdo, alcanzado ante el SIMA en procedimiento de mediación y publicado en el BOE, el acuerdo tiene naturaleza de convenio colectivo y su inaplicación debe realizarse por el procedimiento de inaplicación de convenio, que obliga a alcanzar acuerdo

¹²³ Jesús Mercader Uguina, obra citada.

¹²⁴ STS 30-11-2010, rec. 142/2009, confirma SAN 26-06-2009.

¹²⁵ STSJ Comunidad Valenciana 10-09-2013, rec. 1432/2013.

¹²⁶ SAN 17-07-2013, proced. 168/2013.

y en su defecto seguir el procedimiento de gestión del desacuerdo regulado en el art. 82.3 ET, de manera que, si no se sigue el procedimiento, procederá la anulación de la medida¹²⁷.

Cuando no se alcance acuerdo, cualquiera de las partes podrá recurrir a la comisión del convenio, prevista para ello, lo cual comporta que no debe coincidir necesariamente con la comisión paritaria¹²⁸, quien deberá resolver en el plazo de siete días, tratándose de una medida potestativa, salvo que el convenio la convierta en obligatoria¹²⁹, habiéndose entendido que, desde la entrada en vigor del RDL 3/2012, no es necesario que haya unanimidad en la comisión paritaria, aunque así lo predicara el propio convenio colectivo¹³⁰. Si no se alcanza acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos de solución extrajudicial, regulados en los Acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico (art. 82.3 ET)¹³¹, en cuyo caso, si optan por el arbitraje el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y podrá impugnarse conforme al procedimiento y en base a los motivos del art. 91 ET.

La novedad más importante, contenida en la nueva regulación del art. 82.3 ET, es precisamente el procedimiento de gestión del desacuerdo, cuando hayan fracasado las herramientas citadas más arriba, en cuyo caso cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o a los órganos correspondientes de las CCAA, según sea el ámbito del convenio, quien deberá resolver directamente o mediante el nombramiento de un arbitro en el plazo de 25 días, tratándose de una medida, cuya constitucionalidad se ha puesto en duda por la doctrina científica¹³², puesto que impone objetivamente un arbitraje obligatorio, cuando no se someta de común acuerdo por ambas partes, aunque la doctrina judicial ha descartado su inconstitucionalidad¹³³.

¹²⁷ SAN 31-10-2014, proced. 152/2014.

¹²⁸ Jesús Mercader Uguina, obra citada.

¹²⁹ Blasco Pellicer: Los convenios...

¹³⁰ STSJ Granada 22-05-2013, rec. 659/2013.

¹³¹ Ver V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (BOE 23-02-2012).

¹³² Cruz Villalón: Efectos incontrolados de la reforma.

¹³³ Impugnado un laudo arbitral de inaplicación salarial de convenio colectivo estatutario en procedimiento ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, se descarta la inconstitucionalidad de la regulación de la inaplicación de convenios colectivos estatutarios en la redacción del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores dada por el Real Decreto-ley 3/2012 y la Ley 3/2012, al ser posible una interpretación de la norma conforme con la Constitución, por lo que no es preciso elevar cuestión de inconstitucionalidad. Tampoco es aplicable al caso concreto la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En cuanto al caso concreto, no se discuten los datos económicos aportados por la empresa, manifestándose una situación económica de gravedad que justifica la adopción de la medida de inaplicación salarial. Existió una negociación suficiente por las partes en el periodo de consultas, sin que la negociación simultánea de la inaplicación convencional, una modificación sustancial de condiciones y un despido colectivo sea determinante

La Comisión resolverá en su propio seno, conforme a lo dispuesto en los arts. 21 y 22 RD 1362/2012, o mediante la designación del arbitro, conforme a los arts. 23 y 24 del RD citado. Ambas resoluciones serán vinculantes y ejecutivas, tendrán la eficacia de los acuerdos en período de consultas y se podrán impugnar por el procedimiento de impugnación de convenio, previsto en el art. 91 ET, aunque la decisión de la Comisión será directamente ejecutiva y tiene un gran valor de convicción, especialmente en lo que afecta a la adecuación de la medida en relación con las causas acreditadas¹³⁴, que deberán acomodarse necesariamente por la resolución¹³⁵.

Parece claro, no obstante, que la alternativa de flexibilidad externa constituye por sí sola incentivo solvente para que se alcancen acuerdos masivos en los períodos de consulta sobre flexibilidad interna, porque la equiparación de las causas, cuya intensidad se ha limitado sustancialmente por la reforma, hace impensable que no se alcancen acuerdos, al menos mientras se mantenga la actual crisis económica¹³⁶, habiéndose entendido que es posible negociar al tiempo un despido colectivo y la inaplicación del convenio¹³⁷, como no podría ser de otro modo, especialmente cuando la inaplicación se introduce como alternativa al despido, aunque sería necesario negociar con comisiones distintas, si el despido afecta a la empresa en su conjunto y el descuelgue pretendido afecta a tres convenios franja, salvo que se encomendara al mediador pronunciarse globalmente sobre el descuelgue y se aceptara por la mayoría de los representantes de los trabajadores¹³⁸. Conviene precisar, en todo caso, que la función de la Comisión es resolver discrepancias en el período de consultas, lo cual comporta que no esté legitimada para resolver sobre propuestas empresariales, que no se sometieron a la consideración de la comisión negociadora¹³⁹.

Las vías arbitrales y las dudas de constitucionalidad

La ley 3/2012, de seis de julio, causada en el RDL 3/2012, apuesta decididamente por el arbitraje para gestionar el desacuerdo, tanto en la negociación de los convenios colectivos, como en los períodos de consulta para el descuelgue del

de ilicitud alguna, al no haber afectado a las garantías exigibles durante el proceso negociador. El laudo se encuentra suficientemente fundado y la decisión se encuentra dentro del margen de apreciación técnica que corresponde a la Administración Laboral (SAN 11-06-2014, proced. 356/2013).

¹³⁴ SAN 28-01-2013, proced. 316/2012).

¹³⁵ Blasco Pellicer: Los convenios...

¹³⁶ Acreditado el ajuste presupuestario de la empresa, que exigía, al menos, la reducción de jornada del trabajador, su no aceptación, justifica la decisión extintiva empresarial (STSJ Valladolid 7-03-2012, rec. 168/2012).

¹³⁷ Mercader Uguina, obra citada.

¹³⁸ SAN 4-07-2013, proced. 169/2013

¹³⁹ SAN 19-06-2013, proced. 211/2013.

convenio, lo que ha motivado un debate importante en la doctrina científica, que conviene perfilar.

El art. 86. 3 ET dispone que los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el art. 83.2 ET, deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

Dicho sistema de resolución de los desacuerdos en la negociación colectiva se ha considerado “flagrantemente inconstitucional” (Arufe Varela), quien defiende que atenta directamente contra el principio de autonomía colectiva, establecido en el art. 37.1 CE, aunque se ha matizado dicha afirmación por otros sectores de la doctrina, quienes ponen en valor la doctrina de las STC 11/1981; 154/1995 y 352/2006 (Desdentado, obra citada). Del mismo modo, Escudero sostiene que la imposición obligatoria del arbitraje podría vulnerar el derecho constitucional a la negociación colectiva, por cuanto choca frontalmente con el principio de autonomía colectiva.

Otros sectores de la doctrina (Gabinete CCOO), estudiando lo previsto en la DA 1ª RDL 7/2011, han defendido, que no estamos propiamente ante un arbitraje obligatorio, puesto que su activación depende de la negociación colectiva, subrayando especialmente el carácter temporal del arbitraje. Señalaron, por otra parte, la razonabilidad y proporcionalidad de una medida que, ante los bloqueos irresolubles de negociación, permite acudir de forma preferente mediante medios de autocomposición o heterocomposición, frente al abismo que supone la pérdida de vigencia del convenio. Se trata, sin duda, de un problema complejo, tanto que el anterior Mº de Trabajo (Observatorio para la negociación colectiva) dudó también sobre la constitucionalidad de fijar arbitrajes obligatorios para solucionar la gestión del desacuerdo en la negociación colectiva, lo que no deja de ser sorprendente.

Conviene destacar que el modelo de gestión del desacuerdo, promovido por el RDL 7/2011, que fue asumido por el RDL 3/2012 y finalmente por la ley

3/2012, de seis de julio, pivota sobre la negociación colectiva a su máximo nivel –los acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos– a los que corresponderá establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación, entre los que se apunta el arbitraje, que podrá ser obligatorio o voluntario, lo que parece respetar el derecho a la autonomía colectiva, puesto que el arbitraje, sea obligatorio o voluntario, se promoverá por los sujetos legitimados para la negociación de acuerdos interprofesionales, que vincularán a todos los empresarios y trabajadores de su ámbito, conforme a lo dispuesto en el art. 82.3 ET, lo cual permite concluir que la ley no impone un arbitraje obligatorio, aunque si “empuja a ello” (Sala Franco, obra citada), quien ha considerado razonable la constitucionalidad del procedimiento arbitral, cuando está pactado por los sujetos legitimados, aunque ha planteado dudas, cuando se impone a los negociadores del propio acuerdo interprofesional¹⁴⁰.

Más dudas plantea la medida promocional del arbitraje, contenida en el art. 86.3, según la cual si el acuerdo interprofesional no despeja la obligatoriedad o voluntariedad del arbitraje, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio, aunque no parece que se imponga externamente dicha medida a la autonomía colectiva, que se respeta íntegramente, puesto que los negociadores del acuerdo interprofesional, conscientes de dicho mandato, tendrán la posibilidad de elegir entre arbitraje obligatorio o voluntario, puesto que la ley se limita a precisar las consecuencias de la indefinición, en cuyo caso se entenderá que optan por el obligatorio, ya que nada les impide no hacerlo, tratándose de una nueva manifestación del “empujón” legislativo, que puede afectar a las estrategias negociadoras pero no a la autonomía colectiva propiamente dicha (Gabinete CCOO), aunque Escudero ha defendido que la falta de mención sobre la naturaleza obligatoria o voluntaria del arbitraje equivale a un desacuerdo, lo que no deja de ser razonable, puesto que si hay discrepancia, la parte que defiende el arbitraje, se limitará a no pactar que sea voluntario, colocándose, por consiguiente, en situación de ventaja respecto de su contraparte.

Las dudas de constitucionalidad sobre dicho precepto han sido acentuadas por sectores de la doctrina, quienes han denunciado que el mecanismo de arbitraje obligatorio, incorporado por el art. 86.3 ET, traspasa las líneas rojas de la constitucionalidad, razón esta por la que augura un resultado contraproducente (Jesús Cruz Villalón: Modernizar la negociación colectiva). Sala Franco plantea también dudas en la obra citada, si bien cuestiona más la operatividad de la medida por la ausencia de delimitación de los sujetos, que deben proponer el arbitraje, procedimiento, responsabilidad del pago del árbitro etc., aunque desde otros

¹⁴⁰ Sala Franco, T.: Las medidas de flexibilidad interna en las empresas.

sectores se ha considerado inconstitucional el arbitraje obligatorio durante la ultratractividad del convenio (Juan García Blasco, Aranzadi, obra citada), mientras que Escudero ha señalado que rompe las costuras de los arts. 7, 28.1 y 37.1 CE al no encajar con los exigentes y respetuosos espacios reservados a la autonomía colectiva reconocidos en ellos.

A mi juicio, la temporalidad de la medida, defendida por algún sindicato, no parece un argumento fuerte para defender su constitucionalidad, ya que la negociación de un acuerdo interprofesional puede prolongarse en el tiempo, vistas las dificultades negociadoras de los interlocutores sociales, por lo que se ha considerado “torpe” introducir elementos coactivos en el territorio de la autonomía de la voluntad (Carmen Sánchez Trigueros y Antonio Sempere, Aranzadi, obra citada), aunque parece más adecuado ponderar si la iniciativa legislativa asegura los controles de idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad, requeridas por la doctrina constitucional (STC 27-04-2010, RTC 2010\22), para considerarla constitucional .

Despejar estas incógnitas obligará a ponderar todos los intereses en juego, sin olvidar que la gestión del desacuerdo en la negociación colectiva se ha convertido en un problema nacional, que incide, en primer lugar, sobre los empresarios y trabajadores afectados, pero también sobre los intereses generales, que exigen poner en valor nuestra economía, cuyo crédito está en juego ante los mercados internacionales y si los negociadores del convenio se muestran incapaces de cumplir su función institucional, que es alcanzar acuerdos para promover empresas más competitivas y más ajustadas a los requerimientos de la demanda como presupuesto para asegurar un empleo estable y decente, deberá considerarse si la introducción de un procedimiento extrajudicial para resolver los desacuerdos de la negociación colectiva, es idóneo y razonable para la promoción de condiciones favorables para el progreso social y económico y una distribución más equitativa de la renta, en el marco de un política de estabilidad económica, orientada esencialmente hacia el pleno empleo (art. 40.1 ET) y si la respuesta es positiva habrá que despejar finalmente si el sacrificio, que se impone a una autonomía colectiva bloqueada, es proporcional con los demás intereses legítimos en juego.

Por lo demás, no parece que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la medida controvertida encuentre acomodo directo en la STC 11/1981, que declaró inconstitucionales los arts. 25.b y 26 RDL 17/1977, porque el Tribunal consideró que no regulaban un auténtico arbitraje, ya que la Administración suplantaba a los negociadores del convenio, entendiéndose, por consiguiente, que se vulneraba la autonomía colectiva, mientras que aquí la norma se limita a exigir a los negociadores, cuando el convenio ha concluido sin acuerdo, a someterse a un arbitraje, aunque no determina de qué modo, en qué plazo y con qué finan-

ciación, lo que permite augurar, desde ahora, que solo habrá arbitrajes cuando las partes lo quieran. Tampoco creo aplicable la doctrina de las STC 174/1995 y 352/2006, que cuestionaron la constitucionalidad de arbitrajes obligatorios, porque dicha medida despojaba a los jueces y tribunales el derecho de tutela judicial efectiva, lo que no concurre aquí, puesto que se trata de arbitrajes sobre conflictos de intereses y no de conflictos jurídicos, debiendo recordarse, en última instancia, que la última frontera, para definir la constitucionalidad del arbitraje, es asegurar la imparcialidad del arbitro¹⁴¹. Por lo demás, los laudos podrán recurrirse por el procedimiento de impugnación de convenio colectivo, asegurando, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva, habiéndose defendido que cabe ejercer el derecho de huelga frente al laudo (Gabinete CCOO), sin que pueda compartirse dicha tesis, porque el laudo tiene la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos (art. 86.3 ET).

En cualquier caso, no me parece discutible la constitucionalidad de los arbitrajes, que se promuevan para resolver los desacuerdos en los períodos de consulta de descuelgue de los convenios colectivos y las controversias, que pudieran producirse en las comisiones paritarias, cuando cualquiera de las partes les hubiera sometido la gestión del desacuerdo, cuando dichos arbitrajes se originan en acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos, puesto que en dichos supuestos expresarían una manifestación de la autonomía colectiva, que debería cumplirse en sus propios términos por todos los empresarios y trabajadores de todos los sectores, a tenor con lo dispuesto en el art. 37.1 CE, en relación con los arts. 82.3 y 83.2 ET, no pudiendo olvidarse que la alternativa al modelo, es el vacío convencional. Como es sabido, el V Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos (BOE 23-02-2012) apuesta decididamente por los arbitrajes voluntarios, lo cual desactiva, al menos de momento, la polémica sobre la constitucionalidad de esta solución extrajudicial para gestionar los desacuerdos en la negociación colectiva.

El art. 82.3 ET ha establecido finalmente un procedimiento específico para gestionar el desacuerdo en el período de consultas, cuando no se haya alcanzado solución en la comisión paritaria, ni tampoco por el procedimiento, que pudiera haberse establecido mediante acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos, que permite a cualquiera de las partes someter la controversia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios colectivos, cuando el conflicto afecte a más de una CCAA, o a los órganos autonómicos correspondientes, quienes podrán resolver directamente o designado un arbitro, quien deberá cumplir con las exigencias de imparcialidad, cuyo laudo, que deberá dictarse en un plazo de veinticinco días, tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas.

¹⁴¹ STS (Sala 3ª) 11-05-2004, rec. 518/2001).

Así, cuando se negoció separadamente la antigüedad, pactándose un plazo para la conclusión de la negociación que, de concluir sin acuerdo, se sometería a arbitraje, concluyendo sin acuerdo el plazo pactado, sin que ninguna de las partes promoviera el arbitraje, se mantiene transitoriamente el Convenio colectivo de la anterior empresa mientras se prorrogue el plazo de negociación y ninguna de las partes legitimadas, obligadas, en caso de desacuerdo, “a someterse a un arbitraje en el sistema de solución autónoma de conflictos correspondiente” lo inste¹⁴².

La exposición de motivos del proyecto de ley defiende esta solución, que apoya en el art. 38 CE, entendiendo que no vulnera la autonomía colectiva, puesto que se trata de un órgano tripartito, en el que están presentes, además de la Administración, las organizaciones patronales y sindicales, pero la medida no deja de ser un arbitraje obligatorio¹⁴³, que se puede imponer por cualquiera de las partes a la otra, tratándose, por consiguiente, de una opción dudosa, aunque la alternativa se antoja peor, puesto que si no hay acuerdo en la aplicación de medidas de flexibilidad interna, la consecuencia será la aplicación de medidas de flexibilidad externa.

El debate ha quedado resuelto definitivamente mediante STC 16-07-2014, rec. 119/2014, donde se confirmó la constitucionalidad de la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos para resolver la gestión del desacuerdo en los períodos de consultas¹⁴⁴. El TC fundamenta la constitucionalidad del procedimiento arbitral, en que el legislador ha querido introducirla en un contexto de crisis económica muy grave, como mecanismo que permita superar la situación que se produce cuando la pretensión de modificar las condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo para facilitar la adaptación de tales condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, ante la concurrencia de las causas sobrevenidas económicas, técnicas, organizativas o de producción que señala la Ley, resulta bloqueada por falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores o por el resultado infructuoso de los procedi-

¹⁴² STS 8-11-2016, rec. 279/15, confirma SAN 3-06-2015.

¹⁴³ Escudero Rodríguez, R., obra citada.

¹⁴⁴ Impugnado un laudo arbitral dictado por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Se declara la nulidad de dicho laudo, dado que con carácter previo se alcanzó un acuerdo de mediación en el SIMA por el que se convino no aplicar las tablas salariales de 2014 a cambio de dejar sin efecto los procesos de descuelgue del convenio sectorial promovido por empresas. Este acuerdo no fue respetado por la demandada “Alerta, S.A.” que tampoco lo impugnó. Posteriormente el proceso de descuelgue promovido por “Alerta, S.A.”, se sometió a la comisión paritaria del convenio sectorial que por unanimidad rechazó la pretensión empresarial, no siendo tampoco impugnado dicho acuerdo. Sin embargo, la empresa recabó la intervención de la CCNCC que actuó, careciendo de competencia por razón de los acuerdos alcanzados, nombrando árbitro cuya decisión por este motivo se anula. Se desestima el recurso de la empresa (STS 28-04-2016, rec. 173/15, confirma SAN 18-12-2014).

mientos extrajudiciales creados por las representaciones de los trabajadores y de los empresarios para resolver tales desacuerdos, en los términos a los que más adelante se hará referencia. De este modo, al posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias adversas que concurren en una empresa, sobrevenidas después de la aprobación del convenio, el propósito perseguido por el legislador con la medida cuestionada ha sido facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo; esto constituye una finalidad constitucionalmente legítima, atendidos el derecho al trabajo (art. 35 CE) y los deberes de los poderes públicos de proteger la defensa de la productividad (art. 38 CE) y de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE), ante la necesidad de afrontar el problema de la grave situación del desempleo en España a la que ya antes se ha hecho alusión. Por tal razón, este Tribunal considera que la intervención de la CCNCC prevista por el art. 82.3 ET resulta constitucionalmente justificada, como la propia medida de inaplicación del convenio colectivo en las materias tasadas; dispone, como presupuesto del mantenimiento de la empresa, la adopción de un mecanismo legal que permita la adaptación de las condiciones de trabajo a las concretas circunstancias de productividad, competitividad.

Queda claro, por tanto, que la posibilidad de la empresa de acogerse al descuelgue no permite en modo alguno la inaplicación unilateral del convenio, debiendo en todo caso agotarse el procedimiento legalmente establecido para alcanzar ese resultado; lo que permite entender que en el supuesto de no alcanzarse acuerdo con la representación de los trabajadores legitimada, sólo el agotamiento de las vías que el texto legal abre pueden acabar por permitir a la empleadora el apartamiento de la cláusula convencional controvertida, descartándose la adopción de medidas de descuelgue de forma unilateral¹⁴⁵.

La Comisión Consultiva no está legitimada para resolver mediante laudo la inaplicación de las tablas salariales del convenio sectorial, cuando la empresa alcanzó acuerdo de mediación, en el que se comprometió a no aplicar dichas tablas salariales a cambio de no aplicar las tablas salariales de 2014¹⁴⁶, ni puede tampoco modificar el precepto convencional vulnerando normas de derecho necesario, como los límites del tiempo de presencia mensual, establecidos legalmente¹⁴⁷.

¹⁴⁵ STS 6-07-2016, rec. 155/15.

¹⁴⁶ STS 28-04-2016, rec. 173/15, confirma SAN 18-12-2014.

¹⁴⁷ STS 14-09-2016, rec. 247/2015.

3. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA CONCURRENCIA CONFLICTIVA DE CONVENIOS

La reforma ha intervenido decisivamente en la estructura de la negociación colectiva, cuya regulación formal, al igual que la regulación de la concurrencia entre convenios, se encomienda a los acuerdos interprofesionales o a los convenios estatales o autonómicos, ya que se prioriza la aplicación del convenio colectivo de empresa, de grupo de empresa o de empresas en red, respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:

- a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.
- b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
- d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.
- e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa.
- f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.
- g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2.

Se apuesta decididamente por la descentralización de la negociación colectiva mediante la sobreprima del ámbito empresarial como tal¹⁴⁸, para promover su adaptabilidad a las exigencias del mercado en materias clave para la competitividad y la productividad empresarial, si bien la prioridad aplicativa solo es predicable de las materias listadas, así como las que añade la negociación colectiva al máximo nivel (art. 83.2 ET)¹⁴⁹, sin que las reglas de concurrencia, pactadas con anterioridad al RDL 3/2012, que contradigan la prioridad aplicativa del convenio de empresa, puedan prevalecer sobre el nuevo art. 84.2 ET¹⁵⁰, que desplegará su eficacia desde su entrada en vigor, aunque se hubie-

¹⁴⁸ STS 22-09-2016, rec. 248/15.

¹⁴⁹ Mercader Uguina, J., obra citada.

¹⁵⁰ STC 210/1990.

ra pactado lo contrario en convenio estatutario¹⁵¹, habiéndose convalidado la constitucionalidad de la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente a los convenios de otros ámbitos¹⁵², si bien se ha admitido que un convenio sectorial determine que la estructura de la negociación colectiva quede integrada por una unidad de negociación estatal, con expresa exclusión de cualquier otra, sin perjuicio de su desarrollo en el seno de la empresa, siempre que se someta a la legalidad vigente¹⁵³. Consiguientemente, las materias no listadas, como pudiera suceder con la sucesión de empresas¹⁵⁴, las vacaciones del personal subrogado¹⁵⁵, el retraso en la fecha pactada de pago del salario¹⁵⁶, ni las mejoras voluntarias, pactadas en convenio sectorial, no podrían verse afectadas por un convenio de empresa subsiguiente al convenio sectorial¹⁵⁷, porque la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al convenio sectorial sólo es predicable de aquellos aspectos tasados en el art. 84.2 ET, pero no en los demás, donde se aplica el convenio sectorial por la prohibición de concurrencia sector¹⁵⁸,

¹⁵¹ Impugnándose por la Autoridad Laboral un convenio sectorial, suscrito después de la reforma laboral, que limita la prioridad de los convenios de empresa sobre los convenios de ámbito superior en materias en las que la ley prima de modo absoluto al convenio de empresa, se estima parcialmente la demanda, anulándose aquellos preceptos, que efectivamente privilegian a los convenios de ámbito superior frente a los de empresa, subrayando, no obstante, que la nulidad de dichas limitaciones debe aplicarse desde la entrada en vigor de la reforma, no así las situaciones precedentes, que no se ven afectadas por la reforma, que no contempla su aplicación retroactiva (SAN 10-09-2012, proce. 132/2010, ROJ 3536/2012).

¹⁵² STC 16-07-2014, rec. 119/2014.

¹⁵³ GRANDES ALMACENES: Admite como ajustado a derecho que se pacte en convenio sectorial, que al objeto de establecer para el ámbito de actuación del presente Convenio una estructura racional y homogénea, evitando los efectos de la desarticulación y dispersión, las partes legitimadas en el ámbito de aplicación del presente Convenio acuerdan que la estructura de la negociación colectiva en el sector de grandes almacenes quede integrada por esta unidad de negociación de ámbito estatal, con expresa exclusión de cualquier otra y en su caso por el desarrollo de la misma en el seno de cada empresa, con respeto en todo caso a la legislación vigente, por cuanto los convenios de ámbito estatal pueden ordenar la estructura de la negociación colectiva, así como por la prohibición de concurrencia de convenios, dada la finalidad perseguida, que es asegurar una estructura racional y homogénea de la negociación colectiva, evitando su desarticulación, teniéndose presente, en todo caso, que se somete el precepto a la legalidad vigente (STS 12-05-2015, rec. 15314, casa parcialmente SAN 13-11-2013).

¹⁵⁴ El convenio colectivo de empresa no tiene prioridad aplicativa en materia de subrogación empresarial (STSJ Cataluña 7-02-2017, rec. 337/17).

¹⁵⁵ SAN 13-07-2017, proced. 184/17.

¹⁵⁶ SAN 4-04-2017, proced. 46/17.

¹⁵⁷ Mercader Uguina, J., obra citada.

¹⁵⁸ La prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al convenio sectorial sólo es predicable de aquellos aspectos tasados en el art. 84.2 ET, pero no en los demás, donde se aplica el convenio sectorial por la prohibición de concurrencia: No cabe anular el convenio de empresa por afectar a materias contenidas en el convenio del sector vigente, sino únicamente declarar la prioridad aplicativa de éste, y determinar por cada punto concreto si es aplicable uno u otro convenio (STS 1-04-2016, rec. 147/15, confirma SAN 1-12-2014)

salvo que el convenio de empresa introduzca mejoras en las mismas, que han de ser valoradas separadamente para cada uno de los puntos en conflicto¹⁵⁹. Si cabe, sin embargo, que un convenio prorrogado determine el régimen de concurrencia, siempre que no impida la prioridad aplicativa del convenio de empresa¹⁶⁰. Cabe también, que el convenio sectorial aplique un régimen retributivo específico a las empresas que no se descuelguen de su régimen retributivo¹⁶¹, habiéndose admitido, en cualquier caso, que el régimen retributivo del convenio de empresa no puede afectar retroactivamente a los salarios ya devengados a su entrada en vigor¹⁶².

Debe subrayarse, en todo caso, que la legitimación para negociar convenios de empresa corresponderá a los sujetos colectivos, sindicales o unitarios, que representen a la totalidad de trabajadores de la empresa, en aplicación del principio de correspondencia, de manera que no podrá negociarse un convenio de empresa

¹⁵⁹ SAN 1-12-2014, proced. 259/2014.

¹⁶⁰ APEF: Impugnado un convenio colectivo, porque impide la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, se desestima dicha pretensión, porque no se trata propiamente de un convenio nuevo, sino de un convenio prorrogado, en el que los negociadores se comprometieron a ajustar los contenidos a la legislación vigente, señalándose por todos los demandados, que la regulación de la concurrencia de convenios, pactada en el convenio prorrogado, no impide la aplicación prioritaria del convenio de empresa, no habiéndose probado por la demandante, que se haya producido dicha obstaculización, siendo revelador que la Autoridad Laboral registró y publicó el convenio. Impugnado el sistema de clasificación y consiguientemente las retribuciones, porque se mantienen las categorías profesionales, se desestima dicha pretensión, porque el convenio ordena la clasificación profesional en cuatro grupos profesionales, algunos de los cuales se subdividen en subgrupos, de los que cuelgan distintas categorías profesionales, diferenciadas por las tareas, funciones profesionales, especialidades y responsabilidades, asociadas, a su vez, a distintas titulaciones, aptitudes y contenidos de la prestación, que no vulneran el sistema legal de clasificación, porque lo relevante no es la denominación, sino las distinciones citadas. Se entiende que la regulación de trabajos de categoría superior dentro del grupo no vulnera la movilidad fuera del grupo, por cuanto ninguna norma imperativa impide dicha regulación (SAN 13-03-2014, proced. 507/2013).

¹⁶¹ Impugnado por la Autoridad Laboral un convenio sectorial, porque limita la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, se desestima dicha pretensión, porque el convenio impugnado no impide ni limita el régimen retributivo de los convenios de empresa, que tendrán prioridad aplicativa frente al sectorial desde su vigencia. Por el contrario, lo que se ha pactado en el convenio impugnado es un negocio jurídico complejo y diferido en el tiempo, por el que los trabajadores renuncian a los complementos salariales pactados en el convenio de 2015, así como a parte de sus retribuciones en las vacaciones de 2015, a cambio de dos incrementos salariales en 2016, que compensan las pérdidas citadas, de manera que, si se negocia un convenio de empresa, que minore el régimen retributivo del sectorial, lo que podrá hacer desde su vigencia, la empresa tendrá que satisfacer los complementos salariales del convenio de 2015, que se integran en el convenio impugnado, para asegurar el equilibrio alcanzado por los negociadores. Se descarta, del mismo modo, la ilegalidad de la subrogación convencional, pactada en el convenio sectorial, que no está sometida a la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Voto particular (SAN 6-07-2016, proced. 133/16, ROJ: SAN 2758/2016).

¹⁶² STSJ Cataluña 7-02-2017, rec. 337/17).

por los comités de empresa de alguno o algunos de sus centros de trabajo, porque se quebraría el principio de correspondencia¹⁶³.

La doctrina científica se ha dividido nuevamente entre quienes entienden que la regulación legal afecta a la estructura de la negociación colectiva, encomendada a la autonomía colectiva en el art. 83 ET, por lo que se han planteado quejas a la OIT por CCOO y UGT, así como un recurso de inconstitucionalidad y los que consideran que el derecho de la negociación colectiva, regulado en el art. 37.1 ET, es una garantía institucional, cuya finalidad es promocionar el derecho de libertad sindical, que debe garantizarse por el legislador pero no de una manera concreta, siempre que no se traspase su núcleo esencial¹⁶⁴. Se ha defendido, por consiguiente, que el legislador tenga una amplia libertad a la hora de decidir sobre el modelo de negociación colectiva, por lo que se ha interpretado tan constitucional el modelo precedente, que daba prioridad absoluta a los acuerdos marco, como el actual, que prima en algunas materias al convenio de empresa, sin bloquear el de otros ámbitos. El Tribunal Constitucional ha asumido la tesis flexibilizadora y ha validado la reforma, al considerar que la inaplicación de convenios está sometida también a la negociación colectiva y se fundamenta en la concurrencia de causas, que deberán ser adecuadas a la intensidad de las causas, aplicándose, al efecto, la razonabilidad y la proporcionalidad¹⁶⁵.

La jurisprudencia ha dejado claro, no obstante, que la prioridad aplicativa, regulada en el art. 82.3 ET, se predica de los convenios de empresa y/o de grupos de empresa o empresas en red, lo cual excluye a los convenios de ámbito inferior

¹⁶³ SAN 5-09-2014, proced. 167/2014; SAN 17-02-2015, proced. 326/2014; SAN 9-03-2015, proced. 272015; SAN 12-03-2015, proced. 7/2015; SAN 4-05-2015, proced. 62/2015; SAN 2-06-2015, proced. 111/2015; SAN 2-06-2015, proced. 111/2015; SAN 24-04-2013, proced. 79/2013; SAN 11-09-2013, proced. 219/2013; SAN 16-09-2013, proced. 314/2013; SAN 25-09-2013, proced. 233/2013; SAN 13-11-2013, proced. 424/2013; SAN 29-01-2014, proced. 431/2013; SAN 5-02-2014, proced. 47/2013; SAN 17-02-2014, proced. 470/2013; SAN 28-03-2014, proced. 33/2014; SAN 13-06-2014, proced. 104/2014; SAN 30-06-2014, proced. 80/2014; SAN 8-09-2015, proced. 175/2015; SAN 15-09-2015, proced. 126/2015; 17-09-2015, proced. 169/2015 y 190/2015; 23-09-2015, proced. 191/201 y 25-11-2015, proced. 281/2015; STS 11-01-2017, rec. 24/16, confirma SAN 17/09/15; STS 7-03-2017, rec. 58/16, Roj: STS 1140/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1140, confirma SAN 17-11-2015; STS 27-03-2017, rec. 126/16, Roj: STS 1279/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1279, confirma SAN 17-12-2015; STS 15-02-2017, rec. 75/16, Roj: STS 829/2017 - ECLI:ES:TS:2017:829, confirma SAN 9-10-2015; STS 14-03-2017, rec. 105/16, Roj: STS 1416/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1416, confirma SAN 17-09-2015; STS 18-04-2017, rec. 154/16, Roj: STS 1992/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1992, confirma SAN 10-03-2016; STS 3-05-2017, rec. 123/16, confirma SAN 20-01-2016; SAN 5-05-2017, proced. 69/17, ROJ: SAN 1822/2017; SAN 11-05-2017, proced. 106/17, ROJ: SAN 1815/2017; STS 20-06-2017, rec. 177/16, confirma SAN 3-03-16; STS 6-06-2017, rec. 204/16, Roj: STS 2472/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2472; SAN 10-07-2017, proced. 160/17, ROJ: SAN 2920/2017).

¹⁶⁴ Goerlich Peset, obra citada.

¹⁶⁵ STCo. 109/2014, de 16 de junio y STCo. 8/2015, de 22 de enero.

a la empresa, como los convenios de centro de trabajo¹⁶⁶, así como los convenios que afecten a los centros de trabajo en una comunidad autónoma y no en todos sus centros¹⁶⁷, ni cabe apoyarla tampoco en la adhesión extraestatutaria al convenio de otra empresa¹⁶⁸.

Los acuerdos interprofesionales continuarán siendo instrumentos específicos de la negociación colectiva, cuya función principal será alcanzar acuerdos para convenir (TS 5-05-2008, RJ 2008\5067), aunque nada les impedirá alcanzar acuerdos sobre materias concretas (TS 10-07-2007, RJ 2007\7112), si bien ya no tendrán el control pleno sobre la estructura de la negociación colectiva¹⁶⁹, puesto que el nuevo art. 84.2 ET les impide disponer sobre la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, regulada en dicho apartado, lo que significa, en la práctica, que podrán negociar sobre la estructura y la articulación de la negociación colectiva, pero lo acordado en dicha sede no podrá prevalecer sobre los convenios de empresa, que podrán apartarse de lo pactado en los aspectos esenciales de la negociación colectiva, de manera que la excepción, contenida en el art. 84.2 ET, es de tal intensidad que ha vaciado de contenido la regla general, según la cual la estructura de la negociación colectiva correspondía a la negociación colectiva al máximo nivel¹⁷⁰, aunque la regla general de no afectación del convenio anterior por el posterior se mantendrá en los aspectos no contenidos en el listado del art. 84.2 ET¹⁷¹ y también entre convenios de empresa y convenios de grupos de empresas y empresas en línea¹⁷², puesto que la prioridad aplicativa de estos convenios se proyecta únicamente frente a los convenios sectoriales. Por el contrario,

¹⁶⁶ STS 22-09-2016, rec. 248/15.

¹⁶⁷ STS 9-05-2017, rec. 115/16.

¹⁶⁸ Reclamada la nulidad de la decisión unilateral de la empresa de reducir el número de días de vacaciones disfrutados por los trabajadores afectados por el conflicto. Se estima de oficio la falta de legitimación pasiva de una de las empresas demandadas, porque no es empleadora de dichos trabajadores. Se desestima la excepción de defecto en el modo de proponer la demanda, porque se trata de una pretensión clásica de conflicto colectivo, en la que no se pretende la individualización posterior. Se desestima, así mismo, la excepción de falta de acción, porque el conflicto propuesto es un conflicto jurídico actual, que exige la interpretación de convenios y acuerdos de empresa, que afecta indiferenciadamente al colectivo de trabajadores. Se estima la demanda, porque el convenio sectorial asegura el mantenimiento de las vacaciones al personal subrogado, lo cual significa que no puede disminuirse por convenio de empresa, que tampoco tendría preferencia aplicativa en esta materia. En el caso debatido el acuerdo, en el que se apoya la empresa, para disminuir las vacaciones, es la adhesión extraestatutaria a un convenio de otra empresa, que no podría prevalecer, en ningún caso, frente al convenio sectorial aplicable, debiendo subrayarse, a mayor abundamiento, que el propio convenio garantiza ad personam el régimen de vacaciones derivado de la subrogación (SAN 13-07-2017, proced. 184/17, ROJ: SAN 2925/2017).

¹⁶⁹ Sala Franco: “La reforma de la negociación colectiva”.

¹⁷⁰ Gorelli Hernández, J., obra citada.

¹⁷¹ Mercader Uguina, J., obra citada.

¹⁷² Gorelli Hernández, J., obra citada.

cuando se incluya en el ámbito funcional de un convenio sectorial una actividad con convenio propio, vigente en el momento de suscribir el convenio sectorial, procederá inaplicar los aspectos conflictivos del convenio sectorial durante la vigencia del convenio precedente¹⁷³.

La legitimación, exigida para convenir acuerdos interprofesionales, requiere que se suscriban por organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas de carácter estatal, o de Comunidad Autónoma, quienes deberán acreditar las legitimaciones, exigidas por los arts. 87, 88 y 89 ET, así como cumplir todos los requisitos formales del Título III ET, para que estos acuerdos desplieguen eficacia normativa, ya que si no es así no estaríamos propiamente ante un acuerdo interprofesional¹⁷⁴, de manera que si los firmantes del convenio no ostentan la condición de más representativas no estarán legitimadas para ordenar la negociación colectiva sectorial, ni establecer reglas de concurrencia¹⁷⁵.

Conviene resaltar que los instrumentos para ordenar la estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia se extienden a los convenios sectoriales estatales o autonómicos y lo que es más relevante, los sujetos legitimados para ello, quienes ya no estarán obligados a ser sindicatos o asociaciones patronales más representativas a nivel estatal o autonómico, bastando con que ostenten la legitimación exigida por el art. 87.2 ET en el ámbito de cada sector¹⁷⁶.

La segunda excepción tiene que ver con los convenios autonómicos, aunque deberá tenerse presente, en todo caso, que los requisitos constitutivos, para que los acuerdos interprofesionales o los convenios sectoriales de Comunidad Autónoma puedan afectar a los convenios de ámbito estatal, son que el acuerdo interprofesional o el convenio de ámbito estatal no lo impida, que los negociadores ostenten las legitimaciones cualificadas de los arts. 87 y 88 ET y que respeten las materias no negociables, contempladas en el art. 84.4 ET, salvo que dispongan lo contrario los acuerdos interprofesionales¹⁷⁷, debiendo tenerse presente, en todo caso, que será aplicable la regla general de concurrencia entre acuerdos interprofesionales o convenios estatales y autonómicos, primando el convenio previo sobre el posterior¹⁷⁸. Se ha defendido, al respecto, la legitimidad de negociar la

¹⁷³ STS 30-09-2014, rec. 50/2013.

¹⁷⁴ SAN 23-09-2010, proce. 120/2010.

¹⁷⁵ STS 26-01-2012, rec. 185/10.

¹⁷⁶ TS 22-07-2007, RJ 2007/7112.

¹⁷⁷ TS 26-01-2012, rec. 185/2010, confirma SAN 27-09-2010.

¹⁷⁸ ASOCIACIÓN GALLEGA DE RESIDENCIAS DE LA TERCERA EDAD: la interrelación del convenio colectivo estatal y convenio colectivo autonómico y su régimen de ultra actividad en relación con la eficacia de la prohibición de concurrencia de convenios es disponible en la negociación colectiva (arts. 86.1 y 3 ET).- La prohibición de afectación de un convenio durante su vigencia ex art. 84 ET ha de relacionarse con la posibilidad de cambio de la unidad de negociación

estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia de convenio en el ámbito estatal, sin que dicha negociación vulnere el derecho a la libertad sindical de los sindicatos más representativos a nivel autonómico, puesto que están legitimados para negociar también los convenios estatales¹⁷⁹. Se ha admitido que un convenio sectorial, pactado por sujetos debidamente legitimados, pacten la estructura de la negociación colectiva y reserven para el ámbito estatal materias, que podrían haberse negociado en otros ámbitos, en un sector en el que nunca hubo negociación en el ámbito autonómico y la negociación provincial estaba prácticamente abandonada¹⁸⁰.

Los convenios sectoriales no pueden concurrir conflictivamente con otros convenios sectoriales, aunque éstos estuvieran en situación de ultractividad, por cuanto así lo dispone la ley, especialmente cuando se demuestra que la unidad negociadora antes dicha no estaba abandonada, alcanzándose acuerdo antes de concluir el plazo de ultractividad¹⁸¹.

ex art. 83.1 ET. Se mantiene aplicable, no obstante, el convenio autonómico y no el estatal, porque los negociadores del primero acordaron, que se mantendría vigente mientras no se alcanzase acuerdo para su renovación, lo que era posible legalmente en el momento de su negociación, con arreglo al art. 86.3 ET vigente en el año 2007, fecha del convenio colectivo autonómico cuestionado (STS 24-04-2012, rec. 141/2011).

¹⁷⁹ SAN 28-09-2016, proced. 211/16.

¹⁸⁰ Impugnado el convenio colectivo estatal del sector de colectividades por un sindicato autonómico más representativo, se estima falta de acción sobre las pretensiones, contenidas en el suplico de la demanda, en las que pide que la Sala promueva cuestión de prejudicialidad o cuestión de constitucionalidad, porque la promoción de ambas cuestiones es potestad del órgano judicial, sin que quepa introducir las en el suplico de la demanda. Se concluye que los preceptos impugnados traen causa en la regulación estatutaria de la negociación de la estructura de la negociación colectiva y de las reglas de concurrencia de convenios, así como en el V ALEH, negociado conforme al art. 83.2 ET (42), que no fue impugnado y vincula a los negociadores del convenio impugnado. Se descarta que los arts. 84.3 y 4 y 85.3.e ET vulneren la Constitución, ni los tratados suscritos por España, ni tampoco el ordenamiento jurídico comunitario. Se desestima la ilegalidad de los preceptos impugnados, porque encuentran acomodo en el ordenamiento jurídico vigente (SAN 28-09-2016, proced. 211/16).

¹⁸¹ Reclamada, por el procedimiento de impugnación de convenio, la nulidad un convenio sectorial, porque concurría con otro convenio sectorial vigente, se estima parcialmente dicha pretensión y se concluye, que el convenio concurre conflictivamente con otro convenio sectorial, que estaba vigente desde la constitución de la comisión negociadora del convenio impugnado hasta su firma, aunque estuviera en situación de ultractividad, por cuando la regulación legal deja perfectamente claro que el convenio permanece vigente durante un año desde su denuncia, lo cual sucedió aquí, puesto que el convenio se firmó finalmente antes de transcurrir el plazo antes dicho, descartándose, en cualquier caso, que la unidad negociadora estuviera abandonada. Se ordena, consiguientemente, la inaplicación del convenio concurrente, pero no su nulidad, porque la ley no impone dicha medida. Se descarta también que los negociadores del convenio carecieran de las legitimaciones exigidas, puesto que la demandante no destruyó la presunción de concurrencia de legitimaciones, reconocidas mutuamente por los negociadores del convenio y validadas por la Autoridad Laboral tras un expediente administrativo muy laborioso (SAN 24-04-2017, proced. 94/17, ROJ: SAN 1443/2017).

Las dudas sobre la posibilidad de negociar un convenio de empresa sobre las materias tasadas durante la vigencia de un convenio de ámbito superior, han sido despejadas por el art. 84.1 del proyecto de ley, donde queda claro que podrá negociarse durante la vigencia del convenio de ámbito superior y su aplicabilidad será preferente respecto del convenio de ámbito superior. Por dicha razón, si el convenio sectorial estatal prevé su prevalencia en determinadas materias sobre el convenio de empresa, la consecuencia será la nulidad de dicha limitación¹⁸², sin que quepa mantener las limitaciones al convenio de empresa, durante la vigencia del convenio sectorial previo a la reforma, por razones de jerarquía normativa, lo que no impedirá ajustar el convenio a la nueva regulación legal¹⁸³

La vigencia del convenio, la gestión del desacuerdo y los límites de la ultractividad

La vigencia del convenio, regulada en la Ley 3/2012, de seis de julio, está condicionada a un tope máximo, según el cual la perderá al año de su denuncia por los sujetos legitimados¹⁸⁴, que se convierte, de este modo, en requisito constitutivo para el cómputo del plazo antes dicho¹⁸⁵, si no se hubiere alcanzado acuerdo o se hubiere dictado laudo arbitral, salvo pacto en contrario, lo que parece desmentir que el plazo de vigencia sea innegociable¹⁸⁶, en cuyo caso se aplicará el convenio de ámbito superior si lo hubiere¹⁸⁷. En los convenios colectivos, denunciados con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, el plazo del año se computará desde su entrada en vigor (DT 4ª de la Ley 3/2012, de seis de julio)¹⁸⁸. En cualquier caso,

¹⁸² STS 8-07-2014, rec. 164/2013, confirma SAN 12-12-2012.

¹⁸³ Mercader Uguina, J., obra citada.

¹⁸⁴ STS 2-12-2016, rec. 14/16, Roj: STS 5619/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5619

¹⁸⁵ Pretendiéndose la aplicación del convenio sectorial por la supuesta pérdida de vigencia del convenio colectivo de empresa, se desestima la demanda, porque el requisito constitutivo, para que el convenio colectivo pierda su vigencia, es que haya sido denunciado y que transcurra el plazo de un año. La denuncia no se presume, sino que ha de acreditarse su existencia. No puede entenderse como denuncia tácita el inicio de negociaciones para un nuevo convenio en sustitución del anterior, por cuanto cabe negociar un nuevo convenio durante la vigencia del anterior y además se exigía que la denuncia se formalizara por escrito lo cual no se acreditó (SAN 4-09-2014, proced. 153/2014).

¹⁸⁶ Mercader Uguina, J., obra citada.

¹⁸⁷ Se desestima la demanda, porque el convenio de empresa estaba vigente al entrar en vigor el convenio sectorial, que está actualmente en ultractividad, lo que no sucede con el de empresa. Aunque se admite que la actividad de handling de la empresa se subsume en los ámbitos funcional y personal del convenio, cuya legalidad no ha sido cuestionada, se descarta su aplicabilidad a la empresa, puesto que su legitimación para negociar la estructura de la negociación colectiva y los principios aplicativos entre los diferentes convenios se proyecta hacia el futuro y no puede afectar a convenios vigentes negociados en la situación precedente (SAN 22-06-2016, proced. 147/16, ROJ: SAN 2637/2016).

¹⁸⁸ Mercader Uguina, J., obra citada.

no cabe extender los derechos, reconocidos en convenio, como los incrementos retributivos anuales, más allá del período de vigencia pactado¹⁸⁹.

La nueva regulación pretende impulsar la negociación y evitar la petrificación de los convenios, aunque la gestión inadecuada de los tiempos puede provocar un incremento importante de la conflictividad, especialmente cuando no se alcancen acuerdos sectoriales provinciales y no haya convenios de ámbito superior, lo que obligará a los negociadores a moverse con la máxima prudencia y lealtad para alcanzar acuerdos y evitar vacíos, ya que las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia.

Debe tenerse presente que la vigencia del convenio, una vez denunciado y concluida su plazo, será la que determinen las partes¹⁹⁰, si bien durante las negociaciones para su renovación, salvo pacto contrario, se mantendrá su vigencia, aunque las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados para adaptarlos a las circunstancias actualizadas en el sector o en la empresa, que tendrán la vigencia que las partes determinen. Corresponderá a la comisión negociadora pactar la prolongación de la vigencia del convenio, que se mantendrá en los términos pactados, sin que quepa prolongar su vigencia hasta el nuevo convenio, si no fue esa la voluntad de sus negociadores¹⁹¹.

El art. 86.3 ET remite, para la gestión del desacuerdo, a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, que deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91, requiriéndose a dichos acuerdos especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión

¹⁸⁹ STS 15-07-2014, rec. 220/2013; STS 18-11-2016, rec. 102/16 y STS 18-07-2017, rec. 1532/15.

¹⁹⁰ SAN 3-02-2012, proce. 4/12, ROJ 505/2012

¹⁹¹ Impugnados dos acuerdos, por lo que se acordó mantener la ultraactividad de dos convenios colectivos, se desestima dicha pretensión, puesto que se acreditó que la decisión fue tomada por la mayoría de las comisiones negociadoras, de manera que, adoptado por la Comisión Negociadora válidamente constituida un acuerdo expreso de prolongar la ultraactividad de la regulación convencional hasta el 15 de septiembre de 2013, no puede pretenderse como interesa el recurrente que los Convenios permanezcan vigentes hasta la entrada en vigor del nuevo convenio que los sustituya (STS 20-12-2016, rec. 9/16, Roj: STS 5809/2016 ECLI:ES:TS:2016:5809).

negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes, entendiéndose, en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio, debiendo resaltarse que el art. 8 del V ASACL ha optado expresamente por el arbitraje voluntario.

La nueva regulación de la ultractividad supone, según las tesis liquidacionistas, que el convenio decaerá íntegramente, cuando no se alcance acuerdo un año después de su denuncia (art. 86.3 ET), o al año de la entrada en vigor de la Ley 3/2012 (DT 4ª), en cuyo caso se aplicará, si existiese, el convenio de ámbito superior y en su defecto el convenio dejará de producir ningún efecto, colocando a la empresa en “anomia convencional”¹⁹², puesto que ha perdido su vigencia (art. 82.3 ET), supondrá que los derechos y obligaciones para ambas partes, causadas en el convenio colectivo decaído, se verán frontalmente afectadas.

Estudiaremos, a continuación, por tratarse de las cuestiones más conflictivas en la aplicación del art. 86.3 ET, en qué momento puede convenirse pacto en contrario. Veremos después qué consecuencias producirá el nuevo art. 86.3 ET, en relación con la DT 4ª Ley 3/2012, sobre los convenios colectivos, que hubieren pactado otros plazos de ultractividad con anterioridad a la reforma. Reflexionaremos después sobre qué consecuencias provocará en la previsión social complementaria, originada en el convenio decaído, la aplicación de un convenio de ámbito superior. Valoraremos finalmente qué supondrá para las mejoras voluntarias la imposibilidad de aplicar un convenio de ámbito superior.

Conviene destacar, en primer lugar, que la finalidad de las reformas, impulsadas por la Ley 3/2012, en materia de negociación colectiva responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento y no un obstáculo para la adaptación de las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa, habiéndose entendido que el bien jurídico, perseguido por la adaptabilidad, es la competitividad de las empresas¹⁹³. En la búsqueda de ese objetivo, evitar la petrificación de los convenios colectivos se constituye en un instrumento más para alcanzar dicha finalidad, que se satisface esencialmente mediante la nueva regulación del art. 82.3 ET que, a diferencia de la regulación precedente, ha encontrado un cauce adecuado para gestionar los desacuerdos en los procedimientos de inaplicación de convenios, cuyos resultados son absolutamente positivos, como anticipamos más arriba.

La nueva regulación de la ultractividad tiene por finalidad que se negocien más y mejores convenios en plazos más breves que ahora, entendiéndose por

¹⁹² Sala Franco: La duración y la ultractividad...

¹⁹³ Blasco Pellicer: El convenio...

mejores convenios aquellos que permitan una mejor adaptación de la empresa a los requerimientos de la demanda, porque este es el presupuesto para asegurar los derechos de sus trabajadores, lo cual permite descartar que dicha regulación pretenda bloquear la negociación colectiva, o provocar vacíos regulatorios¹⁹⁴. Ciertamente, la norma pone en valor evitar la “petrificación” de los convenios colectivos, pero dicha medida no constituye un fin en si mismo, como lo es la adaptabilidad de las empresas a los requerimientos del mercado, puesto que el propio art. 86.3 ET contempla el pacto en contrario, lo que supone ni más ni menos, al igual que la prórroga anual, si no se produce denuncia por ninguna de las partes (art. 86.2 ET), que las partes han considerado, en estos supuestos, que la continuidad del convenio es positiva para la empresa y los trabajadores. Consiguientemente, las soluciones, promovidas por la nueva regulación de la ultractividad, procuran incentivar una negociación colectiva más rápida y más adaptada a los requerimientos de la demanda, lo que no estará siempre reñido con la prórroga o con una mayor ultractividad del convenio.

En qué momento puede convenirse pacto en contrario sobre la regla general de la ultractividad

Algunos sectores de la doctrina han defendido, apoyándose en la interpretación literal del art. 86.3.1 ET, que no cabe pactar en contrario una regla distinta a la general sobre la ultractividad del convenio, que no se contenga en el propio convenio. Dicho criterio comportaría en la práctica restar poder a la autonomía colectiva y promovería precisamente lo que nadie parece desear -la pérdida de vigencia del convenio- por lo que se ha considerado rigorista¹⁹⁵, entendiéndose, por tanto, que el “pacto en contrario” puede ser alcanzado por los sujetos legitimados en cualquier momento del proceso negociador¹⁹⁶. Se ha defendido, en todo caso que, pese a la desafortunada redacción del art. 86.3 ET, el periodo de ultractividad empieza a computar desde que concluye la duración del convenio colectivo¹⁹⁷.

Debe destacarse, por otra parte, que el art. 86.3 ET dispone que durante las negociaciones de un convenio, salvo pacto en contrario, se mantendrá vigente el convenio, excepto las cláusulas convencionales mediante las que se renunció al derecho de huelga. Dos son, por tanto, los requisitos exigibles: que se esté negociando el convenio y que no se haya pactado su pérdida de vigencia, de manera que, si las partes convinieron en acuerdo de mediación ante el SIMA, que se mantendría vigente el convenio hasta el 31-12-2013, mientras se negociaba su

¹⁹⁴ Casas; Rodríguez-Piñero y Valdés Dal-Ré: El agotamiento de la ultractividad del convenio colectivo

¹⁹⁵ Mercader Uguina, obra citada

¹⁹⁶ Sala Franco, obra citada.

¹⁹⁷ Sala Franco: La duración y la ultractividad...

renovación, sin promover propiamente una nueva negociación, sino retomando la precedente con una fecha de vencimiento, que concluyó sin acuerdo, el convenio perdió absolutamente su vigencia en la fecha convenida¹⁹⁸.

Las consecuencias jurídicas de los pactos de ultractividad contenidos en convenios anteriores a la reforma

Un sector importante de la doctrina científica¹⁹⁹ ha negado valor a los pactos de ultractividad, contenidos en los convenios colectivos previos a la reforma, porque la reforma cambia radicalmente el modelo de ultractividad, por lo que los negociadores del convenio no pudieron prever las consecuencias de los citados pactos. Entienden estos autores que si se subsumieran los acuerdos de estos convenios en el pacto en contrario, contemplado en el art. 86.3 ET, se vaciaría de contenido la reforma, porque dichas cláusulas eran simplemente cláusulas de “corta y pega”²⁰⁰.

La regulación precedente de la ultractividad, al igual que la actual, daba preferencia absoluta a lo que decidieran las partes, quienes podían pactar una ultractividad indefinida o ninguna en todas o en parte de las materias negociadas en el convenio²⁰¹, aunque la norma disponía que, si las partes no regulaban de ningún modo la ultractividad, se mantenían vigentes las cláusulas normativas del convenio, habiéndose entendido por la jurisprudencia, que los pactos de ultractividad eran dispositivos en la regulación precedente, por lo que habrá de estarse a lo convenido en la misma²⁰². En la regulación actual, el régimen de ultractividad se mantiene íntegramente disponible para las partes, si bien precisa que, si no se alcanzara acuerdo o no se dictara laudo arbitral en los plazos ya indicados, el convenio perdería vigencia al año de la denuncia, o al año de la entrada en vigor de la Ley 3/2012. La regla general - disponibilidad de la vigencia por las partes - es idéntica, mientras que antes se desplegaba la ultractividad, si las partes no pactaban lo contrario y ahora el convenio pierde vigencia, si las partes no pactan lo contrario.

No es cierto, por tanto, que se aplicara mecánicamente la ultractividad en la regulación precedente, puesto que solo se aplicaba del modo en que lo dispusieran las partes o en defecto de regulación en la materia²⁰³. Por consiguiente,

¹⁹⁸ SAN 31-03-2014, proced. 37/2014.

¹⁹⁹ Goerlich Peset: Régimen de la negociación colectiva; de los convenios colectivos.

²⁰⁰ Blasco Pellicer: Diez problemas aplicativos de la ultractividad” legal de los convenios colectivos.

²⁰¹ STS 29-04-2003, rec. 126/2002; STS 22-12-1998, rec. 1545/1998; STS 19-06-2009, rec. 10372008; STS 24-04-2012, rec. 141/2012.

²⁰² STS 8-07-2014, rec. 164/2013, confirma SAN 12-12-2012.

²⁰³ Lahera Forteza: Derecho transitorio de la negociación colectiva tras la reforma laboral.

si en los convenios colectivos anteriores a la reforma las partes convinieron un régimen concreto de ultractividad, aunque nada les impedía haber negociado que no hubiera ningún tipo de ultractividad en el convenio²⁰⁴, no hay razón para que dichos pactos no puedan integrarse en el “pacto en contrario”, regulado en el art. 86.3 ET, sin que dicha conclusión pueda verse afectada por la DT 4ª Ley 3/2012, por cuanto dicha norma se limita a fijar un plazo límite de ultractividad para los convenios ya denunciados, pero no limita ni excluye los pactos sobre ultractividad que pudieran contener²⁰⁵. De ese modo se ha defendido por sectores importantes de la doctrina²⁰⁶, entendiéndose que los pactos de ultractividad del convenio colectivo habidos con anterioridad a la reforma, continúan vigentes, dado el carácter dispositivo que tenía y sigue teniendo la ultractividad después de la reforma²⁰⁷.

Así lo ha entendido la mayor parte de la doctrina judicial, quien ha subrayado que, si el legislador hubiera querido dejar sin efecto dichos acuerdos, lo habría hecho así²⁰⁸, lo que ha sido avalado por la jurisprudencia²⁰⁹. Parece claro, por tanto, que el régimen de protección social complementaria, negociado en convenios colectivos, que regularon un régimen específico de ultractividad, deberán mantenerlo en sus propios términos²¹⁰, por cuanto esa fue la voluntad de los negociadores del convenio²¹¹. También se ha dado valor a estos acuerdos anteriores a la reforma para los convenios colectivos franja²¹².

En cualquier caso, cuando se prorrogue el convenio sectorial, en el que se pactó una revisión salarial acotada en el tiempo, no cabe aplicar los incrementos

²⁰⁴ STS 29-01-2013, rec. 49/2012.

²⁰⁵ Casas Bahamonde: La pérdida de la ultractividad en los convenios colectivos.

²⁰⁶ Martínez Moreno: La vigencia del convenio colectivo estatutario.

²⁰⁷ Sala Franco: La ultractividad de los convenios colectivos.

²⁰⁸ SAN 23-07-2013, proced. 205/2013.

²⁰⁹ STS/IV de 17-marzo-2015 (RC. 233/2013)(STS 26-04-2016, recud. 2102/14).

²¹⁰ SAN 20-01-2014, proced. 395/2013; SAN 20-01-2014, proced. 395/2013; STSJ País Vasco 11-02-2014, rec. 186/2014 y 18-03-2014, rec. 418/2014; STSJ Madrid 17-02-2014, rec. 1393/2013 y 7-03-2014, rec. 1768/2013; STS/IV de 17-marzo-2015 (RC. 233/2013)(STS 26-04-2016, recud. 2102/14).

²¹¹ Discutida la vigencia por ultraactividad del XVII Convenio Colectivo de la empresa TRAGSA, pactado para el periodo 2.011-13, antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, en el que se contenía una cláusula de continuidad o prórroga después de terminada su vigencia, que se interpreta como integrante de la expresión del art. 86.3 ET de “salvo pacto en contrario” a efectos de extensión más allá del año que previó la Ley 3/2012, se declara vigente el convenio colectivo y se reitera doctrina elaborada a propósito de Convenios con cláusulas similares y anteriores a la entrada en vigor de la referida norma, SS.TS. 17 de marzo de 2.015 (rec. 233/2013), 2 julio 2015 (rec. 1699/2014), 7 de julio 2015 (rec. 193/2014) y 11 de noviembre de 2.015 (rec. 225/2014), entre otras (STS 26-10-2016, rec. 184/15, confirma SAN 16-02-2015).

²¹² STS 13-07-2017, rec. 245/2016.

pactados para ese período a períodos posteriores, aunque se trate de una cláusula normativa, por cuanto está referida a un período de tiempo concreto²¹³

La aplicación del convenio de ámbito superior

El art. 86.3 ET dispone que transcurrido un año desde la denuncia del convenio sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un nuevo laudo arbitral, aquel perderá su vigencia, salvo pacto en contrario y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación²¹⁴. La aplicación del convenio de ámbito superior planteará múltiples problemas de identificación, por lo que parece recomendable que las partes determinen en la negociación colectiva qué convenio de ámbito superior sería aplicable en este supuesto, lo que ya está sucediendo²¹⁵. Caso contrario, habrá que determinar qué convenio es aplicable funcional o territorialmente, lo cual planteará múltiples problemas, puesto que los ámbitos convencionales suelen utilizar cláusulas de corta y pega, lo que deja fuera de juego múltiples subsectores, siendo especialmente complejo de identificar el aplicable a las empresas de multiservicios, donde deberá entrar en juego el que se cohoneste con la actividad dominante²¹⁶. Dicha complejidad obligará razonablemente a la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, entre cuyas funciones, conforme al art. 12 RD 1362/2012, se encuentra emitir dictámenes no vinculantes sobre la materia²¹⁷.

Parece claro, en todo caso, que los convenios concurrentes de ámbito superior, serán aplicables cuando transcurra el plazo máximo de ultraactividad, sin que quepa aplicar un convenio de ámbito superior, cuyo ámbito funcional y personal no concordara con el convenio que perdió su vigencia²¹⁸. Por el contrario, serían aplicables convenios colectivos concurrentes, cuando pierda vigencia el conve-

²¹³ STS 8-11-2016, rec. 102/16.

²¹⁴ STS 18-10-2016, rec. 205/15.

²¹⁵ Casas Bahamonde, obra citada.

²¹⁶ STS 3-10-2003, rec. 17/2012.

²¹⁷ Blasco Pellicer, obra citada.

²¹⁸ Pérdida de vigencia del convenio colectivo de fabricación de helados por finalización del periodo de ultraactividad. Aplicación del convenio superior. Concepto de convenio superior y exigencia de que se trate de un convenio previamente concurrente. Aplicación de otros convenios concurrentes y primacía del convenio superior en estos supuestos. Contractualización de las condiciones del convenio cuya vigencia termina: desestimación por cuanto la pretensión se formula de manera vinculada a la primera que se ha desestimado. Inconcreción de lo pedido en la demanda en el aspecto material (condiciones cuya pervivencia se afirma) y subjetivo (trabajadores a los que se siguen aplicando). Falta de legitimación de la patronal demandada. Al desaparecer el convenio colectivo la patronal deja de tener la representatividad del conjunto del sector que derivaba de la protección legal de su papel negociador y las pretensiones habrán de dirigirse contra las concretas empresas (SAN 31-03-2014, proced. 36/2014).

nio colectivo aplicable, sin que quepa, en dichos supuestos, aplicar el convenio de ámbito superior, porque no se producirá vacío convencional²¹⁹.

Por lo demás, será extremadamente complicado ajustar las previsiones del convenio de ámbito superior a la unidad decaída en múltiples materias, especialmente las de protección social, por cuanto las mejoras voluntarias tienen múltiples regulaciones, que pueden ser contradictorias entre sí, especialmente cuando decaiga un convenio de empresa, que contenga compromisos por pensiones o seguros colectivos externalizados (DA 1ª del RDL 1/2002), puesto que los convenios sectoriales no suelen contemplar compromisos por pensiones. Cabe, incluso, que el convenio de ámbito superior no contemple ningún tipo de mejora voluntaria, lo que supondría según algún sector de la doctrina²²⁰ la aplicabilidad de la normativa general, mientras que otros sectores han defendido que los sistemas voluntarios de previsión social, cuyo alcance ordinario es superior al del convenio colectivo que los establece y regula, están incorporados así mismo a los instrumentos jurídicos contractuales utilizados para su organización (planes de pensiones, contratos de seguro colectivo o Mutualidades de Previsión Social), manteniéndose, en su caso, las obligaciones y responsabilidades de las empresas, así como los partícipes/asegurados/beneficiarios, en los términos establecidos en esos instrumentos, por mucho que su causa derive del convenio colectivo que ha perdido vigencia²²¹, entendiéndose, en todo caso que, si en el convenio de ámbito superior no se contemplan las mejoras voluntarias derivadas del convenio decaído, no debería haber limitación para su negociación autónoma, aunque se aplique el convenio superior²²². Se ha reflexionado sobre la posibilidad de recuperar derechos derivados del convenio decaído, entre los que podría encontrarse la protección social complementaria, si en el convenio de ámbito superior se contienen cláusulas de garantía de derechos previos, lo que se ha descartado con carácter general, por cuanto la mayoría de estas cláusulas se refieren a derechos o condiciones adquiridos a título personal, pero dependerá, en última instancia, de la propia redacción del precepto²²³.

Se ha admitido, no obstante, la aplicabilidad de convenios colectivos superiores diferenciados, cuando sean aplicables a la unidad de negociación decaída, siempre que no sean concurrentes entre sí, porque regulen materias diferentes²²⁴. Caso de existir concurrencia, se deberá aplicar el convenio más antiguo, salvo que concurran las excepciones contempladas en el art. 84 ET. Finalmente, se ha

²¹⁹ SAN 31-03-2014, proced. 36/2014

²²⁰ Sala Franco, obra citada.

²²¹ Casas, Rodríguez-Piñero y Valdés-Dal Ré, obra citada.

²²² Casas Bahamonde, obra citada, pág. 21.

²²³ Blasco Pellicer, obra citada.

²²⁴ Sala Franco, obra citada que se apoya en STS 2-02-2004 RJ 1069 y 17-05-2004, RJ 4969).

defendido que la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior impedirá la aplicación sobrevenida de cualquier otro, incluido el de la unidad decaída²²⁵, cuestionándose dicha tesis por otro sector de la doctrina, quien defiende que la aplicación del convenio de ámbito superior no es propiamente una sucesión de convenios, tratándose únicamente de una herramienta legal para evitar el vacío de regulación, lo cual comporta que, si los negociadores del convenio decaído, alcanzaran finalmente acuerdo, no estaría afectado propiamente por el principio de no concurrencia de convenios, por cuanto la aplicación del convenio de ámbito superior no deriva propiamente de la negociación colectiva²²⁶.

En cualquier caso, la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior constituye un problema complejo, a tal punto que la STS 22-12-2014, rec. 264/2014 ha identificado múltiples dudas interpretativas sobre su aplicación:

“La primera es qué deba entenderse por convenio colectivo de ámbito superior; habida cuenta de que dicho ámbito puede referirse –dejando aparte el ámbito personal y el temporal, a los que también se refiere el artículo 85.3 del ET- bien el ámbito territorial o bien el ámbito funcional. O si se pueden combinar los dos ámbitos para determinar el convenio aplicable. O, si no, cual de ellos debe prevalecer. O si, habiendo varios convenios de ámbito superior –por ejemplo, dos convenios sectoriales, uno provincial y otro estatal, ambos superiores al de empresa que ha perdido su vigencia- debe escogerse como aplicable para sustituirlo el inmediatamente superior o el “de ámbito más superior de todos”. Y todo ello, partiendo de la base de que, desde el punto de vista de la jerarquía de las normas, todos los convenios tiene el mismo rango, independientemente de sus respectivos ámbitos más o menos extensos. Las preguntas se podrían multiplicar pero no procede porque, en el caso que se nos plantea, se da como probado que no existe convenio colectivo alguno de ámbito superior al de empresa que ha perdido vigencia por haber finalizado su período de ultraactividad”.

Regulación aplicable cuando no haya convenio de ámbito superior

Sin duda, el problema de mayor envergadura, originado por la nueva regulación de la ultraactividad, es que el art. 86.3 ET no prevé las consecuencias de la pérdida de vigencia del convenio, cuando se supere el plazo de ultraactividad sin recurrir a soluciones arbitrales y no quepa aplicar un convenio de ámbito superior. La doctrina científica se ha dividido entre quienes entienden que la pérdida de vigencia del convenio comporta la desaparición de los derechos y obligaciones contenidos en el mismo, aplicándose las normas legales y reglamentarias

²²⁵ Goerlich Peset; Mercader Uguina, obras citadas.

²²⁶ Casas Bahamonde, obra citada.

vigentes²²⁷, mientras que otro sector defiende criterios conservacionistas desde diferentes formulaciones²²⁸.

Las posiciones abolicionistas están sólidamente construidas y se apoyan en una idea clara, según la cual el convenio obliga a empresarios y trabajadores durante su vigencia (art. 82.3 ET) de manera que, si el convenio colectivo pierde su vigencia, porque los negociadores no alcanzan acuerdo, o no se produce un laudo arbitral un año después de su denuncia, pierde totalmente su vigencia y debe ser sustituido por las leyes y la regulación reglamentaria del Estado, lo que no constituye, a su juicio, un vacío jurídico²²⁹, puesto que desaparecida la vigencia del convenio, las relaciones laborales pasan a regularse por las demás fuentes contenidas en el art. 3.1 ET²³⁰, lo cual se ha validado por algún sector de la doctrina judicial²³¹, al entender que el art. 86.3 ET y la DT 4ª Ley 3/2012 deben prevalecer, incluso, sobre lo pactado en convenio, por lo que considera irrelevante que en el convenio controvertido se pactara expresamente su mantenimiento. Se entiende, por otra parte que, si no existe un convenio vencido que haya de ser revisado, desaparece la obligación de negociar de buena fe, exigida por el art. 89.1 ET, por lo que, de existir un convenio superior, no puede quedar condicionado por la preexistencia del convenio en razón de tal desaparición, por lo que las reglas del art. 84 ET serán perfectamente aplicables²³².

Por el contrario, los defensores de la posición conservacionista han defendido en algunos casos que la pérdida de vigencia del convenio colectivo estatutario, lo convertiría en convenio extraestatutario²³³, por lo que perdería su eficacia normativa, pero no su eficacia contractual; se ha defendido también que “para la decadencia del convenio colectivo... es imprescindible que la autonomía colectiva aporte soluciones alternativas, que den cobertura a los trabajadores afectados”, manteniéndose la ultraactividad en caso contrario²³⁴; el tercer bloque conservacionista ha mantenido, al menos para los trabajadores contratados antes de la reforma, que las condiciones existentes en el convenio pasarían a formar parte de sus contratos de trabajo²³⁵, pudiendo, en su caso, modificarse mediante acuerdos

²²⁷ Goerlich Peset; Mercader; Blasco Pellicer; Sempere; Sala Franco; Varela y otros.

²²⁸ Casas, Rodríguez-Piñero y Valdés-Dal Ré; Lahera Forteza; Martínez Moreno; Molina; Escudero; Fernández y otros muchos.

²²⁹ Mercader y Sempere, obras citadas.

²³⁰ (López Anierte, 2012, p. 175; Navarro Nieto, 2012, p. 67; Roqueta, 2012.b), p. 44; Llano, 2012, p. 363; Purcalla/Preciado, 2012, p. 333; Mercader, 2012, p. 454, Llompart, 2012, p. 267; Goerlich, 2013, pp. 34 y 35; Sala, 2013, pp. 19 y 20; Varela, 2013; Sempere, 2012.

²³¹ STSJ Valladolid 3-04-2014, rec. 278/2014.

²³² Goerlich Peset: La ultraactividad de los convenios colectivos.

²³³ Escudero: 2012, pág. 54.

²³⁴ Merino 2012, p. 261; OLARTE, 2013, pp. 11 ss

²³⁵ Cruz Villalon.

colectivos o individuales entre las partes, o a través del procedimiento del art. 41 ET²³⁶.

Las posiciones conservacionistas han sido criticadas desde el otro sector, porque no cabe modificar la naturaleza normativa del convenio estatutario, mediante su conversión en extraestatutario, por cuanto son dos figuras de la negociación colectiva radicalmente diferentes y el convenio extraestatutario solo es aplicable durante su vigencia²³⁷, siendo criterio reiterado y pacífico que los convenios extraestatutarios no generan derechos adquiridos²³⁸. Se ha criticado, del mismo modo, que no puede mantenerse la ultraactividad, porque haya fracasado la negociación colectiva en el plazo legal, porque dicha posición supondría dejar sin efecto la reforma²³⁹. Se ha defendido finalmente, que las condiciones convencionales, por tratarse de un convenio colectivo estatutario y por ello de eficacia normativa, no podrán “*contractualizarse*” automáticamente a partir de la pérdida de su vigencia normativa ultra activa, porque dicha alternativa habría de ser establecida por ley, como sucede en Francia, Bélgica y Alemania, o por convenio colectivo²⁴⁰, sin que quepa adquirir condiciones más beneficiosas por convenio colectivo²⁴¹, entendiéndose, por otra parte, que la contractualización del convenio colectivo vigente, salvo que se convenga colectivamente por las partes²⁴², quiebra el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español, sosteniéndose que hay condiciones convencionales, que por su propia regulación general, no admiten contractualización, como los sistemas de clasificación profesional o el régimen disciplinario²⁴³.

Por el contrario, los partidarios de la contractualización consideran que las condiciones laborales se regulan mediante múltiples fuentes: la ley, el convenio colectivo, los acuerdos subsidiarios a convenio, los pactos extraestatutarios, las condiciones más beneficiosas colectivas e individuales y los propios pactos contractuales. Entienden que los empresarios y trabajadores prestan su consentimiento a todas las condiciones derivadas de dichas fuentes, que pasan a formar parte del contrato de trabajo con los consiguientes derechos y obligaciones para las partes, sin que la pérdida de vigencia del convenio, por el fracaso de la nego-

²³⁶ Cruz, 2012.b], p. 414], Guamán/Illueca, 2012, p. 123, Molina, 2012, p. 157, Toscani, 2012, pp. 95 y 98, Casas, 2013, pp. 24 ss.

²³⁷ Blasco, obra citada.

²³⁸ SS.TS de 11 de Mayo de 2009, Rec. 2509/2008, de 10 de Junio de 2009, Rec. 103/2008, de 16 de Junio de 2009, Rec. 2272/2008 o de 14 de Octubre de 2009, Rec. 625/2009).

²³⁹ Goerlich Peset: La ultraactividad de los convenios.

²⁴⁰ Sala Franco, obra citada, pág. 21

²⁴¹ STS 29-10-2012, rec. 204/2012.

²⁴² SAN 14-06-2013, proced. 177/2013.

²⁴³ Blasco Pellicer, obra citada, pág. 20.

ciación colectiva, pueda liquidar mecánicamente las condiciones derivadas del mismo, aunque pierdan su carácter normativo, porque si se hiciera así, se haría ingobernable la empresa, que no dispondría, entre otras herramientas, de sistema de clasificación profesional, lo que difuminaría las obligaciones de los trabajadores, así como su movilidad funcional, ni habría tampoco régimen disciplinario aplicable y se primaría decididamente la autonomía individual frente a la colectiva, que no es, de ningún modo, la intención del legislador, quien pretendía, como anticipamos más arriba, que la nueva regulación de la ultractividad promoviera más y mejores convenios en plazos más ajustados a las necesidades de las empresas²⁴⁴.

Dichas posiciones, como anticipamos más arriba, han defendido de modo más firme, si cabe, el mantenimiento de los sistemas de previsión social, especialmente cuando protegen derechos, cuyo despliegue supera la duración del convenio²⁴⁵, defendiendo que las aportaciones a los planes y fondos de pensiones, así como los seguros colectivos deberían mantenerse como condiciones más beneficiosas de origen colectivo en los contratos de trabajo de los trabajadores afectados²⁴⁶. Fuere cual fuere la opción, que acepte finalmente la jurisprudencia, parece evidente la necesidad de blindar la previsión social complementaria, tal vez mediante acuerdos sobre medidas concretas, que aseguren su continuidad²⁴⁷, si se quiere generalizar su utilización, porque si no se hiciera así, de mantenerse la crisis económica, no tendrá demasiado sentido incluir mejoras voluntarias en los convenios colectivos si corren el riesgo de perder su vigencia con el propio convenio, especialmente aquellas mejoras gestionadas por el empresario, que no tendrán posibilidad de movilizarse o rescatarse, como los planes y fondos de pensiones²⁴⁸ y los seguros colectivos²⁴⁹.

El problema central, originado en el art. 86.3.4, es que la liquidación del convenio, si esa hubiera sido la tesis aceptada finalmente por la jurisprudencia, no habría promovido el objetivo, perseguido por la reforma, consistente en mejorar y actualizar la negociación colectiva, mediante su adecuación a la realidad cambiante del mercado, sino que habría provocado unos efectos demoledores sobre los contratos de trabajo y habría dejado sin regulación instrumentos decisivos para el funcionamiento de las empresas, como el sistema de clasificación profesional (art. 22 ET), la promoción profesional (art. 24 ET); el modelo de recibo de salarios (art. 29, 1 ET); la distribución irregular de la jornada a lo largo del año (art. 34, 2 ET); el establecimiento del límite máximo de la jornada ordinaria, re-

²⁴⁴ Casas Bahamonde, obra citada.

²⁴⁵ Casas Bahamonde, obra citada, pág. 14

²⁴⁶ Casas Bahamonde, obra citada, pág. 21.

²⁴⁷ Gala Durán, obra citada.

²⁴⁸ STS 27-09-2010, rec. 2566/2009) y 19-07-2011, rec. 1228/2010.

²⁴⁹ STS 6-10-2010, recud. 3423/2009

basando el límite máximo de nueve horas (art. 34, 3 ET), el período de vacaciones anuales (art. 38.1 ET), o las reglas de acomodación de la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla en la empresa (art. 67, 1 ET), así como el régimen disciplinario (art. 54 ET).

Habría producido efectos demoledores para los contratos de trabajo existentes, porque los presupuestos, para la existencia del contrato de trabajo, son la concurrencia de consentimiento de los contratantes, objeto cierto del contrato y causa de las obligaciones que se establezcan (art. 1261 CC) y el objeto del contrato laboral, que en realidad es el objeto de las obligaciones que se asumen por las partes, se origina esencialmente en el convenio colectivo, de manera que su desaparición habría supuesto que el contrato quede sin objeto, o habría perdido, en el mejor de los casos, la certeza, exigida por el art. 1273 CC, sobre el objeto de los contratos. Habría afectado, del mismo modo, a la causa de los contratos de trabajo que, al tratarse de contratos onerosos consiste en la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte y en los remuneratorios el servicio o beneficio que se remunera, que queda en situación de indefinición al perder vigencia el convenio colectivo. Por lo demás, no debe olvidarse, que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 CC). Por consiguiente, si las condiciones esenciales del contrato de trabajo, sobre las que se produce el consentimiento, que es el alma del contrato²⁵⁰, se originan en el convenio, la pérdida de vigencia del mismo supondrá claramente la pérdida de su naturaleza normativa, que ya no podrá imponerse desde fuera del contrato, pero no es irrazonable que las obligaciones, causadas por el convenio, que constituyen esencialmente su objeto y su causa, mantengan su vigencia como manifestación propia de la buena fe contractual de ambas partes.

Es cierto, que la pérdida de vigencia del convenio daría paso a la autonomía individual, mediante la suscripción de nuevos contratos individuales entre las partes, pero dicha alternativa sería extremadamente dificultosa en empresas complejas, en las que sería prácticamente imposible ordenar las relaciones laborales mediante contrataciones individuales en masa, lo cual habría sido fuente inagotable de conflictos. Por lo demás, el contrato de trabajo o el convenio extraestatuario permitirán regular determinados aspectos de las relaciones laborales, pero no viabilizarán la implantación de herramientas clave para el funcionamiento de las empresas, como el sistema de clasificación profesional, el régimen de asensos y otras materias, que exigen acuerdos de eficacia general²⁵¹.

²⁵⁰ Castán Tobeñas, J.: Derecho Civil Español Común y Foral.

²⁵¹ TS 1-06-2007, RJ 6349 y TS 22-12-2008, rec. 49/08.

La doctrina judicial ha mantenido la vigencia de un convenio provincial, al que se remitía el convenio colectivo sectorial estatal, en aquellos aspectos no regulados por el convenio colectivo estatal, subrayando que concurrían circunstancias específicas, que avalaban dicha tesis²⁵². Se entiende, por otra parte, que se trata de la solución menos gravosa para las partes, puesto que mantiene los derechos básicos de la relación laboral, que pueden, de concurrir causas, modificarse por la vía del art. 41 ET²⁵³, subrayando, en cualquier caso, que el empresario no podía aplicar unilateralmente los aspectos del convenio que le convenían y dejar sin efecto los demás²⁵⁴. Por lo demás, no cabe solicitar en procedimiento de conflicto colectivo, promovido por un sindicato contra las asociaciones firmantes del convenio precluido, que se mantengan vigentes las cláusulas del convenio, por cuanto al desaparecer el convenio colectivo la patronal deja de tener la representatividad del conjunto del sector que derivaba de

²⁵² Con fecha 8-7-13 la empresa demandada dirigió una comunicación a cada uno de sus empleados y a sus representantes informándoles que el día 7 había terminado el periodo de vigencia ultra activa del convenio colectivo provincial de hospitalización, clínicas médico-quirúrgicas, y de diagnóstico de Guipúzcoa para los años 1999 y 2000, por el que se venían rigiendo y que a partir de esa fecha el marco regulatorio sería el ET, si bien a los trabajadores en plantilla se les mantendrían temporalmente determinadas condiciones de los Acuerdos colectivos suscritos a nivel de empresa. El Comité de Empresa promovió demanda de conflicto colectivo al estimar que la decisión empresarial entrañaba una modificación sustancial de las condiciones laborales de carácter colectivo, pretensión que fue estimada en la instancia y en suplicación. La sentencia analizada, después de rechazar las excepciones de falta de acción e inadecuación de procedimiento, señala que falta el presupuesto ineludible y necesario para la expiración definitiva de un convenio colectivo por transcurso del periodo legal de ultraactividad, cuál es que haya sido objeto de denuncia, exigible respecto de aquellos convenios, como el provincial a examen, que no han optado por incorporar una cláusula de denuncia automática. El Tribunal señala además que la DT 4ª de la Ley 3/2012 no resulta aplicable a los Acuerdos colectivos de empresa (STSJ País Vasco 25-03-2014, rec. 446/2014).

²⁵³ STSJ País Vasco 11-02-2014, proced. 149/2014.

²⁵⁴ La Sala, actuando como órgano de instancia, analiza un CC de empresa con vigencia durante el período 2011-2014, publicado el 11-1-12, que en las materias no reguladas en el mismo remite a un CC sectorial de ámbito provincial. La vigencia de este último se extiende del 1-1-10 al 31-12-11, con la previsión de que quedará automáticamente denunciado a partir del 1-11-11, pudiéndose iniciar desde esa fecha las negociaciones para el Convenio Colectivo que lo sustituya, que no llegan a fructificar. El 22-1-14 la demandada comunica a los representantes del personal y a todos sus empleados que el 7-7-13 terminó la vigencia del CC provincial, no obstante lo cual continuaría aplicando su contenido con carácter supletorio y de forma temporal y no definitiva hasta el 31-7-14, como había hecho hasta ese momento. Ante esta decisión, los Sindicatos presentan demanda de conflicto colectivo para que se declare el derecho de los trabajadores afectados a seguir rigiéndose supletoriamente por el CC provincial, que el Tribunal, después de rechazar las excepciones de falta de acción e inadecuación de procedimiento, estima, al considerar que la remisión que efectúa el art. 3 es al contenido de un CC provincial que se ha de seguir aplicando con independencia de que haya perdido su vigencia como CC. A mayor abundamiento, señala que el decaimiento del CC provincial a partir del 8-7-13 no autoriza a la empresa para determinar unilateralmente los aspectos de las relaciones de trabajo reguladas en él (STSJ País Vasco 1-04-2014, rec. 9/2014).

la protección legal de su papel negociador y las pretensiones habrán de dirigirse contra las concretas empresas²⁵⁵.

La aplicación de facto del convenio colectivo por el empresario

Se ha planteado finalmente la posibilidad de que, vencido el plazo de ultractividad regulado en el art. 86.3 ET, el empresario continúe aplicando el convenio vencido y qué consecuencias pueden derivar de dicha aplicación fáctica. Parece claro, que dicha medida puede derivar de acuerdo colectivo, cuya eficacia puede ser general o no serlo, lo cual parece discutible, porque los acuerdos subsidiarios a convenio colectivo, deben ser de eficacia general, con las consiguientes adhesiones individuales al mismo, o podría instrumentarse mediante acuerdos individuales entre empresarios y trabajadores, lo que se ha validado, siempre que se asegure que no se producirá trato discriminatorio entre los trabajadores²⁵⁶. Parece claro que el acuerdo extraestatutario de eficacia general será la solución más eficiente, puesto que permite la regulación de las herramientas colectivas más importantes para el funcionamiento de la empresa en todos aquellos aspectos en los que el ET remita al convenio o al acuerdo de empresa y permitirá, perdida la vigencia normativa del convenio, una mejor adaptabilidad de las empresas, si concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, mediante la utilización del art. 41ET, que no exige alcanzar acuerdo, como sucede con el art. 82.3 ET.

Si se alcanza acuerdo expreso entre las partes de mantener la vigencia del convenio, entraría dentro del pacto en contrario, contemplado en el art. 86.3 ET. Cabe, sin embargo, una prórroga tácita, siempre que no quede desmentida por los hechos, lo que será relevante, puesto que el presupuesto, para la concurrencia de condición más beneficiosa, es que quede plenamente acreditado que esa era la intención inequívoca del empleador²⁵⁷.

Otras hipótesis posibles serían las siguientes:

- a) Incorporación al nexo contractual el convenio colectivo en bloque.
- b) Considerar que la decisión empresarial de mantener el convenio contractualiza sus condiciones en todos sus trabajadores.
- c) Que el empresario mantenga las condiciones, que estime oportunas y liquide las que no le parezcan adecuadas, lo que no parece viable, porque podría atentar sobre el equilibrio contractual.

Blasco Pellicer apunta que estas dos últimas soluciones plantean problemas

²⁵⁵ SAN 31-03-2014, proced. 36/2014.

²⁵⁶ Sempere, obra citada.

²⁵⁷ STS 4-03-2012, rec. 4/2012.

importantes, porque algunas condiciones convencionales no pueden individualizarse por definición, como el sistema de clasificación profesional o el régimen disciplinario, por lo que considera más adecuada la primera propuesta.

Cuando no suceda así, si el empresario promueve unilateralmente las nuevas condiciones de trabajo, o las impone mediante negociaciones individuales, corre el riesgo de abrir múltiples frentes, especialmente aquellos que afecten al derecho de igualdad, lo cual supondrá, en la práctica, que la nueva regulación de la ultratractividad, dirigida a promover más y mejores convenios, que aseguren la adaptabilidad de las empresas a las necesidades del mercado o a los requerimientos de la demanda, perderá de vista dichos objetivos y hará mucho más ingobernable la empresa.

La primera respuesta de la jurisprudencia: STS 22-12-2014, rec. 264/2014

El Tribunal Supremo en STS 22-12-2014, rec. 264/2014, que confirma STSJ Baleares de 20-12-2013, que estimó la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato Unión Sindical Obrera (USO) contra la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE) y declaró no ajustada a derecho la conducta empresarial al abonar la nómina de julio 2013, al dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y repongan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo, ha dado respuesta al contencioso existente sobre el tema. La sentencia confirmada, aplicando la doctrina STSJ País Vasco 26-11-2013, rec. 2065/2013, concluye que, mientras no se negocie un nuevo convenio colectivo, deben mantenerse las condiciones retributivas pactadas, por lo que obliga a la empresa a mantener las retribuciones anteriores a la pérdida de vigencia del convenio colectivo.

La mayoría del TS se inclina, entre la tesis rupturista y la conservacionista, por esta última, subrayando, en primer término, que la primera tendría efectos indeseables tanto para la empresa, quien perdería instrumentos organizativos esenciales para su debido funcionamiento, como para los trabajadores, caso de aplicárseles el salario mínimo interprofesional.

La mayoría defiende que la autonomía de la voluntad constituye la base de las relaciones contractuales, también en el contrato de trabajo, por lo cual concluye que el instrumento constitutivo y regulador de las relaciones laborales es el contrato de trabajo, que incorpora automáticamente, tanto si lo hace por escrito como si no, los mínimos legales y convencionales por la voluntad de los contratantes.

Subraya, a continuación, que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en el momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque –como se ha dicho algunas veces- las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente.

Así pues, no niegan la pérdida de vigencia del convenio, cuando ha transcurrido un año desde su denuncia, pero consideran irrelevante dicha circunstancia, por cuanto sus condiciones se han incorporado automáticamente al contrato de trabajo, si bien no tienen ya naturaleza normativa, por lo que podrán modificarse, caso de concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, mediante el procedimiento del art. 41 ET.

Conviene subrayar que la doctrina expuesta va más allá de los términos del litigio, puesto que el debate procesal concreto se centró únicamente en las retribuciones, dado que la empresa decidió aplicar el salario mínimo interprofesional desde la pérdida de vigencia del convenio.

Los votos particulares concurrentes y contrarios a la sentencia examinada

Lamentablemente, el TS, al igual que la doctrina científica, se ha dividido en una materia tan delicada como la que nos ocupa, puesto que dos magistrados han redactado sendos votos concurrentes, cinco magistrados han suscrito un voto contrario conjunto y una magistrada ha suscrito un voto contrario en solitario.

El voto del Excmo. Luis Fernando de Castro Fernández concurre con la mayoría, por cuanto se opone a la tesis rupturista, pero niega la contractualización del convenio, aunque defiende que la continuidad aplicativa del salario del convenio atiende al equilibrio de las prestaciones y tiene apoyo en el principio de buena fe.

Se opone a la tesis rupturista, porque vulneraría el derecho a la dignidad humana y al derecho al salario suficiente, reconocidos por los arts. 10.1 y 35.1 CE y podría vulnerar también el derecho a la negociación colectiva, puesto que la derogación del convenio comportaría en la práctica la imposición de condiciones de trabajo por el empleador, lo que podría vulnerar lo dispuesto en el art. 1256 CC. Defiende, por tanto, que la interpretación adecuada de la norma controvertida deberá ajustarse necesariamente a la Constitución y destaca que la derogación del convenio perjudicaría tanto al trabajador como al empresario.

Critica la tesis contractualista, defendida por la mayoría, por cuanto quie-

bra el sistema de fuentes de las relaciones laborales (art. 3 ET), contradice la jurisprudencia sobre la imposibilidad de crear condiciones más beneficiosas en convenio colectivo, así como los propios requisitos para la concurrencia de la condición más beneficiosa y provocaría una petrificación del contenido del convenio, subrayando que la remisión contractual al salario del convenio colectivo no comporta su contractualización, puesto que dicha retribución salarial sigue la misma suerte que el convenio, de manera que, si este pierde vigencia, también desaparece la obligación de retribuir el salario convenio. Destaca, en todo caso, las disfunciones, que provocaría la tesis mayoritaria, por cuanto las condiciones más beneficiosas son resistentes a los convenios colectivos peyorativos, admitidos en el art. 82.4 ET.

Propone, como alternativa el mantenimiento de la retribución anterior a la pérdida de vigencia del convenio en aplicación del principio de equilibrio de las prestaciones, que quebraría si se aplicase el salario mínimo interprofesional, destacando finalmente que debe hacerse así con base a la exigencia de buena fe, reclamada por el art. 1258 CC.

El voto concurrente del Excmo. Sr. Don Miguel Ángel Luelmo Millán defiende la aplicabilidad de la Disposición Transitoria Segunda del Código Civil, que establece que *“los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas”*, y éste es un principio de intertemporalidad que considera extrapolable al caso presente, siquiera sea como regla general y *“mutatis mutandis”*, con mejor respeto de la seguridad jurídica, del propio prestigio legislativo y de las indudables expectativas de los trabajadores afectados, llevando su aplicación, en definitiva, a salvaguardar la situación ya existente en cada caso y a diferencia de lo que acontecerá con los trabajadores de nueva contratación.

El voto discrepante, suscrito por cinco magistrados de la Sala, redactado por el Excmo. Sr. Don Antonio Sempere Navarro, se opone a la tesis mayoritaria, porque no cabe descartar la solución a un problema jurídico porque desagraden sus consecuencias. Niega, a continuación, que puedan contractualizarse aquellas instituciones, que deben regularse por convenio o acuerdo subsidiario a convenio, de conformidad con el ET.

Niega, del mismo modo, la prevalencia del principio autonomista en las relaciones laborales, subrayando que el Derecho del Trabajo se origina precisamente en su corrección, puesto que la desigualdad entre las partes es la nota esencial del contrato de trabajo. Niega también que la regulación de las relaciones laborales corresponda únicamente al contrato de trabajo, puesto que se regula con arreglo al sistema de fuentes del art. 3 ET, subrayando que el contrato de trabajo

debe respetar obligatoriamente los mínimos legales y convencionales, de manera que, si desaparece la vigencia del convenio colectivo, su contenido pierde todo su valor.

Lista, a continuación, los aspectos que pudieran dilucidarse para defender las retribuciones del convenio colectivo:

- a) La dignidad del trabajador (art. 10.1 CE; art. 4.2.e ET) puede violentarse si la empresa rebaja súbitamente las remuneraciones que le viene satisfaciendo.
- b) El enriquecimiento injusto o el abuso de derecho (art. 7.2 CC) son palancas argumentales hábiles para ser activadas a partir de datos concretos.
- c) La acreditación de las causas por las que fracasó la negociación del convenio de empresa puede ser hábil para aquilatar la existencia de comportamientos estratégicamente abusivos y contrarios a la buena fe que debe presidirla (art. 89.1 ET).
- d) La analogía (art. 4.1 CC) o las costumbres profesionales (art. 3.1.d ET) pueden utilizarse si se argumenta y acredita oportunamente, buscando la traslación de lo previsto en otras empresas o convenios.
- e) La irregresividad retributiva, con base en normas comunitarias o internacionales sobre equiparación en el progreso podría apuntalar la idea de que el empleador no es libre para rebajar cualquier nivel salarial al mínimo interprofesional por más que ni valga el convenio, ni haya contractualización.
- f) Incluso, según las circunstancias, puede entenderse que el descenso importante del nivel retributivo coloca en situación desesperada a los trabajadores e incita a una negociación colectiva sin las premisas de libertad y serenidad que su respeto (art. 37.1 CE).

Como no se alegaron, ni probaron, dichas causas de pedir, defiende que la actuación empresarial no puede calificarse de ilegal.

Finalmente el voto contrario de la Excm. Sra. Doña Milagros Calvo Ibarlucea concluye que el convenio deja de tener cualquier efecto legal desde el momento en el que pierde su vigencia.

La doctrina expuesta ha sido mantenida por la Sala IV, aunque había caducado el convenio colectivo después de transcurrir un año desde el momento en que fue denunciado, sin que exista convenio de ámbito superior aplicable ni convenio posterior, seguirán aplicándose las condiciones laborales en él previstas -aunque

como simples obligaciones contractuales, sin efecto normativo alguno-, a los trabajadores que tuviesen contrato de trabajo a la fecha de esa pérdida de vigencia normativa. Se sigue la doctrina plasmada en STS -del Pleno- de 22 de diciembre de 2014 (rc. 264/14) y, estimando este recurso de casación de la empresa, se desestima la primera petición de la demanda tal como viene planteada en relación con la naturaleza del referido derecho y se estima la petición subsidiaria²⁵⁸.

La contractualización de las condiciones del convenio comporta que las mismas perdieron su valor normativo, de manera que su modificación unilateral constituye modificación sustancial colectiva, que deberá impugnarse en el plazo de caducidad de veinte días desde su notificación a la RLT²⁵⁹. La contractualización de las condiciones del convenio comporta que esos contenidos se conservan como tales hasta la entrada en vigor del nuevo convenio, sin que la empresa pueda imponer unilateralmente el mantenimiento de algunas de ellas y la supresión de las demás²⁶⁰.

La legitimación para negociar convenios colectivos

El art. 37.1 CE dispone que “la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”²⁶¹. La consecuencia inmediata de la previsión constitucional citada es la eficacia general, así como la naturaleza jurídica normativa de los convenios colectivos estatutarios, garantizada por el art. 82.3 ET.

El presupuesto, para que el convenio colectivo tenga naturaleza jurídica normativa y eficacia general, es que se cumplan todas las exigencias, contempladas en el Título III ET²⁶², que aseguran la necesaria representatividad, anudada al principio de correspondencia, de los sujetos negociadores, no pudiendo olvidarse que las reglas de legitimación para la negociación de convenios colectivos estatutarios son derecho necesario absoluto, tal y como ha defendido la doctrina constitucional (STC 73/1984)²⁶³, como no podría ser de otro modo, puesto que la legitimación para negociar un convenio significa “más que una representación

²⁵⁸ STS 18-05-2016, rec. 100/15

²⁵⁹ STS 20-12-2016, rec. 217/15.

²⁶⁰ . La contractualización de las condiciones de trabajo, producida desde que se crea la relación jurídico laboral, a partir de la cual dichas condiciones van experimentando la evolución correspondiente, no puede limitarse a aquellas que la empresa ha decidido seguir aplicando, tras haber perdido vigencia el convenio (FJ 11). Ha caducado la impugnación referente a la inaplicación del contenido de los Anexos referentes a la representación de los trabajadores (FJ 9) (STS 20-12-2016, rec. 217/15, casa parcialmente, en lo referido a la caducidad, SAN 23-03-2015).

²⁶¹ STSJ Extremadura 27-01-2015, rec. 562/2014.

²⁶² STS 15-04-2013, rec. 43/2012.

²⁶³ MERCADER UGUINA, J. Lecciones de Derecho del Trabajo.

en sentido propio, un poder *ex lege* de actuar y afectar a las esferas jurídicas de otros²⁶⁴. Cuando no se cumplen dichos requisitos, el convenio colectivo será extraestatutario y se regirá por los principios del derecho civil común, conjugándose, de este modo, el derecho a la negociación colectiva con la autonomía de la voluntad²⁶⁵.

El art. 87 ET regula la legitimación para negociar convenios colectivos, distinguiendo, a estos efectos, los convenios de empresa, de ámbito inferior a la empresa, convenios franja, grupos de empresa, empresas en red y convenios sectoriales. En realidad el art. 87 ET regula propiamente la legitimación inicial, entendiéndose como tal la que ostentan aquellos sujetos con derecho a participar en la comisión negociadora, quienes deberán hacerlo valer en el momento de constituirse la comisión negociadora²⁶⁶, puesto que no existe propiamente un derecho a ser llamado por los demás partícipes a la negociación colectiva²⁶⁷, dado que el legislador no ha previsto quien o quienes deberían hacer ese llamamiento²⁶⁸, especialmente cuando se acredite que ha concurrido una actuación obstruccionista por quien se queja de no haber sido llamado²⁶⁹. No obstante, aunque no existe derecho a ser llamado, si existe derecho a que no se excluya a los sujetos que acrediten la legitimación inicial²⁷⁰, si bien no afectará a la negociación la autoexclusión de un representante de un sindicato legitimado, que había sido convocado formalmente a la reunión en la que se aprobó el texto definitivo del convenio²⁷¹.

La negociación plena, final o complementaria, entendiéndose como tal aquella, que deben reunir los sujetos negociadores con legitimación inicial, para que la comisión negociadora se constituya formalmente y se puedan iniciar las negociaciones, se regula en el art. 88 ET, entendiéndose que la comisión negociadora quedará válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal del ámbito del convenio, en su caso, que deberá ajustarse a criterios de proporcionalidad²⁷², que deberá

²⁶⁴ STC 57/1989 y 12/1983.

²⁶⁵ STS 8-02-2012, rec. 214/2010.

²⁶⁶ STS 26-10-2014, rec. 267/2013, confirma SAN 25-04-2013 y STS 3-02-2015, rec. 20/2014, confirma SAN 31-05-2013.

²⁶⁷ SAN 25-04-2013, proced. 33/2013.

²⁶⁸ STS 27-10-2014, rec. 267/2013.

²⁶⁹ STS 14-05-2013, rec. 276/2011, confirma SAN 26-09-2011.

²⁷⁰ SAN 15-07-2015, proced. 152/2015.

²⁷¹ SAN 11-01-2017, proced. 314/2016, ROJ: SAN 48/2017.

²⁷² El sistema de cálculo aritmético responde al criterio de proporcionalidad con los resultados electorales, que consiste en dividir el número de representantes entre el número de los puestos en la mesa negociadora, dividiendo por el mismo cociente el número de representantes obtenido por cada

aplicarse en función del número de componentes de la comisión negociadora²⁷³, utilizándose, en su caso, el sistema de restos²⁷⁴ y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio²⁷⁵. Puede suceder, no obstante, que la comisión negociadora de un proceso muy prolongado en el tiempo pierda sobrevenidamente su representatividad, en cuyo caso habría perdido su legitimación negociadora²⁷⁶.

Será necesario finalmente, a tenor con lo dispuesto en el art. 89.3 ET, para que los acuerdos de la comisión sean válidos, que se voten favorablemente por la mayoría de cada una de las representaciones²⁷⁷. Acreditar la mayoría exige necesariamente la mayoría absoluta, lo cual no sucederá cuando firma un sindicato, que acredita 6 de los 12 representantes, aunque acreditara un porcentaje de representación superior al otro, puesto que no superaba el 50% de los representantes unitarios²⁷⁸, pero será viable que la comisión negociadora del convenio de empresa esté compuesta por doce miembros en vez de trece, siempre que se asegure la debida proporcionalidad en su composición²⁷⁹.

Legitimación para negociar el convenio de empresa o de ámbito inferior a la empresa

En los convenios de empresa, de ámbito inferior a la empresa y en los convenios franja, la legitimación empresarial corresponderá al empresario, quien

sindicato. Una vez establecidos estos resultados, si quedaran vacantes en el órgano de negociación se atiende a los llamados “restos” dentro de los cuales pueden entrar incluso los sindicatos que no alcanzaran el mínimo para la adjudicación directa (FJ 4) (SAN 17-03-2014, proced. 38/2014).

²⁷³ SAN 16-05-2014, proced. 500/2013.

²⁷⁴ STS 19-11-2010, rec. 63/2008 y SAN 7-12-2013, proced. 467/2013.

²⁷⁵ La legitimación inicial, exigida por el art. 87.1 ET, tiene naturaleza institucional, por lo que no puede apoyarse en adhesiones voluntarias. Las legitimaciones inicial, deliberativa y plena o decisoria, exigidas por los arts. 87, 88 y 89 ET, constituyen requisitos sucesivos y acumulativos de ineludible cumplimiento, de manera que el presupuesto para alcanzar acuerdos es que se haya producido una negociación con sujetos con legitimación inicial y deliberativa suficientes (FJ 3) (SAN 13-06-2014, proced. 104/2014).

²⁷⁶ Impugnado por ilegalidad el convenio colectivo de la empresa y sus tripulantes de cabina de pasajeros, con negociación iniciada en 2005 y reanudada en 2013, se concluye que el cese en la empresa de seis de los 7 miembros de la comisión negociadora por el banco social, y la drástica reducción de los TCPS, que pasaron de 99 a 5, determina que la comisión negociadora nombrada en 2008 pierda su legitimación y que no pueda «actualizarse» con el nombramiento de un nuevo miembro que hizo el único miembro inicial que todavía permanece en la empresa, y menos cuando se había acordado inicialmente que la negociación se efectuase por el comité de empresa y la reforma del art. 87 et por el RD-Ley 7/2001 la atribuye preferentemente a las secciones sindicales (STS 1-06-2017, rec. 183/16, Roj: STS 2464/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2464).

²⁷⁷ SAN 27-01-2013, proced. 426/2013.

²⁷⁸ STS 15-06-2015, rec. 214/2014

²⁷⁹ STS 6-07-2016, rec. 288/15, Roj: STS 4130/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4130, confirma SAN 15-07-2015

designará a los representantes que estime oportuno (art. 87.3.a ET). En los convenios de grupos de empresa y empresas en red estarán legitimados para negociar los representantes de cada una de dichas empresas (art. 87.3.b ET).

El art. 87.1 ET reconoce legitimación, para negociar convenios de empresa o de ámbito inferior, al comité de empresa, a los delegados de personal, quienes deberán acreditar el principio de correspondencia²⁸⁰, en cuyo caso será la mayoría del órgano unitario quien deberá designar a los miembros de la comisión negociadora²⁸¹ y a las secciones sindicales, si las hubiere, que sumen la mayoría de los representantes unitarios del ámbito de que se trate, quienes tienen derecho a la negociación colectiva, siempre que se trate de secciones sindicales de sindicatos más representativos o tengan representación en los comités de empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.2.b LOLS²⁸², de manera que, cuando no concurren dichas circunstancias, la exclusión de la sección sindical no vulnerará su derecho a la libertad sindical²⁸³. No cabe admitir que las comisiones ad hoc puedan negociar un convenio de empresa²⁸⁴, porque su representación queda limitada a los supuestos previstos en el ET²⁸⁵.

El modelo de negociación, regulado en el art. 87.1, es alternativo o excluyente y no acumulable, de manera que no cabe negociar mediante comisiones híbridas, compuestas por representantes unitarios y sindicales²⁸⁶, aunque se han habilitado “obiter dicta” una comisión formada por secciones sindicales y representantes ad hoc en un procedimiento de modificación sustancial²⁸⁷, debiendo optarse por la vía de la representación sindical o unitaria²⁸⁸, si bien se ha admitido que los representantes unitarios firmaran el convenio, que ya había concluido con acuerdo con las secciones sindicales mayoritarias para reforzar la posición de los sindicatos firmantes²⁸⁹. El precepto examinado prioriza absolutamente a

²⁸⁰ STS 20-05-2015, rec. 6/2014.

²⁸¹ STS 28-06-2016, rec. 218/15, confirma SAN 27-03-2015.

²⁸² STSJ Granada 17-01-2013, rec. 253272012.

²⁸³ STS 27-10-2014, rec. 267/2013.

²⁸⁴ STSJ Canarias 31-07-2014, rec. 9/2014.

²⁸⁵ Impugnado un convenio colectivo de empresa, negociado por representación ad hoc, se anula dicho convenio, aplicando los criterios jurisprudenciales sobre triple legitimación, control de la representatividad cuando se constituye la comisión negociadora y principio de correspondencia, concluyendo que la legitimación negocial, contemplada en el art. 41.4 ET y preceptos concordantes, no puede extenderse a la negociación de un convenio colectivo. 3) Diferencias entre estructuras representativas estables y coyunturales. 4) Concuerda con STS 485/2017 de 6 junio (STS 28-06-2017, rec. 203/16).

²⁸⁶ STCT 21-04-1987, RTCT 1987/9079.

²⁸⁷ STS 16-07-2015, rec. 180/2014, confirma SAN 11-11-2013.

²⁸⁸ STS 27-10-2014, rec. 267/2013.

²⁸⁹ SAN 22-02-2014, rec. 417/2013.

las secciones sindicales²⁹⁰, quienes tendrán derecho a negociar el convenio en los ámbitos mencionados, siempre que así lo decidan y sumen la mayoría de los representantes unitarios del ámbito correspondiente²⁹¹, lo cual sucederá cuando se acrediten 12 de los 17 representantes unitarios de la empresa²⁹², sin que quepa privilegiar al comité intercentros sobre las secciones sindicales, cuando se había optado previamente por la negociación sindicalizada²⁹³, lo que sucederá cuando lo hayan decidido así la mayoría de los representantes una vez definida dicha mayoría por laudo arbitral, promovido por las partes²⁹⁴, siendo legítimo, en cualquier caso, que el comité intercentros designe una comisión negociadora de 12 miembros, si respeta la proporcionalidad²⁹⁵. Tampoco cabe negociar con un comité intercentros, que no se constituyó con base a convenio colectivo, que le facultara para la negociación del convenio²⁹⁶, mientras que, si el convenio habilitó que negociara el comité intercentros con su composición inicial, habrá que estar a lo pactado²⁹⁷. Así pues, si las secciones sindicales mayoritarias optan por

²⁹⁰ SAN 17-06-2014, proced. 125/2014.

²⁹¹ Reclamándose que la comisión negociadora de convenio colectivo de empresa se constituya por los representantes elegidos por las secciones sindicales mayoritarias, se estima dicha pretensión, puesto que quedó acreditado que se optó por su constitución a través de los sindicatos con presencia en ella en razón de su proporcional representación, dándose la circunstancia de que corresponde a las secciones sindicales mayoritarias el privilegio de negociar el convenio de empresa, por lo cual no caben obstáculos que impidan la libre designación de los que le corresponden al sindicato demandante, especialmente porque en sentencia previa ya se precisó qué representantes correspondían a cada sección sindical (SAN 17-06-2014, proced. 125/2014).

²⁹² STS 27-10-2016, rec. 123/15, Roj: STS 4945/2016, confirma SAN 22-04-2014.

²⁹³ STS 4-03-2009, rec. 134/2007.

²⁹⁴ SAN 15-07-2015, proced. 152/2015

²⁹⁵ STS 6-07-2016, rec. 288/15, Roj: STS 4130/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4130, confirma SAN 15-07-2015.

²⁹⁶ Impugnado un convenio colectivo, porque se suscribió por la mayoría del Comité Intercentros, cuando la negociación del convenio se realizó por los sindicatos, produciéndose una injerencia antisindical por parte de la empresa y los firmantes del convenio, se desestima dicha pretensión, por cuanto se probó que se negoció formalmente con el Comité Intercentros. Impugnándose también, porque en el convenio no se había pactado la constitución de un Comité Intercentros, ni se le concedió funciones negociadoras, se estima dicha pretensión, por cuanto en el convenio no se pactó la constitución de un Comité Intercentros, sin que tenga valor la remisión general a las cláusulas normativas de un convenio de otra empresa, que preveía la elección de un Comité Intercentros para cuatro centros, otorgándose al citado comité las competencias que le delegaran los comités de empresa, ya que el mandato legal es rotundo y se exige que el Comité Intercentros y sus funciones se acuerde en convenio colectivo, sin que el convenio pueda disponer de ese contenido obligatorio, reconociéndoselo a los comités de empresa. Se estima, en todo caso, porque el Comité Intercentros, que negoció el convenio, se constituyó durante la vigencia de otro convenio, sus miembros no fueron elegidos por los representantes de los trabajadores, sino que se repartieron entre los sindicatos y no se produjo delegación de funciones negociadoras por los comités de empresa tras la vigencia del convenio (SAN 13-02-2015, proced. 327/2014).

²⁹⁷ SAN 30-05-2014, rec. 74/2013.

negociar como tales, no procederá oponer la prioridad del comité intercentros, aunque se hubiera negociado tradicionalmente así en la empresa²⁹⁸. Si se negocia por secciones sindicales, tendrán derecho a participar en la negociación de modo proporcional a su representatividad, que deberá atender al número de representantes elegidos y no por el número de trabajadores a quienes representen²⁹⁹, aunque se ha exigido en alguna ocasión ponderar el voto en función del número de trabajadores representados³⁰⁰, lo que parece dudoso, siendo inadmisibles, en cualquier caso, que la empresa reconozca como delegados de la sección sindical, a trabajadores que la sección sindical no reconoce como tales³⁰¹. En cualquier caso, el sindicato no tendrá derecho a participar en la comisión negociadora, si no acredita que sus representantes tienen mandato vigente, al constituirse la comisión negociadora, dándose la circunstancia de que el sindicato no tenía sección sindical en la empresa³⁰². Tampoco estará legitimado para negociar un convenio un sindicato que acredita representantes unitarios en tres de los veintinueve centros de la empresa, aunque estuvieran sindicalizados, cuando no tiene constituida sección sindical en la empresa³⁰³.

Cuando la empresa tenga más de un centro de trabajo, siempre que el convenio colectivo habilite la constitución de un comité intercentros³⁰⁴, encomendándole, entre otras funciones, la negociación del convenio colectivo, dicho comité

²⁹⁸ Interpuesta demanda de conflicto colectivo por parte de CCOO, adhiriéndose CGT, pretendiendo que se declare constituida la Comisión negociadora del IV Convenio Colectivo de la empresa UNIPUBLIC S.A, por secciones sindicales y con arreglo a la siguiente composición UGT 5 representantes, CCOO 4, CGT 3 y USO 1. Oponiéndose USO y UGT, la Audiencia Nacional estima la demanda pues considera probado que a fecha 15-9-2.014 existió una voluntad mayoritaria entre los distintos delegados de personal de la empresa demandada de negociar el convenio por secciones y no por el Comité Intercentros, resultando la composición de la mesa ajustada a la representatividad de las secciones sindicales a fecha 15-9-2.014, al y como quedó definitivamente establecida en el laudo arbitral de fecha 10-2-2.015. No aprecia la Sala temeridad en la postura de los demandados y dispone que no ha lugar a la imposición de sanción pecuniaria (SAN 22-06-2015, proced. 145/2015).

²⁹⁹ SAN 17-12-2013, proced. 467/2013

³⁰⁰ SAN 27-01-2013, proced. 426/2013.

³⁰¹ Impugnado un convenio colectivo, suscrito formalmente por la empresa y las secciones sindicales de USO y CSI-CSIF, porque se firmó por unos delegados, que se autoerigieron como representantes de USO, a pesar de la desautorización del sindicato, que no fue atendida por la empresa demandada, quien amparó a dichos trabajadores, que a la postre suscribieron el convenio, aunque no estaban afiliados a USO, se estima la demanda, porque la actuación empresarial constituyó un acto de injerencia antisindical, que vulneró el derecho a la libertad sindical de USO, en su vertiente funcional a la negociación colectiva y quebró las legitimaciones exigidas para la validez democrática del convenio colectivo (SAN 25-02-2015, proced. 351/2014).

³⁰² STS 14-11-2016, rec. 42/16, confirma SAN 8-10-2015.

³⁰³ STS 22-11-2016, rec. 20/16, confirma SAN 9-09-2015, Roj: STS 5625/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5625.

³⁰⁴ STS 14-07-2000, rec. 2723/2000.

estará legitimado para su negociación³⁰⁵, salvo que las secciones sindicales con mayoría entre los representantes unitarios decidan negociar el convenio³⁰⁶, correspondiéndoles a dichas secciones sindicales la carga de la prueba de ostentar la mayoría de representantes unitarios³⁰⁷.

Si se pretende negociar un convenio de empresa o de ámbito inferior a la empresa, estarán legitimados el comité de empresa o los delegados de personal correspondientes, lo cual no planteará dificultades, cuando la empresa tenga un único centro de trabajo, o el convenio afecte efectivamente a un solo centro de trabajo, en cuyo caso estarán legitimados para su negociación el comité de empresa del centro o, en su caso, el delegado o delegados de personal del centro, salvo que decidan negociar las secciones sindicales mayoritarias³⁰⁸. Por el contrario, cuando la empresa tenga distintos centros de trabajo y no haya secciones sindicales mayoritarias, o decidan no negociar como tales, si no hubiere tampoco comité intercentros, estarán legitimados para negociar el convenio de empresa todas las representaciones unitarias de todos los centros de trabajo³⁰⁹, habiéndose defendido que la comisión negociadora debe constituirse por representantes de los trabajadores de modo proporcional al número de trabajadores de cada centro³¹⁰, lo que parece dudoso, por cuanto el art. 87.1 ET se remite a los representantes unitarios existentes³¹¹, lo cual no sucederá cuando se negocien medidas de flexibilidad externa o interna, en cuyo caso la composición de la comisión negociadora deberá repartirse proporcionalmente en función de la representación de los afectados³¹². Dichos representantes unitarios tendrán derecho a disfrutar del tiempo necesario para participar en la negociación, apli-

³⁰⁵ SAN 9-09-2014, proced. 78/2014.

³⁰⁶ SAN 22-06-2015, proced. 145/2015)

³⁰⁷ SAN 27-01-2017, proced. 328/15, ROJ: SAN 2337/2016.

³⁰⁸ Reclamándose que la comisión negociadora de convenio colectivo de empresa se constituya por los representantes elegidos por las secciones sindicales mayoritarias, se estima dicha pretensión, puesto que quedó acreditado que se optó por su constitución a través de los sindicatos con presencia en ella en razón de su proporcional representación, dándose la circunstancia de que corresponde a las secciones sindicales mayoritarias el privilegio de negociar el convenio de empresa, por lo cual no caben obstáculos que impidan la libre designación de los que le corresponden al sindicato demandante, especialmente porque en sentencia previa ya se precisó qué representantes correspondían a cada sección sindical (SAN 17-06-2014, proced. 125/2014).

³⁰⁹ SAN 5-03-2002, proced. 166/2001).

³¹⁰ SAN 27-01-2013, proced. 426/2013).

³¹¹ Impugnada la comisión negociadora del convenio, se estima la demanda, porque se acreditó que el resto del sindicato demandante es superior al resto de otro sindicato, al que se adjudicó un representante, siendo irrelevante el número de trabajadores, que represente cada órgano unitario, por cuanto la proporcionalidad en la representación de la comisión negociadora del convenio de empresa se predica del número de representantes elegidos y no por el número de trabajadores a quienes representen (SAN 17-12-2013, proced. 467/2013).

³¹² STS 16-09-2015, rec. 139/2014, confirma SAN 20-03-2014 .

cándoseles lo dispuesto en el art. 9.2 LOLS, sin que el empresario pueda limitar dicho derecho unilateralmente³¹³.

En cualquier caso, será exigible el principio de correspondencia entre el ámbito del convenio y la representatividad de los interlocutores sociales, de manera que, si se pretende negociar un convenio de empresa con distintos centros de trabajo, será preciso que los representantes de los trabajadores que lo negocien tengan presencia en todos los centros de trabajo de la empresa³¹⁴. Caso contrario, si alguno o algunos de los centros de trabajo de la empresa no tuviere representantes unitarios, no se podrá negociar un convenio de empresa con los representantes de alguno o alguno de los centros, porque se quebraría el principio de correspondencia³¹⁵, sin que quepa, en estos supuestos, reducir el ámbito de aplicación del convenio a los centros con representación, puesto que la voluntad de los negociadores fue negociar un convenio de empresa³¹⁶. La jurisprudencia ha defendido que los representantes de un centro de trabajo no pueden negociar un convenio de empresa en el que haya otros centros de trabajo, por cuanto quebraría el principio de correspondencia³¹⁷.

³¹³ STSJ Murcia 22-06-2015, rec. 5/2015.

³¹⁴ SAN 5-09-2014, proced. 167/2014; SAN 17-02-2015, proced. 326/2014; SAN 9-03-2015, proced. 272/2015; SAN 12-03-2015, proced. 7/2015; SAN 4-05-2015, proced. 62/2015; SAN 2-06-2015, proced. 111/2015; SAN 2-06-2015, proced. 111/2015.

³¹⁵ SAN 24-04-2013, proced. 79/2013; SAN 11-09-2013, proced. 219/2013; SAN 16-09-2013, proced. 314/2013; SAN 25-09-2013, proced. 233/2013; SAN 13-11-2013, proced. 424/2013; SAN 29-01-2014, proced. 431/2013; SAN 5-02-2014, proced. 47/2013; SAN 17-02-2014, proced. 470/2013; SAN 28-03-2014, proced. 33/2014; SAN 13-06-2014, proced. 104/2014; SAN 30-06-2014, proced. 80/2014; SAN 8-09-2015, proced. 175/2015; SAN 15-09-2015, proced. 126/2015; 17-09-2015, proced. 169/2015 y 190/2015 y 23-09-2015, proced. 191/2015; SAN 25-11-2015, proced. 281/2015; SAN 13-01-2016, proced. 314/15; SAN 14-01-2016, proced. 294/15; SAN 27-01-2016, proced. 320/2015; SAN 10-02-2016, proced. 358/2015; SAN 17-02-2016, proced. 289/15; SAN 23-02-2016, proced. 361/2015; SAN 3-03-2016, proced. 315/15; SAN 4-03-2016, proced. 17/16; SAN 7-03-2016, proced. 380/15; SAN 8-03-2016, proced. 5/16; SAN 9-03-2016, proced. 24/16; SAN 10-03-2016, proced. 7/16; SAN 16-03-2016, proced. 12/16; SAN 1-04-2016, proced. 285/15; SAN 6-04-2016, proced. 360/15 y SAN 13-04-2016, proced. 52/2016, SAN 11-05-2016, proced. 158/15; SAN 13-05-2016, proced. 92/16 y SAN 16-06-2016, proced. 140/16.

³¹⁶ STS 7 de marzo de 2012 (casación 37/2011)

³¹⁷ STS 20-05-2015, rec. 6/2014, confirma SAN 13-11-2013; STS 9-06-2015, rec. 149/2014, confirma SAN 18-10-2014 y STS 10-06-2015, rec. 175/2014, confirma SAN 25-09-2013; STS 10-junio-2015 (rco 175/2014) y 21-diciembre-2015 (rco. 6/2015) (STS 14-07-2016, rec. 219/15, Roj: STS 4001/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4001, confirma SAN 12-03-2015); STS 11-01-2017, rec. 24/16, confirma SAN 17/09/15; STS 7-03-2017, rec. 58/16, Roj: STS 1140/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1140, confirma SAN 17-11-2015; STS 27-03-2017, rec. 126/16, Roj: STS 1279/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1279, confirma SAN 17-12-2015; STS 15-02-2017, rec. 75/16, Roj: STS 829/2017 - ECLI:ES:TS:2017:829, confirma SAN 9-10-2015; STS 14-03-2017, rec. 105/16, Roj: STS 1416/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1416, confirma SAN 17-09-2015; STS 18-04-2017, rec. 154/16, Roj: STS 1992/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1992, confirma SAN 10-03-2016;

¿Pueden las secciones sindicales de empresa negociar un convenio de empresa con varios centros de trabajo, cuando alguno o algunos de esos centros no tienen representantes unitarios?

La prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios de ámbito superior en las materias listadas en el art. 84.2 ET ha activado la negociación de múltiples convenios de empresa, especialmente en empresas multiservicios, que se han negociado con representantes unitarios que no aseguraban el principio de correspondencia, lo cual ha motivado la nulidad de todos ellos.

Las exigencias normativas, reguladas en los arts. 87, 88 y 89 ET «traducen el doble significado de constituir una garantía de la representatividad de los participantes y expresan un derecho de los más representativos a participar en la negociación, en orden a asegurar la representación de los intereses del conjunto de los trabajadores y empresarios»³¹⁸. Por consiguiente, para formar parte de la Comisión Negociadora hay que acreditar la legitimación inicial en el ámbito personal, funcional y geográfico del Convenio³¹⁹ y asegurar el principio de correspondencia entre los ámbitos citados y la representatividad ostentada, porque si no se anulará el convenio³²⁰.

Ya hemos visto, que esa ha sido la suerte corrida por convenios colectivos de empresas multiservicios, que negociaron con algunos de los representantes unitarios de sus centros de trabajo. Resta por despejar, si es posible negociar convenios de empresa con varios centros de trabajo, cuando en algunos de ellos no haya representantes unitarios, por secciones sindicales que acrediten la mayoría de los representantes unitarios de los centros donde se celebraron elecciones sindicales y de ser así, qué requisitos serían precisos para dar validez a dicha negociación.

El art. 8.2. b LOLS regula el derecho a intervenir en la negociación de convenios colectivos ajustados al Estatuto de los Trabajadores (eficacia general, fuerza normativa, etc.), que se reserva a los organizaciones integradas en sindicatos más representativos o en sindicatos que tengan representación en los comités de empresa o cuenten con delegados de personal, precisando, a continuación, que dicho derecho habrá de ejercerse de conformidad con los términos establecidos en la legislación específica, habiéndose descartado que los sindicatos puedan ne-

STS 3-05-2017, rec. 123/16, confirma SAN 20-01-2016; SAN 5-05-2017, proced. 69/17, ROJ: SAN 1822/2017; STS 20-06-2017, rec. 177/16, confirma SAN 3-03-16 y STS 6-06-2017, rec. 204/16, Roj: STS 2472/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2472; SAN 10-07-2017, proced. 160/17, ROJ: SAN 2920/2017).

³¹⁸ STC 73/1984.

³¹⁹ STS 21-11-2005, rec. 148/2004.

³²⁰ STS 20-05-2015, rec. 6/2014, confirma SAN 13-11-2013; STS 9-06-2015, rec. 149/2014, confirma SAN 18-10-2014 y STS 10-06-2015, rec. 175/2014, confirma SAN 25-09-2013.

gociar estos convenios, por cuanto la acción sindical en la empresa se canaliza por sus secciones sindicales³²¹. El art. 87.1 ET dispone que están legitimadas para negociar convenios de empresa las secciones sindicales que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité, habiéndose entendido por la doctrina judicial³²², que la utilización del singular no es relevante, debiendo interpretarse extensivamente en el sentido de considerar a la representación unitaria en su conjunto, de manera que, si acreditan la mayoría de la representación unitaria, tendrán derecho a negociar el convenio³²³.

Consiguientemente, si la representatividad de las secciones sindicales se basa en los representantes electos, debe precisarse, si la concurrencia de centros de trabajo sin representación legal de los trabajadores, impediría también a las secciones sindicales mayoritarias negociar convenios de ámbito empresarial. La respuesta debe ser negativa, por cuanto las secciones sindicales, en su calidad de órganos básicos de los sindicatos de trabajadores, tienen entre sus fines constitucionales la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, reconociéndoseles, por ello en el art. 7.1 CE³²⁴, una representación institucional que les habilita para negociar convenios de empresa³²⁵.

³²¹ SAN 16-04-1999, proced. 29/1999.

³²² STCT 21-04-1987, RTCT 1987\9079.

³²³ SAN 27-01-2017, proced. 328/15.

³²⁴ En estos supuestos, cabe otra fórmula, regulada también en el art. 87.1 ET, consistente en la negociación con las secciones sindicales, que acrediten la mayoría de los representantes unitarios, puesto que el ordenamiento jurídico ha sobreprimado, a estos efectos, a los sindicatos frente a los representantes unitarios, por cuanto el sindicato es el órgano de representación de los trabajadores por excelencia, cuyos intereses económicos y sociales le corresponde defender globalmente, a tenor con lo dispuesto en el art. 7 CE, desde la perspectiva general de la clase trabajadora. Por consiguiente, acreditado que los representantes de dos centros de trabajo carecían de la legitimación inicial para negociar un convenio que extendiera su ámbito a los centros de trabajo, que no les eligieron, no queda más opción, conforme al ponderado informe del Ministerio Fiscal, que estimar la demanda y anular el convenio colectivo impugnado por la Dirección General de Empleo (SAN 13-06-2014, rec. 104/2014).

³²⁵ Como vemos, las secciones sindicales, que acrediten la mayoría de los representantes unitarios, tienen legitimación absoluta para negociar un convenio colectivo de empresa, fuere cual fuere su implantación en los centros de trabajo de la empresa. - Por el contrario, si se pretende negociar un convenio con los representantes unitarios, deberá acreditarse que dichos representantes representan a todos sus centros de trabajo, sin que sea posible que los representantes, elegidos en uno o varios centros de trabajo, representen a los centros de trabajo que no les han elegido, por cuanto la representatividad unitaria no se irradia desde un centro de trabajo a otro o a otros centros de trabajo, como hemos manifestado en múltiples sentencias, por todas SAN 29- 01-2014, proced. 431/2013; 5-02-2014, proced. 47/2013; 11-02-2014, proced.449/2013; 17-02-2014, proced. 470/2013 y 28-03- 2014, proced. 33/2014, aplicando, a estos efectos, los criterios seguidos por la jurisprudencia, por todas STS 7 de marzo de 2012, rec. 37/2011 (SAN 22-04-2014, rec. 41772013).

Ahora bien, aunque el art. 87.1 no distingue entre secciones de empresa o de centro de trabajo, cuyo despliegue corresponderá al derecho de autoorganización de los propios sindicatos³²⁶, parece razonable que, si las secciones sindicales pretenden negociar un convenio de empresa, su ámbito debería ser también empresarial. Cuando las secciones sindicales acrediten, en su conjunto, la mayoría de los representantes unitarios de la empresa, las secciones sindicales más representativas tendrán derecho a participar en la negociación del convenio de empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.2.b LOLS correspondiéndoles derecho a participar en la negociación del convenio, aunque no acrediten representantes unitarios, en cuyo caso les correspondería al menos un vocal en la comisión negociadora. También tendrán derecho las demás secciones sindicales, siempre que acrediten representantes unitarios en la proporción que les corresponda³²⁷, de manera que, si la representación acreditada es mínima, no se asegurará la participación en la comisión negociadora³²⁸.

Aunque el art. 87.1 ET legitima expresamente a las secciones sindicales, se ha admitido también la legitimación de los sindicatos, que acrediten las mayorías precisas, aunque no hayan constituido secciones sindicales³²⁹, habiéndose entendido que la negociación directa por el sindicato o indirecta a través de sus secciones sindicales es un problema de organización interna del sindicato³³⁰. Lo relevante, por tanto, es que la sección sindical o el sindicato, en su caso, acredite la mayoría de los representantes unitarios³³¹.

Especificidades de los convenios de grupo de empresas o empresas en red

Cuando se pretenda negociar un convenio de grupo de empresas, así como de empresa en red, vinculadas por razones organizativas o productivas y nominalmente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la misma que en los convenios sectoriales, tal y como venía admitiéndose anteriormente por la jurisprudencia³³². No obstante, el número máximo de componentes de la comisión negociadora será de 13, aunque no hay inconveniente para que negocie un número inferior, siempre que se respete la proporcionalidad de la representatividad³³³.

³²⁶ STS 18-07-2014, rec. 91/2013.

³²⁷ STS 19-11-2010, rec. 63/2010 y SAN 7-12-2013, proced. 467/2013

³²⁸ SAN 16-05-2014, rec. 500/2013.

³²⁹ STS 28-02-2000, rec. 2040/1999 y STS 16-09-2004, rec. 129/2003.

³³⁰ Jesús Mercader, Lecciones de Derecho del Trabajo, pág. 730.

³³¹ STS 27-10-2016, rec. 123/15, Roj: STS 4945/2016, confirma SAN 22-04-2014.

³³² STS 21-12-1999, rec. 4295/1998.

³³³ (STS 6-07-2016, rec. 288/15, Roj: STS 4130/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4130, confirma SAN 15-07-2015).

El art. 84.2 ET atribuye a los convenios de grupo de empresas o de empresas la misma prioridad aplicativa que el convenio de empresas, de manera que su negociación podrá promoverse en cualquier momento por los sujetos legitimados para ello, aunque estén en vigor uno o varios convenios de ámbito superior a la empresa, lo que obligará a la contraparte a negociar de buena fe, de conformidad con lo dispuesto en el art. 89.1 ET³³⁴, aunque la jurisprudencia ha admitido que se pacte en convenio sectorial que la estructura de la negociación colectiva en el sector de grandes almacenes quede integrada por esta unidad de negociación de ámbito estatal, con expresa exclusión de cualquier otra y en su caso por el desarrollo de la misma en el seno de cada empresa, con respeto en todo caso a la legislación vigente³³⁵. Cuando todas o algunas de las empresas del grupo regulen sus relaciones laborales mediante convenios de empresa que estén vigentes en el momento de la promoción de la negociación, podrán negarse a negociar el convenio de grupo hasta que los convenios de empresa no pierdan su vigencia, a tenor con el art. 89.1 ET³³⁶, aunque podría negociarse si hay acuerdo el convenio de grupo, cuya prioridad aplicativa quedaría suspendida hasta la pérdida de vigencia de los convenios concurrentes de ámbito superior en las materias tasadas en el art. 84.2 ET, salvo que las pactadas en el convenio de grupo fueran más beneficiosas³³⁷. En cualquier caso, la prioridad aplicativa se predica de los convenios de empresa, de grupo y de empresas en red, pero no de los convenios de ámbito inferior a la empresa³³⁸.

³³⁴ STS 8-07-2014, rec. 163/2013.

³³⁵ Admite como ajustado a derecho que se pacte en convenio sectorial, que al objeto de establecer para el ámbito de actuación del presente Convenio una estructura racional y homogénea, evitando los efectos de la desarticulación y dispersión, las partes legitimadas en el ámbito de aplicación del presente Convenio acuerdan que la estructura de la negociación colectiva en el sector de grandes almacenes quede integrada por esta unidad de negociación de ámbito estatal, con expresa exclusión de cualquier otra y en su caso por el desarrollo de la misma en el seno de cada empresa, con respeto en todo caso a la legislación vigente, por cuanto los convenios de ámbito estatal pueden ordenar la estructura de la negociación colectiva, así como por la prohibición de concurrencia de convenios, dada la finalidad perseguida, que es asegurar una estructura racional y homogénea de la negociación colectiva, evitando su desarticulación, teniéndose presente, en todo caso, que se somete el precepto a la legalidad vigente (STS 12-05-2015, rec. 153/14, casa parcialmente SAN 13-11-2013).

³³⁶ STS 18-02-2015, rec. 18/2014.

³³⁷ SAN 1-12-2014, proced. 259/2014.

³³⁸ STSJ Madrid 18-05-2015, rec. 197/2015.

Legitimación para negociar el convenio de grupo en representación de los trabajadores

Sindicatos

El art. 87.1 ET establece inequívocamente que la legitimación para negociar estos convenios en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado segundo del mismo artículo. Así pues, estarán legitimados para negociar estos convenios:

- a) Los sindicatos más representativos a nivel estatal, así como en sus respectivos ámbitos las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.
- b) Los sindicatos más representativos a nivel de CCAA respecto a los convenios de dicho ámbito, así como las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.
- c) Los sindicatos que cuenten con un 10% o más de los miembros de los comités y delegados de personal³³⁹.

De este modo, los sindicatos, que acrediten las representatividades expuestas, estarán legitimados para negociar colectivamente el convenio de grupo de empresas, correspondiendo a todos esos sindicatos el derecho a formar parte de la comisión negociadora en proporción a su representatividad³⁴⁰.

Secciones sindicales

Aunque el art. 87.2 ET se refiere a los sindicatos, no hay inconveniente para que la negociación se acometa por las secciones sindicales, que acrediten las mayorías exigidas por dicho precepto, siempre que los estatutos sindicales les habiliten para dicha negociación. En aquellos supuestos, en los que ya existan secciones ínter empresas, estarán legitimadas para negociar el convenio, siempre que acrediten las mayorías necesarias y lo permitan los estatutos del sindicato, como sucede en el convenio del Grupo TECNOCOM³⁴¹. En cualquier caso, la comisión negociadora deberá conformarse de modo proporcional a la representatividad de cada una de las secciones sindicales en el grupo de empresas³⁴².

Comités ínter empresas

Aun cuando en algún convenio colectivo se reconoce la legitimación del comité ínter empresas para negociar el convenio colectivo, como sucede con el

³³⁹ SAN 21-03-2012, proced. 28/2012.

³⁴⁰ SAN 26-04-2013, proced. 76/2013.

³⁴¹ BOE 28-06-2013.

³⁴² STS 19-11-2010, rec. 63/2010.

art. 47 del convenio del Grupo ZETA, es dudosa dicha competencia, por cuanto las reglas de legitimación para la negociación del convenio constituyen derecho necesario absoluto³⁴³ y es claro que la negociación de estos convenios solo puede realizarse por los sujetos referidos en el art. 87.2 ET, aunque podría salvarse, tal vez, cuando el comité inter empresas esté totalmente sindicalizado.

Legitimación para negociar el convenio de grupo en nombre de las empresas del grupo

Estarán legitimadas la totalidad de empresas del grupo mercantil o de las empresas en red, quienes podrán, de estimarlo oportuno, otorgar su representación a la empresa dominante, pero dicha representación debe cumplir todas las formalidades correspondientes, puesto que el control sobre sus políticas financieras o de explotación no comporta en absoluto la sustitución de su personalidad jurídica.

Causas de oposición a negociar el convenio de grupo

Si las empresas del grupo regulan sus relaciones laborales por convenios de ámbito superior a la empresa, no podrán negarse a negociar el convenio de grupo, aunque estén vigentes los convenios antes dichos, sobre las materias contenidas en el art. 84.2 ET, puesto que el convenio de grupo tiene prioridad aplicativa absoluta en dichas materias³⁴⁴. Por el contrario, si concurren convenios de empresa vigentes, podrán oponerse a la negociación del convenio de grupo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 84.1 y 89.1 ET.

Concurrencia de convenios

Jugará absolutamente la prohibición de concurrencia de convenios, regulada en el art. 84.1 ET, cuando haya convenios de empresa vigentes, en cuyo caso el convenio de grupo suspenderá sus efectos hasta que pierdan vigor los convenios de empresa³⁴⁵.

Prioridad aplicativa

En las materias tasadas en el art. 84.2 ET el convenio de grupo tendrá prioridad aplicativa absoluta con respecto a los convenios de ámbito superior a la empresa, pero no la tendrá en materias no listadas en dicho precepto³⁴⁶, si bien se ha defendido, en aplicación de lo dispuesto en el art. 3.5 ET, que se aplicará prioritariamente el convenio de empresa frente al superior, incluso en

³⁴³ STC 73/1984

³⁴⁴ SAN 29-11-2012, proced. 212/2012; STS 26-03-2014, rec. 129/2013; SAN 1-12-2014, proced.259/2014 y STSJ Navarra 30-07-2014, rec. 124/2014.

³⁴⁵ STS 13-11-2007, rec. 8/2007.

³⁴⁶ STS 8-07-2014, rec. 164/2013 y SAN 1-12-2014, proced. 259/2014.

materias no listadas en el art. 84.2 ET, cuando el primero sea más beneficioso que el segundo³⁴⁷.

Peculiaridades del convenio franja

Cuando se pretenda negociar un convenio franja, entendiéndose como tal aquel dirigido a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimados para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de una negociación personal, libre, directa y secreta, cuyas irregularidades deben impugnarse por sujetos colectivos y no por trabajadores individuales³⁴⁸. Se apuesta, por tanto, por las secciones sindicales, cuya representatividad no se medirá por los resultados en las elecciones sindicales, sino por la votación personal, libre, directa y secreta del colectivo afectado, quien decidirá qué secciones sindicales le representan, si bien, cuando haya más de una sección sindical, la comisión negociadora se conformará proporcionalmente al resultado de la votación³⁴⁹, de manera que, si se negocia un convenio con el sindicato más representativo en el colectivo de trabajadores afectados el convenio será extraestatutario³⁵⁰. Se ha defendido que dicha legitimación

³⁴⁷ SAN 1-12-2014, rec. 259/2014.

³⁴⁸ SAN 29-10-1998, proced. 25/1998.

³⁴⁹ Reclama un sindicato negociar un «convenio franja» que, afecta a todos los trabajadores de AENA con categoría de Controlador de Tránsito Aéreo (CTA), estimándose su pretensión, porque quienes han de negociar el convenio franja son los representantes sindicales de aquellos a quienes afecta, por ello, la negociación de un futuro convenio debe llevarse a cabo a través del trámite electoral que se configura en el artículo 87.1, concretamente en su párrafo cuarto, y el cuerpo electoral, para su elección, deben ser los trabajadores afectados por el convenio franja, entendiéndose que la comisión negociadora debe ajustarse proporcionalmente a los resultados, por lo que probado que el Sindicato accionante ostenta plena legitimidad porque había obtenido una amplia presencia en el proceso electoral (5,28% de los votos), habiendo obtenido más del 5% de los votos, parámetro establecido en el artículo 71.2 b) del ET que por analogía se puede aplicar a este supuesto al no establecer la norma que ha de entenderse por «secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente» (SAN 17-03-2014, proced. 38/2014, confirmada STS 26-11-2015, rec. 317/14).

³⁵⁰ Se impugnó un acuerdo alcanzado por la dirección de la empresa RENFE y el sindicato SEMAF, por considerar que, siendo un acuerdo de eficacia limitada, pretendía introducir una regulación de alcance general referida a formación de maquinistas y otras cuestiones como ordenación de turnos o movilidad del personal. La sentencia comentada, que confirma la estimatoria dictada por la Audiencia Nacional, y consiguientemente anulatoria del acuerdo, comienza confirmando la competencia de la AN por razón del ámbito territorial del conflicto; sigue declarando la adecuación del procedimiento de impugnación de convenios para atacar este acuerdo, y considerando suficientemente motivada la sentencia de instancia; aclara que el cauce para suplir una supuesta insuficiencia del relato fáctico ha de ser el motivo específico susceptible de articular en casación, y no el más drástico de la nulidad de actuaciones; y, respecto del fondo, confirma el efecto de nulidad de los pactos o cláusulas que sobrepasen el límite natural de la eficacia de los convenios extraestatutarios (STS 21-02-2006, rec. 88/2004).

se predica de las secciones sindicales y no de los sindicatos³⁵¹, aunque se ha admitido también para los sindicatos cuando se trate de empresas pluricelulares³⁵². Cuando la unidad negociadora del convenio franja ha perdido actualidad, cabe negociar un convenio de empresa, en el que participan también los representantes de la franja previa³⁵³.

Se ha admitido la negociación de convenios franja extraestatutarios, en cuyo caso no podrán negociar contenidos que tengan relevancia general, como podría ser la formación de los maquinistas³⁵⁴.

Legitimación para negociar convenios sectoriales

En los convenios colectivos sectoriales estarán legitimadas para negociar las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10% de los empresarios, en el sentido del art. 1.2 ET, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, siendo irrelevante que la asociación esté compuesta únicamente por empresas pertenecientes al mismo grupo cooperativo, por cuanto el art. 87.3.c ET no establece dicha limitación³⁵⁵, así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15 por ciento de los trabajadores afectados (art. 87.3.c ET). Se prima, de este modo, a las asociaciones patronales que proporcionen trabajo a un gran número de trabajadores, aunque no agrupen al 10% de las empresas del sector. Ahora bien, será ilegal incluir en el ámbito del convenio actividades nuevas, sin acreditar que se acredita la necesaria representatividad en dichos ámbitos³⁵⁶.

Así pues, la representación patronal si ha sufrido modificaciones importantes, para potenciar la legitimación negociadora de las asociaciones empresariales que cuenten con escasas empresas afiliadas siempre que éstas tengan muchos trabajadores, de manera que, donde antes se atribuía la representación a las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional

³⁵¹ SAN 16-04-1999, proced. 29/1999

³⁵² STS 28-02-2000, rec. 2040/1999.

³⁵³ STS 28-02-2015, rec. 332/14.

³⁵⁴ STS 21-02-2006, rec. 88/2004.

³⁵⁵ Se reclama por la asociación patronal actora se reconozca su derecho a participar en la comisión negociadora del XXI Convenio colectivo del sector de las entidades cooperativas de crédito, oponiéndose la asociación UNACC al considerar que todas las integrantes de la asociación actora forman parte del Grupo Cooperativo Cajamar, estimándose por la Sala la demanda pues considera que ni el hecho haber formalizado un grupo cooperativo, ni el hecho de constituir un SIP priva a cada una de las cooperativas de su carácter de empresa susceptible de ser considerada como tal de forma individual, ni consiguientemente de asociarse en una asociación empresarial (SAN 21-05-2015, proced. 95/2015). Dicha sentencia ha sido confirmada por STS 8-11-2016, rec. 259/15.

³⁵⁶ SAN 3-05-2016, proced. 69/16

del convenio cuenten con el 10% de los empresarios, en el sentido del Art. 1.2 de esta ley, y siempre que éstas dieran ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, ahora se reconoce legitimación a las asociaciones empresariales anteriores y, además, aquellas que en dicho ámbito den ocupación al 15 por 100 de los trabajadores afectados, por lo que se sobreprima a las asociaciones cuyas empresas tienen un mayor número de trabajadores que al de empresas, reclamado por los sindicatos en el borrador del frustrado acuerdo de negociación de 30-05-2011³⁵⁷, habiéndose validado la legitimación inicial de las asociaciones patronales, que acrediten un 15% de trabajadores³⁵⁸.

Deberá tenerse presente, en todo caso, que las asociaciones patronales, que acrediten un 15% de empresas y trabajadores en una comunidad autónoma, estarán legitimadas para negociar convenios colectivos de ámbito estatal, correspondiéndoles consiguientemente la carga de la prueba de dichos niveles de representatividad³⁵⁹.

No obstante, el legislador, consciente de las dificultades de las asociaciones empresariales para alcanzar la representatividad exigida por las reglas citadas, ha dispuesto también en el art. 87.3.c ET, que en aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, según lo previsto en el párrafo anterior, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores, de manera que ya no es exigible acreditar acumulativamente los porcentajes de representatividad de empresas y trabajadores, bastando acreditar uno u otro.

Por consiguiente, con la finalidad de promocionar la negociación colectiva sectorial, en aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con la suficiente representatividad -10% de empresas y 10% de trabajadores o, en su defecto, con el 15% de trabajadores- estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las

³⁵⁷ Castro Argüelles, M^a. A., Aranzadi.

³⁵⁸ STS 4-06-2014, rec. 111/2013

³⁵⁹ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE INICIATIVA SOCIAL: Impugnado un convenio colectivo, porque no se convocó a una asociación patronal más representativa de ámbito autonómico y porque las asociaciones patronales firmantes no tenían legitimación decisoria, se desestima la demanda, porque la demandante no probó, de ninguna manera, su mayor representatividad autonómica y se probó que las asociaciones patronales ostentaban la mayoría decisoria, porque así se pactó en conciliación ante la Sala, que despliega efectos de cosa juzgada (SAN 11-11-2013, proced. 298/2013).

asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores. Ahora bien, aunque estas asociaciones están legitimadas inicialmente para la negociación de convenios estatutarios, deberán acreditar, además, para que el convenio tenga naturaleza estatutaria, que proporcionan empleo a la mayoría de los trabajadores del sector, puesto que si no fuera así, no acreditarían la legitimación plena, exigida por el art. 88.2 ET, según la jurisprudencia³⁶⁰. Dicha tesis parece chocar con el párrafo tercero del art. 88.2 ET, que establece claramente una excepción a la regla, puesto que dispone que en aquellos sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma, disponiendo, a continuación que en aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones empresariales estatales o autonómicas referidas en el párrafo segundo del art. 87.3.c ET. Consiguientemente, si atendemos a la sistemática del precepto examinado, que establece una excepción a la regla ordinaria para la constitución de la comisión negociadora, que exige necesariamente que los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio, no parece congruente que se exija, en estos supuestos, la legitimación plena en las mismas condiciones que la regla general.

Así pues, cuando se acredita que las dos patronales firmantes acreditaban legitimación inicial, acreditando una de ellas legitimación plena, se valida la legalidad del convenio³⁶¹. Aunque las legitimaciones negociales deben acreditarse al conformarse la comisión negociadora, el reconocimiento mutuo de las partes activa la presunción de concurrencia de legitimaciones, que deberá ser destruida por quien las cuestione³⁶². Dicha presunción no se destruye, cuando el demandante no acredita tampoco que la inclusión de un subsector en el convenio pugne con la homogeneidad del ámbito funcional del convenio³⁶³.

³⁶⁰ STS 4-06-2014, rec. 111/2013, casa SAN 27-11-2012.

³⁶¹ STS 16-03-2017, rec. 83/16, confirma SAN 17-12-2015.

³⁶² SAN 15-03-2017, proced. 349/16, ROJ: SAN 1163/2017.

³⁶³ STS 27-04-2017, rec. 174/16, confirma SAN 3-05-2016.

Cuando se cuestione por la Autoridad Laboral la representatividad de los negociadores, alcanzándose acuerdo en conciliación judicial, por el que se decidió someter a arbitraje la representatividad, concluyéndose por el árbitro que ninguna de las partes acreditó las legitimaciones exigibles, confirmándose el laudo en sede judicial³⁶⁴, es claro que no concurrían las legitimaciones exigidas, estimándose, al respecto, los efectos positivos de la cosa juzgada³⁶⁵.

La legitimación sindical

Se mantiene la legitimación de los sindicatos más representativos de ámbito estatal y autonómico en sus ámbitos respectivos, así como los sindicatos representativos en el sector de que se trate, que les obligará a acreditar un 10% de los representantes unitarios³⁶⁶. Asimismo estarán legitimados en los convenios de ámbito estatal los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más representativos conforme a lo previsto en el art. 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y las asociaciones empresariales de la Comunidad Autónoma que reúnan los requisitos señalados en la disposición adicional sexta ET. La legitimación para negociar deberá acreditarse, en todo caso, al iniciarse la negociación del convenio³⁶⁷ y si se excluye a un sindicato legitimado para la negociación, la consecuencia será necesariamente la nulidad del convenio³⁶⁸, puesto que constituiría, además, vulneración de su derecho a la libertad sindical³⁶⁹.

Deberá tenerse presente, en todo caso, que la presunción de legitimidad, otorgada por el reconocimiento mutuo de la contraparte, no será operativa en aquellos supuestos en los que la Autoridad laboral, en uso de sus potestades, concluya que las partes negociadoras no están legitimadas, en cuyo caso corresponderá a dichas partes acreditar que ostentan las legitimaciones previstas en los arts. 87, 88 y 89 ET³⁷⁰. Caso contrario, si la Autoridad Laboral no cuestiona

³⁶⁴ SAN 29-06-2015, proced. 125/15, confirmada por STS 15-12-2016, rec. 263/16.

³⁶⁵ SAN 12-05-2017, proced. 121/14, ROJ: SAN 1818/2017.

³⁶⁶ TS 11-04-2011, rec. 151/2010, confirma SAN 14-junio-2010 (autos 79/2010); SAN 4-02-2016, proced. 357/2015; SAN 28-04-2016, proced. 67/14 y STS 10-05-2016, rec. 164/16, Roj: STS 2741/2016, confirma SAN 25-02-2015.

³⁶⁷ SAN 12-07-2013, proced. 184/2013.

³⁶⁸ STS 28-06-2012, rec. 81/2011.

³⁶⁹ Reclamándose por el sindicato demandante su derecho a participar en la comisión negociadora del convenio sectorial con un representante de seis, se estima dicha pretensión, por cuanto dicho sindicato acreditó, al iniciarse el período de negociación, una representatividad superior al 10% en el ámbito del convenio, por lo que ostentaba legitimación inicial. Se anulan los acuerdos, tomados por la comisión sin la participación de un sujeto legitimado, por cuanto su exclusión vulneró su derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional a la negociación colectiva, garantizada por la CE, así como por la LOLS y el ET (SAN 30-04-2014, proced. 67/2014).

³⁷⁰ La presunción de legitimación suficiente de los negociadores del convenio, predicada por

la representatividad de los negociadores, se activa la presunción de representatividad, cuando se admite por los otros interlocutores en la negociación correspondiente³⁷¹. Ahora bien, la presunción de legitimación no puede convertirse en patente de corso para ampliar ilimitadamente el ámbito funcional del convenio, sin hacer el mínimo esfuerzo para acreditar la homogeneidad funcional de los nuevos sectores, que se pretenda incluir, así como la representatividad de los negociadores³⁷². En cualquier caso, si se acredita que el sindicato no ostenta el 10% de representantes unitarios del sector de Banca, no ostenta legitimación para negociar³⁷³, siendo irrelevante que parte de los representantes unitarios computados no representes a trabajadores afectados por el convenio, porque lo importante es acreditar que se ostenta positivamente el 10% de los representantes unitarios de los trabajadores afectados³⁷⁴.

Legitimación para negociar acuerdos interprofesionales

Corresponde a los acuerdos interprofesionales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 83.2 ET, definir la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito³⁷⁵. No obstante, estas cláusulas podrán pactarse también en convenios o acuerdos colectivos de ámbito estatal o autonómico, siempre que sus negociadores cuenten con las legitimaciones exigidas por el ET, quienes podrán pactar también acuerdos sobre materias concretas, sometidas, al igual que los acuerdos interprofesionales, al mismo régimen de los convenios colectivos,

la jurisprudencia, es aplicable cuando se cuestiona por otros sujetos negociadores, pero no se activa cuando es la Autoridad laboral, quien cuestiona dicha legitimación, porque es a la Autoridad laboral quien corresponde el control de legalidad de los convenios, de manera que, si la Autoridad laboral afirma que los negociadores no ostentan la legitimación legal, corresponde probar a éstos que si la tenían (STS 3-07-2012, rec. 83/2011).

³⁷¹ STS 19-07-2012, rec. 191/2011, confirma SAN 13-05-2011 y STS 24-06-2014, rec. 225/2013.

³⁷² Impugnado parcialmente un convenio colectivo, porque incluyó en su ámbito actividades náutico- deportivas y puertos deportivos, se desestima la excepción de falta de legitimación activa de las Federaciones demandantes, por cuanto se acreditó interés legítimo en el control de legalidad del convenio. Se estiman las demandas acumuladas, porque se acreditó cumplidamente que la patronal firmante del convenio no acreditaba las legitimaciones, exigidas legalmente, para ampliar el ámbito funcional del convenio a unas actividades en las que no tenía ninguna representación, no probándose tampoco que tuviera una mayoría suficiente, como para asegurar su legitimación plena, aunque no se representara a ninguna empresa de las actividades antes dichas. Se entiende también que las actividades controvertidas no son homogéneas con las reguladas principalmente por el convenio, como demuestra la insuficiente regulación de los grupos y niveles profesionales, relacionados con las mismas (SAN 11-09-2015, proced. 177/2015).

³⁷³ STS 16-05-2017, rec. 159716, confirma SAN 4-02-2016.

³⁷⁴ STS 21-06-2017, rec. 136/16.

³⁷⁵ SAN 5-12-2003, proced. 157/2003.

en cuyo caso serán vinculantes para los afectados por sus ámbitos funcionales y personales³⁷⁶, salvo que las materias tratadas tengan naturaleza obligacional, en cuyo caso no serán exigibles legalmente más que a sus firmantes³⁷⁷. Se ha entendido, en todo caso, que los sujetos legitimados, que no firmaron estos acuerdos, no tendrán derecho a participar en su comisión paritaria, salvo que la misma acometa tareas negociadoras³⁷⁸, siendo irrelevante, que se firmara el convenio, cuando no se firmó su prórroga³⁷⁹. Corresponde a la comisión paritaria la interpretación y administración del convenio y sus resoluciones tendrán el mismo valor que el convenio colectivo³⁸⁰.

Estarán legitimadas las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito. No obstante, estas cláusulas podrán igualmente pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en el ET. Dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere

³⁷⁶ Impugnándose varios preceptos de un convenio colectivo estatutario, por contravención de la legalidad, se estima la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, porque los negociadores del convenio se sometieron expresamente al ASAC, donde se prevé que los conflictos de impugnación de convenios deben someterse previamente a los procedimientos regulados en el propio acuerdo, lo que no se efectuó por la patronal demandante (SAN 17-01-2013, proced. 293/2013).

³⁷⁷ Las propuestas sobre incrementos salariales contempladas en el Acuerdo suscrito el 25-1-12 por CEOE y CEYME con CCOO y UGT, de conformidad con lo dispuesto en el art. 83.2 ET (BOE 6-2-12), tienen naturaleza obligacional y carácter no vinculante para los sujetos negociadores en los distintos ámbitos, como se deduce de que no aparezcan enunciadas en forma imperativa sino condicional, salvando además expresamente a los Convenios Colectivos que tengan negociadas cláusulas de actualización salarial vigentes cuando señala: “Respetando la autonomía de las partes, para aquellos convenios colectivos que tengan negociadas cláusulas de actualización salarial vigentes que afecten al crecimiento salarial de los tres próximos años, los firmantes del presente acuerdo, proponen a los negociadores tener en cuenta la incidencia de estas cláusulas sobre el crecimiento salarial total de forma que esté en línea con el objetivo de moderación salarial del presente acuerdo”. Consiguientemente, la patronal firmante de un convenio sectorial provincial no puede ampararse en el referido Acuerdo estatal para dejar de aplicar los incrementos salariales anuales pactados en un convenio suscrito con anterioridad a la firma del AENC (STSJ Comunidad Valenciana 12-03-2013, rec. 177/2013).

³⁷⁸ SAN 19-05-2004, proced. 200/2013.

³⁷⁹ SAN 17-11-2016, proced. 275/16.

³⁸⁰ (STS 21-06-2016, rec. 284/15, Roj: STS 3939/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3939, confirma SAN 9-07-2015).

el apartado segundo del art. 83 ET, tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos.

Consiguientemente, el presupuesto constitutivo para la validez de los Acuerdos Interprofesionales, es que cumplan los requisitos de legitimación exigidos en el ET, lo cual comporta necesariamente que cualquier sujeto con legitimación inicial suficiente tiene derecho a formar parte de la comisión negociadora, provocando la nulidad cuando se le excluya³⁸¹, lo que no será exigible, cuando el acuerdo en cuestión tenga naturaleza extraestatutaria³⁸². Los acuerdos de sus comisiones de seguimiento, que comporten negociación, deberán asegurar los requisitos de legitimación³⁸³.

Promoción del derecho a la negociación colectiva

La legitimación, para denunciar el convenio, corresponde a los sujetos con legitimación inicial, aunque la renegociación del convenio exigía acreditar también la legitimación plena³⁸⁴. Como no podría ser de otro modo, se reitera que sindicato, federación o confederación sindical (STS 13-07-2010, rec. 17/2010), y toda asociación empresarial (STS 13-07-2010, rec. 112/08), que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora, mientras que la exclusión de sindicatos (STS 19-11-2010, rec. 572010), o asociaciones empresariales (STS 21-10-2010, rec. 56/2010) sin legitimación suficiente no lesiona su derecho a la negociación colectiva. Por el contrario, si se excluye de la comisión negociadora a un sujeto legitimado su composición no se ajustará a derecho, en cuyo caso el convenio, pactado por la comisión ilegal, será también nulo³⁸⁵, aunque la ilegalidad de excluir a sujetos legitimados, no comporta la obligación de convocarlos a la negociación por los demás sujetos legitimados³⁸⁶. La acreditación de la legitimación inicial y plena deberá probarse en el momento del inicio de la negociación³⁸⁷, en cuyo caso se mantendrá así durante todo el proceso negociador³⁸⁸, de manera que, si se promovió primero la negociación de un convenio de empresa por los sindicatos mayoritarios, no habrá prioridad para negociar previamente un convenio de ámbito autonómico³⁸⁹. Si en los acuerdos

³⁸¹ STS 22-10-2013, rec. 110/2012.

³⁸² STS 8-02-2012, rec. 214/2010.

³⁸³ STS 19-02-2013, rec. 148/2011.

³⁸⁴ STS 2-12-2016, rec. 14/16, Roj: STS 5619/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5619.

³⁸⁵ Anulada la composición de la comisión negociadora del convenio mediante sentencia firme, porque se excluyó a un sindicato legitimado inicialmente, el convenio suscrito por la comisión, que excluyó al sindicato reiterado, es nulo a todos los efectos (STS 28-06-2012, rec. 81/2011).

³⁸⁶ SAN 25-04-2013, proced. 33/2013, confirmada por STS 25-11-2014, rec. 63/2014.

³⁸⁷ STS 3-02-2015, rec. 20/2014.

³⁸⁸ STSJ Castilla la Mancha 8-05-2015, rec. 19/2014.

³⁸⁹ SAN 28-09-2011, proced. 117/2011.

de fusión, se convino negociar un convenio para todas las empresas fusionadas, siendo dicho ámbito el natural y propio de la empresa, la comisión negociadora deberá ajustarse al nuevo ámbito, aunque se hubiera pretendido negociar antes un convenio cuyo ámbito era de comunidad autónoma, porque el registro de la denuncia del convenio ante la Autoridad Laboral no es determinante a estos efectos, habiéndose acreditado, por otra parte, que los sindicatos promotores de la negociación a nivel de empresa lo hicieron con anterioridad³⁹⁰.

Conviene precisar aquí, que el art. 84.2 ET permite negociar un convenio de empresa, grupo de empresas o empresas en red durante la vigencia de convenios de ámbito superior, por cuanto el convenio de empresa, grupo de empresas o empresas en red tiene prioridad aplicativa sobre el convenio superior concurrente en las materias tasadas en el precepto antes dicho. En cualquier caso, si el convenio de los ámbitos reiterados fuera más beneficioso en otras materias que el de ámbito superior, sería aplicable también³⁹¹. Caso contrario, si el convenio de ámbito superior regula aspectos no listados en el art. 84.2 ET, la consecuencia sería la suspensión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa hasta la pérdida de vigencia del convenio de ámbito superior³⁹².

La comisión negociadora

El reparto de los miembros de la comisión negociadora se hará *en proporción a su representación* en relación al número de miembros, que no podrá exceder de trece en los convenios de empresa y de quince en los convenios de ámbito superior, aunque nada impide que el número sea inferior, si así lo deciden los sujetos legitimados³⁹³, positivizándose, de este modo, la ausencia de regulación legal, de manera que la mesa social de la comisión negociadora debe asegurar la presencia de los sindicatos más representativos estatales y de CCAA, quienes deberán acreditar dicha condición³⁹⁴, sea cual fuere su representatividad en el sector, repartiéndose proporcionalmente a la representatividad en el sector las restantes vocalías conforme al sistema de restos³⁹⁵. Las legitimaciones exigibles deberán acreditarse al constituirse la comisión negociadora³⁹⁶, de manera que será exigible acreditar en ese momento tanto la legitimación inicial, como la legitimación plena³⁹⁷, puesto que la representatividad debe acreditarse cuando se

³⁹⁰ SAN 29-01-2013, proced. 218/2013.

³⁹¹ SAN 1-12-2014, rec. 259/2014.

³⁹² STS 13-11-2007, rec. 8/2007.

³⁹³ STSJ Madrid 20-07-2012, rec. 3607/2012.

³⁹⁴ SAN 11-11-2013, proced. 298/2013.

³⁹⁵ TS 11-04-2011, rec. 151/2010, confirma SAN 14-junio-2010 (autos 79/2010).

³⁹⁶ STS 22-12-2008, RJ 2008\7172.

³⁹⁷ STS 26-10-2014, rec. 267/2013, confirma SAN 25-04-2013 y STS 3-02-2015, rec. 20/2014, confirma SAN 31-05-2013

inicia la negociación de un convenio colectivo, sin que quepa admitir dicha representatividad por el hecho de que se hubiera tenido aquélla en otros anteriores y con ámbitos funcionales no enteramente coincidentes con el sector estatal del presente convenio³⁹⁸.

En cualquier caso, es necesaria la existencia de una comisión negociadora, que reúna los requisitos del art. 88.2 ET, sin que quepa una negociación global con todos los representantes unitarios de la empresa de varios centros de trabajo, aunque hubiera centros sin representación³⁹⁹, ni cabe tampoco negociar un convenio de empresa con representantes ad hoc⁴⁰⁰. Cuando se negocie convenio de empresa, si las secciones sindicales decidan no acometer la negociación y no hay comité intercentros, deberían negociar todos los representantes unitarios, quienes deberán conformar la comisión negociadora con arreglo a criterios proporcionales⁴⁰¹.

Se mantienen los requisitos previos, para acreditar la legitimación plena, que exigen para que la comisión negociadora esté válidamente constituida que los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio⁴⁰². Se ha validado, que la composición de la bancada empresarial no tiene que estar constituida por quince miembros, cuando negocia únicamente una asociación patronal, quien delega en algunos de sus cargos⁴⁰³, admitiéndose también que cada sección sindical esté representada por un solo miembro, siempre que se pondere el voto de cada una en función de su representatividad⁴⁰⁴.

En cualquier caso, el reconocimiento de los demás interlocutores de la comisión negociadora activa una presunción de representatividad suficiente, que debe destruirse por quien niegue dicha representatividad⁴⁰⁵.

³⁹⁸ STS 15-12-2016, rec. 264/15, confirma SAN 29-06-2015.

³⁹⁹ SAN 28-03-2014, proced. 33/2014).

⁴⁰⁰ STSJ Canarias 31-07-2014, rec. 9/2014.

⁴⁰¹ STS 16-09-2015, rec. 139/2014, confirma SAN 20-03-2014.

⁴⁰² STS 5-11-2002, RJ 2003\759; 17-01-2006, RJ 2006\3000 y 22-12-2008, RJ 2008\7172.

⁴⁰³ SAN 31-05-201, proced. 140/2013.

⁴⁰⁴ STS 23-01-2012, rec. 220/2010.

⁴⁰⁵ Solicitada la nulidad de la composición de la comisión negociadora de un convenio sectorial, porque se excluyó a una asociación patronal, que firmó convenios anteriores, cuya legitimación inicial se reconoció en la reunión inicial de la comisión negociadora, se desestima dicha pretensión, porque se probó que el reconocimiento inicial fue provisional y quedó condicionado a acreditar la representatividad en la reunión siguiente, mediante la presentación de los TC2 de Mayo de 2013, sin que la demandante cumpliera dicha condición. Por lo demás, reconocida la representa-

Si constituye una novedad importante, orientada a promocionar la negociación, que en los sectores, denominados “virginales” por Sempere, en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma. Del mismo modo, cuando no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones empresariales estatales o autonómicas referidas en el párrafo segundo del artículo 87.3.c)⁴⁰⁶. En ambos casos, el reparto de los miembros de la comisión negociadora se efectuará en proporción a la representatividad que ostenten las organizaciones sindicales o empresariales en el ámbito territorial de la negociación, lo que ha dado en denominarse “representación virtual” (Desdentado).

La designación de los componentes de la comisión corresponderá a las partes negociadoras, siendo este el momento más delicado de la negociación, puesto que es entonces cuando corresponde acreditar las legitimaciones exigibles⁴⁰⁷, sin que vulnere la libertad sindical la exclusión de un sindicato que no acredite el 10% de la representatividad de la comisión negociadora del convenio sectorial⁴⁰⁸. Una vez constituida la mesa, sus componentes mutuo acuerdo podrán designar un presidente y contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores, que intervendrán, igual que el presidente, con voz pero sin voto. Parece claro, por tanto, que la designación deberá realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad, lo que ha sido fuente de conflictividad, si no se resuelve definitivamente el cálculo de los representados, lo cual exigirá identificar, conforme a la DA 2ª.1.c RDL 7/2011, vías adicionales de conocimiento, distintas de las hojas estadísticas de los convenios colectivos, que permitan obtener información completa y rigurosa de los contenidos de la negociación colectiva, lo que deberá hacerse antes del 31-12-2011, que se resolverá satisfactoriamente, si se considera como dato de cumpli-

tividad de las patronales por los interlocutores sociales, se activa la presunción de legitimación, que no ha sido destruida por la demandante (SAN 31-01-2014, proced. 437/2013).

⁴⁰⁶ Reclamándose se dicte sentencia mediante la que se declare que una asociación patronal con legitimación inicial no tiene, sin embargo, legitimación plena para constituir por sí misma la comisión negociadora, dado que sus empresas no dan empleo a la mayoría de los trabajadores del sector, se desestima la demanda, porque el art. 88.2 ET (2) admite, como excepción, que una asociación empresarial con legitimación inicial constituya la comisión negociadora si no existen asociaciones con suficiente representatividad como para tener legitimación plena (SAN 27-11-2012, rec. 245/2012).

⁴⁰⁷ STS 3-12-2009, RJ 2009\8038; 1-03-2010, RJ 2010\1478; 21-01-2010, RJ 2010\3115 y STS 25-11-2014, rec. 63/2014; STS 16-05-2017, rec. 129/16, confirma SAN 4-02-2016.

⁴⁰⁸ STS 21-06-2017, rec. 136/2016

mentación obligatoria el código del convenio colectivo aplicable en la empresa en los documentos de cotización que mensualmente deben elaborar y remitir las empresas a la Tesorería General de la Seguridad Social, aunque podrían haberse utilizado otras fórmulas, como la obligación de fijar en el boletín de afiliación a la Seguridad Social el convenio aplicable al trabajador⁴⁰⁹. Ninguna de esas medidas se ha cumplimentado por el legislador, por lo que continúa existiendo una cierta oscuridad en la representatividad de las asociaciones patronales.

En los convenios sectoriales el número de miembros en representación de cada parte no excederá de quince. En el resto de los convenios no se superará el número de trece, habiéndose entendido por la jurisprudencia, que acreditadas las legitimaciones de los negociadores, la composición les corresponde a éstos⁴¹⁰.

La composición de la comisión negociadora deberá ajustarse proporcionalmente en cada representación, adjudicándose los puestos por el sistema de restos⁴¹¹. Se ha admitido, en cualquier caso, que la comisión negociadora delegue en comisiones específicas para desbrozar la negociación, siempre que la decisión final corresponda a la comisión legitimada⁴¹², manteniéndose, de este modo, la necesidad de que la negociación en la comisión negociadora sea real y no formal⁴¹³.

⁴⁰⁹ Jesús R. Mercader Uguina, *Lecciones de Derecho del Trabajo*

⁴¹⁰ STS 6-04-2017, rec. 152/16, confirma SAN 7-03-2016.

⁴¹¹ Impugnada la comisión negociadora del convenio, se estima la demanda, porque se acreditó que el resto del sindicato demandante es superior al resto de otro sindicato, al que se adjudicó un representante, siendo irrelevante el número de trabajadores, que represente cada órgano unitario, por cuanto la proporcionalidad en la representación de la comisión negociadora del convenio de empresa se predica del número de representantes elegidos y no por el número de trabajadores a quienes representen (SAN 17-12-2013, proced. 467/2013).

⁴¹² Impugnados los acuerdos alcanzados en la comisión paritaria permanente establecida en el convenio colectivo de TELEFÓNICA por pretendida vulneración de los derechos fundamentales de libertad sindical y negociación colectiva, se desestima la demanda pues de lo actuado se aprecia que los sindicatos demandantes a través de su presencia en el comité intercentros participaron en el proceso de negociación de estos acuerdos fijado en el convenio y que no es cuestionado, entendiéndose razonable que en negociaciones complejas el comité intercentros encomiende a representaciones reducidas del mismo el desbroce de la negociación, siempre que el comité intercentros tenga información, que permita debatir y acordar, lo cual sucedió aquí. Se acumula demanda que impugna uno de dichos acuerdos por considerar que vulnera disposiciones legales en materia de jornada, pretensión que asimismo resulta desestimada por no contravenir lo convenido ninguna norma de rango legal de obligada observancia (SAN 9-09-2014, proced. 78/2014).

⁴¹³ Impugnado un convenio colectivo, porque los firmantes se reservaron la participación en comisiones, a las que se concedieron funciones negociadoras, aunque luego tuvieran que aprobarse en la comisión negociadora del convenio, incluyendo entonces a los sindicatos legitimados no firmantes, se desestima la falta de litisconsorcio pasivo necesario del comité intercentros, por cuanto no negoció el convenio y no tiene por qué ser demandado. Se sintetiza la jurisprudencia sobre el papel de las comisiones reservadas a firmantes, que solo pueden tratar los aspectos interpretativos o aplicativos del convenio, pero nunca aspectos reservados a la negociación colectiva, aunque luego

La decisión final deberá asegurar, en todo caso, el voto favorable de ambas representaciones, quienes deberán acreditar la legitimación inicial y deliberativa⁴¹⁴, correspondiendo acreditar, a quien niegue dicho apoyo, que no se votó por los representantes necesarios⁴¹⁵. Se ha debatido si es válido un acuerdo, suscrito por la mayoría de la comisión negociadora, compuesta por secciones sindicales, cuando se dividen las posturas de una de ellas y el voto favorable se hace contra el criterio del sindicato, concluyéndose que es válida, por cuanto el art. 89.3 ET establece que las decisiones exigirán el voto favorable⁴¹⁶ de cada una de ambas representaciones⁴¹⁷, lo cual significa que la mayoría de la representación social debe aprobar el convenio⁴¹⁸, aunque se trata de un criterio discutible, puesto que los miembros de la comisión negociadora, que actúan en nombre de las secciones sindicales, han sido nombrados por éstas con arreglo a sus propios estatutos, conforme a lo dispuesto en el art. 4.2 LOLS, de manera que su representatividad no es directa, puesto que está intermediada por la sección, siendo razonable, por consiguiente, que se someta al criterio mayoritario de la sección.

Se ha validado, si bien de modo excepcional, que el convenio de empresa se negociara con una comisión híbrida, compuesta por los representantes unitarios y un delegado sindical, puesto que los primeros tenían la mayoría necesaria y no se probó que la presencia del delegado sindical alterase la negociación⁴¹⁹. Destacar finalmente, que la sección sindical, que acredite la mayoría de los representantes

se aprueben formalmente por la comisión negociadora, quien se limita, de este modo, a ratificar pero no a negociar y se confirma la sentencia recurrida, que anuló los artículos que regulaban dichas comisiones (STS 3-02-2015, rec. 64/2014, confirma SAN 30-09-2013)

⁴¹⁴ STS 25-01-2017, rec. 40/16.

⁴¹⁵ El TS confirma la validez de la negociación del IV Convenio Colectivo Estatal para la Madera, ante la falta de prueba por la parte empresarial en relación a la falta del “quórum” necesario y mayoría exigida legalmente. Es necesario desvirtuar las presunciones que se derivan de los reconocimientos mutuos por parte de todos los interlocutores, sindicales y patronales, tanto en relación con la legitimación inicial como respecto a la exigible a la mesa o comisión negociadora (STS 3-02-2015, rec. 20/2014, confirma SAN 31-05-2013).

⁴¹⁶ STSJ Comunidad Valenciana 20-12-2012, proced. 23/2012.

⁴¹⁷ Desestima el TS el rec. de casación formulado por el sindicato accionante contra sentencia que rechazó la demanda de impugnación de convenio colectivo formulada frente a las centrales nucleares demandadas. Considera la Sala que el texto impugnado fue aprobado por la mayoría de la representación social, siendo indudable la validez de lo acordado, aunque el sindicato demandante hubiera manifestado su disconformidad, al cumplirse los requisitos exigidos para la validez del convenio colectivo que, en ningún caso, exige el voto unánime de las representaciones que integran la mesa negociadora, sino la mayoría de cada uno de los bancos que la integran (STS 22-09-2010, rec. 226/2009).

⁴¹⁸ STS 22-09-2010, rec. 226/2009.

⁴¹⁹ SAN 1-12-2014, proced. 259/2014.

de los trabajadores, está legitimada también para suscribir acuerdos parciales durante la negociación del convenio⁴²⁰.

La nueva regulación del contenido mínimo de los convenios

La Ley 3/2012, de seis de julio, ha eliminado radicalmente la reforma del art. 85.3.d ET, impulsada por el RDL 7/2011, de manera que en su nueva versión se limita a establecer que constituirá contenido mínimo del convenio la forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia, porque la nueva regulación de la ultractividad, junto con la complejidad de la regulación precedente, la hace innecesaria⁴²¹.

Desaparecen, del mismo modo, las importantes funciones, encomendadas por el RDL 7/2011 a las comisiones paritarias, que volverán a desempeñar sus funciones clásicas, como son el estudio⁴²², la interpretación y administración del convenio, lo que justificará sobradamente la exclusión de los sindicatos no firmantes⁴²³, salvo que desempeñen funciones negociadoras⁴²⁴. Si sucediera lo contrario y se excediera los límites aplicativos o interpretativos de la comisión paritaria, deberían integrarse los sujetos legitimados para negociar⁴²⁵.

Finalmente la Ley 3/2012, de seis de julio, causada en el RDL 3/2012 hace desaparecer del contenido mínimo del convenio la distribución irregular de jornada, como medida de flexibilidad interna, porque la traslada, por razones sistemáticas al art. 34.2 ET, donde se prevé que en defecto de pacto la empresa podrá distribuir el 10% de la jornada anual de manera irregular, habiéndose entendido que la expresión “en defecto de pacto”, contenida en dicho precepto comporta que la disposición del empresario del mencionado 10% solo sería viable cuando no se haya regulado convencionalmente sobre la materia, debiendo recordarse que el AENC II prevé en su apartado de flexibilidad ordinaria una distribución irregular del 10% de la jornada ordinaria anual, así como una bolsa de cinco días o 40 horas anuales en las que el empresario podrá alterar la distribución de la jornada en el calendario de la empresa, acreditando, de este modo, que la negociación colectiva al máximo nivel no ha sido insensible a las necesidades de adaptabilidad de las empresas, apostando decididamente por la flexibilidad interna⁴²⁶.

Parece claro, por tanto, que el legislador ha impulsado su propio modelo de negociación colectiva, sin tener en cuenta las grandes aportaciones de la

⁴²⁰ SAN 24-09-2015, rec. 172/2015.

⁴²¹ Jesús Mercader Uguina, obra citada.

⁴²² SAN 28-06-2013, proced. 202/2013.

⁴²³ SAN 22-12-2011, proce. 228/2011.

⁴²⁴ SAN 26-09-2011, proce. 152/2011, ROJ 4215/2011.

⁴²⁵ STS 5-06-2013, rec. 2/2012.

⁴²⁶ 18-01-2011, rec. 96/2010.

propia negociación colectiva general, para promocionar la adaptabilidad de las empresas, lo que afectará a la estabilidad de una negociación colectiva, que ha contribuido históricamente a la ordenación del mercado de trabajo, mediante la mejora de las condiciones de los trabajadores, así como al aseguramiento de la concurrencia leal entre empresas, mediante el desplazamiento de la competitividad a campos como la formación, la inversión, la innovación y la eficiencia del servicio⁴²⁷, buscando, al parecer, promocionar esencialmente la competitividad y la productividad empresarial en el ámbito de las relaciones laborales.

Aspectos conflictivos en la negociación colectiva y su tratamiento en la jurisprudencia y en la doctrina judicial. Principio de jerarquía normativa

La jurisprudencia se ha ocupado reiteradamente de la inaplicación del convenio como consecuencia de la entrada en vigor del RDL 20/2012, concluyéndose que dicha inaplicación se ajusta a derecho en aplicación del principio de jerarquía normativa⁴²⁸, sin que dicha limitación alcance a las retribuciones devengadas con anterioridad a la vigencia de la norma⁴²⁹, aclarándose, en todo caso, que dichas medidas afectaban a las AAPP pero no a las Mutuas, en lo que afecta a los complementos de incapacidad temporal⁴³⁰. Se ha admitido, así mismo, la inaplicación de la retribución convencional, cuando así lo disponían las leyes autonómicas, aplicando, del mismo modo, el principio de jerarquía normativa⁴³¹, si bien dicha inaplicación debe someterse a la negociación colectiva, cuando lo dispone así la norma autonómica⁴³². Se ha admitido también, interpretando el alcance de la cláusula del convenio del sector que establece la equiparación del personal de contrata con los empleados públicos, de manera que, a los efectos de la recuperación de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 de los empleados públicos, condenándose a la empresa para la que se prestan servicios en el momento de la equiparación salarial positiva (2015), puesto que si les fue aplicable la reducción en su momento, les es aplicable también la equiparación al sector público, cuando ésta se produce⁴³³.

⁴²⁷ Casas; Rodríguez Piñero y Valdés, obra citada.

⁴²⁸ STS 14-03-2017, rec. 299/14.

⁴²⁹ SSTS de 9 diciembre 2015 (rec. 12/2015), 16 diciembre 2015 (rec. 13/2015), 17 diciembre 2015 (rec. 22/2015) la STS nº 20/2016, de 20 de enero (rec. 220/2014) y STS nº 29/2016, de 21 de enero (recurso 277/2013) (STS 14-03-2017, rec. 140/16, confirma SAN 15-03-2016); STS 6-04-2017, rec. 118/16, Roj: STS 1619/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1619

⁴³⁰ STS 15-03-2017, rec. 159/16, Roj: STS 1174/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1174, confirma SAN 22-03-2016

⁴³¹ STS 6 Y 10-2016, rec. 29/13 y 26/13; STS 12-01-2017, rec. 50/16, Roj: STS 801/2017 - ECLI:ES:TS:2017:801

⁴³² STS 25-04-2017, rec. 198/16.

⁴³³ STS 4-04-2017, rec. 13/16, Roj: STS 1543/2017 - ECLI:ES:TS:2017:154.

Aplicación del convenio

Se aplica el convenio colectivo propio de los Centros Especiales de Empleo, que no el sectorial de limpieza, pese a que la jurisprudencia sostenga lo contrario en materia de sucesión de contratos, tras resumir y sistematizar doctrina de la Sala sobre el particular y aplica doctrina⁴³⁴

Control de legalidad del convenio Salud laboral

Se ha anulado parcialmente convenio de empresa, que obligaba a los trabajadores a limpiar toda su ropa de trabajo, entendiéndose que no cabe hacerlo así, cuando se produce la presencia de fluidos biológicos en la ropa, o salvo la imposibilidad por parte de la evaluación de riesgos de excluir la presencia de agentes biológicos peligrosos, conforme a los grupos 3 y 4 de clasificación, en la ropa del trabajador susceptibles de provocar contagio de enfermedades graves⁴³⁵.

Contratación y jornada extraordinaria

Se ha anulado la cláusula convencional, que omitía la identificación de las causas de eventualidad en los contratos eventuales, porque dicha identificación es el presupuesto de su causalidad, aunque se ha admitido que sea el empleador quien decida si las horas extras, realizadas voluntariamente por los trabajadores, se pagan o se descansan⁴³⁶. Se ha validado que el convenio limite el número de contratos para la formación en función de la plantilla, porque la negociación colectiva es soberana a la hora de decidir sus contenidos, sin más limitación que las normas legales de derecho necesario, que no concurren aquí. Se valida, del mismo modo, que los negociadores del convenio listen qué puestos de trabajo pueden utilizar las modalidades de contratos formativos, porque está previsto para los contratos en prácticas y no está prohibido para los de formación, no habiéndose alegado, ni probado concretamente, que los supuestos concretos impidan la utilización debida de estas modalidades contractuales y se admite finalmente que los daños extraordinarios y urgentes, listados en el convenio, se adecúan a la regulación legal de las horas extraordinarias⁴³⁷, admitiéndose, del mismo modo, que los imprevistos propios de la actividad de los controladores aéreos, constituyen un supuesto de fuerza mayor⁴³⁸. Se ha admitido también la utilización contrato eventual por circunstancias de la producción en los seis primeros meses de las nuevas campañas, porque dicha medida comporta resucitar el contrato por lanzamiento

⁴³⁴ SSTS 24 noviembre 2015 (rec. 136/2014) y 9 diciembre 2015 (rec. 135/2014) (STS 2-02-2017, rec. 2012/15, Roj: STS 1011/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1011.

⁴³⁵ STS 6-03-2017, rec. 251/16, Roj: STS 1751/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1751

⁴³⁶ SAN 1-03-2017, proced. 11/17, ROJ: SAN 502/2017

⁴³⁷ SAN 21-06-2017, proced. 144/17, ROJ: SAN 2739/2017.

⁴³⁸ STS 11/05/2017, rec. 191/16, Roj: STS 2328/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2328, confirma SAN 19-05-2016.

de nueva actividad, se desestima dicha pretensión, por cuanto el ET permite que los negociadores del convenio determinen los supuestos de utilización del contrato eventual por circunstancias de la producción, entendiéndose por la Sala que es razonable que los negociadores del convenio admitan la necesidad de mayor número de trabajadores al iniciarse una campaña, que durante su desarrollo posterior, una vez ajustada la demanda concreta de servicios⁴³⁹.

Retribución de las vacaciones

La jurisprudencia ha validado la retribución de las vacaciones, pactada en convenio, porque esa retribución aseguraba la media anual por todos los conceptos retributivos ordinarios⁴⁴⁰. Se ha mantenido de modo reiterado y pacífico que las vacaciones deben retribuirse por la media de todos los conceptos retributivos, que correspondan con el trabajo ordinario⁴⁴¹. Se excluyen, por tanto, los conceptos extraordinarios, como la retribución de “toma y deje”⁴⁴², así como los conceptos extraordinarios o aquellos que comporten una doble retribución⁴⁴³.

Igualdad

Se ha anulado la cláusula convencional, que distingue, sin justificación razonable y objetiva, las aportaciones extraordinarias al Plan de Pensiones, con base a la fecha de ingreso en la empresa⁴⁴⁴. Se ha anulado, así mismo, el trato desigual en la percepción del plus de vinculación, cuando no se acredita razonable y proporcionalmente el trato diferenciado⁴⁴⁵ y también la cláusula que establece una doble escala salarial, por cuanto el complemento de antigüedad se mantiene y se regula de forma dinámica hacia el futuro para el colectivo beneficiado⁴⁴⁶. Por el contrario, se ha declarado la legalidad de los preceptos convencionales que establecen una distinta retribución del complemento de antigüedad, en función de la fecha de ingreso en la empresa, subrayando que no generan cosa juzgada las sentencias dictadas en impugnación de convenios de años anteriores con idéntica

⁴³⁹ SAN 15-03-2017, proced. 48/17, ROJ: SAN 1293/2017.

⁴⁴⁰ STS 25-01-2017, rec. 96/16, Roj: STS 637/2017 - ECLI:ES:TS:2017:637, confirma SAN 22-10-2016.

⁴⁴¹ SAN 18-01-2017, proced. 317/2016, ROJ: SAN 47/2017; STS 2-03-2017, REC. 151/2016, Roj: STS 1143/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1143, confirma SAN 7-04-2016; SAN 23-03-2017, proced. 9/17, ROJ: SAN 1252/2017

⁴⁴² STS 30-01-2017, rec. 44/16, Roj: STS 800/2017 - ECLI:ES:TS:2017:800, confirma SAN 25-09-2015

⁴⁴³ STS 14-02-2017, rec. 45/16, Roj: STS 825/2017 - ECLI:ES:TS:2017:825, confirma SAN 24-09-2015.

⁴⁴⁴ STS 27-06-2017, rec. 49/16, confirma SAN 26-10-2015.

⁴⁴⁵ STS 20-04-2017, rec. 145/16, Roj: STS 1844/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1844, confirma SAN 8-02-2016

⁴⁴⁶ STS 9-03-2017, rec. 135/16, Roj: STS 1122/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1122.

redacción literal, pero su contenido resulta sin embargo vinculante, en cuanto no se ha demostrado que hayan dejado de concurrir las circunstancias que se tuvieron en cuenta en la STS de 19 de enero de 2010 para considerar justificada y conforme a derecho esa desigualdad⁴⁴⁷. Se ha descartado también que vulnere el principio de igualdad, que el convenio contemple, para el cómputo de la antigüedad, cuando no se hayan producido interrupciones superiores a tres meses, siempre que tal régimen se aplique igual a todos los trabajadores⁴⁴⁸. Tampoco vulnera el principio de igualdad, aunque se produzca diferencia de trato para los colectivos comparados, por cuanto se acreditó que realizaban diferentes funciones y partían de formaciones diferenciadas⁴⁴⁹.

Jornada

Impugnado el acuerdo adoptado por la Comisión Negociadora del convenio colectivo, relativo a la regulación de la jornada en cuanto a su distribución irregular y a la disponibilidad horaria. El acuerdo es válido por cuanto se firmó por la mayoría de los componentes de la Comisión Negociadora y se enmarca en la autonomía de dicha comisión en orden a establecer acuerdos parciales que condicionan la ultra actividad de los convenios denunciados y cuya vigencia ordinaria ya estaba finalizada. La falta de depósito y publicación del acuerdo impide que el referido acuerdo tenga carácter estatutario, por lo que no puede afectar a aquellos convenios que, estando en régimen de ultra actividad legal o convencional, regulen las materias que el acuerdo impugnado establece. En los convenios que no regulen dicha materia el acuerdo se aplica en virtud del artículo 34.2 ET⁴⁵⁰. Los controladores, que disfrutaban de vacaciones durante un periodo en un mes, pretenden se les programe la jornada que proporcionalmente corresponda para el resto de ese mes, atendiendo a los servicios programados al resto de los CTA en la dependencia en igual puesto de trabajo y en similares condiciones, se desestima dicha pretensión, por cuanto la literalidad de la regulación convencional establece que la programación proporcional es potestativa, a diferencia de la regulación del convenio precedente, que era imperativa, habiéndose acreditado que esa era la intención de los contratantes, no solo por sus propios actos, sino también por la finalidad de la regulación convencional y por la propia sistemática del convenio, relacionada con la proporcionalidad y la regulación de la jornada, que demuestra claramente que, cuando se ha querido establecerla imperativamente, se ha hecho

⁴⁴⁷ STS 11-07-2016, rec. 193/15, Roj: STS 4004/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4004, casa SAN 5-03-2015.

⁴⁴⁸ STS 20-10-2016, rec. 242/15.

⁴⁴⁹ SAN 1-02-2017, proced. 330/16, ROJ: SAN 267/2017

⁴⁵⁰ STS 14-12-2016, rec. 17/16, confirma SAN 24-09-2015, Roj: STS 5725/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5725

así lo que no sucede con el precepto interpretado⁴⁵¹

Jubilación

Se ha declarado que la edad de jubilación del colectivo de controladores aéreos es la establecida en su norma especial (65 años), y si las cotizaciones efectuadas a Clases Pasivas como funcionarios públicos hasta su excedencia han sido computadas para acceder a una pensión de jubilación de esa naturaleza y clase, ello no obliga a la empresa a prolongar la situación de tales trabajadores más allá de esos 65 años hasta alcanzar el período necesario para causar otra pensión en el RGSS⁴⁵².

Permisos

Discutiéndose si el reposo domiciliario del familiar equivale a la atención continuada, para conceder permisos a los trabajadores y se ha declarado que no hay incompatibilidad entre “reposo domiciliario” y “atención continuada”, porque el presupuesto del reposo es que no se tengan que realizar actividades por el paciente, sin perjuicio, claro está, de las actuaciones fraudulentas o abusivas, que deberán examinarse y probarse caso por caso⁴⁵³.

Plan de igualdad

La empresa no puede imponer unilateralmente el Plan de Igualdad, por cuanto debe negociarse con los representantes de los trabajadores, sin que quepa su imposición unilateral por la empresa⁴⁵⁴.

Promoción profesional

Pactado en convenio colectivo, que la empresa se comprometía a presupuestas los fondos necesarios para ejecutar las promociones profesionales, producidas el ejercicio anterior, se declara esa obligación, porque así lo dispone el convenio, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la empresa⁴⁵⁵. Se ha admitido, del mismo modo, que la Mutua convoque los concursos de promoción interna, pactados en el convenio, esté obligada a respetar los límites presupuestarios del incremento de la masa salarial autorizada, por cuanto ni ha probado, ni ha intentado probar, que no se le autorizara incrementar la masa salarial para cumplir los compromisos convencionales, ni ha probado, siquiera, que la convocatoria del concurso superase efectivamente el 1% de la masa salarial autorizada⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ SAN 15-03-2017, proced. 26/17, ROJ: SAN 1164/2017

⁴⁵² STS 22-02-2017, rec. 13872016, confirma SAN 19-02-2016, Roj: STS 880/2017 - ECLI:ES:TS:2017:880

⁴⁵³ SAN 12-05-2017, proced. 114/17, ROJ: SAN 1514/2017.

⁴⁵⁴ STS 9-05-2017, rec. 85/16, confirma SAN 16-9-15.

⁴⁵⁵ STS 22-03-2017, rec. 77/16, confirma SAN 3-12-2015.

⁴⁵⁶ SAN 30-03-2017, proced. 51/17, ROJ: SAN 845/2017

Retribuciones variables

Reclamado un nuevo cálculo de la paga variable y la de beneficios de 6000 trabajadores que estuvieron adscritos a la empresa cedente hasta el 30-6-2014 y desde el 1-7-2014 a la empresa cesionaria ha de calcularse teniendo en cuenta en el primer periodo como si se hubieran prestado servicios en Airbus operaciones y desde entonces en la nueva división, se estima la demanda parcialmente por cuanto no puede partirse de unas cantidades fijadas de forma global sobre parámetros que por lo razonado resultan erróneos, debiendo efectuarse un nuevo cálculo⁴⁵⁷. Se ha descartado que los trabajadores tengan derecho a percibir el valor inferior de la banda de variable correspondiente a la valoración de sus puestos de trabajo, fuere cual fuere el objetivo alcanzado, por cuanto dicha interpretación convertiría en retribución fija lo que los negociadores del convenio quisieron como retribución variable⁴⁵⁸. No cabe incluir como objetivos de ventas y para el bonus del personal de oficina, medidas impuestas por la empresa en el programa “saber vivir”, que no están relacionadas con la cantidad, ni la calidad del trabajo⁴⁵⁹. Reclamado el cómputo, para el cálculo de la paga extraordinaria, los intereses a corto plazo de los créditos y deudas con empresas del grupo, así como las bonificaciones de la S. Social y la provisión de la propia paga extraordinaria de beneficios, se desestiman dichas pretensiones, puesto que fue intención de los negociadores del convenio, para determinar el concepto de rendimientos atípicos, que no computaran aquellos no relacionados con la actividad empresarial, identificando, a título ejemplificativo, que no se computaran los derivados de la compra y venta de inmuebles, así como los beneficios o pérdida netas relacionados con las empresas participadas, habiéndose acreditado que los conceptos controvertidos no derivaban propiamente de la actividad a la que se dedica la empresa⁴⁶⁰.

Sindicales

Reclamado el derecho de las organizaciones, que suscribieron el III Convenio Único del personal laboral al servicio de la AGE, a la puesta a disposición de las listas referentes a la relación de puesto de trabajo, expresión relativa a si están vacantes o no, y los nombres y apellidos de las personas que las ocupan, se estima dicha pretensión, puesto que así se pactó colectivamente, sin que se haya acreditado vulneración de datos personales⁴⁶¹. El sindicato, que acredite la representatividad prevista en el convenio tiene derecho a disfrutar las horas sin-

⁴⁵⁷ STS 16-03-2017, rec. 122/2016, confirma SAN 10-02-2015.

⁴⁵⁸ STS 25-04-2017, rec. 147/16, confirma SAN 2-02-2016

⁴⁵⁹ SAN 21-04-2017, proced. 62/17, ROJ: SAN 1455/2017

⁴⁶⁰ SAN 23-03-2017, proced. 37/17, ROJ: SAN 1253/2017

⁴⁶¹ SAN 21-12-2016, proced. 312/16, ROJ: SAN 4603/2016

dicales complementarias pactadas en el mismo⁴⁶². Pretendiéndose la nulidad del convenio, porque estableció un colegio electoral único, se desestima la excepción de falta de legitimación pasiva de dos de las empresas codemandadas, por cuanto el convenio impugnado es un convenio de grupo, por lo que debe demandarse a todos los firmantes del mismo. Se desestima, sin embargo, la demanda, por cuanto la decisión de establecer un colegio electoral único en las empresas codemandadas no sólo se ajusta a la práctica electoral de las mismas, acreditando, de este modo, que se ajusta a la realidad de sus plantillas, sino que tiene apoyo legal, puesto que el ET viabiliza que el convenio disponga el número de colegios electorales⁴⁶³. Las Secciones sindicales tienen derecho al nombramiento de Delegados LOSS en agrupaciones de centros de trabajo, porque la organización de la representación sindical en la empresa corresponde al sindicato quien puede tomar como referencia, a efectos del nombramiento de sus representantes, la empresa, el centro de trabajo o la agrupación de centros de trabajo constituida a efectos electorales, cuando concurren criterios objetivos para hacerlo (Reitera doctrina. Por todas la S. 21-6-2016 (R. 182/2015) y las de 12-7-2016⁴⁶⁴. Discutida la limitación de derechos sindicales, pactada en convenio, se concluye que los acuerdos impugnados se limitan a acomodar a la legalidad vigente la anterior regulación convencional, aquí denominada “Normativa Laboral”, y en su negociación participaron plenamente, y sin protesta alguna, los demandantes⁴⁶⁵.

Sucesión convencional

Producida una subrogación por sucesión de contratistas en el sector de vigilancia y seguridad, se parte de que la misma está originada en el convenio, que dispone que los trabajadores conservarán los mismos derechos y concluye que, en defecto de previsión convencional se aplica la norma estatutaria sobre el convenio colectivo aplicable, por lo que salvo pacto en contrario los trabajadores afectados se rigen por el convenio colectivo de la anterior adjudicataria hasta la expiración del mismo o entrada en vigor de nuevo convenio⁴⁶⁶.

Aplicación e interpretación del convenio colectivo

Si el convenio requiere dirigirse a la Comisión Paritaria antes de promover conflicto colectivo, no es necesario el trámite, cuando ya se ha producido pronunciamiento previo en otra empresa sobre el mismo tema⁴⁶⁷. Cuando se exija la

⁴⁶² SAN 16-02-2017, proced. 344/16, ROJ: SAN 366/2017

⁴⁶³ SAN 31-01-2017, proced. 319/2016, ROJ: SAN 268/2017.

⁴⁶⁴ STS 7-03-2017, rec. 101/16, Roj: STS 1162/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1162.

⁴⁶⁵ STS 26-04-2017, rec. 195/15, Roj: STS 2091/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2091, confirma SAN 13-03-2015.

⁴⁶⁶ STS 31-05-2017, rec. 234/2016, Roj: STS 2454/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2454.

⁴⁶⁷ STS 20-09-2016, rec. 163/15, Id Cendoj: 28079140012016100737, confirma SAN 19-02-2015.

intervención de la CP y no se cumpla el requisito, se estimará falta de agotamiento de la vía previa⁴⁶⁸.

Todos los sindicatos, firmantes del convenio, tienen derecho a la participación proporcional en su CP, salvo que realicen funciones negociadoras, en cuyo caso deberá convocarse a todos los sindicatos legitimados⁴⁶⁹. No obstante, cuando un sindicato firmante del convenio no firmó su prórroga, que introdujo otras novaciones, no está legitimado para participar en la CP⁴⁷⁰.

Corresponde a la comisión paritaria las labores de interpretación y/o aplicación del convenio, no correspondiéndole funciones negociadoras, que no se producen, cuando se limita al ajuste convencional, mandado legalmente por el RDL 20/2012⁴⁷¹. Por esa razón, si el convenio encarga funciones negociadoras a la comisión paritaria, procede anular dicha cláusula⁴⁷². Por el contrario, no hay extralimitación, cuando la CP se limita a la interpretación y/o aplicación del convenio y no realiza negociación alguna⁴⁷³. Tampoco hay extralimitación, cuando la CP se limita a pronunciarse sobre el sistema de pago de la retribución variable del convenio⁴⁷⁴. Corresponde a la CP la interpretación y/o aplicación del convenio, de manera que, si el convenio le encargó la gestión y convocatoria, así como el desarrollo de las bolsas de empleo, no se le puede retirar dicha competencia⁴⁷⁵.

Los acuerdos de la comisión paritaria en materia de interpretación del convenio colectivo, relacionados con la reducción de 8 horas, tienen el mismo valor de convenio y son aplicables, cuando no se han impugnado⁴⁷⁶, aunque cabe, no obstante, que el tribunal ajuste la interpretación de la CP, prevaleciendo la interpretación judicial cuando resulta racional, lógica y coherente, cuando se ha entendido que el derecho a las compensaciones por traslado previstas en el artículo cuestionado se calculará teniendo en cuenta el incremento de distancia, entre el centro de trabajo antiguo y el nuevo centro de trabajo con respecto al domicilio del trabajador⁴⁷⁷. Se ha convalidado, al efecto, que la revisión salarial afecte úni-

⁴⁶⁸ SAN 9-02-2017, proced. 337/16, . ROJ: SAN 262/2017.

⁴⁶⁹ SSTS 8 abril 2013, rec. 281/2011, 14 mayo 2013, rec. 276/2011Jurisprudencia citada a favorLibertad sindical y composición de las Comisiones creadas por el Convenio colectivo. y 21 octubre 2013 rec. 104/2013 y SAN 13-02-2017, proced. 338/16.

⁴⁷⁰ SAN 17-11-2016, proced. 275/16, ROJ: SAN 4246/2016.

⁴⁷¹ STS 1-02-2017, rec. 38/16, Roj: STS 805/2017 - ECLI:ES:TS:2017:805.

⁴⁷² STS 11-05-2017, rec. 5/17, Roj: STS 2131/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2131.

⁴⁷³ STS 6-06-2017, rec. 37/16, confirma SAN 28-10-2015.

⁴⁷⁴ SAN 26-05-2017, proced. 202/17, ROJ: SAN 2746/2017.

⁴⁷⁵ STS 5-10-2016, rec. 280/15, Roj: STS 4913/2016.

⁴⁷⁶ STS 21-06-2016, rec. 284/15, Roj: STS 3939/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3939, confirma SAN 9-07-2015.

⁴⁷⁷ STS 5-12-2016, rec. 28915, Roj: STS 5610/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5610, confirma SAN 13-07-2015.

camente a los empleados de la empresa en una determinada fecha, porque así fue pactado⁴⁷⁸. Se ha defendido, por otro lado que, si los negociadores del convenio condicionaron el despliegue causal de la jornada flexible a que lo constatará la CP, no cabe aplicar unilateralmente la medida, porque así fue pactado⁴⁷⁹. Se anula la financiación de la comisión paritaria del convenio sectorial, porque frente a un sistema de resarcimiento global por gastos en función de la representatividad de las organizaciones integrantes de la misma, pactado en el convenio, la CPSE ha acordado un reparto de resarcimiento de gastos específicos a la entidad que incurrió en los mismos para un posterior reparto proporcional del remanente⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ SAN 28-03-2017, proced. 39/15, ROJ 840/2017.

⁴⁷⁹ STS 10-01-2017, rec. 98/16, confirma SAN 10-12-2015, proced. 271/15.

⁴⁸⁰ SAN 23-01-2017, proced. 318/16, ROJ: SAN 46/2017.

LA REFORMA LABORAL DE 2017 Y LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN BRASIL

JORGE CAVALCANTI BOUCINHAS FILHO

Profesor de Derecho Laboral

Fundación Getúlio Vargas. Escuela Superior de Abogacía de São Paulo*

EXTRACTO

Palabras clave: Brasil, Reforma Laboral, negociación colectiva

El objetivo del presente trabajo es analizar la negociación colectiva en Brasil tras la reforma laboral de 2017. La metodología utilizada ha sido tanto el análisis del texto legal así como de los pronunciamientos judiciales relacionados con el mismo, teniendo presentes asimismo las elaboraciones doctrinales realizadas al respecto.

ABSTRACT

Palabras clave: Brasil, Reforma Laboral, negociación colectiva

The objective of this paper is to analyze collective bargaining in Brazil after the labor reform of 2017. The methodology used has been both the analysis of the legal text of judicial pronouncements related to it, taking into account also the doctrinal elaborations made in this regard.

* Titular del sillón n. 21 de la Academia Brasileña de Derecho del Trabajo.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DE LA EXIGENCIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA FRENTE A LA EXIGENCIA LEGAL ANTERIOR
3. SUPERPOSICIÓN DE LA NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
4. RELACIÓN DE TEMAS SOBRE LOS QUE ES POSIBLE LA PREVALENCIA DE LO NEGOCIADO SOBRE LO LEGISLADO
5. CONSIDERACIONES FINALES

1. INTRODUCCIÓN

En sus dos discursos de posesión, en abril, como interino, y en agosto, como efectivo, del año 2016, el presidente Michel Temer evidenció que una de sus prioridades sería la realización de una reforma laboral. Este anuncio causó preocupación y desconfianza entre numerosos operadores y estudiosos del Derecho del Trabajo y entre una parte significativa de las representaciones de trabajadores. Por otro lado, ha provocado cierto aliento y esperanza entre los empresarios y sus representantes.

El anuncio de la propuesta del gobierno se hizo el 21 de diciembre de 2016. De su exposición de motivos se extrae que sus objetivos eran perfeccionar las relaciones del trabajo en Brasil a través de la valorización de la negociación colectiva entre trabajadores y empleadores; actualizar los mecanismos de lucha contra la informalidad de la mano de obra en el país; reglamentar el art. 11 de la Constitución Federal, que asegura la elección de representantes de los trabajadores en la empresa, para promover el entendimiento directo con los empleadores; y, finalmente, actualizar la Ley nº 6.019, de 1974, que trata del trabajo temporal.

Las propuestas, sin embargo, no agradaron completamente al empresariado y a sus representaciones. Ellos esperaban medidas más drásticas. Confirmaron, sin embargo y en gran medida, el temor de la clase trabajadora de que el nuevo gobierno se empeñaría en flexibilizar las reglas legales aún vigentes por medio de la adopción de un modelo que permita la derogación de la legislación estatal sobre algunas materias por medio de la negociación con los sindicatos de trabajadores.

En ese momento histórico, había dos formas antagónicas de analizar las medidas ya tomadas y aquellas sólo propuestas. Bajo una perspectiva pesimista, reconociendo en ellas el riesgo de “desagradar a griegos y troyanos” ya que las proposiciones no eran tan impactantes como parecían desear las representaciones de los sectores económicos, pero a la vez modificaban dogmas muy caros a la representación de los trabajadores, provocando su descontento. Desde una perspectiva optimista, era posible, en aquel momento, creer que, al presentar al parlamento medidas que no interfería tan drásticamente como se temía en el sistema

vigente, el gobierno mostraba preocupación por no desagradar por completo a la clase obrera reconociendo, aparentemente, la importancia del mantenimiento de un buen clima en la relación la representación de los trabajadores, la Administración y los empleadores para la reactivación del crecimiento económico en el país.

Sin embargo, había un largo camino por recorrer antes de la aprobación final de las medidas.

El proyecto de ley inicialmente presentado como “Minirreforma laboral” (identificado como PL 6.787), creándose la Comisión Especial destinada a emitir un dictamen en cuanto al texto mediante Acto de la Presidencia de la Cámara de Diputados el 3 de febrero de 2017; Comisión que se constituyó el 9 de febrero de ese mismo año. La Relatoría del Proyecto de Ley presentado por el Poder Ejecutivo le correspondió al Diputado Federal Rogério Marinho, del Partido de la Social Democracia Brasileña (PSDB).

Bajo el pretexto de “escuchar a todas las partes involucradas, garantizando el derecho de manifestación de sectores del Gobierno Federal, del Poder Judicial Laboral, del Ministerio Público del Trabajo, de representantes de los trabajadores y de los empleadores, de especialistas los más diversos, en fin, de todos los interesados en manifestarse”, se realizaron 17 audiencias públicas, 7 seminarios y otras cuarenta reuniones menores y debates. Además, se puso a disposición de la sociedad el acceso al texto tanto mediante el Portal e-Democracia como a través de una dirección electrónica específica de la Comisión Especial para la recepción de críticas y sugerencias. En total se presentaron 850 enmiendas al Proyecto, de las cuales solo 8 fueron retiradas por sus autores.

El ponente, el señor Rogério Marinho, presentó su informe final en abril de 2017, acogiendo un gran número de las enmiendas parlamentarias y transformando la minirreforma en una reforma significativamente más robusta. El proyecto presentado en diciembre tenía 13 puntos específicos, en cambio, el texto presentado a finales de abril abarcaba casi 40 ítems que implicaron la alteración de cerca de 200 dispositivos (entre alteración de artículos y párrafos e inclusión de nuevos preceptos) de la Consolidación de las Leyes del Trabajo (CLT), es decir, el Código Laboral brasileño.

El 26 de abril de 2017 el informe fue aprobado por la Comisión por 27 votos a favor frente a 10 en contra y se remitió al Pleno, donde fue aprobado, en la madrugada del 27 de abril de 2017, en la forma del nuevo texto modificado en relación con el presentado por el ponente, por 296 votos a favor y 177 contra.

En el Senado Federal el Proyecto recibió la numeración PL 38/17 y, por 46 votos a 19, se aprobó la solicitud de tramitación con carácter de urgencia. El principal efecto práctico de esta medida consistía justamente en impedir el

retorno del texto para un nuevo análisis por parte de las comisiones parlamentarias, lo que sucedería si se presentaran enmiendas (sugerencias de enmiendas), lo que, finalmente, no sucedió. El 11 de julio de 2017, como se esperaba, el Senado Federal aprobó la reforma laboral por 50 votos favorables, 26 contrarios y una abstención. El texto aprobado fue idéntico al aprobado por la Cámara de Diputados. Su ponente en el Senado, Romero Jucá del Partido del Movimiento Democrático Brasileño (PMDB), recomendó, sin embargo, que el Presidente de Brasil promoviera ajustes en el PLC 38/2017, mediante veto o medida provisional.

El 13 de julio de 2017, sin demora alguna, el texto fue sancionado por el Presidente de la República, con la promesa de que el Gobierno editaría una Medida Provisória para alterar algunos puntos negociados con los Congresistas.

En cuanto al texto legal aprobado, además de consagrar la posibilidad de dar prevalencia a las reglas negociadas sobre las reglas estipuladas en ley, incluso si son menos favorables para los trabajadores, excluyó expresamente la exigencia de negociación colectiva en situaciones donde había sido expresamente prevista; percibiéndose, además, que, al pasar por la Comisión Especial de la Cámara de Diputados, el foco de la reforma laboral dejó de ser la negociación colectiva. En efecto, analizando sus preceptos es posible concluir que el tema central paso de la negociación colectiva a ser, más bien, el de la seguridad jurídica en las relaciones de trabajo. Esta conclusión es posible extraerla del siguiente pasaje del Informe presentado por el Sr. Rogério Marinho:

“El sustitutivo presentado no se centra en la supresión de derechos, sino en proporcionar una legislación más moderna, que busque soluciones inteligentes para nuevas modalidades de contratación, que aumente la seguridad jurídica de todas las partes de la relación de empleo, en fin, que adapte la Consolidación de las Leyes del Trabajo a las modernizaciones verificadas en el mundo en esos más de 70 años que separan el nacimiento de la Consolidación de las Leyes del Trabajo de este momento”¹.

El objetivo del presente trabajo es analizar la negociación colectiva en Brasil tras la reforma laboral de 2017. La metodología utilizada ha sido tanto el análisis del texto legal como de los pronunciamientos judiciales relacionados con el mismo, teniendo presentes asimismo las elaboraciones doctrinales realizadas al respecto.

¹ “O Substitutivo apresentado não está focado na supressão de direitos, mas sim em proporcionar uma legislação mais moderna, que busque soluções inteligentes para novas modalidades de contratação, que aumente a segurança jurídica de todas as partes da relação de emprego, enfim, que adapte a CLT às modernizações verificadas no mundo nesses mais de 70 anos que separam o nascimento da CLT deste momento”

2. SUPUESTOS DE EXCLUSIÓN DE LA EXIGENCIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA FRENTE A LA EXIGENCIA LEGAL ANTERIOR

Al leer detenidamente los preceptos de ley modificados y los insertados en el texto de la Consolidación de las Leyes del Trabajo y en la Ley 6.019/74 se percibe que los cambios implementados han excluido la exigencia de negociación colectiva en diversas situaciones para las cuales la jurisprudencia había consagrado ese tipo de intervención negociada.

La primera situación digna de mención es la del banco de horas. Contrariando lo dispuesto en la Súmula 85, V del Tribunal Superior del Trabajo, que claramente exigía que el régimen anual de compensación de jornada fuera negociado colectivamente, la Ley 13.467/17, en el nuevo § 5º del artículo 58 A de la Consolidación de las Leyes del Trabajo declara expresamente que: El banco de horas de que trata el § 2 de este artículo podrá ser pactado por acuerdo individual escrito, siempre que la compensación ocurra en el período máximo de seis meses.

El banco de horas consiste en un sistema de compensación de horas más flexible, vigente en Brasil a partir de la Ley 9.601/1998. En su previsión original él exigía para su validez una autorización por convención o acuerdo colectivo, posibilitando a la empresa adecuar la jornada de trabajo de los empleados a sus necesidades de producción y demanda de servicios. Este sistema de banco de horas puede ser utilizado, por ejemplo, en los momentos de poca actividad de la empresa para reducir la jornada normal de los empleados durante un período, sin reducción del salario, permaneciendo un crédito de horas para uso cuando la producción crezca o la actividad acelere, salvo lo que sea posible de negociación colectiva (convención o acuerdo colectivo). Si el sistema comienza en un momento de gran actividad de la empresa, la jornada de trabajo podrá ser entendida más allá de la jornada normal (hasta el límite máximo de la décima hora diaria) durante el período en que el alto volumen de actividad permanezca.

De forma similar, la reforma laboral había dispensado la previa aprobación en negociación colectiva de la formalización de la jornada de 12X36 (se dice doce por treinta y seis), permitiendo que sea pactada también por acuerdo individual escrito. La jornada 12X36 se caracteriza por doce horas de trabajo por treinta y seis de descanso. El nuevo artículo 59 A era claro en su redacción:

Art. 59-A. “A excepción de lo dispuesto en el art. 59 de esta Consolidación, se permite a las partes, mediante acuerdo individual escrito, convención colectiva o acuerdo colectivo de trabajo, establecer horario de trabajo de doce horas seguidas por treinta y seis horas ininterrumpidas

de descanso, observados o indemnizados los intervalos para reposo y alimentación”².

La nueva ley ha venido a contradecir el criterio de los Tribunales del Trabajo, particularmente del Tribunal Superior del Trabajo³, según el cual esa jornada, por

² Art. 59-A. “Em exceção ao disposto no art. 59 desta Consolidação, é facultado às partes, mediante acordo individual escrito, convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho, estabelecer horário de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso, observados ou indenizados os intervalos para repouso e alimentação”.

³ Es lo que se aprecia en los siguientes casos: RECURSO DE REVISTA. RECLAMADA. JORNADA 12X36. EXIGÊNCIA DE PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. ULTRATIVIDADE DA NORMA. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA NOVA REDAÇÃO DA SÚMULA Nº 277 DO TST AO CASO. PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA. 1- O TRT deu provimento ao recurso ordinário do sindicato reclamante, para afastando a ultratividade da norma e a teoria da aderência limitada por revogação, aplicadas ao caso pela sentença, considerar inválida a jornada de 12x36, no período de 1º/7/2010 a 31/12/2011, haja vista não haver previsão em norma coletiva que a amparasse. 2 - A pretensão da reclamada é obter a aplicação da nova redação da Súmula n.º 277 do TST ao caso dos autos, declarando-se a adesão ao contrato de trabalho da cláusula normativa que autorizou a jornada 12x36, no período de 1º/7/2010 a 31/12/2011. 3 - A atual redação da Súmula n.º 277 desta Corte, alterada em 14/9/2012, prevê que “as cláusulas normativas dos acordos coletivos ou convenções coletivas integram os contratos individuais de trabalho e somente poderão ser modificadas ou suprimidas mediante negociação coletiva de trabalho”. 4 - Diferentemente de outras súmulas, que advêm de construção jurisprudencial das Turmas e da SDI desta Corte, firmadas no decorrer do tempo, a nova redação da Súmula n.º 277 do TST decorreu da interpretação do Pleno quanto aos arts. 7º, 114, § 2.º, da CF/88 levando em conta os julgados da SDC, de maneira que não pode ser aplicada retroativamente. Caso contrário, abalaria a segurança jurídica em relação às normas coletivas firmadas sob a égide de sua anterior redação, segundo a qual as cláusulas de normas coletivas vigoravam no prazo assinalado no instrumento. Precedentes desta Corte. 5 - Inviável a admissão do recurso de revista, dada a conformidade do acórdão do Regional com a atual, iterativa e notória jurisprudência desta Corte, e não se pode falar, portanto, que foi contrariada a Súmula nº 277 do TST, nos termos do art. 896, § 4º, da CLT e da Súmula 333 do TST. 6 - Recurso de revista de que não se conhece (TST - RR: 7002720125180002, Relator: Kátia Magalhães Arruda, Data de Julgamento: 24/06/2015, 6ª Turma, Data de Publicação: DEJT 26/06/2015) ACORDO DE COMPENSAÇÃO. JORNADA 12X36. AUSÊNCIA DE PREVISÃO EM NORMA COLETIVA. INVALIDADE DO REGIME COMPENSATÓRIO. A jurisprudência desta Corte superior é de que o regime compensatório de 12 horas de trabalho por 36 horas de descanso somente é válido quando celebrado via acordo coletivo, nos termos do que dispõe o artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, dada a excepcionalidade desse regime. In casu, ficou consignado pelo Regional que o regime de 12x36 horas em que laborava o reclamante não estava previsto em norma coletiva de trabalho, tendo o Regional asseverado ser irrelevante a inexistência de negociação coletiva ou acordo escrito entre as partes para efeito de convalidação do regime especial examinado. Portanto, o entendimento adotado pelo Regional, de que é válido o regime especial de trabalho 12x36, independentemente da previsão em norma coletiva, violou o disposto no artigo 7º, inciso XIII, da Constituição Federal, de acordo com o qual a compensação de horários somente pode ser pactuada em acordo ou convenção coletiva de trabalho. Recurso de revista conhecido e provido. ACÚMULO DE FUNÇÃO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. Os arestos citados para o cotejo de teses são inespecíficos, nos termos da Súmula nº 296, item I, do TST, por não consignarem as mesmas premissas fáticas e jurídicas delineadas pelo Regional na hipótese destes autos, especialmente no tocante ao fato de que, no caso, a Corte de ori-

ser excepcional, sólo podía ser autorizada por medio de negociación colectiva de trabajo.

Sin embargo, el texto legal no deja lugar a dudas en cuanto a que basta el acuerdo individual escrito para la formalización del banco de horas y de la jornada 12X36. A pesar de la literalidad de los artículos 58 y 59 s, el texto del artículo 59-B parece caminar en el sentido de autorizar, o al menos reconocer la validez, a la compensación hecha incluso mediante acuerdo tácito.

Art. 59 B. *“El incumplimiento de las exigencias legales para compensación de jornada, incluso cuando está establecida mediante acuerdo tácito, no implica la repetición del pago de las horas excedentes a la jornada normal diaria si no sobrepasa la duración máxima semanal, siendo debido sólo el respectivo adicional”*⁴.

En consecuencia, es posible, por lo tanto, dependiendo de la forma cómo se aplique el dispositivo en cuestión, pasar de una situación en la que se exige el acuerdo colectivo para formalizar la compensación por banco de horas, a otra en la que esta compensación es admisible por acuerdo individual, incluso si es tácito y no expreso.

En tercer lugar, el artículo 61, *caput*, de la Consolidación de las Leyes del Trabajo después de los cambios hechos por la Ley 13.467, ha permanecido inalterado en relación con la posibilidad de que la duración del trabajo exceda del límite legal o convenido debido a motivos de fuerza mayor y para atender a la realización o conclusión de servicios que se consideran inaplazables o cuya falta de puesta en práctica pueda acarrear un perjuicio manifiesto. Pero, en relación con ello, el proyecto de ley insistió, en el §1º, en reafirmar la dispensa de negociación colectiva, al establecer que: *“El exceso, en los casos de este artículo, puede ser exigido independientemente de convención colectiva o acuerdo colectivo de trabajo”*. El único cambio en el aludido dispositivo fue la dispensa de la comunicación a la autoridad competente en materia de trabajo, que antes debería hacerse en el plazo de diez días.

gem asseverou não haver provas de exigência, pela reclamada, do desenvolvimento de outras funções alheias ao contrato de trabalho, sendo que nos paradigmas citados essa circunstância consta expressamente como fator determinante. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 642004520085150114 64200-45.2008.5.15.0114, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 16/10/2013, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 25/10/2013).

⁴ Art. 59-B. *“O não atendimento das exigências legais para compensação de jornada, inclusive quando estabelecida mediante acordo tácito, não implica a repetição do pagamento das horas excedentes à jornada normal diária se não ultrapassada a duração máxima semanal, sendo devido apenas o respectivo adicional”*.

En cuarto lugar, la posibilidad de que la contratación intermitente, recién creada, se acuerde mediante pacto individual escrito también evidencia una forma de desapoderamiento de la negociación colectiva. Se ha perdido la posibilidad de revalorizar a la negociación colectiva exigiéndose un pacto colectivo con la participación del sindicato para regular el recurso a esta forma de contratación. Una forma de contratación tan precaria no debería ser establecida en negociación individual entre empleado y empleador. Debería depender de una negociación colectiva en la que el sindicato pudiera verificar si la contratación del intermitente es para crear nuevos puestos de trabajo o precarizar los ya existentes.

En quinto lugar, otro punto en el que se ha relegado a la negociación colectiva, a pesar de haber sido expresamente mencionada, ha sido en la cuestión relativa a la formalización de cuadro o marco de carrera profesional o una estructuración de las categorías profesionales capaz de justificar desnivel salarial. El § 2º del artículo 461 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo dispensa, para el reconocimiento de su validez, cualquier forma de homologación o registro en órgano público, pero a la vez no exige que dicho cuadro o marco fuera el resultado de la negociación colectiva en la medida en que lo admite igualmente si se trata de una norma interna de la empresa. Permisividad que hace poco probable que, en la práctica, tenga lugar una negociación colectiva sobre estas cuestiones.

En sexto lugar, y por último, el tema que más llama la atención está relacionado con los despidos colectivos. Desde el juicio del ED-RODC n. 30900-12.2009.5.15.0000 de relatoría del Ministro Mauricio Godinho Delgado, conocido como caso EMBRAER, la negociación colectiva con el sindicato para la búsqueda de alternativas menos drásticas que el despido era un prerequisite para la decisión empresarial de despidos colectivos. Un criterio que el Tribunal Superior del Trabajo adoptó con base en el Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, considerado incumplido en el juicio que figura como el caso principal de esta tesis.

Sin definir lo que serían los despidos plúrimos y sin distinguirlos de los despidos colectivos, el nuevo artículo Art. 477-A. de la CLT sólo ha establecido que:

“Los despidos imotivados individuales, “plúrimos” o colectivos se equiparan para todos los fines, no siendo necesaria autorización previa de la entidad sindical o la suscripción de una convención colectiva o acuerdo colectivo de trabajo para su efectividad”⁵.

⁵ *“As dispensas imotivadas individuais, plúrimas ou coletivas equiparam-se para todos os fins, não havendo necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou de celebração de convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho para sua efetivação”.*

El despido colectivo, por lo tanto, a pesar de toda su repercusión social y económica, pasará a ser tratado como cualquier despido singular. Es decir, sin formalidades particulares y sin intentos para mitigar sus efectos o búsqueda, con la representación de los trabajadores, de una solución alternativa.

3. SUPERPOSICIÓN DE LA NEGOCIACIÓN INDIVIDUAL SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Se ha hablado mucho, y desde hace mucho tiempo, en Brasil de la regulación de la posibilidad de lo negociado sobre la ley, esto es, de la prevalencia de lo pactado sobre lo legislado. La Ley 13.467, sin embargo, no consagra solo esta regla de jerarquización de las normas laborales, sino que, también, ha asumido la hipótesis de la superposición o prevalencia del pacto individual sobre lo establecido a través de la negociación colectiva. Así lo hace el nuevo párrafo único del artículo 444 de la CLT:

Art. 444 (...) Párrafo único. *“La libre estipulación a que se refiere el caput de este artículo se aplica a las hipótesis previstas en el art. 611-A de esta Consolidación, con la misma eficacia legal y preponderancia sobre los instrumentos colectivos, en el caso de empleado portador de diploma de nivel superior y que perciba salario mensual igual o superior a dos veces el límite máximo de los beneficios del Régimen General de Previsión Social”*⁶.

El texto no puede ser más claro. De forma que, respecto de los trabajadores, siendo titulares de un diploma de nivel superior y que reciban un salario mensual igual o superior a dos veces el límite máximo de los beneficios del Régimen General de Previsión Social, tendrá prevalencia lo pactado, libre e individualmente con la empresa. Pacto que tendrá preferencia y se sobrepondrá incluso a lo que haya sido establecido para su categoría profesional en la negociación colectiva, acuerdo o convención colectiva de trabajo. Ninguna otra conclusión puede extraerse de la afirmación legal acerca de que esos acuerdos individuales tendrán *“la misma eficacia legal y preponderancia sobre los instrumentos colectivos”*. También en este punto se verifica el evidente desplazamiento y degradación del papel de la negociación colectiva, en contradicción a lo que se había afirmado con ocasión de la presentación de la versión inicial del entonces proyecto de reforma laboral.

⁶ Art. 444. (...) Parágrafo único. *“A livre estipulação a que se refere o caput deste artigo aplica-se às hipóteses previstas no art. 611-A desta Consolidação, com a mesma eficácia legal e preponderância sobre os instrumentos coletivos, no caso de empregado portador de diploma de nível superior e que perceba salário mensal igual ou superior a duas vezes o limite máximo dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.”*

4. PREVALENCIA DE LO NEGOCIADO SOBRE LO LEGISLADO

El ministro de Trabajo y Empleo y Diputado Federal, Licenciado Ronaldo Nogueira de Oliveira, en la exposición de motivos del Proyecto de Ley encaminado al Congreso Nacional, enalteció la evolución del diálogo social entre trabajadores y empleadores brasileños desde la redemocratización en 1985. Destacó la Constitución Federal de 1988 como marco en ese proceso, al reconocer, en el inciso XXVI del art. 7º, las convenciones y acuerdos colectivos de trabajo. Y aseguró que la madurez de las relaciones entre capital y trabajo se venía produciendo con las sucesivas negociaciones colectivas que se desarrollan en las empresas, ilustrando sus afirmaciones con los ejemplos de los trabajadores de la banca, de los metalúrgicos y del sector del petróleo que, en su opinión, prescinden desde hace mucho tiempo de la actuación del Estado para llegar a un entendimiento con las empresas.

También manifestó su preocupación, debido a la inseguridad jurídica que de ello se derivaría, por el hecho de que los pactos laborales colectivos tengan cuestionada judicialmente su autonomía, resaltando al efecto diversas decisiones judiciales que ponen de manifiesto esa inseguridad en relación con pactos laborales firmados entre empleadores y trabajadores, debido a la falta de un marco legal claro en relación con los límites de la autonomía de la norma colectiva de trabajo, y evidenciando que esas decisiones serían contrarias al criterio del Supremo Tribunal Federal, en concreto, el expresado en los autos del RE 590415/SC. Un pleito en el que se cuestionaba el plan de despido incentivado del BESC/Banco do Brasil, donde el Ministro Luís Roberto Barroso sostuvo que, en el ámbito del derecho colectivo, no existe la misma asimetría de poder presente en las relaciones individuales de trabajo, por lo que no se sujeta la autonomía colectiva a los mismos límites que la autonomía individual.

Ronaldo Nogueira de Oliveira destacó además, en su exposición de motivos, que, quedando claro que están protegidos contra la negociación *in pejus* los derechos que correspondan a un “nivel civilizatorio mínimo”, señaladamente la anotación de la Cartera de Trabajo y Seguridad social, el pago del salario mínimo, el descanso semanal remunerado, las normas de salud y seguridad del trabajo, los dispositivos antidiscriminatorios, la libertad de trabajo, etc. Y que, por consiguiente, derechos que exceden ese nivel civilizatorio mínimo se sujetarían, a la negociación colectiva, un valioso mecanismo de adecuación de las normas laborales a los diferentes sectores de la economía y a las diversas coyunturas económicas. Justificó así la medida destinada a dar preferencia a la negociación colectiva frente a lo dispuesto expresamente en los textos legales sustituyendo el principio de la norma más favorable, que determina la aplicación de la regla que más beneficia al trabajador, por el principio de la norma más específica, que

orienta la aplicación de la norma más cercana a la realidad fáctica de la relación de empleo, sea la convención o el acuerdo colectivo de trabajo.

El cambio afecta al principio de la norma más favorable, que según Américo Plá Rodríguez, otorga al Derecho del Trabajo su carácter peculiar por cuestionar el principio según el cual, entre normas de jerarquía diferente, se debería aplicar la de rango superior y, entre normas de igual jerarquía se debería hacer prevalecer la promulgada más recientemente⁷. Por el contrario, en adelante prevalecerá en Brasil el principio de la norma más específica, considerando tal la que sea más cercana a la realidad del empleado.

El cambio es polémico y las discusiones en torno a ella no son recientes, como puede imaginarse. La expresión “negociado sobre legislado” viene siendo bastante utilizada, desde hace algunos años, para diversos intentos de modificación de la legislación laboral, presentados con el propósito de posibilitar que la negociación colectiva se sobreponga, en todos o sólo en determinados temas, a legislación elaborada por el Parlamento. Aunque, en realidad, no se trata de un verdadero mecanismo de valorización de la negociación colectiva, sino más bien de una forma de flexibilización de las normas imperativas estatales.

El ideal, en términos de valorización de la negociación colectiva y de fortalecimiento del sistema sindical, sería crear mejores condiciones y dejar espacio de concreción y de mejora para las negociaciones colectivas; y no mantener una legislación amplia y detallista pero posibilitando que sea puntualmente derogada por la negociación entre los actores sociales. Cuando la regla existe y se permite una negociación para reducirla o suprimirla se crea la sensación de pérdida de derechos, resultando que la regla aplicable será establecida mediante negociación colectiva, construida por sectores o categorías.

El punto de vista aquí defendido se vuelve más claro con un ejemplo. Así, la ley 10.101 establece en su artículo 2 que “*La participación en los beneficios o resultados será objeto de negociación entre la empresa y sus empleados*”, enumerando a continuación los procedimientos que podrán ser adoptados. Pero, en realidad, la ley no es que otorgue un derecho, permitiendo que la negociación lo suprima o modifique. Por el contrario, lo que deja claro es que la negociación es una herramienta importante para que el derecho surja y sea real. Un modelo, pues, que efectivamente valoriza la negociación colectiva, convirtiéndose la negociación en parte del proceso de creación del derecho.

Por el contrario, las reglas del artículo 7, incisos VI y XIII, no contienen un verdadero mecanismo de valorización de la negociación colectiva, sino más bien

⁷ RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. 3ª edição. São Paulo: 2000, p. 123.

una forma para afrontar, utilizando para ello a la negociación misma, las situaciones de crisis. De forma que, más bien, posibilitan la flexibilización de las reglas de irreductibilidad salarial y de prohibición de una alteración contractual lesiva para los intereses de los trabajadores para que, mediante la negociación colectiva, se asegure con carácter general una mayor o mejor protección para una categoría o grupo de trabajadores, aunque sea en detrimento de sus derechos individuales.

Cuando se permite que la negociación suprima o altere un derecho ya establecido en la legislación, deja de ser un mecanismo de conquista y se convierte en un instrumento de pérdida. Incluso cuando la pérdida está justificada por la protección de un bien mayor, como en el caso de la preservación de empleos y puestos de trabajo. Esta conclusión se evidencia en las reflexiones presentadas por Octávio Bueno Magano y Estêvão Mallet acerca de las mencionadas reglas constitucionales:

“Es decir, que desde el 5 de octubre de 1988 se hizo posible la utilización de la convención y del acuerdo colectivo no sólo para establecer nuevas condiciones de trabajo, in melius, como es de la tradición de esos institutos jurídicos, pero también in pejus, que, hasta entonces, sólo se admitía excepcionalmente”⁸.

Y rematan:

“Flexibilizar el Derecho del Trabajo quiere decir hacerlo más ajustable a situaciones fácticas, menos rígidas. Simboliza, además, el cambio del genérico por lo individualizado, del válido por lo eficaz, del fantasioso por lo real. Significa, finalmente, la preponderancia de la convención colectiva sobre la ley, de la autonomía de los grupos profesionales sobre el paternalismo estatal (...)”.

“Sintéticamente, se puede decir que la flexibilización del Derecho del Trabajo es el proceso de adaptación de las normas laborales a la realidad cambiante. Se trata de un proceso porque se traduce en sucesión de estados y cambios. Se caracteriza como adaptación porque no genera cambios. Se caracteriza como adaptación porque no genera cambios in vitro y sí las exigidas por la realidad cambiante, como por ejemplo, retracciones o expansiones económicas, procesos tecnológicos; transformaciones sociales o políticas”⁹.

⁸ “Vale dizer que, desde 5 de outubro de 1988, tornou-se possível a utilização da convenção e do acordo coletivo não apenas para estabelecer novas condições de trabalho, in melius, como é da tradição desses institutos jurídicos, mas também in pejus, o que, até então, só se admitia excepcionalmente” (MAGANO, Octávio Bueno; MALLET, Estêvão. O Direito do Trabalho na Constituição. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 105.)

⁹ “Flexibilizar o Direito do Trabalho quer dizer torná-lo mais ajustável a situações fácticas, menos rígido. Simboliza, ainda, a troca do genérico pelo individualizado, do válido pelo eficaz, do

Conforme a lo dicho, se comparte aquí la idea de que la verdadera valorización de la negociación colectiva no se produce cuando se permite que se superponga a la legislación vigente en todos los casos, sino solo cuando el ordenamiento jurídico la exige para la plenitud de la creación del derecho. Ciertamente que las normas laborales deben ser más flexibles para permitir la construcción del Derecho del Trabajo a partir de la negociación colectiva entre sindicatos de trabajadores y de empleadores. Por la sencilla razón de que ellos conocen las peculiaridades de su entorno profesional mejor que cualquier parlamentario. Pero es necesario un Derecho del Trabajo que tenga su esqueleto construido por leyes laborales generales, inflexibles, para tutelar a los trabajadores, funcionando las normas negociadas colectivamente como la musculatura de tales derechos, al ser elaboradas por quien sabe de las necesidades, a veces exclusivas, de concretas categorías económicas y profesionales.

Más que crear reglas legales generales aplicables a todos los trabajadores y normas legales específicas para las llamadas profesiones especiales reguladas y permitir, aunque sólo en situaciones excepcionales, la flexibilización de ellas mediante normas colectivas, es más adecuado mantener un núcleo duro de normas innegociables y complementarlo por la llamada autonomía colectiva de los particulares. Por cuanto es ingenuo pensar que solo la aprobación de una norma que permita la superposición de lo negociado colectivamente sobre lo legislado es una solución a la necesidad de modernización de la legislación laboral brasileña. La negociación colectiva debe ser un instrumento de adaptación de las reglas generales e inderogables a las particularidades de las actividades y de la realidad socioeconómica, pero no debe tener la función de precarizar las relaciones de trabajo con el principal objetivo de garantizar el lucro empresarial.

Enriquecedoras son, a ese respecto, las lecciones de Orlando Teixeira da Costa:

“En vista de esta situación, no se puede, sin el debido cuidado, promover cualquier reforma laboral en el sentido de adoptar una postura flexible, pues una acción irreflexiva en ese sentido podría agravar la condición de los hiposuficientes, sin contribuir de ninguna manera al fortalecimiento de las mismas relaciones de trabajo. La ruptura de la rigidez de ciertas normas

fantasioso pelo real. Significa, finalmente, a preponderância da convenção coletiva sobre a lei, da autonomia dos grupos profissionais sobre o paternalismo estatal (...). Sinteticamente, pode-se dizer que a flexibilização do Direito do Trabalho é o processo de adaptação das normas trabalhistas à realidade cambiante. Trata-se de processo porque se traduz em sucessão de estados e mudanças. Caracteriza-se como adaptação porque não gera mudanças. Caracteriza-se como adaptação porque não gera mudanças in vitro e sim as exigidas pela realidade cambiante, como por exemplo, retrações ou expansões econômicas, processo tecnológico; transformações sociais ou políticas” (MAGANO, Octávio Bueno; MALLETT, Estêvão. op. cit. p. 105.)

tiene que venir metódicamente, a través de un proceso de flexibilización diferenciada, que no cuide sólo del general, sino prioritariamente del diversificado. Y esa diversificación debe considerar no sólo la carencia de muchos o el concentrado poder económico de pocos, sino la variedad que presentan empresarios y empleados”¹⁰.

En cualquier caso, para el fin de una verdadera valorización de la negociación colectiva, es necesario reformar la estructura sindical para que los sindicatos sean efectivamente representativos de sus categorías. Esto es, ampliar el espacio de la libertad sindical para contar con sindicatos más legítimos y más representativos que no se acomoden a sus ingresos y luchen efectivamente por mejoras sociales para los trabajadores a través de la negociación y el diálogo social.

4. RELACIÓN DE TEMAS SOBRE LOS QUE ES POSIBLE LA PREVALENCIA DE LO NEGOCIADO SOBRE LO LEGISLADO

Cuando el Presidente Michel Temer asumió el cargo, aunque interinamente, y anunció la reforma laboral como una de sus principales banderas, ya se preveía una flexibilización amplia de la legislación laboral, mediante reglas que permitieran la superposición de lo negociado sobre lo legislado casi en cualquier situación. Se pensaba que sería rescatada la idea defendida en el Proyecto de Ley 5.483/2001, enviado por el Gobierno de Fernando Henrique Cardoso al Congreso nacional el 3 de octubre de 2000, que se limitaba a modificar el artículo 618 de la Consolidación de las Leyes del Trabajo para asignarle la siguiente redacción:

Art. 618. “Las condiciones de trabajo ajustadas mediante convención o acuerdo colectivo prevalecen sobre lo dispuesto en ley, siempre que no contravengan la Constitución Federal y las normas de seguridad y salud del trabajo”¹¹.

¹⁰ *“Em face dessa situação, não se pode, sem o devido cuidado, promover qualquer reforma trabalhista no sentido de adotar uma postura flexível, pois uma ação irrefletida nesse sentido poderia agravar a condição dos hipossuficientes, sem contribuir, de maneira alguma, para o fortalecimento das relações de trabalho. A quebra da rigidez de certas normas tem que vir metodicamente, através de um processo de flexibilização diferenciada, que não cuide apenas do geral, mas prioritariamente do diversificado. E essa diversificação deve considerar não apenas a carência de muitos ou o concentrado poder econômico de poucos, mas a variedade que apresentam empresários e empregados”.* (COSTA, Orlando Teixeira da. Direito coletivo do trabalho e crise econômica. São Paulo: LTr, 1991, p. 87).

¹¹ *Art. 618. “As condições de trabalho ajustadas mediante convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança e saúde do trabalho”.*

La idea de sus proponentes era que cualquier regla infraconstitucional no relativa a las normas de seguridad y salud del trabajo pudiera ser derogada por medio de negociación colectiva. Este proyecto de ley fue retirado de tramitación el 8 de marzo de 2003 a petición del entonces Presidente Luiz Inacio Lula da Silva y posteriormente archivado el 16/04/2004.

A diferencia de la reforma propuesta por Fernando Henrique Cardoso, la minirreforma laboral de Temer, en su propuesta inicial, enumeró expresamente las materias que podrían ser flexibilizadas mediante acuerdo o convención colectiva de trabajo. Si se hubiera aprobado como inicialmente propuesto, la regla del artículo 611 de la CLT habría pasado a ser la siguiente:

Art. 611-A. La convención o el acuerdo colectivo de trabajo tiene fuerza de ley cuando disponga sobre:

I. Fragmentación del período de vacaciones anuales en hasta tres veces periodos, con pago proporcional en cada período de manera que una de las fracciones necesariamente corresponda a, como mínimo, dos semanas ininterrumpidas de trabajo;

II. Pacto en cuanto al cumplimiento de la jornada de trabajo, limitada a doscientas veinte horas mensuales;

III. Participación en los beneficios y resultados de la empresa, para incluir su atribución en función de los plazos del balance patrimonial y/o de los balances legalmente exigidos, no inferiores a dos parcelas, una em el primer semestre y la outra em el segundo;

IV. Horas in itinere;

V. Pausas en la jornada, respetando el límite mínimo de treinta minutos;

VI. Ultratividad de la norma o del instrumento colectivo de trabajo de la categoría;

VII. Adhesión al Programa de Seguro de Empleo –PSE, una estrategia creada por la Ley no 13.189, de 19 de noviembre de 2015 para intentar combatir el desempleo que consiste en la reducción del salario compensada por un pago em parte por el empleador y una parte por el gobierno;

VIII. Plan de cargos y salarios;

IX. Reglamento empresarial;

X. Banco de horas, garantizada la conversión de la hora que exceda de la jornada normal de trabajo con um incremento de un mínimo del cincuenta por ciento;

XI. Trabajo remoto;

XII. Remuneración por productividad, incluidas las propinas percibidas por el empleado;

XIII. Registro de la jornada de trabajo.

§ 2º Se prohíbe la alteración por medio de convención o acuerdo colectivo de las reglas de seguridad y de medicina del trabajo que se establecen en las Normas Reguladoras del Ministerio de Trabajo o en la legislación que disponga sobre derecho de tercero.

§ 3º En la hipótesis de flexibilización de la norma legal relativa a salario y jornada de trabajo, observado lo dispuesto en los incisos VI, XIII y XIV del *caput* del art. 7 de la Constitución, la convención o el acuerdo colectivo de trabajo firmado deberá explicitar la ventaja compensatoria concedida en relación con cada cláusula reductora de derecho legalmente asegurado.

§ 4º En la hipótesis de procedencia de acción anulatoria de una cláusula de acuerdo o convención colectiva, la cláusula de ventaja compensatoria deberá ser igualmente anulada, con repetición del indébito¹².

¹² Art. 611-A. A convenção ou o acordo coletivo de trabalho tem força de lei quando dispuser sobre: I. Parcelamento de período de férias anuais em até três vezes, com pagamento proporcional às parcelas, de maneira que uma das frações necessariamente corresponda a, no mínimo, duas semanas ininterruptas de trabalho. II. Pacto quanto à de cumprimento da jornada de trabalho, limitada a duzentas e vinte horas mensais; III. Participação nos lucros e resultados da empresa, de forma a incluir seu parcelamento no limite dos prazos do balanço patrimonial e/ou dos balancetes legalmente exigidos, não inferiores a duas parcelas; IV. Horas in itinere; V. Intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos; VI. Ultratividade da norma ou do instrumento coletivo de trabalho da categoria; VII. Adesão ao Programa de Seguro-Emprego - PSE, de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015; VIII. Plano de cargos e salários;

IX. Regulamento empresarial; X. Banco de horas, garantida a conversão da hora que exceder a jornada normal de trabalho com acréscimo de, no mínimo, cinquenta por cento; XI. Trabalho remoto; XII. Remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado;

XIII. Registro de jornada de trabalho.

§ 2º É vedada a alteração por meio de convenção ou acordo coletivo de norma de segurança e de medicina do trabalho, as quais são disciplinadas nas Normas Regulamentadoras do Ministério do Trabalho ou em legislação que disponha sobre direito de terceiro.

§ 3º Na hipótese de flexibilização de norma legal relativa a salário e jornada de trabalho, observado o disposto nos incisos VI, XIII e XIV do *caput* do art. 7º da Constituição, a convenção ou o acordo coletivo de trabalho firmado deverá explicitar a vantagem compensatória concedida em relação a cada cláusula reductora de direito legalmente assegurado.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de acordo ou convenção coletiva, a cláusula de vantagem compensatória deverá ser igualmente anulada, com repetição do indébito”

Analizando esta norma hoy con la mirada de quien ya sabe cuáles fueron los cambios implementados con ocasión de su trámite en la Cámara de Diputados, la redacción en cuestión ya no parece tan mala. Sobre todo teniendo en cuenta las enmiendas parlamentarias presentadas en la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados, que han generado la siguiente redacción final del proyecto:

Art. 611-A. La convención colectiva y el acuerdo colectivo de trabajo tienen prevalencia sobre la ley cuando, entre otras cuestiones, disponga sobre:

I. Pacto en cuanto a la jornada de trabajo, observados los límites constitucionales;

II. Banco de horas anual;

III. Intervalo intrajornada, respetando el límite mínimo de treinta minutos para jornadas superiores a seis horas;

IV. Adhesión al Programa Seguro-Empleo (PSE), de que trata la Ley no 13.189, de 19 de noviembre de 2015;

V. Plan de cargos, salarios y funciones compatibles con la condición personal del empleado, así como identificación de los cargos que se encuadran como funciones de confianza;

VI. Reglamento empresarial;

VII. Representación de los trabajadores en el lugar de trabajo;

VIII. Teletrabajo, régimen de preaviso, y trabajo intermitente;

IX.- Remuneración por productividad, incluidas las propinas percibidas por el empleado, y remuneración por desempeño individual;

X . Modalidad de registro de jornada de trabajo;

XI. Intercambio del día de fiesta;

XII. Encuadramiento del grado de insalubridad;

XIII. Prórroga de jornada en ambientes insalubres, sin licencia previa de las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo;

XIV. Premios de incentivo en bienes o servicios, eventualmente concedidos en programas de incentivos;

XV. Participación en los beneficios o resultados de la empresa.

§ 1º. En el examen de la convención colectiva o del acuerdo colectivo

de trabajo, la Justicia del Trabajo observará lo dispuesto en el artículo 3 del art. 8 de esta Consolidación.

§ 2º La inexistencia de expresa indicación de contrapartidas recíprocas en convención colectiva o acuerdo colectivo de trabajo no dará lugar a su nulidad por no constituir un vicio del negocio jurídico.

§ 3º Si se pacta la cláusula que reduzca el salario o la jornada, la convención colectiva o el acuerdo colectivo de trabajo deberán prever la protección de los empleados contra el despido inmotivado durante el plazo de vigencia del instrumento colectivo.

§ 4º En la hipótesis de procedencia de la acción anulatoria de una cláusula de la convención colectiva o del acuerdo colectivo de trabajo, cuando haya la cláusula compensatoria, ésta deberá ser igualmente anulada, sin repetición del indébito.

§ 5º Los sindicatos suscriptores de la convención colectiva o del acuerdo colectivo de trabajo deberán participar, como litisconsortes necesarios, en la acción individual o colectiva, que tenga como objeto la anulación de cláusulas de esos instrumentos¹³.

¹³ Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre: I. Pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais; II. Banco de horas anual; III. Intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas; IV. Adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei no 13.189, de 19 de novembro de 2015; V. Plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança; VI. Regulamento empresarial; VII. Representante dos trabalhadores no local de trabalho; VIII. Teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente; IX. Remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual; X. Modalidade de registro de jornada de trabalho; XI. Troca do dia de feriado; XII. Enquadramento do grau de insalubridade; XIII. Prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho; XIV. Prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventualmente concedidos em programas de incentivo; XV. Participação nos lucros ou resultados da empresa.

§ 1º No exame da convenção coletiva ou do acordo coletivo de trabalho, a Justiça do Trabalho observará o disposto no § 3o do art. 8o desta Consolidação.

§ 2º A inexistência de expressa indicação de contrapartidas recíprocas em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho não ensejará sua nulidade por não caracterizar um vício do negócio jurídico.

§ 3º Se for pactuada cláusula que reduza o salário ou a jornada, a convenção coletiva ou o acordo coletivo de trabalho deverão prever a proteção dos empregados contra dispensa imotivada durante o prazo de vigência do instrumento coletivo.

§ 4º Na hipótese de procedência de ação anulatória de cláusula de convenção coletiva ou de

Si bien el repertorio de supuestos en los que la negociación colectiva puede disponer de lo establecido en la ley aumentó en poco, de trece a quince hipótesis, lo relevante es que esa enumeración ha dejado de ser taxativa para convertirse en meramente ejemplificativa, como se puede deducir de la expresión “entre otros”. De manera que casi todos los temas referidos a la relación de trabajo y regulados por la ley podrán ser alterados por medio de negociación colectiva.

Las únicas excepciones en las que no se admite ese papel derogatorio de la negociación colectiva serían las siguientes:

Art. 611-B. Constituyen objeto ilícito de convención colectiva o de acuerdo colectivo de trabajo, exclusivamente, la supresión o la reducción de los siguientes derechos:

I. Normas de identificación profesional, incluyendo las anotaciones en la Cartera de Trabajo y Previsión Social;

II. Seguro de desempleo, en caso de desempleo involuntario;

III. Valor de los depósitos mensuales y de la indemnización rescisoria del Fondo de Garantía del Tiempo de servicio (FGTS);

IV. Salario mínimo;

V. Valor nominal del decimotercer salario;

VI. Remuneración del trabajo nocturno superior a la del diurno; VII. Protección del salario en la forma de la ley, constituyendo delito su retención dolosa;

VIII. Salario-familia;

IX. Descanso semanal remunerado;

X. La remuneración del servicio extraordinario superior, como mínimo, en un 50% (cincuenta por ciento) a la normal;

XI. Número de días de vacaciones debidos al empleado;

XII. Disfrute de vacaciones anuales retribuidas con al menos un tercio más que el salario normal;

acordo coletivo de trabalho, quando houver a cláusula compensatória, esta deverá ser igualmente anulada, sem repetição do indébito.

§ 5º Os sindicatos subscritores de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho deverão participar, como litisconsortes necessários, em ação individual ou coletiva, que tenha como objeto a anulação de cláusulas desses instrumentos.”

XIII. Permiso de maternidad con una duración mínima de ciento veinte días;

XIV. Licencia-paternidad en los términos fijados en ley;

XV. Protección del mercado de trabajo de la mujer, mediante incentivos específicos, en los términos de la ley;

XVI. Preaviso proporcional al tiempo de servicio, siendo como mínimo de treinta días, en los términos de la ley;

XVII. Normas de salud, higiene y seguridad del trabajo previstas en ley o en normas reguladoras del Ministerio de Trabajo;

XVIII. Adicional de remuneración para las actividades penosas, insalubres o peligrosas;

XIX. Jubilación;

XX. Seguro contra accidentes de trabajo, a cargo del empleador;

En los créditos resultantes de las relaciones de trabajo, con plazo prescripcional de cinco años para los trabajadores urbanos y rurales, hasta el límite de dos años después de la extinción del contrato de trabajo;

XXII. Prohibición de toda discriminación por lo que se refiere al salario y los criterios de admisión del trabajador con discapacidad;

XXIII. Prohibición de trabajo nocturno, peligroso o insalubre a menores de dieciocho años y de cualquier trabajo a menores de dieciséis años, salvo en la condición de aprendiz, a partir de catorce años;

XXIV. Medidas de protección legal de niños y adolescentes;

XXV. Igualdad de derechos entre el trabajador con vínculo laboral permanente y el trabajador suelto;

XXVI. Libertad de asociación profesional o sindical del trabajador, incluso el derecho de no sufrir, sin su expresa y previa anuencia, cualquier cobro o descuento salarial establecidos en convención colectiva o acuerdo colectivo de trabajo¹⁴.

¹⁴ Art. 611-B. Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos: I. Normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social; II. Seguro-de-desemprego, em caso de desemprego involuntário; III. Valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS); IV. Salário mínimo; V. Valor nominal do décimo terceiro salário; VI. Remuneração do trabalho noturno superior à do diurno; VII. Proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa; VIII. Salário-família;

Añadiendo que, a efectos de este artículo, las reglas sobre duración del trabajo y sobre los intervalos no serán consideradas como normas de salud, higiene y seguridad en el trabajo.

La conclusión, analizando estos textos es que la posibilidad de que la negociación colectiva esté habilitada para la retirada, la modificación o la flexibilización de los derechos laborales ha pasado a ser la regla y no la excepción. Que queda confirmada por la precisión inicial del artículo en el que se señala que las materias excluidas de la disposición por parte del convenio colectivo son “exclusivamente” las del listado que incorpora. Se trata, por tanto y a diferencia del listado de materias que incorpora la prevalencia del acuerdo colectivo, de un *numerus clausus*.

5. CONSIDERACIONES FINALES

La negociación colectiva es la mejor forma de construir el Derecho del Trabajo. Nadie mejor que los directamente involucrados en una relación laboral para decidir las cláusulas que han de regir las condiciones de trabajo de la

IX. Repouso semanal remunerado; X. Remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal; XI. Número de dias de férias devidas ao empregado; XII. Gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal; XIII. Licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias; XIV. Licença-paternidade nos termos fixados em lei; XV. Proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei; XVI. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei; XVII. Normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho; XVIII. Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas; XIX. Aposentadoria; XX. Seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador; XXI. Ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; XXII. Proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência; XXIII. Proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos; XXIV. Medidas de proteção legal de crianças e adolescentes; XXV. Igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso; XXVI. Liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho; XXVII. Direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender; XXVIII. Definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve; XXIX. Tributos e outros créditos de terceiros; XXX. As disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.

Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

categoría. Esta solución es, indudablemente, mejor que la solución dictada por el legislador que muchas veces está bastante alejado de la realidad social de aquella actividad económica. Y es también mejor que la solución dictada en los conflictos colectivos por magistrados que, a menudo, jamás fueron empleados o empresarios y por lo tanto conocen de la materia por el conocimiento adquirido en los cursos y libros jurídicos, pero no a través de la vivencia práctica de la categoría económica en discusión.

El análisis presentado en este texto demuestra, sin embargo, que, a pesar de lo que se había dicho con ocasión de la presentación de la primera versión del proyecto que resultó en la Ley 13.467, la Reforma Laboral no ha supuesto una revalorización de la negociación colectiva. Los cambios que entrarán en vigor a partir del 12 de noviembre, cuando terminó la *vacatio legis*, han supuesto más un impulso del acuerdo individual, permitiendo que, en el caso de los trabajadores con formación superior y mejores condiciones salariales, la libertad de contratación individual prevalezca sobre los acuerdos colectivos adoptados por la representación de la categoría.

Esta opción es sintomática y presenta consecuencias potencialmente muy dañinas. La negociación colectiva es una pieza esencial de las relaciones laborales. Valorarla, animarla y crear mecanismos para que sea cada vez más eficaz es valorar el Derecho Laboral en su vertiente más democrática. La negociación individual, por otro lado, representa el retorno al Derecho Privado; un flagrante retroceso, al menos para el Derecho del Trabajo como ciencia.

Además, la forma de promover una verdadera revalorización de la negociación colectiva no es permitiendo que prevalezca frente a la ley en los casos en que se admite una reducción de los derechos, generando un sentimiento de pérdida. Por el contrario, sí que se fortalece la negociación colectiva si concurre a la creación del derecho, pero estableciendo desarrollos y mejoras de los derechos, y generando en suma un sentimiento de construcción y de ganancia.

Por todo ello es posible concluir que quien más ha perdido con los cambios implementados en la legislación laboral brasileña, más allá de los empleados, ha sido el mismo Derecho del Trabajo. Una disciplina que, cada vez, más, pierde elementos de identidad y principios propios, acercándose nuevamente al Derecho Civil del que se había desgajado, cobrando autonomía, hace ya mucho tiempo.

EL PERÍODO DE PRUEBA EN LAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

MARÍA JOSÉ ASQUERINO LAMPARERO

Profesora sustituta interina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Palabras clave: Período de prueba, relaciones laborales especiales, principio de supletoriedad

Es objeto del presente tratar de dilucidar las concomitancias o diferencias que se aprecian entre el tratamiento normativo del período de prueba ordinario y el previsto para las relaciones laborales especiales consagradas legalmente, analizando en cada uno de estos vínculos cuándo las previsiones contempladas en el art.14 del Estatuto de los Trabajadores se aplican supletoriamente.

ABSTRACT

Key words: Probationary period, legal special labor relations, supplementary principle

It is the object of the present to try to elucidate, in each one of the legal special labor relations, the concomitances or differences that are appreciated between the normative treatment of the ordinary probationary period and the one foreseen for the legally consecrated special labor relations, analyzing in each one of these links when the provisions contemplated in article 14 ET are supplementary.

ÍNDICE

1. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LAS RELACIONES LABORALES ORDINARIAS: REFLEXIONES EN TORNO AL ART.14 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
2. EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN
3. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE DEPORTISTAS PROFESIONALES
4. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL CON ABOGADOS
5. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR
6. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN DE PRUEBA EN LA RELACIÓN ESPECIAL DE TRABAJADORES MINUSVÁLIDOS
7. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE ARTISTAS
8. EL PERÍODO DE PRUEBA EN OTRAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES
9. CONCLUSIONES

1. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LAS RELACIONES LABORALES ORDINARIAS: REFLEXIONES EN TORNO AL ART.14 DEL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES

La regulación genérica de esta tradicional institución jurídica se halla en el art.14 del Estatuto de los Trabajadores¹, sin que este precepto haya experimentado modificaciones relevantes en cuanto a su comprensión y alcance.

¹ Art.14 Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre:”1. Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos. En defecto de pacto en convenio, la duración del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses para los técnicos titulados, ni de dos meses para los demás trabajadores. En las empresas de menos de veinticinco trabajadores el periodo de prueba no podrá exceder de tres meses para los trabajadores que no sean técnicos titulados.

En el supuesto de los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 concertados por tiempo no superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra cosa en convenio colectivo.

El empresario y el trabajador están, respectivamente, obligados a realizar las experiencias que constituyan el objeto de la prueba.

Será nulo el pacto que establezca un periodo de prueba cuando el trabajador haya ya desempeñado las mismas funciones con anterioridad en la empresa, bajo cualquier modalidad de contratación.

2. Durante el periodo de prueba, el trabajador tendrá los derechos y obligaciones correspondientes al puesto de trabajo que desempeñe como si fuera de plantilla, excepto los derivados de la resolución de la relación laboral, que podrá producirse a instancia de cualquiera de las partes durante su transcurso.

3. Transcurrido el periodo de prueba sin que se haya producido el desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador en la empresa.

Las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante la lactancia y paternidad, que afecten al trabajador durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes.”

De esta manera, el período de prueba se ha concebido como instrumento que sirve a los intereses del empresario y trabajador concediéndoles la oportunidad de desvincularse de la relación, sin por ello sufrir consecuencia pecuniaria de ningún tipo y careciendo de relevancia jurídica el verdadero motivo que tienen las partes para desasirse de aquella.

Naturalmente, y toda vez que nuestro Derecho del Trabajo descansa sobre el principio de conservación del negocio, el particular efecto que entraña el período de prueba sobre la relación laboral es de naturaleza eminentemente temporal. Esto es, resultaría de todo punto inconcebible acordar un lapso probatorio de duración superior al que se haya pactado como total del contrato de trabajo, tildándose de abusiva aquellas otras cláusulas probatorias que prevén una duración temporal superior a la que objetivamente es necesaria para desplegar todas las habilidades y actitudes que conforman un determinado puesto de trabajo².

Pero, y dado que determinadas relaciones de trabajo presentan rasgos particulares, no es imaginable que junto a ese régimen general recogido en el artículo referenciado existan otras especialidades que únicamente se aplicarán a determinados vínculos laborales en atención a la peculiaridad del trabajador contratado o al objetivo al que sirve el contrato de trabajo suscrito. Es precisamente este el sentido del presente: analizar las regulaciones específicas o especiales del período de prueba que se entablan a través de las distintas relaciones laborales especiales, a fin de cuestionar y verificar si efectivamente lo que formalmente se denomina como tal es auténticamente el período de prueba en el sentido esbozado en este primer apartado.

Fuera de este estudio han quedado otras figuras contractuales a las que el legislador formalmente no ha considerado como especiales pero que presentan una idiosincrasia propia que les hace merecedoras de una regulación diferente a la común, tales y como son los socios trabajadores de una cooperativa de trabajo asociado, los empleados públicos, el personal que presta servicios en el sector de la minería, del mar o los que lo hacen para una empresa de seguridad privada³

² Queda fuera del presente estudio el análisis del período de prueba previsto para los contratos indefinidos de apoyo a emprendedores (Ley 3/2012 de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, art.4) que tienen –a pesar de ser estos una modalidad de contratación prevista para las relaciones laborales ordinarias- su propia regulación en cuanto al período de prueba se refiere, existiendo dudas más que razonables acerca de la falta de coincidencia entre las cláusulas probatorias automáticamente incorporadas en estos tipos de contrato y las que se puedan estipular en cualquier otra relación laboral indefinida o eventual.

³ Véase la clasificación que al efecto nos dispensa Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, 2017, Ed. Tecnos, Madrid, op.cit. pág. 53.

2. EL PERÍODO DE PRUEBA EN EL CONTRATO DE ALTA DIRECCIÓN

La calificación de relación laboral especial al contrato que se entabla entre empleador y personal de alta dirección se desprende explícitamente del art.2.1.a) del Estatuto de los Trabajadores. Con base a esa especialidad –derivada fundamentalmente de las peculiaridades bajo las cuales se va a desenvolver esta relación y del propio cometido encargado a este particular trabajador- surge una norma que específicamente va a tratar de su régimen jurídico: el Real Decreto 1382/1985⁴.

Esto supone que la legislación laboral común solamente se aplicará en las situaciones en las que las partes así lo hubieran convenido o en los casos de remisión expresa del texto normativo específico. Tal y como la doctrina científica se ha encargado de precisar, las fuentes de regulación de esta relación se encuentran en el propio Real Decreto (concibiendo a alguno de sus apartados como derecho indisponible para las partes⁵), el Estatuto de los Trabajadores (vía remisión expresa) y lo que constituye el pilar que sustenta la relación con el alto directivo: la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Pero antes de detenernos en la materia propia de nuestro estudio, nos parece de utilidad recordar qué hemos de entender por “personal de alta dirección”. Esta calificación se reserva para el trabajador que ejercita poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, actuando con plena autonomía y responsabilidad.

Ya, desde la definición, se puede observar cómo el alto directivo ostenta una especial posición en el seno de la empresa. Así, a grandes rasgos, toma decisiones que inciden en la gestión y en áreas funcionales vitales de la actividad empresarial⁶, recibiendo instrucciones directamente del empresario. Siendo este el concepto, es deducible cómo en este tipo de relaciones adquiere mayor relevancia el despliegue de las capacidades personales del trabajador. El fundamento de este

⁴ Tradicionalmente, la prestación de servicios calificada como de alta dirección, estuvo excluida del ámbito del Derecho del Trabajo “y se conecta con los propios orígenes de la disciplina”: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes y contenido”, *La Ley, Relaciones Laborales, Sección Doctrina*, 1986, Tomo 1, pág. 144.

Aparece por vez primera en la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales) aunque no adquiere su dimensión específica hasta la promulgación del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

⁵ Así, el ámbito subjetivo, la forma del contrato, las fuentes de regulación, el tiempo máximo de duración de la prueba, pactos de no competencia y no concurrencia, entre otros.

⁶ STS 2 de enero de 1991 (RJ 1991/43); STS de 4 de junio de 1999 (RJ 1999/5067).

tipo de relación radica en la recíproca confianza de las partes, lo que implica que ambas están sometidas escrupulosamente al principio de la buena fe.

Todo el régimen legal en torno a la figura del alto directivo está construido con base a esta máxima, razón por la cual el principio de libertad contractual aquí alcanza su máxima expresión a la hora de regular cómo se desenvolverá la relación.

Del merecimiento de un régimen especial tampoco se escapa el período de prueba⁷. Con relación a este, la única referencia legal se realiza con relación a los contratos que las partes han decidido formalizar bajo la modalidad indefinida. En estos supuestos, el tope máximo de la prueba de carácter indisponible⁸ es de nueve meses.

Como se puede constatar, en este tipo de relación el legislador claramente ha optado por fijar un lapso superior al ordinario para el período de prueba⁹, quizás motivado por la peculiaridad de los servicios contratados —que, acaso, requieren una mayor cualificación profesional— y por las altas dosis de especial confianza que sustenta la relación.

De esta aseveración extraemos la importancia del elemento personal que procura una flexibilización de la regulación del período de prueba en este singular contrato y que nos remite al sentido al que obedece la institución probatoria: comprobar in situ las capacidades técnicas y actitudinales del trabajador contratado¹⁰.

⁷ Art.5 Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto: “Uno. En el contrato especial de trabajo del personal de alta dirección podrá concertarse un período de prueba que en ningún caso podrá exceder de nueve meses, si su duración es indefinida.

Dos. Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador de alta dirección de la Empresa.”

La “recíproca confianza” es el argumento que, a juicio de Rodríguez- Piñero y Bravo-Ferrer, M. (“El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido”, op.cit) sirve para explicar la elevación del módulo temporal del período de prueba en esta singular relación.

⁸ Ballester Pastor, M.A.: *El período de prueba*, Ed. Tirant Lo Blanch “Colección Laboral”, Valencia, 1995, pág. 70: “Se trata de una duración máxima imperativa para la autonomía individual y para la colectiva”; STSJ Cataluña de 24 de noviembre de 1997, AS 1997/3943: en el contrato se señalaron diez meses de período de prueba, pero el tribunal entiende que el límite normativo es de carácter indisponible.

⁹ Recuérdese que el legislador en el art.14 del Estatuto de los Trabajadores señala distintas duraciones del lapso probatorio, no obstante la superior es la de seis meses que se destina para los técnicos titulados.

¹⁰ La institución del período de prueba es el mecanismo puesto a servicio del empleador que le permite comprobar la idoneidad de su trabajador en lo que hace al puesto que este ocupa. Esa idoneidad no se ciñe al aspecto netamente profesional, sino que se extiende a su dimensión más personal, aquella que enraíza con sus cualidades humanas. En este sentido, y a título de ejemplo,

La reflexión anterior la hemos realizado desde la óptica de la defensa de los intereses empresariales, pero si optamos por una visión desde el prisma del trabajador no podemos dejar de compartir la opinión de nuestra doctrina especializada que manifiesta que “Quizá, pocos supuestos justifican el contrato a prueba desde el provecho recíproco de las partes contratantes; la relación laboral especial de alta dirección, sin embargo, es la excepción”¹¹.

Justificado (se comparta o no) queda la elevación del tope máximo legal del período de prueba en esta especial relación cuando se concierta por tiempo indefinido, pero ¿qué ocurre con la cláusula probatoria cuando el contrato suscrito con el alto directivo es de naturaleza eventual? Al no existir referencia legal expresa en este punto, podemos vacilar no solo acerca del tratamiento jurídico que haya de dispensársele, sino que incluso se pueden albergar dudas acerca de si es o no factible este tipo de pacto.

Así, con base a una interpretación literal¹² aparecen partidarios de entender

STS de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008/6970): el párrafo segundo del art.14.1 del ET “evidencia que el fin del período de prueba es acreditar la idoneidad del trabajador para el empleo que motiva el contrato y el logro de ese objetivo lo condiciona todo. Por ello si el trabajador no acredita la aptitud debida puede el patrono desistir del contrato libremente”, el concepto de idoneidad englobaría tanto las capacidades netamente profesionales como las personales que se despliegan en el puesto de trabajo asignado; Implícitamente, la STS de 12 de noviembre de 2007 (RJ 2008/701) al afirmar que la institución está para que el empresario “pueda valorar las actitudes del trabajador y la conveniencia de mantener el vínculo contractual asumido”.

De igual modo, para el trabajador será de máxima utilidad conocer durante esta fase: “el ambiente, si su capacidad es adecuada, el sistema de trabajo, la organización, la relación de los elementos de ésta”; STSJ La Rioja 21 de marzo de 2011 (JUR 2011/132444) o STSJ Madrid de 30 de septiembre de 2009 (AS 2009/2873), entre otras.

¹¹De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, Colección Estudios de Derecho Laboral, Director Juan Antonio Sagardoy Bengoechea, Civitas, Madrid, 1998, pág. 113, en la nota 262 manifiesta que es “mayoritaria la doctrina que sostiene el interés recíproco en el establecimiento de la prueba. Así, Fernández López, M.F, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “La relación laboral especial del personal de alta dirección y el Real Decreto 1382/1985, (I)”, *Relaciones Laborales*, Tomo 1, 1988, págs. 193-194; Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido, op.cit., pág.144: “En el caso de los altos directivos, no son sólo sus conocimientos técnicos, sino que por su situación en la empresa debe poner en juego una serie de cualidades personales y de habilidades de las que depende mucho el éxito de su función, Por ello se ha podido hablar de la «indispensabilidad» del período de prueba para los directivos, ya que el éxito del alto directivo dependerá «no sólo de su competencia técnica, sino también de sus cualidades personales» (Sala Franco). En este período el directivo podrá comprobar además si el empleo que se le ha ofrecido le conviene no sólo por las condiciones laborales, sino también por las posibilidades de éxito de su misión.

¹²Sala Franco, T.: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Deusto, Bilbao, 1990, pág. 44; Borrajo Dacruz, E.: “El personal de alta dirección en la empresa”, REDT (Civitas) núm. 22, 1985, Disponible en La Ley [en línea]. LA LEY 4209/2001; Fernández Márquez, O.: “El periodo de prueba en el contrato de trabajo”, op.cit., al considerar que el período de prueba

que no cabe la previsión de la prueba cuando la relación de alta dirección es de carácter temporal. No faltan, no obstante, opiniones en contra al entender¹³ que no es esta conclusión coherente con el espíritu que preside el entendimiento de la figura estudiada.

Si admitimos la licitud del período de prueba también para los contratos eventuales suscritos con el personal de alta dirección (y, a nuestro juicio, es la conclusión más acorde con la finalidad que persigue la prueba toda vez que el objetivo del instituto es independiente a la modalidad contractual seleccionada) el siguiente problema sería señalar su plazo máximo. En lo que se refiere a este punto, parte de la doctrina¹⁴ indica que la misma duración que se ha fijado como tope máximo para los contratos indefinidos sería la que vincularía también a los contratos temporales cuando estos tuvieran una duración superior a nueve meses. Esta línea de interpretación descarta¹⁵ la aplicación de las previsiones temporales del art. 14 del Estatuto de los Trabajadores, por cuanto este texto tan solo sería aplicable en las hipótesis en las que el Real Decreto de regulación de esta relación especial así lo prevea (circunstancia esta que no acaece) o cuando las partes hacen constar su deseo expreso en este sentido, no sin opiniones en contra que defienden la aplicación automática del precepto de la norma laboral común¹⁶.

No hay que desconocer¹⁷ -y dado que la norma no lo prohíbe- la tesis que admite la posibilidad de concertar el período de prueba en las relaciones coyunturales, fijándose la duración que las partes estimen por conveniente, sin perjuicio de un hipotético ulterior examen -y declaración en su caso de nulidad de la cláusula- de abusividad que habría que realizar analizando caso por caso. Con esta afirmación se logra respetar el sistema de prelación de fuentes establecido en el Real Decreto de aplicación.

Entendemos que las razones expuestas son más que suficientes para alcanzar la conclusión antes citada. Acaso podría añadirse el especial papel regulador

no tiene sentido en los contratos temporales y Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido”...op.cit: “podrá concertarse... si... es indefinida» no puede sino significar que sólo podrá concertarse en tal caso y que no podrá concertarse en otro caso.”

¹³ Ballester Pastor, M.A.: *El periodo de prueba* Ed. Tirant Lo Blanch “Colección Laboral”, Valencia, 1995, pág. 70.

¹⁴ Alonso Olea, M. y Casas Baamonde, M.E.: *Derecho del Trabajo*, Civitas, 26ª Ed., 2009, pág. 75.

¹⁵ Ballester Pastor, M.A.: *El periodo de prueba*, op.cit. pág.70. En el mismo sentido, De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.114.

¹⁶ De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit, pág.114 cita a Molero Manglano, C.: *El contrato de alta dirección*, Civitas, 1995, pág. 297.

¹⁷ De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 114 y 115.

que las partes tienen en esta modalidad de contratación para encauzar su relación de trabajo.

En lo que se refiere al resto de aspectos que caracterizan el período de prueba tampoco se hallan contemplados en la norma de referencia. El objeto de la prueba en estos especiales contratos coincide con el que pueda establecerse en cualquier otra relación ordinaria, consistiendo la llamada a la realización de las experiencias en concederle la posibilidad al trabajador de que ejerza “la función para la que ha sido contratado”¹⁸.

El precepto comentado cierra el tratamiento estableciendo las consecuencias que tendría para las partes la continuidad de la relación tras la prueba. En este sentido, señala –al igual que lo hace el Estatuto de los Trabajadores– que el período de vinculación previo se tendrá en consideración al objeto de determinar la antigüedad del trabajador en la empresa.

Acaso la inercia del entendimiento de la prueba en nuestro Derecho laboral común ha hecho surgir el interrogante acerca de si para entenderla constituida era o no necesario que se estableciera por escrito, por cuanto el legislador ad hoc no había expresado su voluntad explícita en este sentido. Debe recordarse en este punto que el establecimiento de la prueba en cualquiera de las relaciones laborales ordinarias exige la previsión expresa con cada uno de los trabajadores afectados por aquella o expresado de otro modo que la constancia explícita y por escrito de la cláusula probatoria es un requisito ad solemnitatem, sin que se pueda presumir su existencia ni siquiera si estuviera contemplada como obligatoria en convenio colectivo.

Ante esta actitud silente de la norma que regula el período de prueba en el contrato especial de alta dirección, se interpreta que no se puede presumir su existencia en todos y cada uno de los contratos de alta dirección suscritos, pero su establecimiento no se encuentra condicionado al requisito previo de su consignación por escrito¹⁹.

De cualquier forma, estas omisiones normativas, esta “regulación parcial”²⁰, también han provocado la pregunta doctrinal acerca de cómo es la extinción que podría instarse bajo su vigencia, exponiéndose que el desistimiento es libre²¹, siendo innecesario el preaviso e inoperante la

¹⁸ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido” op.cit.

¹⁹ Ballester Pastor, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.70. En el mismo sentido, De Val Tena A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.115.

²⁰ De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.114.

²¹ *Ibidem*. De Val sostiene el carácter libre del desistimiento por ser connatural al período de prueba y también por la previsión contenida en el art.5.2 “sin que se haya producido desistimiento”;

indemnización prevista con carácter general en los artículos 10 y 11 del Real Decreto 1382/1985²².

No creemos sea factible otra interpretación. La característica que dota de impronta propia al instituto probatorio del art.14 del Estatuto de los Trabajadores es la facultad que tienen las partes de poner fin a la relación laboral sin expresar causa alguna y sin someterse a condición, ni requisito formal o temporal alguno. La cláusula probatoria de los contratos de alta dirección se adapta a la especial naturaleza de la prestación de servicios convenida, pero no difiere en lo que hace a su destino natural, pues si otra fuera la conclusión no podríamos hablar con rigor jurídico del “período de prueba en los contratos de alta dirección”, sino que nos encontraríamos con una figura distinta a la que hoy tratamos.

En lo que hace a los derechos que ostenta el alto directivo durante la prueba, debe entenderse que son idénticos a los que goza cualquier otro trabajador aunque no se haya comprometido a este pacto²³ y en lo que hace a las hipótesis que posibilitarían la suspensión del lapso probatorio, se habrá de estar a lo acordado²⁴.

Así pues, entendemos que salvo el máximo legal de carácter indisponible para las partes en los contratos que no tienen una duración determinada, así como en lo relativo a la equiparación de derechos con el resto de la plantilla, todos los demás aspectos pueden ser convenidos por el empresario y por el trabajador, siempre que no se atente a la propia finalidad y virtualidad del instituto del período de prueba.

Esa trasgresión de la concepción jurídica natural del período de prueba se produciría, a nuestro juicio, si se exigieran condiciones adicionales a la facultad de desistimiento natural que se ostenta vigente aquel lapso o se introdujeran elementos que consiguieran pervertir el destino al que la institución ha sido llamada.

De cualquier forma, y con relación a la facultad de desistimiento libre que entraña la prueba, nótese cómo la relevancia de esta no adquiere las cotas de importancia con que sí se concibe para las relaciones laborales ordinarias. Para

en el mismo sentido, Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: constitución, fuentes, contenido”, op.cit.

²² Art.10.2 RD 1382/1985: “El empresario tendrá derecho, en caso de incumplimiento total o parcial del deber de preaviso, a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido.”

Art.11.1. in fine: “En los supuestos de incumplimiento total o parcial del preaviso, el alto directivo tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido.”

²³ Sala Franco, T.: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, op.cit., pág. 45.

²⁴ *Ibidem*.

alcanzar tal conclusión basta con acudir a la sección normativa que se encarga de abordar el tratamiento de la extinción de este singular contrato y que descansa en la reiterada importancia con que se concibe –desde el inicio, ex art.2 del Real Decreto- el principio de confianza.

Concretamente, el art.11.1 de la norma especial señala la posibilidad de poner fin a la relación laboral por “desistimiento del empresario”, aun cuando este se ha de rodear de una serie de requisitos formales a fin de cumplir con las exigencias reglamentarias, relativos a la necesidad de su expresión escrita y respeto a preaviso.

El desistimiento del que nos habla el último precepto en nada difiere del que se puede manifestar vigente la prueba. Esto es, no se trata de una modalidad de terminación contractual causal que descansa en un previo incumplimiento del trabajador²⁵, aun cuando los efectos que genera el desistimiento formulado por el empresario una vez se ha superado el período de prueba sí son diferentes, por cuanto generan para la persona del trabajador derecho a la indemnización.

Es decir, la facultad de desistimiento que define a la institución probatoria en esta singular relación no alcanza –a nuestro juicio- la dimensión e importancia que sí posee con respecto a las relaciones laborales ordinarias. Recuérdese que la facultad de desistimiento libre por parte del empresario no tiene cabida en nuestro Estatuto de los Trabajadores más allá de la prueba. Por el contrario, en la relación laboral especial de alta dirección la facultad unilateral extintiva acausal del empresario se mantiene vigente durante toda la vida contractual sin ceñirse, por tanto, a un momento temporal concreto.

3. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE DEPORTISTAS PROFESIONALES

La progresiva ampliación del ámbito subjetivo de las relaciones laborales ha supuesto que también el colectivo de deportistas profesionales sea considerado como trabajador en el sentido técnico-jurídico del término²⁶. No obstante, no se puede escapar al dato incontestable de la singularidad de la prestación de servicios que se contrata; es precisamente esta circunstancia la que es valorada por

²⁵ STS de 6 de febrero de 1990 (RJ 1990/827): “contempla una causa de extinción que deriva de la recíproca confianza, que, según se reconoce en el artículo 2 del Real Decreto, constituye la característica esencial de esta relación, confianza que puede desaparecer abstracción hecha de un comportamiento del personal de alta dirección que suponga un incumplimiento de sus obligaciones”

²⁶ El precedente normativo se encuentra en la Ley de Relaciones Laborales, Ley 16/1976, de 8 de abril acogiendo el sentir de los tribunales laborales.

el legislador para considerar que estamos frente a otra relación laboral especial (art.2.1.d) del Estatuto de los Trabajadores) que merece una regulación propia (contenida, actualmente, en el Real Decreto 1006/1985, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales).

La normativa reglamentaria que viene a sustituir al Real Decreto 318/1981²⁷, parte del principio general de la prioridad aplicativa de las previsiones contenidas en el Estatuto de los Trabajadores “salvando sólo las especialidades que vienen exigidas por la peculiar naturaleza del trabajo deportivo.”²⁸ La consecuencia de tal premisa es que la norma laboral común se erige en derecho supletorio, lo que a la postre supone –según entiende la doctrina especializada- que estemos frente a una relación laboral que está sometida a la normativa del Estatuto de los Trabajadores, cediendo la aplicación de este tan solo en las hipótesis reguladas expresamente por el Real Decreto 1006/1985.

El segundo sostén del Real Decreto comentado viene constituido por la relevancia que se le concede a la negociación colectiva a fin de regular los aspectos particulares de esta singular relación de trabajo, caracterizada por entablarse “entre quienes se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o de cualquier otra entidad deportiva, a cambio de una retribución”²⁹.

Interesa destacar, a los efectos de este estudio, que a diferencia de lo que ocurría con la relación laboral especial de alta dirección, “El RD 1006/1985 no faculta al club o entidad deportiva para que extinga ad nutum el contrato de trabajo deportivo, ya que para ello necesita alguna de las causas que la citada norma reguladora de la relación laboral deportiva establece”³⁰. Al trabajador, sin embargo, sí se le reconoce el derecho de dimisión (art.16.1 RD 1006/1985)³¹.

²⁷ El Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales, deroga al Real Decreto 318/1981, de 5 de febrero.

²⁸ Durán López, F.: “La relación laboral especial de los deportistas profesionales”, Relaciones Laborales, Sección Doctrina, 1985, Tomo 2, La Ley, [en línea]. Disponible en LA LEY 1000/2001.

²⁹ *Ibidem*. Durán López aporta esta definición más precisa que la contenida en el art.1.2 del RD 1006/1985 que pone el acento en el ámbito subjetivo.

³⁰ González del Río, J.M.: “El deportista profesional ante la extinción del contrato de trabajo deportivo”, La Ley, Madrid, Febrero 2008. [En línea]. Disponible en La Ley digital 2108/2010.

³¹ El precepto no señala como obligación el preaviso de la decisión dimisoria, sin perjuicio de los posibles efectos pecuniarios que la conducta intempestiva podría acarrear al trabajador. De igual forma, el artículo señala los presupuestos a contemplar por la jurisdicción laboral a fin de determinar la indemnización a la que puede resultar acreedora la empresa –siguiendo en este punto a Rodríguez Santos, E.: “La dimisión de los deportistas profesionales”, Actualidad Laboral, Nº 1, La Ley, Sección Estudios, Quincena del 1 al 15, Enero 2007, Tomo 1. [En línea]. Disponible en La Ley digital 4328/2006- .

Esto es, con sus especialidades en absoluto despreciables, el régimen de extinción parte de las mismas consideraciones que sirven de pilares para explicar la finalización de la relación laboral común, a saber: extinciones empresariales causales que contrarrestan con la capacidad de dimisión ad nutum que ostenta el trabajador.

Siendo las mismas premisas las que sirven de sustento para la extinción contractual, lógico es pensar que el período de prueba que se pudiera acordar en este tipo de relaciones entabladas con los deportistas profesionales es similar al de los contratos de trabajo comunes. Y precisamente esa es la conclusión que alcanzamos cuando nos detenemos ante el art.5 del Real Decreto 1006/1985:

“Artículo 5. Período de prueba.-

Podrá concertarse por escrito un período de prueba, cuya duración no podrá exceder de tres meses y que se regirá por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores.”

El período de prueba lejos de ser una imposición legal, continúa fiel a su espíritu y se concibe como una opción que descansa en la voluntad de los contratantes. Para los supuestos en los que se convenga, preceptivamente ha de adoptarse la forma escrita so pena de no tener por puesta tal previsión. Hasta aquí nada diferente de la norma contemplada en el art.14 del Estatuto de los Trabajadores. La única particularidad estriba en el establecimiento del tope máximo que, para estas específicas relaciones laborales, no podrá superior a tres meses.

La razón que avala el establecimiento de un plazo máximo inferior al de la normativa común radica en la propia idiosincrasia de los servicios prestados. Doctrinalmente se ha destacado cómo la relación laboral que se entabla con estos profesionales del deporte es de corta vida, siendo de otro lado relativamente sencillo comprobar la habilidad, competencia y estado físico del jugador, a través ya no solo del período probatorio sino de sus comportamientos precedentes para otros empresarios y gracias a los reconocimientos médicos que se realizan con anterioridad a la contratación de sus servicios.

De igual modo, nos atrevemos a considerar que los recursos personales con los que cuenta este deportista y que se engarzan con cualidades humanas (sentido del equipo, respeto, compañerismo...) son también fáciles de valorar en un lapso breve de competición.

La argumentación precedente ha sido empleada para abogar a favor de la supresión de la cláusula de prueba a fin de que en la práctica no se cometan abusos, como consecuencia fundamentalmente de la utilización del período probatorio a

modo de vía de escape del empresario para extinguir unilateralmente la relación³².

Discrepamos de este criterio que, a nuestro juicio, parte de una visión reducida de la institución de la prueba. Como venimos sosteniendo, el período probatorio se concibe no solo como la oportunidad de examen de cualidades profesionales o técnicas sino también personales. En coherencia con esta idea, la prueba aquí tendría la virtualidad de poner de manifiesto si el trabajador es capaz con éxito de formar parte del equipo u organización empresarial, sea cual fuere esta.

En definitiva, estamos convencidos de la idea expuesta³³ acerca de que: “no obstante, dada la naturaleza de la prestación, es real la necesidad de comprobar durante un lapso de tiempo adecuado las aptitudes del deportista, por lo que no carece de sentido la inclusión de una fase de prueba”.

No obstante, sí existe una diferencia crucial con respecto a la regulación que nos dispensa nuestro Derecho laboral común. El plazo de prueba legal se ha convertido, para las relaciones en las que se contrate a un deportista profesional, en un máximo de derecho necesario, lo que supone que no pueda ser modificado al alza ni siquiera a través de la vía de la negociación colectiva. Esta aseveración indudablemente supone una diferencia en absoluto desdeñable con respecto a lo que ocurre con la configuración legal del período de prueba común, por cuanto los períodos máximos que se consignan en el art.14 del Estatuto de los Trabajadores son subsidiarios y solo surten efecto si el convenio colectivo de aplicación nada hubiera previsto específicamente.

La conclusión precedente no le resta importancia al papel que juega la negociación colectiva, siendo especialmente útil acudir a los convenios colectivos de aplicación³⁴, pues suelen contener previsiones en torno a la duración de la

³² Rubio Sánchez, F.: *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*. 2005. Ed. Dykinson, S.L. Madrid, págs. 176-178.

³³ De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.109. Cita este autor en su nota 246, Durán López, F.: “La relación laboral especial de los deportistas profesionales”, *Relaciones Laborales*, Tomo II, 1985, pág. 55 y Roqueta Buj, R.: *El trabajo de los deportistas profesionales*. Ed. Tirant lo blanch, Valencia, 1996, pág. 137. Una posición abiertamente contraria en Cardenal Carro, M. *Deporte y Derecho: las relaciones laborales en el deporte profesional*, Universidad de Murcia, Murcia, 1996, págs. 268-270, al constatar que el período de prueba altera el equilibrio de intereses; por su parte, Sagardoy Bengoechea, J.A. y Guerrero Ostolaza, J.M^a.: *El contrato de trabajo del deportista profesional*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 58, entendiendo que en la mayor parte de estas relaciones especiales el período de prueba no es eficaz.

³⁴ Fernández Márquez, O.: *El período de prueba en el contrato de trabajo*, op.cit., expresa la “imposibilidad de que el convenio colectivo pueda modificarlo” basándose en el referido art.5 de la norma específica. Mostramos nuestra disconformidad, por cuanto no existe óbice para que la norma colectiva “modifique” a fin de disminuir o suprimir el período de prueba, toda vez que introduciría una ventaja en la posición del trabajador.

prueba ya sea para rebajarla (así el convenio colectivo de fútbol profesional³⁵ o el de jugadores de baloncesto³⁶) para reiterar las previsiones normativas³⁷ e incluso para suprimir la posibilidad de que las contratantes estén sometidas a aquella³⁸.

Se cierra el precepto con una remisión a lo dispuesto en la normativa del Estatuto de los Trabajadores que servirá para completar el régimen jurídico de este instituto que específicamente se aplica a las relaciones entabladas con deportistas profesionales.

Todo lo anterior redundaría en la carencia de diferencias sustanciales en lo que hace al tratamiento y entendimiento de la institución probatoria con relación a las relaciones laborales ordinarias.

³⁵ Convenio Colectivo de Fútbol Profesional. (BOE de 9 de octubre de 2014) Código: 99002305011989, BOE 245/2014, de 9 de octubre de 2014.

Art.13:”1. Únicamente podrá establecerse por escrito un período de prueba en aquellos contratos de trabajo celebrados una vez iniciada la competición oficial.

2. Dicho período de prueba no podrá tener una duración superior a quince días, y quedará extinguido automáticamente si el Club/SAD tramita durante el mismo la licencia federativa del jugador.”Resolución de 22 de marzo de 2.017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio Colectivo del fútbol sala. (BOE de 5 de abril de 2017). “Artículo 13. Período de prueba.

Existirá un período de prueba que se iniciará el día que el jugador se incorpore a la actividad del Club y que no podrá exceder de quince días, salvo en el supuesto de que el jugador participe por primera vez en la Liga Nacional de Fútbol Sala, en cuyo caso será de un mes.

A tal efecto el Club deberá entregar a cada jugador un escrito notificándole fehacientemente el día en que debe incorporarse al Club. En caso de no existir esta notificación fehaciente el período de prueba se iniciará el mismo día en que el contrato surta efectos.” La lectura de este precepto y del art.14 del Convenio refrendan el mandato legal de la necesidad de que el período de prueba conste por escrito a fin de surtir los efectos que le son propios.

³⁶ Resolución de 6 de octubre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Convenio colectivo de baloncesto profesional ACB (BOE 17-10-14), que en su art.9.2 señala un máximo de un mes para el hipotético período de prueba.

Convenio Colectivo actividad de Baloncesto Profesional Liga Femenina art.16 DGTr Resol 21-12-07, (BOE 15-1-08). que no puede exceder de 2 meses, siendo este nulo si la jugadora ya hubiese prestado servicios en el club bajo cualquier modalidad de contratación. Las situaciones de IT, maternidad, adopción o acogimiento que afecten a la jugadora durante el periodo de prueba, interrumpen el cómputo del mismo siempre que se produzca acuerdo entre ambas partes.

³⁷ Para el balonmano, el periodo de prueba ha de establecerse por escrito, y, en ningún caso, puede superar los tres meses a computar desde la incorporación efectiva a los entrenamientos (IV Convenio Colectivo de balonmano profesional art.16, Resolución de 11 de enero de 2017 de la Dirección General de Empleo (BOE 26 de enero de 2017).

³⁸ El convenio de los ciclistas profesionales recoge que no puede establecerse período de prueba alguno (Convenio Colectivo para la actividad del Ciclismo Profesional art.11, Resolución de la Dirección General de Trabajo de 17 de marzo de 2.010, BOE 1 de abril de 2.010) .

4. E L PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL CON ABOGADOS

La triple vinculación que se puede mantener con estos profesionales de la abogacía nos hace referirnos al período de prueba desde tres puntos de vista posible.

Así, cuando el abogado se ha comprometido a prestar sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de un empleador distinto a un despacho de abogados, estaremos en presencia de una relación laboral común y, por ende, se someterá plenamente a los dictados del Estatuto (art.1.1).

Por el contrario, cuando el abogado es titular de su propia organización profesional, la naturaleza de la relación cambia a tenor de la propia definición que nos ofrece el art.1 del Estatuto de los Trabajadores y ya no estaríamos frente a una relación laboral, sino ante un profesional independiente (autónomo) por lo que huelga toda referencia al período de prueba que presupone la preexistencia de dos partes contractuales con intereses contrapuestos.

La tercera posibilidad es que el letrado lleve a cabo su prestación laboral para un despacho de abogados (sin que él ostente la cualidad de socio). En esta hipótesis nos hallamos ante una relación laboral especial que se vinculará a los dictados de su normativa propia contenida en el Real Decreto 1331/2006, por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos. Este tipo de lazo jurídico es el que ahora atrapa nuestra atención.

Desgranando los motivos que han llevado al legislador a inclinarse por la calificación de especial del vínculo, se ha entendido de relevancia los datos constatables de “ mayor grado de autonomía; independencia técnica y flexibilidad en la organización y dirección de su trabajo; limitación de las facultades de dirección y control del trabajo; mayores exigencias en la ejecución de la actividad laboral y en el cumplimiento de los deberes de diligencia y confidencialidad y de los plazos procesales, respeto más estricto de los principios de buena fe y recíproca confianza, mayores incompatibilidades y prohibiciones en el ejercicio de actividad profesional externa; y el sometimiento estricto a las normas y usos de la deontología profesional de la abogacía , a las normas colegiales, y al régimen disciplinario colegial.”³⁹

³⁹Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “La Relación Laboral Especial de los Abogados que prestan Servicios en Despachos”, Relaciones Laborales, Nº 1, Sección Editorial, Quincena del 8 al 23 Ene. 2007, Año XXIII, Tomo 1, pág. 3.

En virtud de su normativa específica⁴⁰ observamos cómo el régimen jurídico de estas relaciones laborales especiales se someterá a las prescripciones legales propias (sin perjuicio de las abundantes remisiones expresas al Estatuto de los Trabajadores), a los convenios colectivos específicos del sector de despacho de abogados, a la voluntad de las contratantes –que habrán de ser fieles a las anteriores previsiones- y, por último, a lo que dicten las costumbres y usos profesionales. En todo lo no previsto, el Estatuto de los Trabajadores se comportará como norma supletoria.

Dada la íntima conexión del período de prueba con las fórmulas genéricas de extinción, necesario es reflejar que estas “suponen escasas especialidades respecto al régimen extintivo general del Estatuto de los Trabajadores incluido el despido causal, con causas e indemnizaciones tasadas”⁴¹. En lo que hace al derecho de dimisión del trabajador, el preaviso queda modulado a fin de evitar irrogar perjuicios no solo ya a la persona del empresario sino también a la del cliente⁴².

Con relación al período de prueba de estos abogados sometidos a una relación laboral especial, la referencia legal es escueta:

Art. 8.2 del Real Decreto 1331/2006: “Los contratos que concierten los abogados y los despachos podrán someterse a un periodo de prueba que en todo caso deberá constar por escrito.

En defecto de pacto en convenio colectivo, el periodo de prueba no podrá exceder de seis meses en el caso de contratos de carácter indefinido y de dos me-

⁴⁰ Este tipo de relación laboral especial no está contemplada expresamente en el art.2, siendo un ejemplo de las posibilidades que tienen cabida en la fórmula final del precepto: “i) Cualquier otro trabajo que sea expresamente declarado como relación laboral de carácter especial por una Ley.” A diferencia de las relaciones anteriores, no se cuenta con precedentes históricos normativos”.

⁴¹ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: “La Relación Laboral Especial de los Abogados que prestan Servicios en Despachos”, op.cit.

⁴² Art.22 del Real Decreto 1331/2006, de 17 de noviembre:” Asimismo, el abogado podrá extinguir el contrato de trabajo preavisando con una antelación suficiente para que el titular del despacho pueda adoptar las medidas que resulten necesarias para evitar perjuicios a los intereses de los clientes y a los del despacho.

La duración del preaviso se podrá acordar en convenio colectivo o, en su caso, en el contrato de trabajo, no pudiendo ser inferior a 45 días ni superior a tres meses.

2. En todo caso, el abogado que ejercite las acciones resolutoria y de desistimiento a que se refiere el apartado anterior deberá informar al titular del despacho sobre la situación en que se encuentran los asuntos que tuviera encomendados y poner a disposición del mismo la documentación correspondiente con el fin de que pueda encauzar los asuntos y dar continuidad al asesoramiento y defensa de los clientes por parte del despacho.

3. El titular del despacho podrá exigir al abogado el resarcimiento de daños y perjuicios en el caso de que éste no respete el plazo de preaviso o no cumpla con la obligación de informar de los asuntos que tenga encomendados, si de ello se derivan perjuicios para el despacho.”

ses en el caso de contratos de duración determinada, si su duración es superior a dicho periodo de tiempo”.

El período de prueba se concibe de nuevo como una cláusula potestativa que, no obstante, ha de ser expresada formalmente por las partes a fin de que despliegue los efectos que le son propios. Siguiendo con la estela del Estatuto de los Trabajadores, los máximos que refleja esta normativa especial lo son de derecho disponible, siendo el instrumento que naturalmente va a regular la concreción temporal de la prueba el convenio colectivo específico del sector al que va destinado⁴³.

Se observa cómo se ha adoptado un doble criterio temporal a la hora de señalar el máximo de duración legal. Esta dependerá ya no de la titulación -por cuanto se entiende que es la misma para todos los trabajadores contratados bajo esta modalidad- ni tampoco de la función comprometida (pues también el cometido será similar en cuanto a responsabilidades y exigencias) sino de la duración total del contrato concertado⁴⁴.

Un último apunte con relación a este colectivo y al exiguo período de prueba contemplado legalmente. La comprensión íntegra de la figura, en la práctica laboral, nos remitirá nuevamente a la norma general del artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores. Ello es así por cuanto escasos son los instrumentos colectivos que regulan específicamente el sector de la abogacía (solamente si gozan de esta especialidad en cuanto al ámbito subjetivo se refiere, habrán de entenderse aplicables las estipulaciones probatorias), sin que existan de otro lado -acaso porque esta relación no cuenta con tradición jurídica alguna- normas consuetudinarias que completen su entendimiento.

⁴³ Entendiendo de aplicación para las relaciones laborales especiales comentadas en función de lo dispuesto en el art. 2 y concretamente en el apartado segundo “siempre y cuando se dediquen, las empleadoras, a la prestación de servicios profesionales de abogados, procuradores y graduados sociales”. El Convenio Colectivo del sector de despachos de abogados, procuradores y graduados sociales de Cantabria (Resolución de 7 de octubre de 2015) señala en el art.16 una duración del período de prueba para los técnicos titulados (en la práctica todos los abogados) de seis meses sin hacer distinción en función de la duración de la relación laboral.

Por su parte, el Convenio Colectivo del sector despachos de abogados de las Islas Baleares (Resolución de la Dirección General de Trabajo de 23 de abril de 2007) establece en el art.14 la misma duración de seis meses, precisando que la situación de maternidad o incapacidad temporal interrumpirá la duración de la prueba, salvo pacto escrito en contrario.

⁴⁴ Como curiosidad, señalar que en un principio se estableció una tercera duración del período de prueba en atención a la dimensión del despacho para el que se prestaban los servicios (hasta doce meses), aun cuando en la redacción definitiva del Real Decreto se obvió esta previsión. Purcalla Bonilla, M.: “Abogados, relación laboral especial prestación de servicios profesionales”, Diario La Ley, N° 6588, Sección Doctrina, 10 de Noviembre de 2006, Año XXVII, Ref. D-240, [en línea]. Disponible en La Ley digital 3682/2006.

5. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN ESPECIAL DEL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

Tradicionalmente, y a pesar de ser claro que en este tipo de relación concurrían las notas que definen a la prestación de servicios como laboral, se optó por excluir a este tipo de vínculo del radio de acción de la normativa laboral, prefiriendo que fuera el Derecho Civil el que se encargara de su tratamiento a través de la figura del arrendamiento de servicios.

Por fin, a través del Estatuto de los Trabajadores de 1980 (Ley 8/1980), se considerará que estamos frente a una relación laboral, aun cuando de carácter especial, profundizándose en este tratamiento a través del Real Decreto 1424/1985 (por el que se regula la relación laboral de carácter especial del Servicio del Hogar Familiar) “configurando un régimen jurídico que vincula al titular del hogar familiar con el empleado doméstico bajo cánones de voluntariedad, ajeneidad (sic) y dependencia, en el desempeño de una actividad laboral a realizar por este último, orientada al cuidado del hogar familiar y de los miembros que lo integran”⁴⁵.

En la actualidad, el art.2.1.b) del Estatuto de los Trabajadores incide en esa calificación como relación laboral especial, siendo el Real Decreto 1620/201, el que regula el tratamiento de esta. En todo lo no previsto expresamente por la normativa propia, se aplicará supletoriamente el Estatuto de los Trabajadores siempre bajo la idea de respeto a las particulares notas que rodean a esta prestación de servicios, los convenios colectivos, la voluntad de las partes y, por último, en atención a lo que señalen los usos y costumbres locales y profesionales.

El fundamento que sirve de justificación para considerar que estamos frente a una relación laboral especial es el mismo que ya se señalaba para los contratos celebrados con altos directivos: la especial confianza que ha de concurrir en este tipo de vínculos, dado los particulares cometidos encargados. Teniendo presente esta idea, el art.10.3 del Real Decreto 1620/2011 eleva a la consideración de causa extintiva la manifestación de desistimiento del empleador⁴⁶.

⁴⁵ García Quiñones, J.C.: “El desistimiento del empleador en la relación laboral especial de empleados de hogar (Comentario a la STS de 5 de junio de 2002)”. *Relaciones Laborales*, nº 6, Sección Comentarios de jurisprudencia. Quincena del 23 marzo al 8 abril 2003. Año XIX, Tomo 1. Ed. La Ley. [En línea]. Disponible en La Ley digital 4253/2002.

⁴⁶ Con la mente fijada en los intereses del trabajador, se señala la obligación de expresar la voluntad de desistimiento por escrito expresando que es esta la razón por la que se procede a la extinción del vínculo, respetando el plazo de preaviso que se señala en función de la duración de la relación laboral y poniendo a disposición del empleado la indemnización de doce días de salario por año de servicio con el límite de seis mensualidades.

En lo atinente a la prueba, el titular del hogar familiar (empresario) podrá acordar con su trabajador (persona que realiza la prestación de servicios en la residencia del empleador) un período de prueba sometido a los presupuestos contenidos en el art. 6.2 de su normativa propia:

“Podrá concertarse por escrito un periodo de prueba en los términos del art. 14 del Estatuto de los Trabajadores. Durante dicho periodo, que no podrá exceder de dos meses, salvo lo previsto en convenio colectivo, el empleador y el empleado de hogar estarán obligados a cumplir con sus respectivas prestaciones, si bien podrá producirse la resolución de la relación laboral por cualquiera de las partes, con el periodo de preaviso ajustado a lo que se pacte, sin exceder, en ningún caso, de siete días naturales.”

De la lectura del precepto se infiere que el carácter de máximo previsto para el período de prueba de este colectivo (dos meses) es susceptible de ser modificado –al alza o disminuyéndolo– a través del convenio colectivo propio. A pesar de que aparece una remisión expresa al contenido de la prueba establecido para el resto de las relaciones laborales ordinarias, se reitera que la fijación de la prueba queda sometida al arbitrio de las contratantes pero si este fuera su deseo, ineludiblemente se hará constar por escrito, señalándose la necesidad de cumplimiento de lo que en el orden de las relaciones laborales no especiales se viene denominando como la “obligación del experimento” y que no es más que la concreción de la concreta prestación de servicios a llevar a cabo.

Al observar la redacción del precepto, lo primero que despierta nuestra atención es la modificación tan importante que ha sufrido este con relación a su precedente contenido en el art.4.3 del Real Decreto 1424/1985⁴⁷. Así, anteriormente, el período de prueba se presumía existente durante quince días de trabajo efectivo por la sola circunstancia de formalizar una relación laboral de esta índole; en la actualidad, tal y como hemos indicado, no cabe la presunción siendo necesario para su constitución que quede expresamente reflejado en un documento al efecto.

De la normativa anterior⁴⁸ podíamos inferir la importancia de establecer un período de prueba cuando la relación laboral –como ocurre con el caso presente– se sustenta especialmente en la confianza⁴⁹. En la actualidad, la relevancia de

⁴⁷ Art.4 RD 1424/1985, de 1 de agosto: “3. La relación se presumirá celebrada a prueba durante quince días, computándose a estos efectos aquellos días en que se da prestación de servicios efectiva.”

⁴⁸ Ballester Pastor, M.A.: *Período de prueba*, op.cit., pág. 68, se podían fijar contractualmente –con la anterior normativa– duraciones inferiores o superiores a las establecidas en el precepto, e incluso la renuncia a someter la relación laboral a prueba.

⁴⁹ *Ibidem*, pág. 66, ponía de manifiesto la flexibilidad con la que era entendido el período de

la prueba no es menor, pero para dotar de mayores garantías a la posición más débil que asume el empleado se exige la forma escrita. De cualquier manera, se observa cómo la necesidad de la prueba adquirirá mayor intensidad en aquellos supuestos –como ocurría con el personal de alta dirección o con el presente de empleados del hogar- en los que el componente personal no se puede desligar del profesional, pues ambos son relevantes a los fines laborales convenidos.

Otro aspecto a destacar con relación a la anterior redacción legal es el relativo a la duración máxima, pasando a ser dos meses (frente al anterior de quince días). Dicha ampliación, que a primera vista pudiera causar extrañeza, resulta coherente con la nueva concepción jurídica contractual y, específicamente con “la más que probable duración indefinida de los nuevos contratos, una vez desaparecida la presunción de temporalidad anual sin causa”⁵⁰.

El artículo estudiado prevé la posibilidad de pactar un preaviso con antelación a que la decisión unilateral extintiva se haga efectiva. La única limitación (de derecho necesario) es que no supere los siete días naturales. No obstante, esta comunicación previa de la decisión extintiva no se impone en todo caso, sino que depende de la voluntad de las contratantes.

Constituye esta una diferencia con respecto al régimen implantado para las relaciones laborales ordinarias que, recordemos, partiendo de la falta de necesidad del preaviso, faculta a las partes a que lleven a cabo su regulación sin límite temporal alguno.

6. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN ESPECIAL DE TRABAJADORES MINUSVÁLIDOS

Aludimos en este apartado al vínculo laboral existente entre una persona que sufre una discapacidad y un centro especial de empleo. La especialidad, por tanto, reside en el ámbito subjetivo y también en la finalidad a la que se va a tender en esos singulares supuestos y que no es otra más que la integración en el mercado laboral de las personas que sufren una discapacidad.

Así pues, dejaremos al margen de este estudio la posible relación entablada entre la persona que presenta una minusvalía y una empresa que no tenga la cualidad de centro especial de empleo.

prueba conforme al primitivo Real Decreto, todo ello en base a la especial confianza que supone esta relación laboral. Durán López, F.: “El período de prueba”, op.cit., pág.97 también fijaba la atención en la confianza como sustento del vínculo.

⁵⁰ Llano Sánchez, M.: “El nuevo contrato laboral especial del servicio del hogar familiar”. Actualidad Laboral, Nº 6, Sección Estudios, Quincena del 16 al 31 marzo 2012, Tomo 1. Ed. La Ley. [En línea]. Disponible en La Ley digital 2624/2012.

La consideración de especial de este tipo de relación se encuentra reflejada en el art.2.1.g) del Estatuto de los Trabajadores, apareciendo por vez primera en nuestro escenario laboral de la mano del art.3.c) de la Ley de Relaciones Laborales (Ley 16/1976), aun cuando desapareció su mención expresa en el Estatuto de los Trabajadores de 1980. En la actualidad es la norma contenida en el Real Decreto 1368/1995 (por el que se regula la relación laboral de carácter especial de los minusválidos que trabajen en Centros Especiales de Empleo), la que contempla el singular régimen al que quedará sometido este colectivo de prestadores de servicio, partiendo de la necesidad de garantizar que el trabajo desempeñado por el empleado sea productivo, remunerado y adecuado a las características propias de este.

Esta inquietud se hace patente al recoger las competencias de un órgano ad hoc: los Equipos Multiprofesionales (hoy Equipos de Valoración de Incapacidades) dotando a estos de competencias en orden a asegurar que efectivamente la adaptación del trabajador es real y ajustada a sus capacidades personales y profesionales, llegando a atribuirsele competencias informadoras ante el ejercicio del ius variandi empresarial cuando, como consecuencia del mismo, se alteren condiciones laborales del trabajador discapacitado.

Presente hemos de tener la finalidad a la que vienen llamados los Centros Especiales de Empleo, no siendo otra más que la de procurar un puesto de trabajo adecuado a las capacidades del empleado; de ahí que el texto normativo adopte una serie de prevenciones, que se conciben como garantías, para que la situación deseada de adaptación se produzca en la práctica y, dar de otro lado, cumplimiento al mandato contenido en el art.25 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales (Ley 31/1995) que atiende a los trabajadores “especialmente sensibles a determinados riesgos”.

Precisamente para asegurar la adaptación del trabajador al puesto que va a ocupar, se ha previsto la posibilidad de concertar un lapso “que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba” al que la norma denomina “período de adaptación”⁵¹ con el objeto de “facilitar la adaptación profesional del trabajador minusválido... o, en su caso, completar la formación necesaria para el mismo”.

⁵¹ Art.10.2 Real Decreto 1368/1995, de 17 de julio: “ Con el fin de facilitar la adaptación profesional del trabajador minusválido para el desempeño de las tareas que constituyen el contenido de su puesto de trabajo o, en su caso, completar la formación necesaria para el mismo, podrá establecerse en el contrato un período de adaptación al trabajo que, a su vez, tendrá el carácter de período de prueba, con sujeción a los límites de duración que, en su caso, se establezcan en los convenios colectivos, no pudiendo exceder en ningún caso de seis meses.

La necesidad de que el trabajador minusválido pase por un período de adaptación al trabajo y las condiciones de éste serán determinadas por el equipo multiprofesional.”

Para que las partes queden vinculadas al literalmente denominado período de adaptación, no es suficiente con la manifestación expresa de ellas en este sentido, sino que además se requiere que exista un informe emitido por el equipo multiprofesional⁵² en el que se señale la necesidad de su establecimiento y las condiciones bajo las cuales se desarrollará.

La doble finalidad –adaptación laboral y posible formación⁵³- a la que va destinado este espacio temporal inicial de la relación laboral, ha provocado que doctrinal y jurisprudencialmente se hayan planteado cuestiones relativas a la naturaleza jurídica del mismo y a su posible identificación con el llamémosle genuino período de prueba.

Las consecuencias de adoptar una u otra visión tienen un reflejo práctico. Si sostenemos que el período de adaptación hace referencia a otra realidad jurídica diferente a la prueba, podría no existir obstáculo alguno para admitir que las partes libremente elijan entre suscribir el período de prueba regulado en el artículo 14 del Estatuto o acordar este especial período de adaptación.

Seguimos en el terreno teórico. Si las partes optaran por someter su relación a prueba (ex artículo 14 del Estatuto), lógicamente, no se haría preciso informe alguno del Equipo de Valoración de Incapacidades. Esta circunstancia tiene efectos no solo a la hora de la válida concertación de la prueba, sino también en el momento en que se decida ejercer el desistimiento, pues este –seguimos con el art.14 del ET- no está condicionado (a salvo de lo que al efecto pudieran convenir las partes) a cumplimiento de requisito alguno.

Por el contrario, si se acude al período de adaptación ya hemos visto que sería preciso no solo su concertación formal (tal y como ocurre con el período de prueba) sino dar entrada al Equipo de Valoración para que precise la conveniencia de su concierto y en qué consistirá este, lo que ulteriormente determinará también su duración, que podría ser superior al período de prueba que hipotéticamente se puede señalar para una relación laboral ordinaria.

La admisión de esta tesis que en última instancia defendería la libertad de las contratantes a la hora de elegir entre la norma especial o la común, se fundamen-

⁵² Configurando la intervención del Equipo como requisito sine qua non para la ampliación de este período de prueba: STS de 24 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2078) y 24 de enero de 2002 (RJ 2002/5302).

Preceptivamente ha de ser este organismo –Equipo de Valoración de Incapacidades- no siendo susceptible que los extremos comentados sean acordados por técnicos diferentes (STSJ Cataluña de 27 de septiembre de 2006, AS 2007/1326).

⁵³ No existe, Ballester Pastor, M.A.: *Período de prueba*, op.cit., pág. 73, “derecho alguno del trabajador a recibir una particular formación que facilite su adaptación”, se concibe tan solo como una opción o posibilidad sometida a la voluntad de las partes.

ta, como ya habíamos anticipado, en las diferentes finalidades⁵⁴ a la que atienden los dos institutos, pues mientras que en el período de prueba ordinario se trata de conocer la realidad laboral en la que se desarrollarán los servicios prestados, en el período de adaptación se tenderá también a adaptar los medios laborales con los que la empresa cuenta para el trabajador seleccionado. Se niega, en cualquier caso, la mezcla entre una y otra figura⁵⁵.

Escasos son, no obstante, los pronunciamientos judiciales que hemos tenido la oportunidad de hallar que niegan la posible aplicación de los mandatos contenidos en el art.14 del Estatuto, estableciendo que solamente se podría fijar un período de adaptación cuando se contraten este tipo de relaciones laborales especiales⁵⁶.

Pese a los pronunciamientos judiciales, avala también la idea de que es posible pactar un período de prueba genérico en este tipo de relaciones la circunstancia de que la normativa especial tan solo recoge las peculiaridades aplicables al colectivo destinatario de la norma, rigiéndose el resto de circunstancias laborales por la regulación contenida en el Estatuto de los Trabajadores.

La trascendencia de la admisión o no de la libertad de las contratantes para elegir entre uno y otro período también tendrá relevancia en los supuestos en los que, a pesar de haberse convenido expresamente un período de adaptación, las

⁵⁴ STS de 24 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2078); STSJ de País Vasco 5 de mayo de 2009 (JUR 2009/372197): afirma la posibilidad de suscribir un período de prueba con minusválido sujeto a las prescripciones del art.14 ET y no acogiéndose a lo establecido en el art.10 de la normativa específica, haciéndose innecesario el informe del equipo y siempre que no sobrepase la duración reseñada en la normativa común (en este sentido se apoya en STS de 24 de diciembre de 2001, 24 de enero de 2002); STSJ Castilla- La Mancha (sentencia de 2 de octubre de 2.002, recurso 594/02), de la Comunidad Valenciana (sentencias de 6 de febrero de 2.002 y 8 de junio de 2.000, recursos 3.104/01 y 597/00) o Cataluña (sentencias de 19 de marzo de 2.001 y 24 de febrero de 2.000, recursos 8.990/00 y 7.608/99 implícitamente, también se asume en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de mayo de 2.007, recurso 391/07, de Baleares, de 21 de diciembre de 2.007, recurso 635/07 y Aragón, de 4 de enero de 2.006, recurso 1.032/05. La Sentencia comentada alude a parte de la doctrina que se inclinan a favor de esta interpretación, citando concretamente a Esteban Legarreta, García-Perrote Escartín); STSJ Aragón de 24 de julio de 2001 (AS 2001/2666): sostiene que la naturaleza jurídica es distinta en uno y otro caso, al ser diferentes las finalidades a perseguir.

⁵⁵ STS de 24 de enero de 2002 (RJ 2002/5302).

⁵⁶ STSJ Cataluña de 27 de septiembre de 2006 AS 2007\1326): entiende no aplicable la normativa laboral común, de conformidad con lo señalado por el art.2 del ET; STSJ C. Valenciana de 11 de marzo de 1997 (AS 1997/1128): no se aplica en estas situaciones laborales ni el convenio ni el Estatuto. Sí la norma específica que es el Real Decreto; STSJ Cataluña de 26 de julio de 1994 (AS 1994/3079): no entra en juego la normativa contenida en el Estatuto más que en lo que se refiere a los derechos y deberes básicos y en todo lo no previsto por la norma específica. El período de adaptación cumple con la misma finalidad que el período de prueba.

partes hubieran omitido alguno de sus requisitos constitutivos (así, la intervención del Equipo de Valoración de Incapacidades) por cuanto surge el problema acerca de qué ocurriría con esta cláusula y concretamente si automáticamente estaríamos -en los supuestos de invalidez de la adaptación- ante el genuino período de prueba.

De esta forma, ante la omisión de los presupuestos señalados particularmente para el período de adaptación la previsión contractual a este, se debe reconducir al régimen ordinario destinado para el período de prueba⁵⁷ lo que también tiene incidencias desde el prisma de su duración.

El período de adaptación señalado para este tipo de relaciones especiales también se ve alterado con relación al régimen ordinario, por cuanto tiene una duración máxima -a salvo de lo dispuesto por convenio- de seis meses. Se puede observar cómo es superior a la que con carácter general se establece para el período de prueba. Si bien en un principio nos pudiera provocar cierta extrañeza, la elección temporal no es arbitraria, sino que responde a la necesidad de perfeccionar herramientas útiles a fin de asegurar la incorporación laboral de este colectivo que tiene mayores dificultades de acceso al mundo del trabajo⁵⁸.

Pero la sujeción al límite temporal antes referido sí está ineludiblemente condicionada⁵⁹ a la autorización del equipo multiprofesional⁶⁰ de tal forma que si no consta aquella, la cláusula que lo fijaba será declarada nula⁶¹. Esto es, si lo

⁵⁷ STS de 24 de diciembre de 2001 (RJ 2002/2078); STSJ C. Valenciana de 26 de enero de 2001 (AS 2001/1686) aplicándose el período de prueba que genéricamente se contemplaba por el convenio de aplicación, pues la cláusula infringía normas de derecho necesario colocando al trabajador en una situación inferior respecto de aquel que no se ve afectado por ningún tipo de minusvalía; STSJ C. Valenciana de 23 de noviembre de 2000 (AS 2001/1010).

⁵⁸ Igartua Miró, M.^a T.: *Visión panorámica de las relaciones laborales de carácter especial*, Laborum, Murcia, 2003, pág. 135. Es el mismo objetivo que el que se persigue estableciendo bonificaciones en materia de Seguridad Social por la contratación de personas discapacitadas.

En el mismo sentido, Sobrino González, G.M.: “La aplicación o no del período de prueba estatutario en las relaciones laborales especiales de los trabajadores minusválidos (Comentario a la STS de 24 de diciembre de 2001)”. *Relaciones Laborales*, N° 17, Sección Comentarios de jurisprudencia, Quincena del 8 al 23 septiembre 2002, Año XVIII, Tomo 2. Ed. La Ley. [En línea]. Disponible en La Ley digital 2373/2002.

⁵⁹ “Condictio iuris”: STSJ Andalucía de 4 de abril de 2001 (AS 2001/2929).

⁶⁰ STSJ Castilla La Mancha de 26 de noviembre de 2003 (AS 2003/1724); STSJ Castilla La Mancha de 26 de noviembre de 2002 (AS 2003/1531): “al menos cuando...excede del que autoriza el artículo 14.1 del Estatuto de los Trabajadores” (idéntica expresión la encontramos en Sentencia del TSJ Andalucía de 4 de noviembre de 2008, JUR 2009/146174).

⁶¹ STSJ de Cataluña de 27 de septiembre de 2006 (AS 2007/1326); STSJ C. La Mancha de 2 de octubre de 2002 (JUR 2003/58778); TSJ Asturias de 9 de marzo de 2001 (AS 2001/333) pues es una norma de derecho necesario, debiendo “completar el contrato con el precepto jurídico adecuado” que es el contenido en el art. 14.1 ET. Aplicando el régimen general del art. 14 del ET la STSJ

que se pretende es fijar un lapso mayor de prueba para un trabajador minusválido, ineludiblemente ha de reflejarse el informe del equipo en ese sentido, pues no existe razón alguna que avale el establecimiento de “condiciones especiales que de imponerse pasarían así a convertirse en discriminatorias en razón de la minusvalía”⁶².

Aún hay más, la razón para dar entrada en este tipo de vínculos al equipo multiprofesional es que este ha de argumentar en pro de la necesidad de establecer el período de adaptación, para lo cual se ha de asegurar que se van a cumplir no solo la finalidad a la que va destinado el art.14 del Estatuto de los Trabajadores, sino que se procurará facilitar al trabajador su adaptación profesional o que se complementará su formación⁶³.

De esta forma, para las relaciones laborales especiales entabladas con una persona discapacitada existe la posibilidad de fijar un período de adaptación que es similar al periodo de prueba ordinario, pero que se diferencia de este por cuanto habrá que adoptar especiales precauciones a fin de tutelar los intereses de estos empleados. Si bien es cierto que se incrementa en estos supuestos la duración de la prueba, se hace siempre condicionada a que sea un “equipo multiprofesional” el que establezca la necesidad del aumento del período aludido y si se omite este requisito se declarará su nulidad, aun cuando esta consecuencia no sea solicitada por las partes⁶⁴. El efecto es la sustitución del período de adaptación por la cláusula probatoria “para no perjudicar el espíritu de la norma, cuyo objetivo es la integración laboral de los trabajadores minusválidos”⁶⁵.

Esta aseveración supondrá que en los supuestos en los que la extinción se lleve a cabo extemporáneamente, el cese será calificado como un acto de despido

C. Valenciana de 6 de febrero de 2002 (JUR 2002/131012) y del mismo Tribunal de 8 de junio de 2002 (AS 2000/4424).

⁶² STSJ C. Valenciana de 22 de febrero de 2001 (AS 2001/3007); STSJ Cataluña de 24 de febrero de 2000 (AS 2000/1227).

⁶³ STSJ Aragón de 4 de enero de 2006 (AS 2006/566).

⁶⁴ Apreciable por el tribunal sin necesidad de previa alegación de parte en atención al principio iura novit curia: STSJ Castilla y León de 10 de enero de 2005 (AS 2005/68); STSJ Castilla La Mancha de 26 de noviembre de 2003 (AS 2003/1724) “En este sentido esta Sala se ha pronunciado en asunto sustancialmente idéntico al presente en sus sentencias de 3 de julio núm 1219/02 (AS 2003, 783) y núm 1566/02 2 de octubre de 2002 y también otras Salas de lo Social de Tribunales Superiores de Justicia como Madrid sentencias de 21 de diciembre de 2000, Valencia 8 de junio de 2000, y 22 de febrero de 2001 (AS 2001, 3007) , Andalucía/Sevilla de 4 de abril de 2001 (AS 2001, 2929) y Aragón de 24 de julio de 2001 (AS 2001, 2666) . En el mismo sentido STSJ Castilla La Mancha de 3 de julio de 2002, AS 2003/783.

⁶⁵ Sobrino González, G.M.: “La aplicación o no del período de prueba estatutario en las relaciones laborales especiales de los trabajadores minusválidos (Comentario a la STS de 24 de diciembre de 2001)”, op.cit.

que será declarado como improcedente (salvo que se pruebe que la única razón para la finalización fue la condición de discapacitado, en cuyo caso la calificación sería la propia a la nulidad).

En lo que hace a la facultad de extinción unilateral, se⁶⁶ considera que al apostillar la norma reglamentaria que “tendrá el carácter de período de prueba” se está incorporando el régimen jurídico de este, pero, particularmente, la facultad de desistimiento empresarial que no podrá ser ejercida de modo que desvirtúe o imposibilite el cumplimiento de la finalidad básica de adaptación profesional del minusválido⁶⁷. Por lo demás, la superación del período de adaptación o de prueba convalida la ineptitud existente con anterioridad a su finalización, de manera que no podrá alegarse al objeto de extinguir el contrato por dicha causa (art.16.a) RD 1368/1985”).

No obstante, conviene estar atento a las extinciones producidas durante el período de adaptación para evitar cualquier utilización desviada del desistimiento empresarial. Precisamente esta razón ha llevado a algunos autores⁶⁸ a indicar que hubiera sido conveniente que el legislador hubiera impuesto la obligación al empresario de destinar al trabajador a otra ocupación en las hipótesis en las cuales no se haya superado esta adaptación.

En otro orden de cosas, señalar que las fórmulas extintivas son reguladas por lo previsto en el Estatuto de los Trabajadores, introduciendo tan solo determinados matices con relación a los despidos objetivos, y en lo que nos afecta, señalando –como ya antes se apuntara- que el despido objetivo por ineptitud sobrevenida no podrá encontrar su justificación en la ineptitud que se mostrara durante el período de adaptación.

⁶⁶ De Val Tena, .: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 119.

⁶⁷ *Ibidem*: “En este sentido (nota numero 274) Camps Ruiz, L.M: “La relación laboral especial de los trabajadores minusválidos con los Centros Especiales de Empleo” en Borrajo Dacruz, E (Dir.): *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, T.II, Vol.1º, Madrid, 1987, pág.295.

STSJ Andalucía de 13 de marzo de 2008 (JUR 2009/84412): para extinguir la relación no se necesita informe del Equipo, el cual –a decir por la Sentencia- tan solo es preciso para el reconocimiento del grado de minusvalía para poder ser contratado. Recuerda la acausalidad de la extinción. A nuestro juicio se olvida de que el informe también es necesario para establecer un período de prueba superior al que fija el Estatuto de los Trabajadores (aun cuando a lo mejor tal omisión tan solo se debió a que tal extremo no se planteó en la presente litis); comentando el apartado “tendrá el carácter de período de prueba” la STSJ de Aragón de 4 de enero de 2006 (AS 2006/566) señala que lo que significa es la posibilidad que se les otorga a las partes durante su vigencia de desistirse *ad nutum*.

⁶⁸ Garrido Pérez, E.: *El trabajo de minusválidos en Centros Especiales de Empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.cit., págs. 97-99.

7. EL PERÍODO DE PRUEBA EN LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE LOS ARTISTAS

He aquí un ejemplo de relación laboral que justifica su singularidad en el entorno en que se lleva a cabo esta prestación de servicios. De ahí que⁶⁹ gráficamente se señala cómo son las “características, aptitudes o habilidades de orden creativo” y el “marco igualmente singular” las que motivan la decisión del legislador -no solo español sino europeo- a dotarles de un régimen, de una normativa propia.

La tradición de su consideración como trabajadores en el sentido jurídico del término, se remonta a la Ley de 30 de enero de 1900, continuando en los Códigos de Trabajo posteriores, siendo la Ley de Relaciones Laborales el primer texto que consideró que estábamos frente a una relación laboral especial.

El precepto de partida actual es el art.2.1.e) del Estatuto de los Trabajadores y la normativa propia es la contenida en el Real Decreto 1435/1985, sin perjuicio de la aplicación supletoria del propio Estatuto de los Trabajadores y de la especial importancia que aquí tiene la negociación colectiva a fin de adecuarse a las especiales circunstancias de cada uno de los colectivos que aquí tienen cabida.

El ámbito subjetivo de aplicación viene determinado por las especiales prestaciones de servicio relativas al mundo musical, teatro, circo, variedades, folklore, actividades de producción, doblaje y sincronización o análogas que se lleven a cabo en empresas de radiodifusión, televisión o actividades publicitarias.

En lo que hace al período de prueba, la regulación escueta se halla en el artículo 4 del RD 1435/1985⁷⁰ que en nada difiere de la concepción común del período de prueba. Doctrinalmente se ha insistido⁷¹ en la diferencia existente entre el lapso probatorio y las pruebas artísticas de selección o con respecto al contrato preliminar. Con relación a este último, la nota distintiva radica en la finalización de la relación laboral que es la realización de las pruebas que se han señalado contractualmente.

⁶⁹ Valdés Dal-Re, F. “La relación laboral de los artistas: notas sobre su configuración”. Relaciones Laborales, N° 22, Sección Editorial, Quincena del 23 Nov. al 8 Dic. 2008, Año XXIV, Tomo 2. Ed. La Ley. [En línea]. Disponible en La Ley digital 40843/2008.

⁷⁰ Art.4 RD 1435/1985, de 1 de agosto: “Podrá concertarse por escrito un período de prueba en los contratos de duración superior a diez días. La duración del período de prueba no podrá exceder de cinco días en los contratos de duración no superior a dos meses; de diez días en los de duración no superior a seis meses, y de quince días en los restantes. En todo lo demás, el período de prueba se regirá por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores.”

⁷¹ Hurtado González, L.: “La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos y especialidades del régimen jurídico laboral” en *Artistas en espectáculos públicos*, Ed. LA LEY, Madrid, Marzo 2006. La Ley Digital [en línea]. Disponible en La Ley 5692/2007.

La existencia de este “pacto accidental”⁷² no se presume, sino que necesariamente ha de constar por escrito en cada uno de los contratos concertados, tal y como se infiere no solo del precepto reflejado sino también del art.3.2 del Real Decreto y, en cualquier caso, solo será posible fijarla en aquellas relaciones laborales que tengan una vida superior a diez días.

Los problemas interpretativos no son novedosos. Al igual que en el régimen de prueba de las relaciones laborales ordinarias se planteaba si los plazos habían de tomar en consideración tan solo los días hábiles o había que computar los naturales, en esta relación laboral especial el debate continúa, dado el silencio legal en este sentido. Siguiendo con la doctrina especializada, se entiende que la referencia normativa solo hace plausible la interpretación a favor de computar todos los días –laborables o no- con base en la normativa civil.

Las partes podrían acordar el descuento de los días no trabajados a efectos del cómputo de la duración de la prueba, aun cuando no es unánime la consideración acerca de si es posible señalar este efecto en todo caso o solo en los supuestos en los que no se rebase el período máximo de duración de la prueba⁷³.

La única especialidad es la duración del período que, en estos supuestos, se hace depender únicamente de la que tiene el contrato, acaso porque la característica más sobresaliente de la relación laboral especial con artista es precisamente su corta duración que, de otro lado, guarda también relación con la relativa facilidad de comprobación si la labor desempeñada por el trabajador es agradable al público y alcanza las cotas de calidad esperadas.

Así, se fija la máxima de quince días para los contratos de duración igual o superior a seis meses, diez días de prueba para los que superen los dos meses y no alcancen los seis meses de duración y de cinco días para aquellos que duren más de once días y menos de dos meses. Con base a esta previsión⁷⁴ se niega la posibilidad de convenir la prueba cuando la relación no supera los diez días.

En todo lo demás será de aplicación –por mandato expreso- lo previsto para el período de prueba ordinario o común y este mandato hace surgir otras preguntas en torno a si es o no posible que las regulaciones máximas señaladas por la normativa podrían verse afectadas por los instrumentos colectivos convenidos al efecto. De nuevo aquí la doctrina está dividida, existiendo autores que entienden

⁷² *Ibidem*, op.cit, La Ley 5719/2007.

⁷³ *Ibidem*. Hurtado González es de la última opción. Por su parte, Alzaga Ruiz, I.: “La relación laboral de los artistas”, Consejo Económico y Social, Madrid, 2001, pág. 183, no distingue.

⁷⁴ Ballester Pastor, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.72. Por su parte, De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op. cit. pág. 110, manifiesta que no se explica por qué en los supuestos en los que la relación laboral sea de una duración superior, los plazos de prueba no son superiores.

que los máximos son de derecho indisponible -tanto para la voluntad individual como para la colectiva- y otro sector científico que aplicando la regla de la supletoriedad no encuentra óbice alguno para admitir la modulación también de máximos vía convenio colectivo⁷⁵.

El matiz⁷⁶ estriba en que no podría modificarse ni al alza ni a la baja por cuanto “el RDA dispone él mismo, directamente, esa duración. No cabe, por tanto, que la norma colectiva establezca un margen distinto, sobre todo «por arriba», esto es, permitiendo un pacto individual de prueba de mayor duración, pero tampoco por debajo, pues una eventual disposición sectorial más limitativa prácticamente agotaría la autonomía individual en la materia”.

Por nuestra parte, entendemos que la claridad del legislador no deja duda alguna acerca de la posibilidad de que la negociación colectiva modifique al alza los máximos señalados en la normativa reglamentaria, dada la supletoriedad del Estatuto de los Trabajadores expresamente contemplada en el precepto y el principio *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemos*.

Y siguiendo con la admisión de la negociación colectiva, no acertamos a ver en qué consistiría la limitación de “autonomía individual en la materia” cuando el convenio colectivo regule una inferior duración a la prueba. Si bien es cierto que la actividad de regulación –sea cual fuere la forma de esta- es una manera de limitar la autonomía contractual, en nuestro ordenamiento laboral existen una serie de circunstancias añadidas que aconsejan constreñir esta libertad contractual. Este no puede ser el argumento para desechar la posibilidad de que el convenio disminuya la prueba, pues no se entiende cuál es la razón por la cual se ha de sesgar esta posibilidad en este tipo de relación especial y no emplear el mismo argumento para negar actuar a la negociación colectiva en el resto de relaciones laborales ordinarias.

Así pues, cuando la regulación de determinadas materias se deja en manos del poder colectivo (y así ha ocurrido con el período de prueba ordinario) se hace en atención al específico poder que han de mostrar y demostrar los agentes sociales a la hora de regular una materia y cuando los distintos intervinientes en un pacto colectivo deciden modular –en el sentido que sea- el período de prueba, se realiza (o al menos nos es lícito pensar que se actúa de esta manera) con el único propósito de modular la realidad legal o normativa a la concreta situación empresarial que se está viviendo.

⁷⁵ En el sentido de su admisión De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág. 110. En sentido contrario, Ballester Pastor, M.A.: *El período de prueba*, op.cit., pág.72 y Alzaga Ruiz, I.: “La relación laboral de los artistas”, op.cit., pág.183.

⁷⁶ Hurtado González, L.: “La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos y especialidades del régimen jurídico laboral”, op.cit.

Las disquisiciones continúan con el tratamiento que se le debe ofrecer a los supuestos en los cuales las cláusulas contractuales que señalan el período de prueba no respetan los máximos legales (o convencionales) fijados. De nuevo división doctrinal; algunos autores defienden la nulidad de la cláusula⁷⁷, mientras que otros arguyen a favor de la conservación de la misma, aun cuando se produciría su automática reconversión a la legalidad.

En atención a las mismas consideraciones que nos hacían concluir en la posibilidad de que el convenio colectivo modificara los tiempos de prueba (supletoriedad del Estatuto y principio "donde la ley no distingue no debemos distinguir") entendemos que la inobservancia contractual en sus límites normativos, supondrán no la nulidad de la cláusula considerada globalmente sino la adaptación a los máximos permitidos. Recordemos que esta es la solución por la que nuestros tribunales se han decantado cuando esta situación se produce cuando se aplica el artículo 14 del Estatuto, en virtud del principio de conservación del negocio.

8. EL PERÍODO DE PRUEBA EN OTRAS RELACIONES LABORALES ESPECIALES

Existen otras relaciones laborales especiales que, a pesar de estar adornadas de características tales que les hacen merecedoras de un régimen normativo propio, no se escapan a la influencia que directamente ejerce el artículo 14 del Estatuto de los Trabajadores sobre ellas.

En este sentido cabe mencionar a la relación laboral especial de los representantes de comercio, cuya normativa propia de aplicación recoge la aplicación automática y directa de cuantas previsiones se establecen para el resto de relaciones laborales ordinarias⁷⁸.

En la relación laboral especial entablada por penados de instituciones penitenciarias no aparece ningún precepto de su normativa propia (Real Decreto 782/2001) que aluda al período de prueba y, teniendo en consideración que el Estatuto de los Trabajadores no es de aplicación directa ni siquiera supletoria, a menos que el texto normativo (o el desarrollo del mismo) lo indique expresamente, entendemos que no se puede acordar en este supuesto el período de

⁷⁷ De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.110 y Hurtado González, L.: "La relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos y especialidades del régimen jurídico laboral", op.cit., son de la opinión de que no es posible su reconducción al máximo reglamentario; Alzaga Ruiz, I.: "La relación laboral de los artistas", op.cit. pág.182 y 183.

⁷⁸ Art. 3.3 del Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto: "El período de prueba se regulará por lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores."

prueba, asumiendo como propia la visión expuesta doctrinalmente⁷⁹ al amparo de la normativa anterior. A esta conclusión también llegamos al comprobar cómo el desistimiento empresarial no es causa de extinción del contrato y la falta de referencia a la autonomía contractual para delimitar los contornos no diseñados en el reglamento referenciado.

Entendemos que acaso en la mente del legislador está la consideración de que siendo la única posibilidad contractual admitida la del contrato para obra o servicio determinado, la posición del empresario (organismo autónomo estatal o autonómico) no se ve seriamente perjudicada por el diseño de un sistema extintivo netamente causal.

Escaso es el tratamiento legal de la relación laboral especial de menores en centros de internamiento⁸⁰, siendo la regulación que se les dispensa “asimilado... a estos menores que a los penados en instituciones penitenciarias”⁸¹, por lo que se reiteran las conclusiones vertidas en los párrafos precedentes.

Expresamente excluidos de la posibilidad de concertar el período de prueba se encuentra el colectivo que entabla una relación laboral especial de residencia para la formación de especialistas en Ciencias de la Salud, de conformidad con lo dispuesto por el art.3.5 del Real Decreto 1146/2006. Quizás la razón de la imposibilidad de concertar la prueba para este grupo de trabajadores es la singular naturaleza del contrato que atiende no solo a la práctica profesional de los conocimientos que ya se poseen, sino a la propia formación especializada que se recibe durante el transcurso del contrato.

Ese doble objetivo imposibilitaría la prueba, por cuanto se estima la necesidad de que transcurra un lapso determinado para conocer si ese trabajador merece o no la calificación (a través del informe correspondiente final) de “especialista”. Esta función a la que sirve el contrato se imposibilitaría si se dejara en manos del empresario (pues intacta, no obstante, está la capacidad dimisoria del trabajador por obra del art. 11.1.d) de la normativa específica) la extinción unilateral acausal durante su vigencia.

9. CONCLUSIONES

Tras un análisis de cada una de las relaciones laborales de carácter especial en donde se ha tratado de dar respuesta individualizada al tratamiento normativo del período de prueba, se hace necesario cerrar el presente ofreciendo una visión

⁷⁹ De Val Tena, A.L.: *Pacto de prueba y contrato de trabajo*, op.cit., pág.117.

⁸⁰ Art.2.1.i) del Estatuto de los Trabajadores, Art.39 Ley 53/2002, de 30 de diciembre.

⁸¹ Cruz Villalón, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, op.cit., pág.50.

global que nos permita comprobar cómo se comporta el instituto probatorio regulado con carácter general en el art.14 del Estatuto de los Trabajadores y, específicamente, en qué supuestos actúa este como norma supletoria.

En este sentido, se observa cómo la supletoriedad –o no- del precepto enunciado comparte la misma suerte que la relación laboral especial considerada en su conjunto, consiguiendo de esta forma dotar de coherencia a cada uno de los vínculos especiales aquí abordados.

Con base a la anterior aseveración estamos en condiciones de negar la aplicación supletoria del Estatuto de los Trabajadores (y, por ende, de las previsiones comunes de la prueba) a la relación laboral de alta dirección. De esta forma, las partes son libres para establecer la regulación de la cláusula probatoria –sin subvertir su naturaleza esencial- con la única limitación que se deriva del período máximo legal/especial de concertación en los supuestos en los que este contrato de alta dirección fuera concertado por tiempo indefinido.

Para el resto de las relaciones laborales especiales la norma básica laboral actúa supletoriamente. Con relación a la prueba, en ocasiones la normativa específica es autosuficiente -lo que nos exime de acudir al instrumento normativo general- mientras que en otras será necesario completar la regulación con las previsiones contenidas en el Estatuto de los Trabajadores.

Las muestras de esta autoregulación normativa completa a través de la Ley que diseña la comprensión de la figura contractual especial las encontramos en la relación laboral que mantienen los penados en instituciones penitenciarias, menores en centros de internamiento o el personal sanitario que concierta una relación laboral especial de residencia para la formación, no siendo en ninguno de los supuestos señalados posible la previsión de la cláusula probatoria.

En otras ocasiones, la supletoriedad no solo es expresa sino que su alcance es absoluto, por cuanto se produce una remisión en bloque al tratamiento general o común de la prueba (es lo que ocurre con la relación laboral de los operadores mercantiles cuando no asumen el buen fin de la operación).

Y, por último, nos encontramos con una suerte de relaciones laborales especiales en los que el tratamiento especial y común ha de combinarse. Esto es lo que acaece con el vínculo laboral que se mantiene con un deportista profesional, con un abogado que presta sus servicios en un despacho profesional del que no es titular, la relación doméstica o los artistas.

En ocasiones, el único matiz que introduce la norma especial con relación a los mandatos legales comunes es el relativo al plazo máximo legal de concierto. Así en la relación laboral especial de deportistas profesionales, en donde la única innovación reseñable era la relativa a la duración máxima legal, declarándose la

supletoriedad del art.14 del Estatuto de los Trabajadores para todo lo demás.

Similares consideraciones a apuntar con respecto a la relación especial de abogados. Aquí, los criterios para señalar los máximos legales de prueba dependen directamente de la modalidad de contratación –eventual o indefinida- empleada.

Supletoriedad también para lo no previsto en la normativa propia de regulación en los contratos de artistas, siendo escasas las especialidades que introduce la normativa propia y que atañen a la exigencia legal de que la vida de la relación laboral alcance un determinado lapso temporal (superior a diez días) así como a los máximos de duración de la prueba que se establecen imperativamente (sin margen alguno para la modulación convencional) para lograr la congruencia con la duración total del lazo laboral.

Necesidad también tendremos de acudir al art.14 del Estatuto de los Trabajadores cuando se prevea contractual y expresamente la prueba en la relación laboral de servicio doméstico, con la única salvedad de la regulación que particular y específicamente se contiene para el plazo máximo de preaviso (aspecto este tratado por la normativa propia).

Acaso la relación laboral especial que más problemas de interpretación puede entrañar es la relativa a la que mantienen los minusválidos con los centros especiales de empleo, por la literalidad con la que se expresa el legislador de la norma particular. En este sentido, la supletoriedad del art.14 del ET quedaría circunscrita a los supuestos en los que las contratantes hubieran deseado concertar un período de prueba (no el de adaptación) así como en las hipótesis en las que el período de adaptación no hubiera respetado los mandatos legales y se admitiera la reconducción de esta figura a la cláusula probatoria.

Comentarios de jurisprudencia

DERECHO COLECTIVO DEL TRABAJO

Universidad de Almería

DERECHO DE HUELGA, IUS VARIANDI Y ESQUIROLAJE TECNOLÓGICO

*Sentencia 17/2017, de 2 de febrero,
del Tribunal Constitucional.*

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ¹

SUPUESTO DE HECHO: Durante la huelga general convocada por las organizaciones sindicales contra la reforma del mercado de trabajo llevada a cabo a través del RD-Ley 10/2010, de 16 de junio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la mayor parte de la plantilla de Telemadrid no acude a su centro de trabajo. Por ello, esta empresa no emite ninguna programación dicho día a excepción de un partido de fútbol de una determinada competición internacional grabada por una empresa externa. Este partido es emitido, según aparece descrito por la propia sentencia, gracias al trabajo de unos pocos empleados que no habían secundado el paro. La actividad de estos trabajadores se limitó a comunicar con la propietaria de la señal y, de manera excepcional, activar un codificador, insertar el logotipo de la empresa de comunicación y emitir el partido.

RESUMEN: El sindicato CGT interpuso demanda por vulneración de derechos fundamentales y tutela del derecho de libertad sindical y de huelga frente a la empresa. En su demanda alegó vulneración del derecho fundamental de huelga directamente relacionado con el derecho de libertad sindical, al entender que, a la vista de los acontecimientos descritos, se produjo un acto de sabotaje interno de la empresa y de esquirolaje. La demanda fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Madrid, al entender que la emisión fue llevada a cabo gracias a la actuación de trabajadores que no estaban en huelga, no siendo necesario que alteraran sus normales funciones. Contra la Sentencia interpuso el sindicato CGT recurso de suplicación que, asimismo, fue desestimado por Sentencia de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid. Señala dicha sentencia que el empresario ha de respetar la huelga, pero no ha de colaborar con ella. Según dicho Tribunal, la huelga no es un derecho de resultado por lo que es legítimo que los empresarios traten de atenuar las consecuencias de la huelga mediante aquellos medios de que dispongan, y siempre que ello se realice mediante conductas

¹ Profesor T.U. de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

lícitas. Tras la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina por Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, CGT interpone recurso de amparo que, alterando su anterior jurisprudencia y la del Supremo, dio lugar a la Sentencia ahora comentada en la que el Tribunal Constitucional viene a reproducir, en esencia, los argumentos barajados por el TSJ de Madrid.

ÍNDICE:

1. JURISPRUDENCIA SOBRE ESQUIROLAJE INTERNO Y TECNOLÓGICO: ESTADO DE LA CUESTIÓN
2. NOVEDADES DE LA STCO. DE 2 DE FEBRERO DE 2017: ¿CONSAGRACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DEL EMPRESARIO?
 - 2.1. Inexistencia esquirolaje interno por venir así afirmado por el Juzgado de lo Social.
 - 2.2. Utilización de medios tecnológicos y derecho del empresario de reacción frente a la huelga: libertad de empresa y libertad de trabajo.
3. CONCLUSIONES

1. JURISPRUDENCIA SOBRE ESQUIROLAJE INTERNO Y TECNOLÓGICO: ESTADO DE LA CUESTIÓN

El Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse con anterioridad respecto del esquirolaje tecnológico en las sentencias 183/06, 184/06, 191/06 y 193/06, de 19 de junio. En ciertos sectores productivos, entre ellos el de las telecomunicaciones e información, la presencia permanente de trabajadores en sus respectivos lugares de trabajo ha dejado de ser imprescindible, al menos a corto plazo, para poder asegurar la continuidad del servicio en cuestión. De esta manera, se confronta, por una parte, el objeto de la huelga –la cesación de la prestación del trabajo- y, por otra, el objetivo de dicha cesación –la paralización de la producción con el consecuente perjuicio a la contraparte del conflicto y la exteriorización del mismo-. Todo ello, lógicamente, con el interés añadido de la empresa de intentar preservar la apariencia de normalidad como indicador del escaso seguimiento de la huelga.

Pues bien, los antecedentes de hecho de estas sentencias encajaban a la perfección en el marco de las premisas esbozadas. El 20 de junio de 2002 las organizaciones sindicales más representativas convocaron una huelga general de 24 horas contra la política social del gobierno de turno. Con el antecedente de la huelga general del 14 de diciembre de 1988, se evidenciaba que el éxito de la convocatoria dependía de su repercusión en el marco de los grandes canales de televisión. Sabedor de ello, el gobierno del Partido Popular centró todos sus esfuerzos contra la huelga en intentar minimizar dichos efectos mediáticos.

En cuanto a la cuestión de la emisión durante la jornada de huelga de una programación previamente grabada, el Tribunal Constitucional concluyó que ello restringía desproporcionadamente el derecho de huelga por varias razones. En

primer lugar, porque se trataba de una información que podía ser emitida con posterioridad a la jornada de huelga, sin menoscabo alguno del derecho a comunicar o recibir información, al estar desprovista ésta, por su propia condición de pregrabada, de la actualidad e inmediatez necesarias que pudieran justificar en principio la restricción del derecho de huelga. En definitiva, en la necesaria ponderación del menoscabo sufrido en el derecho de huelga y el objetivo del servicio decretado, se concluyó por parte del Tribunal afirmando que, en aquel caso, había de primar el derecho de huelga, ya que la oportunidad del ejercicio del derecho a comunicar y recibir información durante la jornada de huelga respecto a una programación previamente grabada de posible contenido o interés informativo, supone una restricción del derecho de huelga que, por la propia característica de la información que se quería emitir, no encontraba justificación en la preservación del derecho a comunicar y recibir información.

En segundo lugar, contra el parecer del Abogado del Estado, según el cual entraría dentro del ámbito objetivo del derecho a emitir y recibir información cualquier contenido de la parrilla radio-televisiva, el Tribunal Constitucional respalda su decisión anterior en el hecho de que no cualquier contenido ha de gozar de tal consideración, existiendo una gran porción de espacio de puro entretenimiento. Así pues, al escapar del ámbito del art. 20.1 d) CE, no sería posible contraponer el legítimo deseo de los espectadores a su visión con el ejercicio del derecho fundamental a la huelga.

A continuación, el Tribunal Constitucional entraba a considerar el aspecto más interesante de toda la resolución a los efectos que aquí nos interesa. Como anteriormente mantuvimos, el cambio de caracteres que buena parte de la actividad laboral ha experimentado en las últimas décadas ha generado la necesidad de plantear la diferencia entre una huelga eficaz (es decir, aquella que logra paralizar la producción) y una huelga que siga manteniendo su carácter de elemento de presión frente a la contraparte del contrato o, como es el caso, frente al gobierno y su política social desviada a juicio de las organizaciones sindicales. En este sentido, partiendo del razonamiento del Ministerio Fiscal, entendió el Tribunal Constitucional que el verdadero objetivo perseguido por la emisión de una programación previamente grabada, es en realidad la no interrupción del servicio de la radiodifusión sonora y de la televisión, con lo que se privaba de repercusión apreciable a la huelga, sustrayéndole su virtualidad de medio de presión y de inequívoca exteriorización de los efectos del paro laboral efectivamente producido mediante la exigencia de una apariencia de normalidad del servicio contraria al derecho de huelga.

No obstante estas afirmaciones, el Tribunal Constitucional no extrajo todas las consecuencias posibles. Es decir, que el contenido a proteger del derecho de huelga trasciende el plano puramente contractual de cesación de la obligación

básica del trabajador, sino que, en el plano social y político de la huelga, y en especial de la huelga general, ésta trasciende con creces los mecanismos puramente contractuales, sobre todo en contextos como en el que se incardinaba el supuesto de hecho, el mismo que provocó la condena de RTVE por manipulación informativa. Por el contrario, el Tribunal Constitucional, temeroso de llevar hasta sus últimas consecuencias sus propios razonamientos, terminó afirmando rotunda y, quizás, innecesariamente, que el contenido esencial del derecho de huelga consiste en una cesación del trabajo en cualquiera de sus manifestaciones o modalidades y que esta cesación del trabajo es susceptible de provocar la interrupción de la actividad de producción y distribución de bienes y servicios si las características de la huelga y su seguimiento así lo determinan. Es decir, se mantiene en la clásica diferenciación entre eficacia y efectividad de la huelga² que facilitará la deriva de la sentencia ahora comentada.

En relación a la actitud del empresario, que en este caso fue la de ocultar la huelga, según el Constitucional, no se puede exigir una conducta específicamente dirigida a propiciar la divulgación de la situación de huelga. Sin embargo, tampoco entró a considerar la conducta contraria, esto es, la viabilidad constitucional de comportamientos empresariales que busquen el ocultamiento de la huelga, como, además, fue el caso.

Como puede comprobarse, el objetivo es semejante al tradicionalmente perseguido con la sustitución interna o externa de los trabajadores que ejercen su derecho fundamental de huelga. A través de recursos de carácter técnico, se vacía de efectividad a la huelga, en una suerte de «esquirolaje virtual».

En esta misma dirección, dando un paso más en el intento de evitar que los medios técnicos, cada vez más automatizados, puedan anular en la práctica los efectos de las huelgas legalmente convocadas, el Tribunal Supremo ha formulado, con posterioridad a las sentencias comentadas del Tribunal Constitucional, una nueva doctrina en relación con el esquirolaje tecnológico, modificando significativamente su anterior posicionamiento, en la STS de 5 de diciembre de 2012 (Ar. 2013/1751)³.

De nuevo nos encontramos con una huelga convocada en el sector de las telecomunicaciones. Durante dicha huelga la empresa, Euskal Telebista, no encomienda las tareas de los trabajadores huelguistas a aquellos que no secundan la convocatoria, sino que, simplemente, a través de medios técnicos que lo permiten, dichas tareas pasan a ser realizadas automáticamente, sin la participación de ningún trabajador. Es decir, que, al contrario de lo que hasta hace muy poco ocurría, no se trata de sustituir unos trabajadores por otros, sino que las tareas

² Véase la STCo 41/84, de 21 de marzo.

³ Ponente: Jordi Agustí Juliá.

dejadas de realizar por los trabajadores huelguistas se ejecutan automáticamente a través de medios técnicos propicios para ello.

Pues bien, la nueva doctrina elaborada por el Tribunal Supremo se puede resumir, conforme a su Fundamento de Derecho Sexto, en el siguiente sentido: No sólo en el supuesto de que se utilicen medios humanos (trabajadores asignados a la prestación de servicios mínimos) para la realización de actividades que exceden de los servicios decretados como esenciales, se lesiona el derecho de huelga, sino que también se lesiona este derecho cuando una empresa del sector de radiodifusión sonora y televisión emite programación o publicidad por medios mecánicos o tecnológicos, priva materialmente a los trabajadores de su derecho fundamental, vaciando su contenido esencial de manera que no cabe el uso de las prerrogativas empresariales, aun amparadas en la libertad de empresa, para impedir la eficacia del derecho de huelga, y ello por la propia naturaleza de este derecho y también del de libertad de empresa que no incorpora a su contenido facultades de reacción frente al paro.

Esta doctrina mayoritaria no ha encontrado, lógicamente, la unanimidad de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, habiéndose planteado a la misma sendos Votos Particulares que sumaron seis magistrados disidentes. Básicamente, estos votos particulares parten del hecho de que para poder apreciar una situación de esquirolaje es necesario la sustitución de unos trabajadores por otros: «sin sustitución no opera la garantía y no hay sustitución cuando el trabajo sigue realizándose por los mismos trabajadores que no se unen a la huelga o cuando la actividad productiva, que se realizaba de forma automática sin intervención del trabajo humano continúa desarrollándose de la misma forma». Por su parte, el Voto particular elaborado por el Magistrado D. Antonio Martín Valverde basa su discrepancia en el hecho de que «entre las restricciones o limitaciones de las medidas de conflicto colectivo de los empresarios no se encuentran los actos empresariales de mantenimiento de la producción sin intervención humana, los cuales están respaldados de un lado por el derecho a la libertad de empresa en su vertiente de ejercicio de actividades empresariales lícitas, y de otro lado por la defensa de la productividad que el art. 38 CE encarga expresamente a los poderes públicos, incluidos los organismos jurisdiccionales». Esta concepción profundamente liberal del derecho de huelga terminará, como ahora exponremos, haciendo un hueco cada vez mayor en la jurisprudencia constitucional.

En definitiva, y centrándonos en la posición mayoritaria de la Sala, la eficacia de la huelga no puede dissociarse de su efectividad. La implementación de medios técnicos cada vez más automatizados hace imprescindible la redefinición de los conceptos tradicionales de esquirolaje para impedir que el derecho de huelga se convierta en un derecho vacío de significación práctica.

2. NOVEDADES DE LA STCO. DE 2 DE FEBRERO DE 2017: ¿CONSEGRACIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DEL EMPRESARIO?

Esta era la situación de nuestra jurisprudencia constitucional y ordinaria en el momento en el que se ha dictado la nueva sentencia ahora comentada. A pesar de los déficits, se detectaba una línea de evolución jurisprudencial tendente a ampliar el sentido de las conductas descritas en el art. 6.5 RD-Ley 17/77, de relaciones laborales en una doble dirección. Por una parte, equiparando el esquirolaje interno y el externo y, por otro lado, a través de la ampliación de tal concepto al esquirolaje tecnológico.

2.1. Inexistencia de esquirolaje interno por venir así afirmado por el Juzgado de lo Social

En la STco de 2 de febrero de 2017, de nuevo nos encontramos en el ámbito del sector de las telecomunicaciones y, de nuevo, una huelga general ampliamente secundada pierde su visibilidad como consecuencia de la posibilidad de continuar con la emisión de, en esta ocasión, una señal en cuya creación de contenidos no participan los trabajadores convocados en la huelga.

Como hemos podido comprobar de lo anteriormente descrito, en el presente supuesto se plantea la necesidad de determinar la extensión del contenido del derecho de huelga, así como, en última instancia, la relación entre el derecho de huelga y el derecho de libertad de empresa. Al respecto, es adecuado partir de las propias palabras del Ministerio Fiscal que en sus alegaciones mantiene que «el derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar. A pesar de que la huelga produce, casi inevitablemente, un daño en el patrimonio empresarial, el ordenamiento no pone a disposición del empresario mecanismos dirigidos a prevenir o eliminar los efectos del paro laboral».

El parecer mayoritario del Pleno del Tribunal Constitucional parece desplegar todos sus esfuerzos en intentar contradecir las palabras del Fiscal, así como en poner freno a esa tendencia progresista anteriormente descrita. En concreto, trata de llevar a efecto este objetivo a través de dos procedimientos. Por una parte, ampliar las posibilidades del ius variandi empresarial sin considerarlo como esquirolaje interno. En segundo lugar, trata de poner límites a la consideración de que es contrario al derecho fundamental de huelga la obstaculización consciente del derecho de huelga por parte del empresario a través de la utilización de medios tecnológicos.

Respecto del primero de los supuestos, se parte de la descripción de la jurisprudencia en virtud de la cual el esquirolaje externo, único previsto en el art. 6.5. RD 17/17, ha de considerarse equiparado al interno. Para ello trae a colación la

jurisprudencia elaborada por el constitucional en su sentencia 33/11, de 28 de marzo. Como se recordará, en esta sentencia, el Tribunal Constitucional amplía el estrecho art. 6.5 del preconstitucional RD 17/77. Junto al denominado esquirolaje externo, previsto en este precepto, el Constitucional admite la equiparación del esquirolaje interno, especialmente efectivo en aras a desactivar una huelga. Reiterando, pues, la posición mantenida en sus anteriores Sentencias 123/92, 92/05 y 250/07, considera que el poder de dirección empresarial, como mantuvo respecto al poder disciplinario (STCo. 104/11, de 20 de junio), no es un derecho absoluto ni tan siquiera equiparable al fundamental derecho de huelga.

En un intento de no aplicar esta doctrina, pero al mismo tiempo respetarla, la sentencia ahora analiza, tergiversa, según describe pormenorizadamente el Voto particular firmado por Valdés Dal-Ré, Asua Batarrita y Xiol Ríos, los hechos declarados probados por los órganos jurisdiccionales ordinarios. En concreto, el objetivo consistiría en considerar que no hubo una asignación de funciones distintas a las que tenía encomendadas habitualmente los trabajadores que no secundaron la huelga y permitieron la emisión del partido de fútbol.

En concreto, en la Sentencia ahora comentada se considera que, según los hechos declarados como probados por el Juzgado de lo Social, no ha existido la asignación de forma irregular de un trabajador no huelguista a las tareas realizadas por la empresa. Sin embargo, paradójicamente, de la lectura del Fundamento Jurídico 7 se desprende que sí se produjo dicha realización de funciones distintas de las que venían desarrollando habitualmente los trabajadores no huelguistas. En concreto, el trabajador que recibe la señal internacional a través del codificador no habitual, inserta el logotipo de Telemadrid, función que el propio Constitucional acepta que no era su función habitual. Asimismo, el coordinador del departamento realizó funciones que fueron más allá de la habitual función de supervisión normalmente desarrollada.

No obstante, se niega la existencia de este cambio de funciones porque así lo ha determinado el Juzgado de lo Social. Es decir, el Tribunal Constitucional en esta sentencia viene a confundir hechos probados con una peculiar interpretación dada a los mismos por tal Juzgado de lo Social. A la demostración de tal extremo se dedica buena parte del Voto particular formulado por los Magistrados disidentes. En concreto, la identificación llevada a cabo por la opinión mayoritaria entre hechos probados e interpretación de los mismos choca con la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional y, en última instancia, vacía de contenido la propia capacidad del alto intérprete de la Constitución de desarrollar las funciones que constitucionalmente tiene atribuidas.

En concreto, la exigencia contenida en el art. 44.1 LOTC de no alteración de los hechos probados no impide, como mantiene el Voto particular, al máximo intérprete de la Constitución el «alcanzar una interpretación propia del re-

lato fáctico conforme a los derechos y valores constitucionales en presencia, ni veda, entonces, una valoración discrepante, sin que suponga una revisión de la valoración de la prueba hecha por el juzgador, función privativa suya, sino una interpretación nuestra de ese relato a la luz de los valores constitucionales».

Pues bien, en el presente supuesto se aprecia una clara intención de impedir la aplicación de la interpretación elaborada y descrita anteriormente por el Tribunal Constitucional a través de una asunción incondicional no sólo de los hechos probados por la sentencia de instancia sino de la interpretación que de los mismos hace el Juzgado de lo Social. Este obvió, por ejemplo, la trascendencia de dos cuestiones que hubieran determinado la calificación como movilidad funcional motivada por la huelga: en primer lugar, el hecho de que el trabajador que insertó el logotipo de Telemadrid en la señal recibida, no ejercía habitualmente ese trabajo; en segundo lugar, tampoco fue trascendente a su juicio el hecho de que el departamento que redireccionó la señal recibida desde FORTA al departamento de emisión no ejercía habitualmente esas funciones. Esta última función sí que fue determinante a la hora de impedir la visibilización del derecho de huelga.

Asimismo, también asume el Constitucional la interpretación, y no la simple descripción del hecho probado, dado por el juzgador de instancia al hecho de que uno de los trabajadores no huelguistas que posibilitaron la emisión del partido de fútbol era un coordinador que «aun cuando, dada su específica función de coordinador se encarga normalmente de controlar el trabajo en los departamentos que coordina», a pesar de lo cual se admite que también puede desempeñar, aunque nunca lo hiciera, el insertar el logotipo de Telemadrid. Es decir, como también mantiene el Voto particular, «la retransmisión del evento deportivo el día de huelga se articuló e instrumentó mediante la actividad laboral de un trabajador no huelguista cuya categoría excedía con creces la de los trabajadores que optaron por secundar la huelga». Es por ello que coincidiría con los supuestos tachados como inconstitucionales por el Tribunal Constitucional en su sentencia 33/11, de 28 de marzo.

Es evidente que, en un contexto de fuerte ampliación de las funciones a desempeñar por los trabajadores como consecuencia de la fuerte flexibilidad interna implementada por las sucesivas reformas acaecidas en nuestro ordenamiento jurídico, no es suficiente, en aras a la protección del derecho de huelga, la tradicional delimitación del esquirolaje interno en relación a conceptos como *ius variandi* o movilidad funcional, pues el empresario detenta unos enormes poderes de reorganización de la producción por la vía de los hechos. Situación que se ve agravada, como podemos comprobar en la sentencia ahora comentada, si directamente se niega cambio de función alguna. En palabras del Voto particular, «las renovadas fuentes de incidencia empresarial en la efectividad de los derechos fundamentales, al amparo de nos nuevos medios técnicos a los que recurre

para hacer más penetrante su actuación limitativa e impeditiva de la tutela constitucional, requieren respuestas constitucionales también nuevas, que garanticen la protección de los derechos más esenciales de los trabajadores en un grado asimilable al que ofreció nuestra jurisprudencia en el pasado, cuando dichos medios tecnológicos carecían del desarrollo y de la potencialidad restrictiva con los que ahora cuentan».

Por otra parte, en esta ocasión el Tribunal Constitucional soslaya una cuestión que, a tenor de su propia jurisprudencia anterior, hubiera sido necesario que se planteara. Nos referimos al hecho de que el contenido emitido no había sido generado por Telemadrid sino por una empresa externa. Como anteriormente recordamos, en supuestos anteriores fue muy trascendente a la hora de formar su juicio el hecho de que la programación emitida había sido previamente grabada. En esta ocasión, ni tan siquiera es un contenido propio, sino que su producción se encontraba exteriorizada. Desde nuestro punto de vista con más razón habría de haber considerado que dicha emisión contradice el derecho de huelga y para ello habría de haberse recordado la jurisprudencia emanada de sus Sentencias 75 y 76/10, de 19 de octubre, y 98 a 112/2010, de 16 de noviembre de 2010. Además, tampoco entró a valorar, auspiciada en el supuesto respeto de los hechos probados, el escaso valor informativo de la emisión y la posibilidad, como había mantenido en estas sentencias, de emitir el acontecimiento deportivo en cualquier otro momento posterior a la jornada de huelga, a no ser que entendamos que ver un partido de fútbol forma parte del contenido esencial del art. 20.1 d) CE.

2.2. Utilización de medios tecnológicos y derecho del empresario de reacción frente a la huelga: libertad de empresa y libertad de trabajo

En relación a este segundo elemento, subyacen una serie de cuestiones que tradicionalmente han presidido el ejercicio del derecho de huelga. En concreto, podríamos recordar las relaciones entre derecho de propiedad y derecho de huelga; eficacia y efectividad del derecho de huelga; y, especialmente, los límites de la defensa de la empresa frente al ejercicio del derecho fundamental de huelga.

A este respecto, el sindicato recurrente no solo entendió que se vulneró el derecho de huelga porque se hubiera encomendado funciones distintas de las habituales a los trabajadores que no secundaron la huelga, sino que también consideraron vulnerado aquel por la implementación en el proceso de retransmisión de medios técnicos no habituales. Tras la descripción de los pormenores técnicos, la propia sentencia comentada llega a la conclusión de que «se han utilizado, por tanto, medios técnicos con lo que contaba la empresa, pero que no son de uso habitual».

Para ello despliega una doble argumentación. Por una parte, niega que dicha implementación de medios técnicos sea de suficiente entidad como para pod-

er incardinarse en el concepto de esquiloraje tecnológico. En segundo lugar, y es aquí donde la sentencia ahora comentada puede convertirse en el inicio de una jurisprudencia de enorme carácter restrictivo del derecho de huelga, parece configurar un cierto derecho de defensa de la libertad de empresa frente al derecho fundamental de huelga. Por ello, habrá que, conforme mantiene la sentencia, considerar si dichos medios de defensa son o no legítimos en cada caso. Es decir, se pretende llevar hasta sus últimas consecuencias la radical separación entre eficacia y efectividad del derecho de huelga. La empresa no puede actuar frente a la eficacia, esto es, que todos o casi todos los trabajadores secunden la huelga, pero sí frente a su efectividad, conforme a la cual es legítimo, al menos en supuestos como el que describe la sentencia, que la empresa se defienda con los medios a su alcance para intentar que la producción no se paralice siempre que no signifique la implementación de nuevos medios.

En concreto, se mantiene que «la efectividad del ejercicio del derecho de huelga no demanda del empresario una conducta dirigida a no utilizar los medios técnicos con los que cuenta en la empresa o a abstenerse de realizar una actividad productiva que pueda comprometer el logro de los objetivos de la huelga, al igual que no obliga a los restantes trabajadores a contribuir al éxito de la protesta, y ello porque lo que garantiza la constitución es el derecho a realizar la huelga, no el resultado o el éxito de la misma».

Partiendo de este razonamiento que trata de extraer de la jurisprudencia anterior, aunque esta llegaba a conclusiones contrarias como tuvimos ocasión de precisar, termina yendo mucho más allá de lo que hasta ahora se había visto en la jurisprudencia del Tribunal constitucional al hacer un esfuerzo por equiparar el derecho de huelga y la libertad de empresa. En concreto, entiende que «sería desproporcionado exigir al empresario, en supuesto como el presente, que colabore por inacción u omisión al éxito de la huelga. El derecho de huelga aparece configurado como una presión legal al empresario que debe soportar las consecuencias naturales de su ejercicio por parte de los trabajadores que se abstienen de trabajar, pero no se impone el deber o la obligación de colaboración con los huelguistas en el logro de sus propósitos». Es por ello que se crea un derecho del empresario, creemos que aquí se encuentra la principal novedad de esta sentencia, a utilizar los medios a su alcance para minorar la efectividad de la huelga. Contraviniendo, pues, lo que hasta ahora estaba doctrinal y jurisprudencialmente asumido.

No queda aquí este ataque al derecho de huelga pues no sólo se intuye la creación de un derecho de defensa del empresario frente al derecho de huelga que le habilita para utilizar los medios a su alcance para conseguir el menor efecto posible de la misma, siempre que el juzgado de instancia no haya considerado la existencia de un *ius variandi*, sino que se legitima dicha actitud en la necesidad de que el empresario defienda la libertad de trabajo de aquellos trabajadores que

opten por acudir al trabajo. Curiosamente, consagra, sólo para los supuestos en los que concurre una huelga, la equiparación absoluta entre derecho al trabajo y ocupación efectiva de aquellos trabajadores que no secundan la huelga⁴.

Se aprecia, pues, en palabras del Voto particular una «deriva hacia una jurisprudencia constitucional cada vez más indiferente con la efectividad de los derechos fundamentales», eligiendo «la reducción progresiva de la tutela que el contratante débil en la relación laboral precisa de la norma fundamental».

3. CONCLUSIONES

A modo de conclusión podríamos incardinar la presente sentencia en un contexto de fuerte reacción de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional contra el derecho de huelga.

Esta contextualización nos lleva a pensar que el Tribunal Constitucional pretende “enmendar el error” que supuso a su juicio la consideración del derecho de huelga como derecho fundamental. Esto unido a los intentos de criminalización del fenómeno huelguístico deja en entredicho la viabilidad de un derecho ya especialmente afectado por la dificultad de su ejercicio en un contexto de fuerte precariedad laboral. En concreto, el trabajador se encuentra ante la disyuntiva de ejercer su derecho de huelga en un contexto en el que se incrementa sus posibles responsabilidades administrativas, penales y civiles. Todo ello para que, en aquellas empresas de fuerte presencia de las nuevas tecnologías, dicho ejercicio del derecho fundamental de huelga termine siendo invisibilizado.

Las nuevas tecnologías generan unos desequilibrios en los sacrificios de trabajadores y empresarios durante el ejercicio de derecho de huelga que habrán de ser dotados de una interpretación reequilibradora. La automatización de los procesos productivos hace que, en ciertos sectores, la presencia permanente de trabajadores deje de ser imprescindible. Eficacia y efectividad del derecho de huelga se encuentran más disociadas que nunca. Tras esta nueva jurisprudencia del Tribunal Constitucional, no toda búsqueda a través del uso de las nuevas tecnologías de minimizar los efectos del derecho de huelga entraría en contradicción con este derecho. Por el contrario, como se encarga de hacer el Constitucional en esta ocasión, habrá que ponderar si la incidencia de dichos medios técnicos posee la suficiente significación. Todo ello en el contexto, expresamente resaltado por el Pleno, de un cierto derecho de la empresa a la defensa utilizando los medios a su alcance frente el derecho fundamental de huelga.

⁴ Ampliamente puede verse, a este respecto, Pérez Rey, J., «El Tribunal Constitucional ante el esquirolaje tecnológico (o que la huelga no impida ver el fútbol)», *RDS*, nº 77, 2017, pp. 163 y ss.

De no introducirse dichos medios de reequilibrio, habremos de admitir una equiparación de las armas que aportan las nuevas tecnologías también susceptibles de ser utilizadas por los trabajadores. En concreto nos referimos a la posibilidad de paralización de la actividad empresarial a través de la utilización de las nuevas tecnologías sin que ello implique la posibilidad de calificar la huelga como abusiva o al reconocimiento del derecho al boicot a la empresa en el contexto de los conflictos de trabajo⁵. Muy lejos, sin embargo, del momento actual en el que se recomienda a las organizaciones sindicales que no acudan al recurso de amparo para evitar así progresivos vaciamientos del derecho de huelga⁶, dada la composición de un Tribunal Constitucional profundamente implicado en la defensa de los intereses de clase de los detentadores de los medios de producción.

⁵ Supiot, A., «Informe de síntesis», en Manzal, A. (ed.), *La huelga hoy en el derecho comparado*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 287-288.

⁶ Véase, por ejemplo, la opinión vertida en su blog por el profesor Baylos Grau <http://baylos.blogspot.com.es/2017/04/se-opone-el-derecho-al-trabajo-al.html>

**REPRESENTANTES UNITARIOS Y CONVENIO COLECTIVO
EMPRESARIAL: A VUELTAS CON EL PRINCIPIO DE
CORRESPONDENCIA**

*Sentencia del Tribunal Supremo (Social) 23 de febrero de 2017
(rec.146/20)*

MARÍA ISABEL RIBES MORENO¹

SUPUESTO DE HECHO: La representación de la mercantil empleadora cuestiona la validez de la sentencia de instancia que declaró nulo el convenio colectivo de la empresa por infracción del principio de correspondencia. Un convenio que había sido negociado por el representante del centro de trabajo de Madrid, aunque en el artículo 3 se establecía, como ámbito territorial, la aplicación a todos los trabajadores contratados o adscritos por “Adaptalia Especialidades de Externalización” en su centro de trabajo de Madrid, incluidos aquellos que aun habiendo sido contratados o estén adscritos al citado centro de trabajo, deban prestar servicios, total o parcialmente, temporal o permanentemente, fuera del centro de trabajo de Madrid, de la Comunidad de Madrid o del territorio Nacional”. Durante el acto de juicio la empresa alegó que, con fecha 26 de febrero de 2016, había modificado el ámbito aplicativo del convenio, circunscribiéndolo exclusivamente al centro de Madrid. Sin embargo, dicha modificación no se registró de manera efectiva, ni tampoco figuraba documentada en los autos. Por otra parte, se acreditó que, conforme se elegían representantes en otros centros de trabajo de la empresa, se iniciaban negociaciones para pactar convenios colectivos de centros de trabajo que, invariablemente, finalizaban formalizando adhesiones al convenio colectivo impugnado. Igualmente, en los contratos de trabajo que se suscribían por la empresa, se materializaban adhesiones individuales al mismo convenio de referencia.

La representación de la empresa formula el recurso, en primer lugar, respecto al exceso de jurisdicción de la Audiencia Nacional, por considerar que el ámbito del convenio colectivo se circunscribía al centro de trabajo de Madrid. En segundo lugar, se denuncian cuatro cuestiones más: la validez de las adhesiones al

¹ Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Convenio Colectivo de los distintos centros; la validez del mandato representativo del delegado de personal; la eficacia del Acta de negociación de 26 de febrero de 2016 que varía el ámbito territorial; y la posibilidad de «reconducción» del ámbito del Convenio.

RESUMEN: La sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (recurso 146/2016), mantiene la pervivencia del instrumento colectivo acogiendo sólo en parte la pretensión de declarar nulo el convenio. Limita la nulidad a un inciso del artículo correspondiente al ámbito territorial, garantizando la validez del negocio jurídico, mediante la aplicación del criterio informador “*favor negotii*”, pese a la falta de legitimación de los representantes de los trabajadores para negociar un convenio en dicho ámbito. Este hecho permite analizar con diferente enfoque la doctrina sobre el principio de correspondencia y el papel que tienen los representantes unitarios con las reglas actuales de legitimación para negociar.

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. LA NEGOCIACIÓN DE UN CONVENIO DE EMPRESA POR LA REPRESENTACIÓN UNITARIA Y LA PROBLEMÁTICA DEL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA
3. ¿UN NUEVO ENFOQUE SOBRE EL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA?
4. REFLEXIONES CONCLUSIVAS Y UNA PROPUESTA DE FUTURO

1. INTRODUCCION

En el presente comentario trataremos lo dispuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo de la Sala de lo Social, de 23 de febrero de 2017, número de recurso 146/2016, acerca del principio de correspondencia. La importancia de esta sentencia es que acoge una nueva línea interpretativa, el “*favor negotii*”, sin sancionar de nulidad el convenio impugnado, pese a la vulneración de la normativa en materia de capacidad y legitimación para negociar. El fallo limita la ineficacia a los concretos preceptos nulos y modificando, en consecuencia, el ámbito de aplicación del convenio afectado. Al mismo tiempo, la sentencia refiere, aunque no aborda esta cuestión de forma directa, la fórmula utilizada por las representaciones de los distintos centros de trabajo de la empresa para extender el ámbito de aplicación del convenio, ejercitando para ello la figura de la adhesión prevista en el artículo 92.1 ET. Por todo ello, entendemos que estamos ante un pronunciamiento de gran interés.

La correspondencia representativa se encuentra presente de forma señalada en las relaciones laborales, recurriéndose a ella para distintas cuestiones. Paradigmáticamente, habrá de tenerse en cuenta en los procesos de conflicto colectivo, cuando se acredita la legitimación respecto a la representación

procesal². Conforme a lo anterior, el sujeto que inicie dicho proceso habrá de tener un ámbito de actuación igual o superior al del propio conflicto, a los efectos de asegurar la representación efectiva de todos los afectados. El contenido de dicha representación, en lo que respecta a los órganos de representación unitaria, se atribuye en función de lo dispuesto en la ley, que lo limita al ámbito para el que fueron elegidos. Sin embargo, en el caso de las organizaciones sindicales se concreta de conformidad con lo establecido en los correspondientes estatutos sindicales³. Este mismo principio ha sido referido, repetidamente, por la jurisprudencia tanto de la Audiencia Nacional, como la del Tribunal Supremo, para determinar la validez o nulidad de un convenio colectivo empresarial, a partir de la interpretación del artículo 87.1 del Estatuto de los Trabajadores, (en adelante ET)⁴. Así, se ha establecido de forma clara la aplicación del principio de correspondencia, al analizar la legitimación de la representación unitaria para negociar válidamente convenios colectivos de empresa.

En los últimos años, el hecho de que la reforma laboral haya consagrado la preferencia aplicativa del convenio de empresa ha motivado que se negocien numerosos instrumentos colectivos a ese nivel. Se trata de una fórmula que facilita adecuar las condiciones de trabajo al ámbito concreto en cuestión. Es visible, que las disposiciones establecidas en el ET permiten que puedan pactarse instrumentos colectivos de ámbito empresarial, incluso estando vigentes otros de ámbito superior. Probablemente por ello, los tribunales han tenido la oportunidad de resolver numerosos asuntos respecto a este particular. De hecho, es abundante la jurisprudencia que analiza distintos aspectos de la posible vulneración de las normas en materia de capacidad y legitimación para negociar, en correspondencia con el ámbito de aplicación del convenio colectivo resultante.

La efectividad del principio de correspondencia conlleva que, en la práctica, la negociación de un convenio de empresa por los representantes unitarios se vea afectado por ciertas limitaciones. En efecto, cuando los representantes legales de los trabajadores se exceden al negociar un convenio colectivo del ámbito de su capacidad representativa, se vulnera el referido principio de correspondencia. En

² Art. 154 Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social, BOE núm. 245, de 11 de octubre.

³ Art. 8.1 a) Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, BOE núm. 189, de 8 de agosto. Vid. García-Perrote Escartín, I., Mercader Ugina, J.R., “El principio de correspondencia representativa como límite en la negociación de empresa”, *Revista de Información Laboral* num.3/2014 parte Art. Doctrinal, (BIB 2014\1253), pág. 1; Mercader Ugina, J.R., “El tortuoso trayecto del convenio de empresa por los tribunales tras la reforma laboral”, *Comentarios a Leyes. Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, (BIB 2015\17100), pág. 1.

⁴ Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, BOE núm. 255, de 24 de octubre.

dichas situaciones la jurisprudencia ha considerado, como doctrina asentada, la nulidad absoluta del convenio resultante.

Por tanto, trataremos, en primer lugar, la doctrina acerca del mencionado principio de correspondencia para, a continuación, analizar con detalle los antecedentes y el contenido del fallo de la Sentencia comentada. Por último, ofreceremos reflexiones conclusivas sobre las cuestiones tratadas.

2. LA NEGOCIACIÓN DE UN CONVENIO DE EMPRESA POR LA REPRESENTACIÓN UNITARIA Y LA PROBLEMÁTICA DEL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA

Como es sabido, para que un convenio colectivo tenga “naturaleza estatutaria y carácter de norma jurídica de aplicación general”, su negociación ha de llevarse a cabo conforme a lo previsto en el Título III ET. En este sentido, las normas reguladoras establecen que estarán legitimados para negociar en dicho ámbito tanto la representación estatutaria, es decir, el comité de empresa o los delegados de personal, como la representación sindical. Al mismo tiempo, el contenido de las disposiciones estatutarias, en concreto el artículo 87 ET, otorgan preferencia para asumir la representación a las secciones sindicales, si las hubiere, que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité.

Sin embargo, el precepto señalado solo puede aplicarse, en lo que respecta a la legitimación de los representantes de base unitaria, cuando el convenio no exceda del ámbito para el que fueron elegidos⁵. Esto significa que los representantes de los trabajadores en la empresa, delegados de personal o comités de empresa, solo podrán negociar convenios cuyo ámbito sea igual o inferior al de su representación, sin que quepa extender su representatividad fuera de ésta. Por ello, a la hora de valorar la validez de un convenio colectivo empresarial, ha de atenderse a la necesaria existencia de correspondencia entre la representación social y el ámbito del convenio colectivo.

Como se ha indicado anteriormente, hasta el momento, existe una doctrina asentada del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional sobre el principio de correspondencia. A tal efecto, se exige una precisa correspondencia entre el ámbito de representación del órgano negociador y el ámbito del personal afectado por el convenio colectivo⁶. El respeto de la correspondencia en la negociación es

⁵ Entre otras, vid. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 7 de marzo de 2012 (rec. 37/2011), de 20 de mayo de 2015 (rec. 6/2014) y de 9 de junio de 2015 (rec. 6/2014).

⁶ Esta legitimación habrá de existir y acreditarse en el momento de inicio de las negociaciones del convenio colectivo. Por tanto, la jurisprudencia establece que, “el momento para determinar la legitimación va referido a la fecha de constitución de la Mesa Negociadora”. En este sentido, entre

considerado por los tribunales de crucial importancia ya que, hasta la presente sentencia, cuando se vulneraba indefectiblemente se ratificaba la nulidad del convenio colectivo.

Así, la doctrina del Tribunal Supremo ha confirmado que la aplicación de este principio determina que en una empresa unicelular que tenga representantes de base unitaria válidamente elegidos, éstos podrán pactar un convenio de empresa cuyo ámbito se limite a ese único centro de trabajo. Por el contrario, no podrá negociarse un convenio colectivo de ámbito geográfico estatal, aunque la empresa se conforme únicamente por ese centro, ya que esta conducta excedería “las posibilidades de disposición de la comisión negociadora”⁷. En supuestos como éste se produciría una falta de congruencia entre el ámbito de representación y el ámbito de eficacia del convenio, poniendo “poniendo en peligro la participación de los ulteriores trabajadores incorporados a la empresa en centros de trabajo distintos”⁸.

En este contexto, el Tribunal considera que, el que la representación unitaria negocie un convenio de ámbito estatal, aunque sea en ese momento la única representación del único centro de trabajo existente, establecería una regla de imposición futura a centros de trabajo que se pudieran constituir⁹. De esta forma, el convenio colectivo con vocación de ser aplicado en un ámbito superior al de la representación que negocia habría de declararse nulo, incluso aunque el ámbito personal del convenio en el momento de la negociación hubiera sido únicamente los trabajadores representados por los sujetos negociadores, ya que la negociación excede el ámbito de representación de los firmantes¹⁰.

De otro lado, los representantes unitarios tampoco podrán negociar un convenio representando a trabajadores de otro centro de trabajo, que no contasen con representantes legales, considerándose igualmente contrario al mencionado principio de correspondencia. Por ello, no puede pactarse un convenio colectivo empresarial por el delegado de personal de uno de los centros de trabajo de una

otras, Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2006 (rec. 126/05), de 21 de enero (rec. 21/08) y 1 de marzo de 2010 (rec. 27/09).

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2015, recurso 175/2014.

⁸ Refiriendo consolidada doctrina, Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 2017, recurso 126/2016.

⁹ Esta situación, se confirma, entre otras, en la sentencia de 18 de febrero de 2016, recurso número 93/2015, donde se declara la nulidad de un convenio colectivo con ámbito de aplicación de todo el territorio nacional y que había sido negociado por dos comités de empresa de dos centros de trabajo. La empresa, dedicada a la limpieza, tenía varios centros de trabajo aunque la negociación afectaba, en ese momento, únicamente a los trabajadores representados por la representación unitaria, ya que los restantes trabajadores eran procedentes de subrogaciones empresariales por licitación de contratos que no se veían afectados por el convenio empresarial.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016, recurso número 93/2015.

empresa, ni siquiera cuando los trabajadores de los restantes centros de la misma, que no tienen representación unitaria, le hubiesen apoderado expresamente para la negociación¹¹. En estas circunstancias se reitera que la representatividad de un órgano unitario corresponde únicamente para el centro para el que fue elegido, y solo en dicho ámbito puede ejercitar su representación, sin que quepa efectuar una irradiación inversa. Así, el que los restantes centros no tengan representación unitaria, no les habilita para negociar ni aún en el caso en que los trabajadores de otros centros le apoderen para ello, utilizando mecanismos de derecho privado.

El Tribunal Supremo considera que “el ámbito del convenio de empresa ha de corresponderse estrictamente con el de afectación del convenio colectivo y que no afecta a la legitimación el hecho de que los restantes centros de trabajo no tengan representación unitaria (...), la inexistencia de los mismos no puede producir el efecto de otorgar legitimación a la representación legal de otro centro de trabajo”¹². Esta interpretación contrasta con la posibilidad prevista en el artículo 41.4 ET, que cuando se trata de negociar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo que afectan a empresas con varios centros de trabajo, unos con representantes y otros no, permite que los que no lo tienen, puedan delegar su representación en los representantes legales de otros centros de trabajo.

No obstante lo anteriormente expresado, habrá de respetarse el derecho a la participación en la constitución de la comisión negociadora de “todos los sujetos legitimados, por minoritarios o irrelevantes que sean, (...), sin que quepa alcanzar acuerdos por la mayoría”¹³. En esta ocasión, la interpretación jurisprudencial tiene como propósito evitar que se impida el acceso a la negociación a sujetos con capacidad negociadora, excluyéndolos, habida cuenta que esta conducta vulnera el principio de representatividad, íntimamente unido al de correspondencia. Por tanto, también habrá de declararse la nulidad de un convenio colectivo empresarial negociado por miembros de la representación unitaria de algunos centros de trabajo de la empresa, aunque los firmantes puedan representar a la mayoría de los trabajadores de la empresa. En efecto, una comisión negociadora que no respete este derecho estará irregularmente constituida, al excluir de la negociación a quien tenía legitimidad para ello, lo que ocasiona la nulidad total del convenio.

Consecuentemente, conforme al mencionado principio de correspondencia, los representantes de los trabajadores solo tendrán representación ante el empresario respecto al centro de trabajo o ámbito para el que fueron elegidos, sin poder extender dicha representación a otros centros de trabajo que se puedan

¹¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 2016, recurso número 282/2014.

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2017, recurso 40/2016.

¹³ Sentencia 23 de febrero de 2016, recurso 39/2015.

constituir en el futuro. Asimismo, la doctrina reitera que tampoco cabe irradiar la representación a los delegados de personal o miembros de un comité de empresa, cuando los demás centros de trabajo no hayan elegido a sus representantes legales, o no puedan elegirlos por no contar con un número de trabajadores suficiente para hacerlo¹⁴. Es visible que este tratamiento jurisprudencial del principio de correspondencia ocasiona que se produzca una cierta debilidad en la facultad para negociar convenios colectivos de empresa por parte de los representantes de base unitaria.

Por tanto, cabría preguntarse cómo habría que proceder para negociar un convenio colectivo empresarial que pueda afectar a los centros de trabajo existentes, con o sin representación, y que se extienda, en su caso, a nuevos centros que puedan establecerse en el territorio nacional. Se aprecia que se trata de un supuesto en que se restringe la participación de los representantes unitarios en la negociación, teniendo en cuenta que “las reglas relativas a la legitimación constituyen un presupuesto de la negociación colectiva, que escapa al poder de disposición de las partes negociadoras que no pueden modificarlas libremente”¹⁵, cuya naturaleza es de derecho necesario absoluto.

Como se ha señalado, la doctrina considera que cuando la empresa tiene más de un centro de trabajo y haya representantes de los trabajadores en todos los centros de trabajo afectados, podrá atribuirse la legitimación al conjunto de comités y delegados de personal de los diferentes centros¹⁶. En otro caso, cuando existan representantes en unos centros pero en otros no, el convenio colectivo no podrá negociarse por la representación de base, sin quebrar el principio de correspondencia, ya que su representatividad queda limitada a los ámbitos en los que fueron elegidos. Esto significa que si la empresa se compone de pequeños centros de trabajo se veda la actuación a los representantes unitarios, en favor de otros sujetos negociadores. Por consiguiente, la solución para negociar un convenio colectivo empresarial, con la pretensión de aplicarse a una empresa pluricelular que no cuente con representantes unitarios en todos sus centros pasaría por la atribución de legitimación al comité intercentros. Sin embargo, “dicha opción solo es posible cuando se ha acordado así en convenio colectivo estatutario (...), lo cual es imposible cuando se negocia el primer convenio de

¹⁴ Sentencia Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 10 de junio de 2016, recurso 209/2015.

¹⁵ Tribunal Constitucional (Sala Primera), Sentencia núm. 73/1984 de 27 junio.

¹⁶ Así, respecto al despido colectivo la jurisprudencia ha señalado que “debe existir correspondencia entre el órgano de representación de los trabajadores que interviene y negocia en el período de consultas con la empresa y el ámbito del personal afectado por el procedimiento, con la finalidad de que, caso de llegar a un acuerdo, los representantes que lo suscriban tengan la representatividad suficiente para vincular a los trabajadores del ámbito afectado por el expediente de despido colectivo”, Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social), de 25 de noviembre de 2013 (rec. 87/2013).

empresa¹⁷. Además, también cabría plantearse si esta representación podría vulnerar el mencionado principio de correspondencia cuando, una vez negociado, se produjese una nueva expansión de la empresa y se abrieran nuevos centros de trabajo. Sobre esta cuestión, habría que considerar que la representación de estos trabajadores no formaría parte del referido órgano de segundo grado¹⁸.

Por otra parte, otra solución posible será que esta función sea asumida por las secciones sindicales, ya que en estos supuestos su ámbito no viene predeterminado por la normativa, sino que serán los propios estatutos sindicales los que determinen su representatividad. De este modo, se favorece la elección de estos sujetos para formar parte del banco social, en detrimento de los órganos unitarios.

Como es sabido, la representación sindical cuenta con prioridad para negociar frente a la representación unitaria cuando tienen mayoría en dichos órganos. Sin embargo, también tienen legitimidad para negociar en empresas pluricelulares que no tengan representación unitaria en todos los centros, siempre que dichos órganos sindicales hayan sido constituidos a nivel de empresa y, por tanto, no se supere su ámbito de representatividad, por lo que podrá adaptarse a una posible extensión territorial.

Por último, en aquellas empresas en las que no haya comité intercentros o no existan secciones sindicales constituidas, la negociación sólo podrá desarrollarse entre los representantes del empresario y las propias organizaciones sindicales, “titulares originarias del derecho a la negociación colectiva”, ya que en otro caso, se privaría a las empresas de poder negociar un convenio colectivo de empresa¹⁹.

En consecuencia, consideramos que el principio de correspondencia afecta significativamente a la legitimación para negociar un convenio colectivo de empresa por parte de la representación unitaria, limitando su capacidad, habida cuenta que dicha representación no puede asumir la negociación de un convenio que afecte a trabajadores que no participaron en su elección. Es un hecho claro que, el momento presente, las empresas tienen una vocación expansiva por ello, a nuestro juicio, la normativa otorga preferencia a otros sujetos negociadores, restringiendo las funciones representativas de los órganos unitarios en torno al centro de trabajo.

¹⁷ Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección1ª), Sentencia núm. 13/2016 de 27 enero.

¹⁸ Ysàs Molinero, H., “El Principio de Correspondencia entre la representación unitaria y el ámbito del convenio de empresa. Comentario a la STS de 10 de junio de 2015”, *IUSLabor* 2/2016, págs. 7-8.

¹⁹ Audiencia Nacional (Sala de lo Social, Sección1ª), Sentencia núm. 13/2016 de 27 enero.

3. ¿UN NUEVO ENFOQUE SOBRE EL PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA?

En este escenario, la Sentencia de la sala de lo social del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2017 introduce nuevas variables que debemos destacar. Ahora bien, para valorar adecuadamente la situación que se produce en el supuesto en cuestión, debemos referir, con detalle, los hechos acaecidos. Por tanto, tenemos que tratar lo planteado no sólo en la Sentencia de la Audiencia Nacional, sala de lo Social sección 1ª, de 4 de marzo de 2016, procedimiento 17/2016, objeto del recurso, sino también, en la del mismo tribunal de 15 de septiembre de 2015, procedimiento 126/2015, cuyo supuesto de hecho es antecedente, en cierta forma, de la que aquí se comenta. Ambas sentencias resolvieron acerca de la impugnación de un convenio colectivo negociado entre la representación de la empresa Adaptalia Especialidades de Externalización, S.L. (en adelante Adaptalia) y los representantes legales de los trabajadores, aunque con ciertas diferencias entre ellas, según se verá.

Atendiendo a la primera cronológicamente, se plantea la impugnación del convenio colectivo de la empresa, cuya negociación finalizó el 14 de febrero de 2011. En este supuesto, formaban parte de la comisión negociadora, por parte de los trabajadores, los dos Delegados de personal que habían sido elegidos en la empresa, que representaban a los centros de trabajo de Madrid y Barcelona. Según lo referido por la empresa, en aquel momento los únicos centros de trabajo que podían tener representación, en virtud del número y antigüedad del personal afecto a ellos, eran dichos centros. Adaptalia tiene, según el CNAE, como actividades las de apoyo, la prestación a terceros en régimen de externalización. También se incluyen dentro de sus servicios los de logística, gestión de almacenes, mercancías clasificación de cartería y paquetería y su almacenaje, transporte y distribución. Igualmente, se establecen como actividades las relacionadas en los procesos auxiliares en cadenas de producción y limpieza.

Así, el convenio colectivo impugnado se negoció determinando su ámbito funcional en torno a las actividades mencionadas conforme a su objeto social, a las que se vinieron a sumar otras de carácter conexas²⁰. El ámbito territorial

²⁰ Según el artículo 1 del Convenio Colectivo: “Servicios de logística, gestión de almacenes y de mercancías, clasificación de cartería y paquetería, así como su almacenaje transporte y distribución. Servicios relacionados con los procesos auxiliares, en cadenas de producción y en actividades industriales. Servicios de hostelería en general, servicios de recepción, cocina y de servicio de camareros en barra, en sala, a domicilio y servicio de habitaciones, incluyendo la gestión y ayuda en comedores de colectividades, servicio de animadores, azafatas. Servicios de limpieza en general, en todo tipo de establecimientos e instalaciones, ya sean industriales, de colectividades, de hostelería o cualesquiera otras. Servicio de lavandería. Servicios de mantenimiento integral de todo tipo de edificios e instalaciones. Servicios de búsqueda, selección y evaluación del personal,

se concretó respecto a todos los centros y lugares de trabajo de Adaptalia, con ubicación en todo el territorio nacional, y también todos los centros que pudieran abrirse en el futuro y durante la vigencia del convenio. Por último, la duración del convenio se pactó por cinco años, salvo excepciones.

Ahora bien, contrariamente a lo manifestado, la empresa no tenía únicamente los centros de trabajo de Madrid y Barcelona, sino que en la comunicación que se realizó a la Autoridad laboral, como hoja estadística que acompañaba al convenio, se establecía que contaba con 183 trabajadores distribuidos en las provincias de Barcelona, Coruña, Madrid, Pontevedra, Asturias, Valencia y Valladolid. Por otro lado, en la página web de la compañía se incluía como delegaciones principales de la empresa Madrid, Sevilla, Murcia, Barcelona, Granada, Jaén y Valencia. Asimismo, era práctica corriente en la compañía la contratación de personal para la prestación de servicios en varias provincias de diferentes comunidades autónomas. A tal efecto, Adaptalia alegó que los únicos representantes legales de los trabajadores que habían sido elegidos en la empresa eran los que formaron parte de la comisión negociadora, aunque ciertamente existían trabajadores de la empresa que prestaban servicios fuera de los centros de trabajo constituidos como tales, siendo consideradas estas localizaciones como meros lugares de trabajo. No obstante lo anterior, los mencionados “lugares de trabajo” contaban con su propio código de cotización y con domicilio social independiente en cada provincia. Además, la parte demandada entendía que debido a que los centros de trabajo de Madrid y Barcelona comprendían un porcentaje significativo de la plantilla –más del 60%–, este hecho permitía convalidar el carácter representativo de los negociadores, ya que venían a representar a la “práctica totalidad de la plantilla” sin que existieran “otros interlocutores válidos para la negociación del convenio de empresa”.

Como viene siendo habitual, la Audiencia Nacional consideraba que el convenio colectivo era nulo, habida cuenta que la comisión negociadora del convenio carecía de capacidad y legitimación. Así, aunque la empresa en ese momento solo podía negociar con los representantes unitarios de ambos centros de trabajo, el resultado de la negociación, conforme a lo establecido en la cláusula del artículo 3 del Convenio, excedía la representación de la comisión negociadora. A tal efecto, la sentencia reproduce reiterada doctrina, afirmando que se requiere de la concurrencia de las reglas de legitimación contenidas en los artículos 87 y 88 ET, cuya naturaleza es de derecho necesario absoluto conforme a la doctrina constitucional.

así como toda actividad comercial o industrial que fuera necesaria realizar para el desarrollo de las citadas actividades”.

Tal como se ha señalado con anterioridad “las reglas relativas a la legitimación constituyen un presupuesto de la negociación colectiva, que escapa al poder de disposición de las partes negociadoras”²¹. Por tanto, al tratarse de una empresa con más de un centro de trabajo que solo tiene representación unitaria en algunos, pero no en todos sus centros, si el sujeto negociador es la representación unitaria habrá de limitar su ámbito al de su propia representación, es decir, no podrá pactar un convenio colectivo empresarial.

La doctrina del Tribunal Supremo sobre esta cuestión hace referencia a que en dichos supuestos, para que el convenio se aplicase al conjunto de la empresa, solo podría atribuirse legitimación al comité intercentros, siempre que así se hubiera establecido en convenio colectivo estatutario. Por ello, tal como recuerda el Tribunal, la mencionada posibilidad no es posible cuando se negocie el primer convenio empresarial limitando, en consecuencia, las opciones de negociar un convenio de empresa por delegados de personal y comités de empresa.

En este sentido, la sentencia establece que se produce “una falta de congruencia entre el ámbito de representación del banco social y el ámbito de eficacia del convenio”. La sentencia concluye haciendo mención de que, con esta técnica, se ocasiona que ulteriores trabajadores que se incorporasen a la empresa en centros de trabajo diferentes, no podrían participar en la negociación. Por otro lado, la sentencia anotada refiere que el hecho de que la comisión negociadora se constituya y su intención sea la de negociar un convenio de ámbito estatal sin que, como se ha señalado, tenga legitimación para ello, conduce indefectiblemente a la nulidad del convenio, ya que no es posible la subsanación del defecto limitando su ámbito de aplicación, puesto que no era ésta la voluntad de la comisión negociadora²². En consecuencia, la Audiencia Nacional, en sentencia de 15 de septiembre de 2015, anula el convenio por vulneración del principio de correspondencia.

Sin embargo, un día antes de la celebración del acto de juicio que dio lugar a la anterior sentencia, la empresa y el delegado de personal del centro de trabajo de Madrid suscriben un nuevo convenio colectivo cuyo ámbito de aplicación es exclusivamente dicho centro de trabajo, así como, aquellos trabajadores contratados o adscritos al citado centro que deban prestar servicios total o parcialmente, temporal o permanentemente, fuera del centro de trabajo de Madrid, la Comunidad de Madrid o el territorio nacional. El mencionado

²¹ Sentencia del Tribunal Constitucional número 73/1984.

²² En este punto la sentencia refiere la numerosa jurisprudencia de la Audiencia Nacional a tal efecto, entre las que destacamos las sentencias de 29 de enero de 2014, (proc. 431/2013) , de 5 y 17 de febrero de 2014 (procedimientos 447/2013 y 470/203, respectivamente); de 13 y 30 de junio de 2014 (procedimientos 104/2014 y 80/2014) ; de 4 de julio de 2014, (proc. 120/2014) , de 5 de septiembre de 2014 (proc. 167/2014) y 17 de febrero de 2015 (proc. 326/2014).

convenio “de centro” fue el resultado de negociaciones paralelas durante la vigencia del anterior. Al mismo tiempo, se van realizando elecciones en los distintos centros de trabajo de la empresa, iniciándose a continuación procesos negociadores que concluyen con adhesiones legítimas al convenio de Madrid. Esta práctica se efectúa en los centros de trabajo de Jaén, Murcia, Barcelona y Valencia. Igualmente, se suscriben adhesiones individuales al convenio por parte de trabajadores contratados en otros lugares, dándose la circunstancia que en los contratos de trabajo mencionados, el convenio se señala como de carácter empresarial²³.

Ante estas circunstancias, se impugna el nuevo convenio colectivo por vulneración del principio de correspondencia, conforme a la falta de correlación entre la representación que negocia el instrumento colectivo, circunscrita a su centro de trabajo, y el ámbito de aplicación del mismo. Así, la Audiencia Nacional declara su nulidad debido a la inclusión en el ámbito del convenio de aquellos trabajadores contratados o adscritos al centro de trabajo de Madrid, pero que deban prestar servicios total o parcialmente, temporal o permanentemente, fuera del mismo, de la Comunidad de Madrid o del territorio nacional.

Igualmente, la sentencia señala que las adhesiones individuales y colectivas al convenio, reflejan la intención de generalizar la aplicación del referido convenio a toda la empresa. La sentencia, de fecha 4 de marzo de 2016, hace referencia a que el ámbito territorial del convenio desbordaba los límites de representatividad del principio de correspondencia ya que un representante de un centro de trabajo únicamente está legitimado para negociar un convenio que afecte “a los trabajadores que presten servicios efectivos en el citado centro, o fuera de él, siempre que esta última prestación no les obligue al cambio de residencia”.

La mercantil Adaptalia, por tanto, interpone recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que, en esta ocasión, en un pronunciamiento de enorme interés, se distancia de su doctrina tradicional sobre el principio de correspondencia y, aunque reproduce lo anteriormente expuesto como hechos probados, no declara la nulidad del convenio. El hecho de que la sentencia no cuente con votos particulares, resulta especialmente llamativa, máxime cuando se está produciendo un cambio de doctrina.

El recurso se formula, por una parte, alegando exceso de jurisdicción en la decisión de la Audiencia Nacional, considerando que el ámbito geográfico del Convenio, tras la modificación de su ámbito aplicativo, se circunscribía al centro

²³ Estas adhesiones individuales incluso se realizan en la misma fecha de suscripción del acta del acuerdo de adhesión al convenio, reflejando, a juicio de la Audiencia Nacional, la intención de los negociadores de extender inadecuadamente el ámbito de aplicación del convenio de centro de trabajo.

de Madrid. Este motivo se rechaza por la sala; primeramente, al no ajustarse a formalidad legal, por no citar ningún precepto legal concreto y, en segundo lugar, puesto que dicha denuncia parte de presupuesto fáctico diverso al declarado probado, sin que dicho presupuesto jurídico fuera aceptado por la Audiencia.

La sentencia anotada señala que, por otra parte, el recurso trata otros cuatro temas: la validez de las adhesiones al convenio colectivo de los distintos centros de trabajo, la validez del mandato representativo del representante del banco social, la eficacia del acta de negociación de 26 de febrero de 2016 y la posibilidad de reconducción del ámbito del convenio, siendo la primera y la última el nudo gordiano de la sentencia. En primer lugar, en lo que respecta a la validez de las adhesiones, la Sala únicamente refiere que la sentencia de la Audiencia atribuyó a las mismas una naturaleza indiciaria, en lo que respecta al propósito de atribuir ámbito estatal al Convenio Colectivo impugnado sin que, en segundo lugar, se cuestione por el Tribunal la legitimación y representatividad del representante para negociar. En tercer lugar, en cuanto a la eficacia de la negociación modificadora del ámbito del convenio, tampoco difiere con la resolución de la Audiencia, puesto que la no publicación del Convenio en el Boletín Oficial correspondiente conduce a su “inaplicabilidad jurídica con valor normativo” aunque, como se verá, esta conducta tendrá relevancia en el contenido del fallo.

Sin embargo, antes de analizar el último tema, es decir, la decisión del Tribunal de mantener la vigencia del convenio, es preciso retroceder para comentarla de forma conjunta con la primera cuestión ya que, en nuestra opinión, se encuentran íntimamente conectadas. La utilización de un acuerdo colectivo de adhesión, para aplicar a un ámbito no previsto un convenio colectivo vigente, puede ser una práctica destinada a eludir la aplicación estricta del principio de correspondencia, en convenios negociados válidamente por un órgano de base electiva de primer nivel. Este hecho permitiría extender la aplicación del convenio colectivo a otros ámbitos para los que los sujetos negociadores no tenían legitimación. Así, se introduce una posibilidad que permite que un convenio negociado por un comité de empresa o delegado de personal, o por varios, se aplique más allá de su propio ámbito de representación. Sin duda, este hecho permitiría que los representantes unitarios, aunque de forma indirecta, extendiesen su ámbito de representatividad, en definitiva, que un convenio de centro de trabajo pudiera transformarse, en la práctica, en un convenio empresarial. Ahora bien, por otra parte, introduce una fisura que puede ser utilizada por la empresa para extender las condiciones de trabajo negociadas con representantes de los trabajadores de forma favorable a las pretensiones empresariales, sin que pueda considerarse nulo el resultado de esta práctica.

Por último, en lo que respecta a la posible reconducción del ámbito aplicativo del convenio colectivo, el Tribunal cuestiona la declaración de nulidad

total de un convenio en base al principio de “*favor negotii*” que informa toda la negociación colectiva, garantizando la validez del resultado de la negociación, mediante la limitación de su ineficacia exclusivamente a los preceptos nulos. En este sentido, considera “contrario a la lógica negocial” que se pretenda la declaración de nulidad de todo el convenio colectivo, debido a la inserción dentro del artículo referido al ámbito de aplicación del párrafo “...incluidos aquellos que aun habiendo sido contratados o estén adscritos al citado centro de trabajo, deban prestar servicios, total o parcialmente, temporal o permanentemente, fuera del centro de trabajo de Madrid, de la Comunidad de Madrid o del territorio Nacional”. La sentencia establece que probablemente la intención de los sujetos negociadores conllevaba un plus de ilegitimidad, habida cuenta que, a su juicio, coincidente con el de la sentencia objeto de recurso, la pretensión era dotar al convenio de un ámbito nacional. No obstante, ninguna de estas cuestiones obsta a la aplicación del “*favor negotii*” y a la conservación del negocio jurídico, justificando la pervivencia del convenio colectivo tanto en la adhesión de los demás centros de trabajo, como por la intención de los negociadores de reducir el ámbito de aplicación –pese a que en la fecha de la sentencia parece que aún no se ha materializado el preceptivo trámite administrativo–. Ahora bien, el propio Tribunal tampoco descarta la posible aplicación de nulidad parcial del convenio en el supuesto de que el ámbito hubiese sido estatal, considerándolo legalmente posible en virtud del artículo 90.5 ET.

En definitiva, el Tribunal Supremo parece reconocer la necesidad de dar una solución aceptable a la situación que se ocasiona con la vulneración del principio de correspondencia, favoreciendo la pervivencia de un convenio negociado. La sentencia ofrece una interpretación integradora, ya que considera que “la declaración de nulidad total de un convenio comporta un cúmulo de perjuicios e inconvenientes para todos aquellos comprendidos en el ámbito de aplicación del mismo, en especial para los trabajadores, que pierden los derechos y ventajas que tal Convenio les había reconocido, volviéndose a aplicar unas condiciones de trabajo ya superadas y obsoletas, que correspondían a un período anterior y ya vencido...”²⁴.

4. REFLEXIONES CONCLUSIVAS Y UNA PROPUESTA DE FUTURO

A la vista de lo expuesto en páginas anteriores, es necesario señalar la extraordinaria importancia de la Sentencia que comentamos, al separarse de la doctrina consolidada acerca de la nulidad del convenio colectivo cuando se vulnera el principio de correspondencia. El hecho de que, además, no contase con voto

²⁴ En este punto se cita la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998, recurso 263/97.

particular permite considerar que quizá estamos ante el inicio de un cambio de doctrina. En este sentido, el incorporar el criterio del “*favor negotii*”, justificando su utilización en los perjuicios que pueden ocasionarse a los trabajadores al anular el convenio, introduce un elemento arriesgado. Así, con este fallo se manifiesta la tolerancia ante el hecho de que un sujeto negociador se exceda del ámbito de su legitimación, lo que a nuestro juicio puede dar lugar, si se generaliza, a conductas imprudentes o contrarias a los intereses de los trabajadores.

Sin embargo, en nuestra opinión, la sentencia engloba otra cuestión de importancia no menor. La doctrina científica viene destacando la problemática que se manifiesta en la negociación de un convenio colectivo de empresa²⁵. Se trata de una situación en la que la legitimación requerida, conforme a lo dispuesto en el ET, ocasiona una práctica enormemente compleja cuando se negocia en empresas pluricelulares, especialmente cuando se pretende que quien ostente la legitimación del banco social sea la representación unitaria. A tal efecto, hay que tener presente el principio de correspondencia y, por ello, es necesario atender al ámbito representativo de los negociadores, habida cuenta que no cabe extender ni irradiar la representación. Así, los delegados de personal y comités de empresa no podrán negociar un convenio colectivo de empresa que se extiendan a centros de trabajo sin representantes, ni tampoco pretender que el ámbito del convenio exceda de su propia representación, esto es, dotarle de un ámbito superior al del centro de trabajo.

En estas circunstancias, se evidencia que la posibilidad de acudir a un comité intercentros para negociar un convenio colectivo de empresa también presenta elementos que pueden ser controvertidos. Así, aunque el Tribunal Supremo no ha resuelto sobre la aplicación del mencionado principio de correspondencia a un comité intercentros, cabría dentro de lo probable que el negociar un ámbito de aplicación superior al de la propia implantación de los miembros que lo componen, superase el mismo principio de correspondencia.

Por tanto, ante las circunstancias anteriores parece incuestionable que la única opción para negociar un convenio empresarial cuya vocación sea la de permanencia ante la expansión empresarial, con ámbito nacional o autonómico, será la de otorgar la legitimación a las representaciones sindicales, bien a la sección sindical caso de que la hubiera, o bien, a los propios sindicatos en otro caso.

²⁵ Ysàs Molinero, H., “El Principio de Correspondencia entre la representación unitaria y el ámbito del convenio de empresa. Comentario a la STS de 10 de junio de 2015”, cit., págs. 1-10; Nieto Rojas, P., “La negociación colectiva de empresa por representantes de base unitaria. El principio de correspondencia como límite jurisprudencial. Comentario a la sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2015”, *Revista Boliviana de Derecho* n° 21, Enero 2016, págs. 308-315.

Sin embargo, consideramos que la representación unitaria debería de tener un papel clave en la negociación colectiva, y conforme a las reglas previstas en el sistema vigente del Título III del Estatuto de los Trabajadores, ello no sucede. La realidad de las empresas en España, pluricelulares, con centros de trabajo de pequeño tamaño, no permite que, conforme al principio de correspondencia, la representación unitaria pueda desempeñar ese rol esencial. A diferencia de lo que sucede para la negociación colectiva de los grupos de empresa, cuyas reglas sí se prevén en el ET, se precisa articular reglas para otras situaciones, como las de empresas pluricelulares e, incluso, el alcance de la legitimación de los comités intercentros. Así, aunque a nuestro juicio es visible la razonabilidad de la doctrina consolidada sobre el mencionado principio, especialmente en aquellos supuestos en los que se manifiesta una intención fraudulenta, como puede ser obviar la participación de algunos representantes en el proceso negociador, también consideramos necesario reformular las reglas atinentes a la legitimación para negociar.

La sentencia comentada introduce un importante elemento, ya que favorece la pervivencia de un convenio negociado por los representantes unitarios, limitando su ámbito al de su propia representatividad. Este hecho, junto a la declaración del “*favor negotii*”, y el expreso reconocimiento de los intereses en juego, considera justificado el mantenimiento de la vigencia del convenio, precisamente porque la mayoría de los centros de trabajo se han adherido a él.

Por todo ello, esta afirmación nos hace reflexionar sobre el hecho de que las empresas son proclives a negociar convenios con sus propios representantes, trabajadores que conocen su realidad que con mayor facilidad pueden concluir acuerdos. En este contexto entendemos que la utilización del mecanismo de la adhesión al convenio es perfectamente válido, pero su alcance es controvertido. Todos estos hechos, sin duda, evidencian la necesidad de una reforma que haga posible una mayor participación de los representantes unitarios dentro del proceso de negociación.

A VUELTAS DE NUEVO CON LA TEORÍA HUMANIZADORA Y LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

Sentencia TSJ Canarias, de 20 de junio de 2016, rec. núm. 862/2015)

RAQUEL POQUET CATALÁ¹

SUPUESTO DE HECHO: Un trabajador fallece en diciembre de 2013 por causas naturales en una vivienda abandonada y en ruinas. Desde el año 2000 hasta su muerte estuvo afecto de un proceso de etilismo crónico que derivó en su situación de indigente, viviendo en las calles. Anteriormente, había estado casado con una mujer desde enero de 1981 a mayo de 1984. Tanto a su mujer como a sus hijos los había desatendido efectiva y económicamente, siendo la causa de separación del matrimonio el abandono de la familia y los malos tratos contra la esposa. El trabajador había permanecido afiliado y en situación de alta en el Régimen General de la Seguridad Social desde mayo de 1971 a noviembre de 2000, teniendo acreditados un total de 3.505 días, esto es, nueve años, siete meses y diez días. De dichos días, 704 se incardinan en los cinco años inmediatamente anteriores al momento de su fallecimiento. Desde noviembre de 2000 hasta su fallecimiento estuvo de baja en el Régimen General de la Seguridad Social, no figurando como demandante de empleo en la oficina pública correspondiente hasta el momento de su fallecimiento. En marzo de 2014, la ex esposa solicita al INSS la prestación correspondiente por muerte y supervivencia, la cual es denegada por no haber completado el período mínimo de cotización y no estar en alta o situación asimilada a la de alta en la fecha del fallecimiento.

RESUMEN: La sentencia estima el recurso tras analizar, por un lado, si el causante se encontraba en situación de alta o asimilada al alta en el momento de su fallecimiento y, por otro lado, si se ha cubierto el período de cotización exigido para causar la pensión de viudedad, concluyendo que cabe entender que se cumplen los requisitos. A tal fin realiza una aplicación de la teoría del animus laborandi y del paréntesis, que aplica al tiempo en que el indigente fallecido estuvo enfermo, computando así para el período de carencia, pues el fin protector de la Seguridad Social y las tendencias humanizadoras llevan a entender que el trabajador tuvo que dejar de trabajar por causas ajenas a su voluntad, concurriendo cir-

¹ *Profesora Asociada de Derecho.*

cunstancias excepcionales de suficiente entidad como para presumir que hubiera continuado ligado al sistema de Seguridad Social de no haber caído enfermo, sin que pueda penalizarse a su ex esposa de la situación en que se encontraba aquél al tiempo de su fallecimiento.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN. MARCO NORMATIVO
 2. VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO
 3. TEORÍA HUMANIZADORA
 4. CONCLUSIÓN
- BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN. MARCO NORMATIVO

Las prestaciones de viudedad se caracterizan básicamente por su estrecha vinculación con la concepción de la familia, y en especial con el papel de la mujer dentro de ésta. La regulación de esta prestación se remonta a los años sesenta, período en el que la concepción del papel de la mujer y de la familia era muy diferente al actual, por lo que la doctrina² es unánime en la necesidad de reformar y actualizar la regulación normativa de esta prestación.

Como es sabido, los arts. 219 y 220 LGSS (art.174 LGSS/1994) exigen, para poder causar derecho de la pensión de viudedad a favor de los cónyuges separados, divorciados o cuyo matrimonio ha sido declarado nulo, que el sujeto causante estuviese en alta o situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento y que hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión, exigiéndose el período de carencia únicamente cuando el fallecimiento deriva de enfermedad común. En los supuestos en que ésta se cause desde una situación de alta o de asimilada a la de alta sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

Para el caso, como el presente, en el caso de que no estuviese en alta o situación asimilada a la de alta, se requiere un período de cotización de quince años. Además, para el supuesto en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes.

² LOUSADA AROCHENA, J.F., “Las últimas reformas en materia de viudedad”, en *Actum Social*, núm. 29-30, 2009 (versión on line)

Asimismo, se requiere que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el art. 97 CC. No obstante, como en el caso presente, tienen derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio mediante sentencia firme³. Concretamente, cuando la separación judicial o divorcio sea anterior a 1 de enero de 2008, el reconocimiento del derecho a la pensión no queda condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de pensión compensatoria siempre que entre la fecha del divorcio o separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante, no hayan transcurrido más de 10 años; que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de 10 años; y que además, o existan hijos comunes del matrimonio, o que el beneficiario tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento del causante.

Cabe señalar que, en el fondo, el período de carencia de 500 días es insignificante en relación con las demás pensiones dispensadas por el sistema de Seguridad Social si bien ese período de carencia debe estar comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante, con la excepción del accidente laboral o no, o la enfermedad profesional, en los que no se requiere ningún período de cotización.

El TS⁴ justifica este corto período de carencia en la necesidad de que éste esté comprendido en los cinco años precedentes al hecho causante, habida cuenta de la naturaleza de la contingencia protegida, que priva al beneficiario de unos ingresos de la unidad familiar con los que viene contando de modo esencial. Por ello, la Ley entiende que basta que esta contribución alcance al menos a 500 días comprendidos en los 5 años precedentes, para que se produzca una situación protegible.

Asimismo, cabe indicar que se tiene derecho a la pensión de viudedad desde una situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, con vigencia desde el uno de enero de 2004. Este supuesto fue introducido por la Ley 52/2003⁵, que requiere que el período de cotización de 500 días se encuentre dentro de un período ininterrumpido de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. No obstante, debe señalarse que la actuación administrativa⁶ ya se había acomodado con anterioridad a los criterios sentados

³ Así lo aplica también la doctrina judicial, entre ellas, SSTSJ Cataluña, de 26 de noviembre de 2015, rec. núm. 4695/2015; Andalucía, de 10 de noviembre de 2015, rec. núm. 171/2015.

⁴ STS de 15 de octubre de 1997

⁵ De 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social.

⁶ Circular 4/2003, de 8 de septiembre, en donde se señala que: "Período mínimo de cotización de las prestaciones por muerte y supervivencia:

por el Tribunal Supremo, en relación con la doctrina del paréntesis –retrotraer el período del cálculo a la fecha en que se extingue la obligación de cotizar-, en lugar de la fecha del hecho causante.

2. VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO

En los casos en que el cónyuge del sujeto causante ha sido víctima de violencia de género, debe ser demostrado, aceptándose cualquier medio de prueba admitido en Derecho para acreditar la violencia de género, pues la doctrina judicial⁷ interpreta que no se establece un catálogo cerrado de medios de prueba, siendo una cláusula general que autoriza el uso de cualquier medio.

Este requisito de ser víctima de violencia de género es entendido también en el sentido de que no es necesario que pervivan los actos de violencia de género contra la beneficiaria hasta el momento de dictarse la sentencia de separación o divorcio, sino en el de que se haya sido víctima de violencia de género en un momento anterior a dicha sentencia⁸, como el analizado en el presente caso. Incluso, se ha admitido que se acredite la existencia de violencia de género con

1. El período de cotización exigido de 500 días para tener derecho a prestaciones de muerte y supervivencia, causadas por trabajadores que en la fecha de su fallecimiento, debido a enfermedad común, se encontrasen en situación de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar, deberá estar comprendido dentro de los cinco años anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar.

A estos efectos, podrán no tomarse en consideración los períodos de cotización inferiores, en su conjunto, a quinientos días, que medien entre dos situaciones de alta o asimilada al alta, sin obligación de cotizar.

De igual modo, se aplicará lo dispuesto en el primer párrafo de esta instrucción a quienes, sin haber completado el período de quinientos días cotizados, causen la pensión desde una situación de alta, con obligación de cotizar, cuando dicha situación proceda de otra inmediatamente anterior de alta o asimilada al alta, pero sin obligación de cotizar.

2. De conformidad con lo establecido en los artículos 174.1, 175.1 y 176.1 de la Ley General de la Seguridad Social, podrán causarse pensiones de viudedad, pensiones de orfandad y prestaciones en favor de familiares, respectivamente, aunque el causante, a la fecha del fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años y, aun no teniendo quinientos días cotizados en los últimos cinco años, acredite los demás requisitos exigidos.

3. También podrán causarse pensiones de viudedad y de orfandad y prestaciones en favor de familiares, aunque el causante, a la fecha del fallecimiento, se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta y no tuviera quinientos días cotizados en los últimos cinco años, pero hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años y acreditase los demás requisitos exigidos.

Podrán causarse, asimismo, prestaciones de muerte y supervivencia en más de un Régimen de la Seguridad Social cuando, no estando en alta o situación asimilada a la de alta en todos ellos, se acrediten quince años de cotización superpuestos”.

⁷ STSJ Castilla y León, de 23 de febrero de 2016, rec. núm. 2243/2015.

⁸ STSJ Asturias, de 30 de septiembre de 2016, rec. núm. 1886/2916.

posterioridad a la sentencia de separación matrimonial, pero con anterioridad a la de divorcio⁹, porque una víctima de violencia de género no deja de serlo aunque haya desaparecido la violencia en el momento de dictarse la sentencia¹⁰.

En este sentido, la doctrina judicial ha entendido que se considera acreditada la condición de víctima de violencia de género, y por tanto, es razonable pensar que al tiempo de la separación concurría la situación de malos tratos no siendo, pues, necesaria la existencia de prestación compensatoria, con la sentencia de separación de la que se infieren los malos tratos¹¹; o con la existencia de actuaciones penales contra el esposo fallecido¹²; o con la sentencia firme de lesiones¹³; con la condena por faltas de coacciones y malos tratos de obra en la persona de su esposa¹⁴; cuando contra la agresión y posterior denuncia contra el esposo en los meses previos al momento de la separación, resulta evidente que la inmediatez de la agresión permite afirmar que la situación de violencia de género se daba en el momento de la separación y es coetánea en el tiempo, y ello a pesar de la posibilidad de denuncia falsa alegada por el INSS¹⁵; a partir de la prueba testifical realizada en el acto del juicio¹⁶; con un certificado de un psicólogo de una entidad oficial como la Oficina Comarcal de Intervención Especializada en Violencia de Género¹⁷; o por la existencia de procedimientos penales previos, por cuanto, la presentación de una denuncia penal con carácter previo a la separación es suficiente si se pone en relación con las circunstancias concurrentes¹⁸.

No obstante, no se ha considerado acreditada la condición de víctima de violencia de género a estos efectos cuando no han quedado probadas las coacciones y amenazas¹⁹; por la simple presentación de las denuncias, pues se requieren más pruebas²⁰; por la ayuda desde el programa de apoyo a las familias debido al alto nivel de conflictividad que existía en relación con su marido²¹; por la solicitud del dictado de medidas provisionales previas a la sentencia de separación, al ser solo

⁹ STSJ Castilla-La Mancha, de 6 de septiembre de 2016, rec. núm. 1282/2015.

¹⁰ STSJ Andalucía, de 23 de junio de 2016, rec. núm. 1865/2015.

¹¹ SSTSJ Galicia, de 16 de enero de 2015, rec. núm. 502/2013; Andalucía, de 24 de enero de 2013, rec. núm. 4013/2011; Andalucía, de 8 de noviembre de 2012, rec. núm. 2095/2012.

¹² STS de 30 de mayo de 2011, rec. núm. 2598/2010.

¹³ SSTSJ Asturias, de 30 de septiembre de 2016, rec. núm. 1886/2916; Asturias, de 25 de noviembre de 2010, rec. núm. 1445/2010.

¹⁴ STSJ Asturias, de 30 de marzo de 2012, rec. núm. 3055/2011.

¹⁵ STSJ Cataluña, de 20 de abril de 2012, rec. núm. 1335/2011.

¹⁶ STSJ Cataluña, de 16 de diciembre de 2014, rec. núm. 5591/2014.

¹⁷ STSJ Canarias, de 3 de junio de 2011, rec. núm. 1111/2010.

¹⁸ STSJ Canarias, de 30 de septiembre de 2014, rec. núm. 851/2013.

¹⁹ STSJ Andalucía, de 11 de octubre de 2012, rec. núm. 3452/2011.

²⁰ STSJ Madrid, de 5 de diciembre de 2014, rec. núm. 332/2014.

²¹ STSJ Castilla y León, de 1 de febrero de 2012, rec. núm. 2179/2011.

una manifestación de parte²²; por denuncia con posterior absolució del causante del delito imputado²³; o por tramitaci6n de unas diligencias por agresión meses después de la sentencia de separaci6n, teniendo en cuenta que finalizaron por sentencia absolutoria ante la falta de comparecencia de las partes²⁴.

Por otro lado, al considerarse que la vÍctima de violencia de g6nero tiene derecho a la pensi6n de viudedad aÚn sin necesidad de haber sido acreedora de pensi6n compensatoria, quiere decir que se accede a dicha pensi6n tanto si no tuvo derecho a la compensatoria, como si le fue reconocida s6lo temporalmente o lo fue con carÁcter indefinido pero se extingui6 por causa legal²⁵. De hecho, fue la Ley 40/2007²⁶ la que introdujo el requisito de que en la fecha del hecho causante la persona demandante de la prestaci6n fuera acreedora de la pensi6n compensatoria del art. 97 CC. Alternativamente, la disposici6n transitoria decimoctava de la LGSS/1994, introducida con efectos de 1 de enero de 2010, exceptionaba el cumplimiento de este requisito para supuestos de separaci6n judicial anteriores al 1 de enero de 2008, cuando entre la separaci6n judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensi6n de viudedad hubieran transcurrido un perÍodo de tiempo no superior a diez aÑos, siempre que el vÍnculo matrimonial haya tenido una duraci6n mÍnima de diez aÑos y concurren el resto de los requisitos especÍficamente previstos en la misma. Por tanto, actualmente, queda vedado el acceso a la pensi6n de viudedad a las personas separadas judicialmente que no sean acreedoras de pensi6n compensatoria y no les sea aplicable dicha excepci6n. De esta forma, los tribunales admiten la posibilidad de devengar la pensi6n sin haber sido acreedora de pensi6n compensatoria con anterioridad al 1 de enero de 2010, si ha renunciado a la pensi6n compensatoria como medida de protecci6n al haber sido vÍctima de violencia de g6nero, entendiendo que los efectos son desde la fecha de fallecimiento del causante²⁷.

²² STSJ Castilla y Le6n, de 17 de febrero de 2016, rec. nÚm. 2305/2015.

²³ SSTSJ CataluÑa, de 2 de octubre de 2015, rec. nÚm. 3662/2015; CataluÑa, de 14 de octubre de 2014, rec. nÚm. 4713/2014.

²⁴ STSJ Asturias, de 30 de junio de 2016, rec. nÚm. 1014/2016.

²⁵ SSTs de 29 de abril de 2015, rec. nÚm. 3082/2013; de 5 de febrero de 2013; rec. nÚm. 929/2012.

²⁶ De 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

²⁷ SSTs de 19 de julio de 2012, rec. nÚm. 3671/2011; de 30 de mayo de 2011, rec. nÚm. 2598/2010.

3. TEORÍA HUMANIZADORA

La doctrina jurisprudencial y judicial, a raíz de diversos litigios enjuiciados, en los que no se cumplen todos los requisitos exigidos legalmente para causar la correspondiente pensión de viudedad por no cumplir el período de cotización o no estar de alta en el momento del hecho causante, ha ido elaborando una doctrina denominada “humanizadora” basada en el “animus laborandi” así como la teoría del paréntesis. El origen de esta teoría se remonta a los años setenta, siendo confirmada con pronunciamientos posteriores.

Por un lado, el término animus laborandi ha sido interpretado como la voluntad o intención del posible beneficiario o causante de una prestación de la Seguridad Social de mantenerse en una situación activa, ofreciendo indicios de su interés de no apartarse del mundo laboral²⁸. Obedece a la voluntad de desear trabajar y se utiliza para justificar una interpretación humanizadora, flexible e individualizada de los requisitos exigidos para el reconocimiento de las prestaciones. El fin último o la base sustentadora es, en definitiva, la necesidad de atenderse al principio de protección suficiente del sistema de Seguridad Social, es decir, evitar una interpretación puramente literal de los preceptos que exigen los requisitos de alta o asimilación al alta, atendiendo a criterios teleológicos y humanizadores para ponderar las circunstancias del caso con el fin de evitar situaciones de desprotección²⁹.

De esta forma, el TS ha considerado que se cumple el requisito de situación asimilada al alta, cuando el alejamiento del sistema obedece a especiales circunstancias como la enfermedad que provoca la declaración de invalidez que ya estaba instaurada y con tal carácter en la fecha en que se produjo el cese en el trabajo³⁰; cuando se inicia la enfermedad con un desarrollo posterior tan grave que explica que se hayan descuidado los resortes legales prevenidos para continuar en alta³¹; cuando aparece antes de la interrupción de la inscripción una dolencia tan deteriorante de la voluntad del trabajador como “enfermedad mental, etilismo crónico, adicción prolongada a otras drogas”, que introduce un “desorden en la vida ordinaria del trabajador que explica el abandono de los trámites burocráticos necesarios para el acceso o la permanencia en la oficina de empleo”³²; cuando la inscripción se produce en un momento posterior a una incapacidad laboral transitoria cuya extinción ha sido impugnada en vía judicial, pero cuando aún ha recaí-

²⁸ STS de 23 de diciembre de 2005, rec. núm. 5282/2004.

²⁹ LÓPEZ GANDÍA, J., “La aplicación de la “teoría del paréntesis” y de la integración de lagunas tras la ley de medidas específicas de Seguridad Social (Ley 52/2003, de 10 de diciembre)”, en *AL*, núm. 11, 2004. p. 1309.

³⁰ STS de 12 de noviembre de 1992, rec. núm. 291/1992; de 9 de octubre de 1995, rec. núm. 1238/1995.

³¹ SSTS de 19 de diciembre de 1988; de 2 de febrero de 1987; de 21 de marzo de 1987.

³² STS de 16 de diciembre de 1999, rec. núm. 1789/1999.

do sentencia firme confirmando o revocando el alta médica³³; o cuando considera que una interrupción en breve duración en la situación de demandante de empleo “no revela su voluntad de apartarse del mundo laboral”³⁴.

Por otro lado, para aquellos casos en los que se exige un período de carencia, y no se cumplen las circunstancias, se ha acudido a la teoría del paréntesis, que en el fondo se basa en la del *animus laborandi* para justificar su aplicación. Esta teoría consiste en atenuar el requisito del período de carencia a computar, cuando se trata de una carencia específica o computable en un período inmediato al hecho causante, si existen lagunas de cotizaciones. Esta teoría procede a considerar neutros o no computables los períodos en que no se pudo cotizar, no perjudicando al trabajador cuando se le exijan períodos cotizados en un lapso de tiempo.

Así, la doctrina judicial y jurisprudencial han ido elaborando una doctrina en relación con la existencia de situaciones asimiladas al alta, no previstas reglamentariamente y su consideración como “tiempo neutro o paréntesis” excluido del período computable, pero, sin que en ningún caso cupiera la reducción de los períodos de carencia o cotización impuestos por la normativa. En este sentido, nuestro alto tribunal³⁵ estima que el listado legal de situaciones asimiladas al alta no es exhaustivo, que los tiempos excluidos del período computable, son en principio aquellos inmediatamente anteriores al hecho causante, en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad. Concretamente, ha considerado como tales la situación de paro involuntario no subsidiado siempre que exista una permanente inscripción como demandante de empleo³⁶, porque esta situación acredita el “*animus laborandi*”, o lo que es igual, “la voluntad de no apartarse del mundo laboral”³⁷; la antigua situación de invalidez provisional, en la que no existía obligación de cotizar³⁸; la percepción de una prestación no contributiva de invalidez³⁹ en que tampoco se cotiza; el período de internamiento en establecimiento penitenciario, con el consiguiente alejamiento del mercado laboral, cuando el recluso ha mostrado durante él, su disponibilidad

³³ STS de 26 de enero de 1998, rec. núm. 1385/1997.

³⁴ SSTs de 9 de noviembre de 1999, rec. núm. 4916/1998; de 12 de marzo de 1998, rec. núm. 2307/1997.

³⁵ STS de 23 de diciembre de 2005, rec. núm. 5282/2004.

³⁶ SSTs de 29 de mayo de 1992, rec. núm. 1996/1991; de 1 de julio de 1993, rec. núm. 1679/1992; de 1 de octubre de 2002, rec. núm. 3666/2001; de 25 de octubre de 2002, rec. núm. 2096/2000; de 12 de julio de 2004, rec. núm. 4636/2003.

³⁷ STS de 26 de mayo de 2003, rec. núm. 2724/2003.

³⁸ SSTs de 10 de diciembre de 1993, rec. núm. 647/1993; de 24 de octubre de 1994, rec. núm. 3676/1993.

³⁹ SSTs de 28 de octubre de 1998, rec. núm. 1618/1998; de 9 de diciembre de 1999, rec. núm. 781/1999; de 2 de octubre de 2001, rec. núm. 9/2001.

para el trabajo mediante la realización de servicios personales⁴⁰. Por igual razón, cabe también excluir del período computable a efectos del cumplimiento de los requisitos de alta y carencia, un “interregno de breve duración en la situación de demandante de empleo”, que no es revelador de esa “voluntad de apartarse del mundo laboral”⁴¹; aquella trabajadora que fallece en 2010, cuando su período de cotización había sido desde 1990 a 1999, pero que no obstante permanece inscrita como demandante de empleo hasta su fallecimiento sin haber conseguido puesto de trabajo alguno, pese a su persistencia⁴²; o como aquel trabajador que tras haber perdido su ocupación laboral, pasando a percibir la prestación por desempleo, no obstante, posteriormente no se inscribe como demandante de empleo prestando únicamente servicios laborales durante tres días hasta la fecha de su fallecimiento. El órgano judicial valora que el causante padecía una grave enfermedad con varios ingresos hospitalarios que justifica que no trabajara y no se inscribiera como demandante de empleo, por lo que considera que el causante se encontraba en situación de asimilada al alta efectuando paréntesis y considerando “tiempo muerto” y no computable, el período que va desde que dejó de percibir prestación por desempleo hasta su fallecimiento, para computar la carencia de 500 días exigida legalmente para lucrar la prestación de viudedad⁴³.

Por el contrario, no es posible incluir en esta excepción, los casos de voluntaria e injustificada solución de continuidad entre la baja en la Seguridad Social y la inscripción como demandante de empleo o las posteriores interrupciones de esta última situación⁴⁴. “La valoración de la brevedad del intervalo de ausencia del mercado de trabajo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, y también en su caso, la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal”⁴⁵, en definitiva, si su duración es poco significativa en proporción al tiempo de cotización acreditado.

Nuestro alto tribunal también se ha hecho eco de la doctrina del *animus laborandi* aplicándola en diversos casos como a aquella cónyuge cuyo marido tenía cotizados 4.667 días, esto es, casi trece años, y que al terminar su última relación laboral no se inscribió como demandante de empleo por estar pendiente de impartir un nuevo curso, falleciendo, sin embargo, antes. Señala que la ausencia de *animus laborandi* no puede deducirse del hecho de no hallarse inscrito como

⁴⁰ SSTs de 12 de noviembre de 1996, rec. núm. 232/1996; de 19 de julio de 2001, rec. núm. 4384/2000.

⁴¹ SSTs de 29 de mayo de 1992, rec. núm. 1996/1991; 12 de marzo de 1998, rec. núm. 2307/1997; 9 de noviembre 1999, rec. núm. 4916/1998; de 25 de julio de 2000, rec. núm. 2808/1999.

⁴² STSJ Galicia, de 31 de marzo de 2016, rec. núm. 740/2015.

⁴³ STSJ Andalucía, de 17 de septiembre de 2014, rec. núm. 3077/2013.

⁴⁴ STS de 19 de julio de 2001, rec. núm. 4384/2000.

⁴⁵ STS de 19 de julio de 2001, rec. núm. 4384/2000.

demandante de empleo durante un período inferior a dos meses cuando se trata de un trabajador de una dilatada trayectoria profesional y pendiente de nueva ocupación⁴⁶.

Asimismo, en relación con la teoría del paréntesis, también la ha aplicado recordando su anterior doctrina que dispone que “cuando la normativa exige que las cotizaciones acumuladas se acrediten en un período próximo al acontecimiento de la contingencia protegida, la jurisprudencia ha recurrido a reglas de cómputo que descartan el tiempo en que el asegurado no pudo cotizar por circunstancias de infortunio o ajenas a su voluntad, como la situación de desempleo involuntario” debiendo ser excluida esta situación de desempleo involuntario, como paréntesis no computable⁴⁷. Es decir, se procede a excluir los períodos en los que acreditado el *animus laborandi* no se pudo cotizar.

No obstante, esta teoría del paréntesis debe aplicarse, según nuestro alto tribunal, de una forma flexible, exigiendo la manifestación del *animus laborandi*, que se prueba mediante la inscripción como demandante de empleo y permitiendo, por otro lado, interrupciones en esa inscripción debidas a variadas circunstancias, como una enfermedad impeditiva u otros supuestos de infortunio personal, o cuando las interrupciones no son excesivamente largas, precisando que la valoración “de la brevedad del intervalo se ha de hacer en términos relativos, que tengan en cuenta el tiempo de vida activa del asegurado, su carrera de seguir y también, en su caso, la duración del período de reincorporación al mundo del trabajo posterior a su alejamiento temporal”⁴⁸.

En el caso enjuiciado por la sentencia comentada, el TSJ⁴⁹ vuelve a hacer llamamiento a la teoría humanizadora entendiendo que concurren circunstancias especiales que explican la falta de alta en el momento del fallecimiento del sujeto causante, de forma que puede suponerse racionalmente que el mismo hubiese continuado ligado a la Seguridad Social de no concurrir las mismas.

El TSJ considera que, con motivo de la exigencia hasta el uno de enero de 1998 del requisito del alta o situación asimilada al alta para el acceso a la pensión de viudedad, los tribunales venían dulcificando dicho requisito interpretando la exigencia del alta en sentido humano e individualizador, aunque en todo caso se exigía la afiliación y alta continuada en la Seguridad Social, aunque no se osentase dicha condición por causas no imputables al trabajador en la fecha de su fallecimiento. De este modo, los tribunales para utilizar este criterio humanizador en las contingencias por muerte y supervivencia respecto de la exigencia del

⁴⁶ STS de 20 de enero de 2015, rec. núm. 507/2014.

⁴⁷ STS de 19 de julio de 2001, rec. núm. 4384/2000.

⁴⁸ STS de 14 de marzo de 2012, rec. núm. 4674/2010.

⁴⁹ STSJ Canarias, de 20 de junio de 2016, rec. núm. 862/2015.

alta o situación asimilada al alta exigían que el sujeto causante reuniese diversos requisitos, cuales son, un largo período de cotización efectiva; caer gravemente enfermo estando en alta de forma que no pueda trabajar⁵⁰; abandonar el trabajo y causar baja en la Seguridad Social, por motivos, por ejemplo, de alcoholismo, o bien dejar de cotizar a causa de una enfermedad sin acudir al propio sistema de protección; y que tal situación no está causada voluntariamente.

En resumen, “se exige la concurrencia de circunstancias especiales que expliquen la falta de alta en el momento del fallecimiento del sujeto causante, de forma que pueda suponerse racionalmente que el mismo hubiese continuado ligado a la Seguridad Social de no concurrir las mismas; con ello, se trata de evitar perjuicios a los familiares del sujeto causante como beneficiarios de las pensiones de viudedad y orfandad”⁵¹.

El TSJ concluye que el sujeto causante, después de una prolongada vida laboral activa con casi diez años de cotizaciones, y debido a motivos ajenos a su voluntad viéndose obligado a dejar de trabajar y, consiguientemente, de cotizar, cabe considerarlo como situación asimilada al alta, y la larga y penosa enfermedad padecida son circunstancias excepcionales de suficiente entidad como para explicar su no inscripción ininterrumpida como demandante de empleo y, por tanto, presumir que el mismo hubiera continuado ligado al sistema de Seguridad Social.

Con anterioridad, ya existía una larga línea judicial que ha aplicado esta teoría humanizadora, en supuestos similares. Así, en otro caso se atiende al tiempo de vida activa del asegurado, a su “carrera de seguro”, que aunque no estaba inscrito en el servicio de empleo público estatal como demandante de empleo, se tiene en cuenta que durante dicho período de inactividad laboral estuvo cursando estudios con la finalidad de su reconversión y su reinserción laboral, cumpliendo así con una de las finalidades propias de la acción pública contra el desempleo, “lo que, dadas las notorias dificultades de acceder a un empleo de cualquier naturaleza en estos momentos históricos de grave recesión económica, demuestra un interés e iniciativa para mantenerse en el mercado de trabajo, en el que ha estado inserto con continuidad acreditada hasta la agudización de la crisis económica actual. Por ello, debe concluirse que el causante se encontraba en situación asimilada a la de alta al tiempo de producirse su fallecimiento”⁵². Del mismo modo, para aquel trabajador autónomo que fallece trece días después de su baja, debido a una enfermedad grave que hace imposible que cumpla los requisitos formales que le permitan seguir vinculado al sistema, por lo que debe considerarse que el

⁵⁰ STS de 23 de julio de 1998, rec. núm. 5170/1997.

⁵¹ STSJ Canarias, de 20 de junio de 2016, rec. núm. 862/2015.

⁵² STSJ Castilla-La Mancha, de 24 de octubre de 2013, rec. núm. 684/2013.

causante se halla en situación de asimilada al alta⁵³; para aquel trabajador que debido a su grave enfermedad no estaba en situación de alta o asimilada al alta considerando que, en base a la teoría humanizadora, cabe estimar que estaba en situación asimilada al alta⁵⁴; o para aquel trabajador que después de una prolongada vida laboral activa con más de once años de cotización, debido a un proceso de deterioro físico y psíquico causado por alcoholismo crónico y una grave dolencia respiratoria se ve obligado a dejar de trabajar y, consiguientemente, de cotizar, pues entiende el órgano judicial que la larga y penosa enfermedad y el proceso de marginación son circunstancias excepcionales de suficiente entidad como para explicar su no inscripción ininterrumpida como demandante de empleo y permitir presumir que el mismo hubiera continuado ligado al sistema de Seguridad Social⁵⁵; o para aquel trabajador que se suicida debido a la grave enfermedad psíquica que padece, teniendo en cuenta que había cotizado 4.607 días, y que cesa en el trabajo pero inscribiéndose como demandante de empleo fuera del plazo reglamentario⁵⁶.

4. CONCLUSIÓN

La teoría humanizadora pondera las circunstancias de cada caso y tiene como fin evitar situaciones de desprotección, como consecuencia de los cambios en el mercado de trabajo, sorteando, de esta manera, una interpretación rigorista de la norma, tratando de atemperarla a la realidad social, pero con la tarea ardua difícil de no desvirtuar los requisitos de cotización y de alta o asimilados exigidos en el nivel contributivo para el reconocimiento de las prestaciones⁵⁷.

El TS⁵⁸ tiene declarado al respecto que la garantía para todos los ciudadanos de una protección social suficiente en situaciones de necesidad, establecida como principio rector de la política social y económica en el art. 41 CE, no puede enervar los requisitos de cotización y de alta o situación asimilada exigidos para el reconocimiento de las prestaciones del nivel contributivo. Asimismo, teniendo presente los cambios sociales, y atendiendo a criterios teleológicos y humanizadores, deben ponderarse las circunstancias de cada caso y evitar situaciones de desprotección. Así, pues, esa severidad de la literalidad de la norma se ha venido viendo atenuada fundamentalmente en lo referente a la exigencia del requisito del alta o situación asimilada, principalmente para causar prestaciones

⁵³ STSJ Comunidad Valenciana, de 27 de junio de 2000, rec. núm. 500/1997.

⁵⁴ STSJ Comunidad Valenciana, de 22 de septiembre de 2015, rec. núm. 257/2015.

⁵⁵ STSJ Canarias, de 20 de septiembre de 2004, rec. núm. 440/2002.

⁵⁶ STSJ Andalucía, de 28 de enero de 2016, rec. núm. 1723/2015.

⁵⁷ STS de 25 de julio de 2000, rec. núm. 2808/1999.

⁵⁸ STS de 23 de diciembre de 2005, rec. núm. 5282/2004.

por muerte y supervivencia. Se ha apreciado la existencia de situaciones asimiladas al alta, no previstas reglamentariamente y su consideración como “tiempo neutro o paréntesis” excluido del período computable, pero, sin que en ningún caso cupiera la reducción de los períodos de carencia o cotización impuestos por la normativa.

En el fondo, el *animus laborandi* es aquella voluntad que se supone para poder apreciar la concurrencia de alta o situación asimilada al alta cuando no concurre dicho presupuesto, para lo cual se atiende al cumplimiento de la finalidad del mismo, que es la selección como beneficiarios de las prestaciones contributivas de aquellos asegurados que han mantenido su voluntad de permanencia en el mundo del trabajo a través de las distintas etapas de su vida⁵⁹. Para un sector doctrinal, la admisión del *animus laborandi* por la jurisprudencia como una modalidad más de situación asimilada al alta, cuando existe una situación de desempleo involuntario sin la debida inscripción como demandante de empleo, constituye una manifestación del ejercicio del arbitrio judicial entendido como complemento necesario del ordenamiento jurídico⁶⁰.

En conclusión, esta figura judicial del *animus laborandi* y la teoría del paréntesis parte de interpretar de forma flexible y humanizadora los requisitos necesarios para el acceso a las prestaciones de la Seguridad Social, siempre y cuando se acredite la conexión del asegurado al mercado laboral. El requisito, pues, de encontrarse en alta o situación asimilada al alta se suple con la justificación del *animus laborandi*, a valorar en conjunción con la vida laboral del beneficiario o causante de la prestación. La justificación del período de carencia puede efectuarse con la aplicación de la teoría del paréntesis, consistiendo en no computar los períodos en que no existan cotizaciones siempre que se constate el citado *animus laborandi*.

5. BIBLIOGRAFÍA

- LÓPEZ GANDÍA, J., “La aplicación de la “teoría del paréntesis” y de la integración de lagunas tras la ley de medidas específicas de Seguridad Social (Ley 52/2003, de 10 de diciembre)”, en *AL*, núm. 11, 2004.
- LOUSADA AROCHENA, J.F., “Las últimas reformas en materia de viudedad”, en *Actum Social*, núm. 29-30, 2009 (versión on line)
-

⁵⁹ SÁNCHEZ CARRETERO, R.M., “El *animus laborandi* en las prestaciones de la Seguridad Social”, en *Diario La Ley*, núm. 8559, 2015 (versión on line)

⁶⁰ MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Interpretación flexible de los requisitos para obtener las pensiones de viudedad y orfandad (Comentario a la STS 25 de julio de 2000)”, en *RL*, núm. 8, 2001. p. 1067.

- MARTÍN JIMÉNEZ, R., “Interpretación flexible de los requisitos para obtener las pensiones de viudedad y orfandad (Comentario a la STS 25 de julio de 2000)”, en *RL*, núm. 8, 2001.
- SÁNCHEZ CARRETERO, R.M., “El animus laborandi en las prestaciones de la Seguridad Social”, en *Diario La Ley*, núm. 8559, 2015 (versión on line).

Reseña de Legislación

RESEÑA DE LEGISLACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ANDALUCÍA: MAYO A AGOSTO DE 2017

MARÍA DOLORES RUBIO DE MEDINA

Doctora en Derecho. Funcionaria: DP. Convenios Colectivos
Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

Extracto de la Resolución de la Viceconsejería, por la que se convocan para el año 2017 subvenciones en régimen de concurrencia competitiva a pymes y autónomos que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales, con sujeción a las bases reguladoras establecidas por la Orden de la Consejería de Empleo de 16 de mayo de 2011, modificada por la Orden de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de 20 de marzo de 2015 (Boletín número 121 de 27/06/2017).

Resolución de 18 de julio de 2017, de la Secretaría General de Economía, por la que se convoca para 2017 la concesión de subvenciones de la Línea 1, Fomento del Empleo en Cooperativas y Sociedades Laborales, establecida en la Orden de 6 de junio de 2014, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones del Programa de Apoyo a la Promoción y el Desarrollo de la Economía Social para el Empleo (Boletín número 146 de 01/08/2017).

Extracto de la Resolución de la Secretaría General de Economía, por la que se convoca para 2017 la concesión de subvenciones de la Línea 1, Fomento del Empleo en Cooperativas y Sociedades Laborales, establecidas en la Orden de 6 de junio de 2014, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones del Programa de Apoyo a la Promoción y el Desarrollo de la Economía Social para el Empleo (Boletín número 146 de 01/08/2017).

Decreto 130/2017, de 1 de agosto, por el que se aprueba la Oferta de Empleo Público para el año 2017 de los Centros Sanitarios del Servicio Andaluz de Salud (Boletín número 149 de 04/08/2017).

Corrección de errores de la Orden de 7 de febrero de 2017, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas por parte del Servicio Andaluz de Empleo, para personas con discapacidad en régimen de concurrencia competitiva (Boletín número 106 de 06/06/2017).

Orden de 5 de junio de 2017, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva a las empresas para el desarrollo industrial, la mejora de la competitividad, la

transformación digital y la creación de empleo en Andalucía durante el período 2017-2020 (Boletín número 108 de 08/06/2017).

Extracto de la Orden de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, por la que se convocan subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva, dirigidas al fomento del empleo de personas drogodependientes o afectadas por otras adicciones en proceso de incorporación social, «Programa Arquímedes», en el ámbito de sus competencias, para el ejercicio 2017 (Boletín número 114 de 16/06/2017).

Extracto de la Resolución de la Secretaría General de Economía, por la que se convoca para 2017 la concesión de subvenciones de la Línea 7, establecida en la Orden de 6 de junio de 2014, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones del Programa de Apoyo a la Promoción y el Desarrollo de la Economía Social para el Empleo (Boletín número 146 de 01/08/2017).

Corrección de errores de la Resolución de 27 de marzo de 2017, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se efectúa la convocatoria, para el año 2017, de subvenciones públicas en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas a personas con discapacidad, reguladas en la Orden de 7 de febrero de 2017 (Boletín número 148 de 03/08/2017).

Resolución de 14 de junio de 2017, de la Viceconsejería, por la que se convocan para el año 2017 subvenciones, en régimen de concurrencia competitiva, a PYMES y autónomos que realicen proyectos e inversiones en materia de prevención de riesgos laborales, con sujeción a las bases reguladoras establecidas por la Orden de la Consejería de Empleo de 16 de mayo de 2011, modificada por la Orden de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de 20 de marzo de 2015 (Boletín número 121 de 27/06/2017).

Resolución de 29 de junio de 2017, conjunta de la Dirección General de Formación Profesional Inicial y Educación Permanente de la Consejería de Educación y de la Dirección General de Formación Profesional para el Empleo de la Consejería de Empleo, Empresa y Comercio, por la que se convoca y regula el procedimiento de evaluación y acreditación de las competencias profesionales adquiridas a través de la experiencia laboral o de vías no formales de formación, para las unidades de competencia de determinadas cualificaciones profesionales, en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Boletín número 131 de 11/07/2017).

Resolución de 19 de mayo de 2017, de la Dirección General de Administración Local, por la que se convocan para el año 2017 las subvenciones previstas en la Orden de 14 de junio de 2016, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones por la Junta de Andalucía a las Diputaciones

Provinciales destinadas a la financiación de los costes de adquisición de los materiales de los proyectos de obras y servicios afectos al Programa de Fomento de Empleo Agrario (Boletín número 98 de 25/05/2017).

Extracto de la Resolución de 19 de mayo de 2017, de la Dirección General de Administración Local, por la que se convocan para el año 2017 las subvenciones previstas en la Orden de 14 de junio de 2016, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones por la Junta de Andalucía a las Diputaciones Provinciales destinadas a la financiación de los costes de adquisición de los materiales de los proyectos de obras y servicios afectos al Programa de Fomento de Empleo Agrario (Boletín número 98 de 25/05/2017).

Resolución de 24 de mayo de 2017, de la Secretaría General de Economía, por la que se modifican las partidas presupuestarias para la concesión de subvenciones convocadas por Resolución de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, prevista en la Orden de 27 de julio de 2011, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva para el apoyo a la internacionalización de la economía y las empresas andaluzas (Boletín número 102 de 31/05/2017).

Orden de 9 de junio de 2017, por la que se convocan subvenciones en régimen de concurrencia no competitiva dirigidas al fomento del empleo de personas drogodependientes o afectadas por otras adicciones en proceso de incorporación social, «Programa Arquímedes», en el ámbito de las competencias de la Consejería de Igualdad y Políticas Sociales, para el ejercicio 2017 (Boletín número 114 de 16/06/2017).

Resolución de 6 de junio de 2017, de la Secretaría General de Economía, por la que se convoca para 2017 la concesión de subvenciones de la Línea 2, Línea 3 y Línea 4, establecidas en la Orden de 6 de junio de 2014, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones del Programa de Apoyo a la Promoción y el Desarrollo de la Economía Social para el Empleo (Boletín número 117 de 21/06/2017).

Extracto de la Resolución de la Secretaría General de Economía, por la que se convoca para 2017 la concesión de subvenciones de la Línea 2, Línea 3 y Línea 4, establecidas en la Orden de 6 de junio de 2014, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones del Programa de Apoyo a la Promoción y el Desarrollo de la Economía Social para el Empleo (Boletín número 117 de 21/06/2017).

Corrección de errores del Extracto de la Resolución de la Secretaría General de Economía, por la que se convoca para 2017 la concesión de subvenciones de la Línea 2, Línea 3 y Línea 4, establecidas en la Orden de 6 de junio de 2014, por la que se aprueban las bases reguladoras para la concesión de subvenciones del

Programa de Apoyo a la Promoción y el Desarrollo de la Economía Social para el Empleo (Boletín número 120 de 26/06/2017).

Orden de 22 de junio de 2017, por la que se prorroga para el ejercicio 2017 el Programa Extraordinario de Ayuda a la Contratación en Andalucía en desarrollo del Decreto-ley 8/2014, de 10 de junio, de medidas extraordinarias y urgentes para la inclusión social a través del empleo y el fomento de la solidaridad en Andalucía (Boletín número 124 de 30/06/2017).

Resolución de 20 de julio de 2017, de la Dirección Gerencia del Servicio Andaluz de Empleo, por la que se efectúa la convocatoria para el año 2017 de las subvenciones reguladas en la Orden de 18 de febrero de 2014, por la que se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas en régimen de concurrencia competitiva, para la integración sociolaboral de las personas pertenecientes a colectivos en situación de exclusión social a través de empresas de inserción (Boletín número 142 de 26/07/2017).