Presentación

ESTUDIOS

Ámbitos de la negociación colectiva
Manuel García Jiménez

El impacto de las normas de concurrencia tras las reformas legales
Esther Carrizosa Prieto

La negociación colectiva informal
Eduardo González Biedma

Contenidos de la negociación colectiva en el nuevo contexto laboral: la retribución del trabajo
Juan Escribano Gutiérrez

Modalidades de contratación y empleo. Contenidos de la negociación colectiva en el nuevo contexto laboral
Francisco Vila Tierno

Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: el tiempo de trabajo y la distribución irregular de la jornada
María Luisa De La Flor Fernández

Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio
Carmen Sáez Lara

La mediación y el arbitraje como vías de gestión de la conflictividad laboral
Mª Teresa Díaz Aznarte

Los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales en el sector público: problemática
Mª Luisa Pérez Guerrero

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

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

TEMAS LABORALES 2017

140

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL
140

Monográfico sobre la Negociación Colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía

140

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

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social

140

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. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales

CONSEJO DE REDACCIÓN

JOSÉ SÁNCHEZ MALDONADO	Consejero de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborale
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

© CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES
CONSEJERÍA DE EMPLEO, EMPRESA Y COMERCIO
JUNTA DE ANDALUCÍA

DEPÓSITO LEGAL: SE-1.077/96
I.S.S.N.: 0213-0750
Imprime: Tecnographic, S.L.

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 140/2017

Monográfico sobre la Negociación Colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía

ÍNDICE

Presentación

1. ESTUDIOS

Ámbitos de la negociación colectiva
MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ . . . . . .

El impacto de las normas de concurrencia tras las reformas legales
ESTHER CARRIZOSA PRIETO . . . . . .

La negociación colectiva informal
EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA . . . . . .

Contenidos de la negociación colectiva en el nuevo contexto laboral: la retribución del trabajo
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ . . . . . .

Modalidades de contratación y empleo. Contenidos de la negociación colectiva en el nuevo contexto laboral
FRANCISCO VILA TIERNO . . . . . .

Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: el tiempo de trabajo y la distribución irregular de la jornada
MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ . . . . . .

Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio
CARMEN SÁEZ LARA . . . . . .

La mediación y el arbitraje como vías de gestión de la conflictividad laboral
Mª TERESA DÍAZ AZNARTE . . . . . .

Los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales en el sector público: problemática
Mª LUISA PÉREZ GUERRERO . . . . . .

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 Securité 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 fűr 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 entrecomillados, 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
Nº 140/2017

Monograph on collective bargaining after legal reforms: special reference to Andalusia

INDEX

Presentation . . . . . .

1. STUDIES

Areas of collective bargaining in Andalusia
MANUEL GARCÍA JIMÉNEZ . . . . . .

The impact of the rules of competition after legal reforms
ESTHER CARRIZOSA PRIETO . . . . . .

The informal collective bargaining
EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA . . . . . .

Content of collective bargaining in the new labour context: the remuneration of the work
JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ . . . . . .

Contract and Employment Modalities. Contents of the negotiation in the new labour context
FRANCISCO VILA TIERNO . . . . . .

Content negotiation in the new working context: working time and the uneven distribution of the day
MARÍA LUISA DE LA FLOR FERNÁNDEZ . . . . . .

Pick up conventional and compulsory arbitration
CARMEN SÁEZ LARA . . . . . .

Mediation and arbitration as ways of management of the labor disputes
Mª TERESA DÍAZ AZNARTE . . . . . .

The media of out-of-court settlement of labour disputes in the public sector: problems
Mª LUISA PÉREZ GUERRERO . . . . . .

PRESENTACION

El presente número de la Revista *Temas Laborales* recoge las ponencias generales que fueron presentadas y debatidas en las XXXVI Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, que, sobre la amplía temática de "La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía", se celebraron, los días 23 y 24 de noviembre de 2017, en la Facultad de Ciencias del Trabajo de la Universidad de Córdoba.

Esta es, conviene recordar, la vigesimosexta edición de unas jornadas, que son hoy las decanas en el ámbito del *iuslaboralismo* español, y constituyen el mejor ejemplo de la continuada apuesta del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales por la investigación universitaria y la colaboración entre académicos y agentes sociales. En esta ocasión, las Jornadas Andaluzas estrenan un formato que potencia la participación, al integrar trabajos procedentes de nueve universidades andaluzas y que, como en anteriores ediciones, sigue garantizando la presencia equilibradas de profesores y profesoras de nuestra disciplina.

En la primera ponencia general relativa a "La estructura de la negociación colectiva en Andalucía" se expusieron los trabajos de los Profesores Manuel García Jiménez (Universidad de Jaén), Esther Carrizosa Prieto (Universidad Pablo Olavide) y Eduardo González Biedma (Universidad de Sevilla). La segunda ponencia general relativa a "Los contenidos de la negociación colectiva en Andalucía" contó con la participación de los Profesores Juan Escribano Gutiérrez (Universidad de Almería), Francisco Vila Tierno (Universidad de Málaga) y María Luisa de la Flor Fernández (Universidad de Cádiz). Por último, la tercera ponencia general discurrió sobre los "Bloqueos negociales y medidas de solución" y en la misma intervinieron, quién suscribe estas líneas, por parte de la Universidad de Córdoba, y las Profesoras María Teresa Díaz Aznarte (Universidad de Granada) y María Luisa Pérez Guerrero (Universidad de Huelva).

La idea transversal de las jornadas era la de comprobar, tras las últimas reformas legales, los efectos de estos incisivos cambios en materia de negociación colectiva, tanto en relación con su estructura y las medidas de solución de los bloqueos de negociación, como en relación con los concretos contenidos de los convenios colectivos.

Así, en primer lugar, se abordaron por Manuel García Jiménez los "Ámbitos de la negociación colectiva", en un trabajo que estudia el impacto de las reformas

laborales de 2011 y 2012 sobre el modelo de negociación colectiva y su estructura. Asimismo, se valora hasta qué punto los objetivos que se marcaron en dichas normas reformistas se han alcanzado, cuál ha sido el reflejo de las mismas en el actual sistema negocial español y, por último, cuáles son las resistencias que se pueden identificar en torno a la consecución de los objetivos de política jurídica.

Por su parte, la Profesora Esther Carrizosa Prieto, en su trabajo sobre "El impacto de las normas de concurrencia tras las reformas legales", analiza la estructura del sistema de negociación colectiva en Andalucía y los efectos de reglas como la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, aludiendo, finalmente, al fenómeno de las empresas multiservicios y sus prácticas negociadoras. Entre sus conclusiones, afirma que el modelo, cuatro años después de su fijación, de momento, no ha experimentado modificaciones significativas, y sigue configurándose como un sistema caracterizado por la prevalencia del convenio sectorial, (una preferencia que sigue recayendo sobre el convenio provincial, destacadamente, en Comunidades Autónomas como Andalucía).

El Profesor Eduardo González Biedma analiza, en su trabajo "La negociación colectiva informal", la tipología de los acuerdos laborales informales, referidos, fundamentalmente, a retribución, jornada, y aplicación de normas convencionales colectivas y de sentencias colectivas. La jurisprudencia ha optado por equipararlos en cuanto a su naturaleza a los acuerdos de empresa estatutarios, de eficacia contractual y general. Estos acuerdos se integran en el sistema de fuentes de la relación laboral, básicamente, a través del principio de norma mínima. Para el autor, impedir a un sindicato participar en estos acuerdos de manera indebida puede llegar a vulnerar su derecho a la libertad sindical.

En segundo lugar, en el bloque temático relativo a "Los contenidos de la negociación colectiva en Andalucía", los tres ponentes han compartido tanto el ámbito de la muestra de estudio, como la metodología y finalidad del examen de los convenios colectivos analizados. A tal fin, la metodología utilizada se basó en una muestra amplia, con una selección de sectores de actividad significativos en cuanto al volumen de ocupación. La finalidad ha sido la de detectar si las fuertes expectativas flexibilizadoras que se había marcado como objetivo el legislador de la última reforma laboral en la negociación colectiva se han cumplido o no.

El Profesor Juan Escribano Gutiérrez estudia, en su trabajo sobre los "Contenidos de la negociación colectiva en el nuevo contexto laboral: la retribución del trabajo", si nuestro actual modelo de negociación colectiva está contribuyendo a frenar o potenciar algunos de los caracteres más significativos de nuestra realidad laboral, en concreto, se detiene especialmente, en cuestiones claves, como la desigualdad creciente entre colectivos de trabajadores, la reducción generalizada del poder adquisitivo de los salarios o, finalmente, el sorprendente fenómeno

de las derivas salariales negativas y su eventual origen en nuestra experiencia negocial.

Por su parte, el Profesor Francisco Vila Tierno presenta su trabajo sobre "Modalidades de contratación y empleo. Contenidos de la negociación colectiva en el nuevo contexto laboral", en el que, sobre un total de ciento cuarenta y cuatro convenios analizados, alcanza doce conclusiones en torno a los contenidos negociales relativos a las diferentes modalidades contractuales y donde se pueden ver líneas diferentes, según el sector analizado, por lo que hay materias dentro de la contratación laboral que encuentran diferentes modos de adecuación según el ámbito convencional.

La Profesora María Luisa de la Flor Fernández presenta una ponencia sobre "Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral: el tiempo de trabajo y la distribución irregular de la jornada". En ella aborda la regulación convencional en materia de distribución irregular y de conciliación de la vida personal, familiar y profesional. En concreto, en lo que se refiere a la jornada irregular, la autora concluye que la negociación colectiva sigue manteniendo un primerísimo papel en la introducción de cláusulas que equilibren de manera satisfactoria los intereses empresariales y personales de los trabajadores.

En tercer lugar, en el marco de ponencia general relativa a "Bloqueos negociales y medidas de solución", en la ponencia a mi cargo, presento un estudio titulado "Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio", dirigido, fundamentalmente, a poner de relieve los principales problemas aplicativos de la técnica de la inaplicación del convenio colectivo, así como algunas soluciones adoptadas en la última doctrina de nuestro Tribunal Supremo.

La Profesora María Teresa Díaz Aznarte, en su trabajo sobre "La mediación y el arbitraje como vías de gestión de la conflictividad laboral", efectúa, de una parte, un análisis panorámico de las medidas concretas de flexibilidad interna que contiene la legislación laboral vigente (para determinar qué papel pueden desempeñar la mediación y el arbitraje en la implementación de cada una de ellas) y, de otra parte, procede a un análisis empírico de la efectividad del ASAC y de los procedimientos de mediación en Andalucía, centrándose en los resultados disponibles desde 2013 hasta la actualidad.

Por último, la Profesora María Luisa Pérez Guerrero presento su estudio sobre "Los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales en el sector público: problemática". La conclusión alcanzada tras el análisis de algunas de las cuestiones planteadas en la aplicación de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos en el Sector Público, es la necesidad de elaborar un régimen jurídico único para resolver los conflictos laborales, tanto del personal funcionario como del personal laboral, así como de tomar en consideración las peculiaridades que

presenta el empleador púbico, especialmente, en lo que se refiere al sometimiento al principio de legalidad, la protección de los intereses generales de los ciudadanos y el principio de eficacia. Es por ello que la autora propone unificar, en este ámbito, el régimen jurídico aplicable a todos los empleados públicos, eliminando los límites legales impuestos a la eficacia de los acuerdos o laudos, que puedan surgir de la implantación de estos sistemas.

Esperando que los trabajos incorporados a este número resulten tan útiles como tradicionalmente lo han sido las conclusiones y propuestas avanzadas en las anteriores Jornadas Andaluzas, solo resta agradecer a todos aquellos que, con su esfuerzo y generosidad, lo han hecho posible, tanto desde el Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, como desde las Universidades Andaluzas.

En Córdoba, diciembre de 2017,
Carmen Sáez Lara
Coordinadora de las XXXVI Jornadas Universitarias
Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales

1
Estudios

ÁMBITOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ANDALUCÍA

Manuel García Jiménez
Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Jaén

EXTRACTO **PALABRAS CLAVE: Negociación colectiva, estructura negocial, reformas legislativas**

La relevancia que, desde el plano de las políticas macroeconómicas, se ha concedido a variables como los ámbitos de los convenios y acuerdos colectivos, las tasas de cobertura, la vigencia temporal, las fórmulas convencionales sobre indexación salarial, etc., todas ellas ligadas a la estructura de la negociación colectiva de un determinado sistema de relaciones laborales, nos pone sobre la pista para comprender las causas y los objetivos de política-jurídica que se definieron en las reformas legislativas de 2011 y 2012, y que incidieron sobremanera en el marco legal de la negociación colectiva en España.

En este sentido, trascurrido un lustro desde la entrada en vigor de aquellas reformas legales en materia de negociación colectiva, es objeto de este estudio hacer una valoración jurídica sobre los interrogantes que las mismas plantearon y cuál ha sido su reflejo en la práctica jurídica y negocial, así como evaluar si los objetivos marcados de transformación de la estructura de la negociación colectiva en España se han producido de manera efectiva, o, cuanto menos, se atisban indicios de que ello sea así.

ABSTRACT **KEY WORDS: collective bargaining, bargaining structure, legislative reforms**

The relevance that, from the level of macroeconomic policies, has been granted to variables such as the areas of collective agreements and agreements, coverage rates, temporary validity, conventional salary indexation formulas, etc., all linked to the structure of collective bargaining of a given system of labor relations, puts us on track to understand the causes and objectives of legal policy that were defined in the legislative reforms of 2011 and 2012, and that had an impact on the legal framework of collective bargaining in Spain.

In this sense, five years after the entry into force of those legal reforms in the area of collective bargaining, it is the object of this study to make a legal assessment of the questions that they raised and which has been reflected in the legal and business practice, as well as to evaluate if the marked objectives of transformation of the structure of collective bargaining in Spain have been produced effectively, or, at least, there are indications that this is the case.

 Recepción del original: 23.11.2017 Aceptación original: 16.12.2017

Índice

1. introducción
2. el modelo legal de negociación colectiva en españa: rasgos fundamentales y evolución de la estructura de la negociación colectiva desde 1980 hasta 2011
3. líneas fundamentales de las reformas de 2011 y 2012 en materia de negociación colectiva: una reforma estructural del sistema, pero ¿un cambio de modelo?
   3.1. La preferencia aplicativa de los convenios colectivos de empresa y las nuevas reglas de ordenación de las unidades negociales
   3.2. Los mecanismos de descuelgue de las condiciones laborales previstas en convenios colectivos
   3.3. Contenidos objeto de negociación e impulso de una diferente forma de relación entre la ley y el convenio colectivo
4. del marco legal a la práctica convencional: análisis del estado de la estructura negocial en españa y en andalucía
   4.1. La negociación colectiva en España: estado de situación de la estructura contractual en el período 2012-2017
      4.1.1. Niveles en los que se desarrolla la negociación colectiva
      4.1.2. Convenios colectivos y tasas de cobertura de la negociación colectiva
      4.1.3. Inaplicaciones y descuelgues convencionales
   4.2. La negociación colectiva en Andalucía: análisis de la estructura negocial en el período 2012-2017

1. INTRODUCCIÓN

Sin lugar a dudas, se puede afirmar que los procesos de reforma legislativa que han afectado a los diferentes ordenamientos jurídicos de los países de nuestro entorno socio político, se han venido caracterizando por un elevado componente transformador de las instituciones centrales que han conformado durante décadas su singularidad jurídica. En la práctica totalidad de las ramas jurídicas, tanto de Derecho Público como Privado, aunque con una manifiesta desigualdad de incidencia en cada una de ellas, se observa una generalizada acción político-legislativa que tiene como principal elemento definitorio la transformación "acelerada" de los caracteres básicos y centrales de sus instituciones jurídicas.

Aquellos procesos transformadores permiten que, desde un contexto socio-político global, se pueda afirmar que llegados a un punto concreto de la evolución temporal-histórica de la sociedad, los cambios son de tal magnitud y calado que a los individuos y grupos que en ella actúan les es especialmente difícil identificarse con los parámetros sociales, culturales, económicos y políticos que en la actualidad conforma la sociedad civil y política en la que se desenvuelven y desarrollan. Se vive, en fin, un momento en el que difusamente, aunque con trazo firme, se evoluciona en el interior de un período histórico que se viene a caracterizar por la "ruptura controlada" respecto de aquél inmediato que le precede, perdurando únicamente los ropajes y bagajes –las instituciones- que no resulten distorsionantes al nuevo ciclo evolutivo.

Las transformaciones en todos los ámbitos de desarrollo de la vida -social, política, económica-productiva, jurídica- se suceden bajo una suerte de "compulsión" acelerada que motivan el que las perspectivas de análisis sean tan heterogéneas y múltiples como los cambios que se suceden y acaecen. Así, ejemplificador de cuanto se ha dicho, resulta la observación de cuanto acontece en el ámbito jurídico laboral; pues, tomando el pulso de la temática y cuestionamientos que se vienen planteando en sus seno, se asiste a un diáfano incremento de los nuevos temas a tratar, con un paralelo cambio de óptica tanto doctrinal como jurisprudencial.

Desde estos planteamientos, o mejor, desde la transformación bajo parámetros de "ruptura controlada" entre fases o períodos históricos, y centrándonos en el sistema de relaciones laborales, es obligado trasladar este punto de partida y realizar el análisis de una de las instituciones económicas, sociales y políticas basales en la conformación singularizadora de aquél: nos referimos a la negociación colectiva, desde su consideración de "motor" del sistema de relaciones laborales[1].

Con un amplio punto de perspectiva, si se realizara, aunque a muy grandes rasgos, el análisis dentro de un concreto marco geográfico y temporal que abarcaría al Estado español y a las reformas legislativas acometidas desde la ley 11/1994, de 19 de mayo, hasta la actualidad, se puede afirmar, sin lugar a equívocos, que las reformas acaecidas en este dilatado período de casi un cuarto de siglo han incidido sobremanera respecto de los criterios conformadores del sistema negocial colectivo del sistema español de relaciones de trabajo.

Como subsistema central de las relaciones laborales, la negociación colectiva desde su vertiente política, económica y social en el seno del entero sistema del mundo productivo, se constituye en atalaya inmejorable desde la cual realizar un análisis de conjunto de las acciones de reforma acometidas en los últimos años, y en las que poder destacar y constituirse en vivo ejemplo de cómo la línea evolutiva del Derecho contemporáneo se destaca por la apreciable mutación del sistema jurídico en general y de su paradigma de racionalidad.

Nuestra hipótesis central, adelantando así lo que será una de las premisas principales de la conclusión final, es que debido a la constitución en imperativo básico de los sistemas jurídicos de una apremiante necesidad de adaptación a la realidad cambiante que viene a gobernar[2], ello motiva el que el dogma de la

[1] Gráficamente se viene a calificar de "*corazón de las relaciones industriales"*, vid. Merli Brandini, P.: "Ruolo e prospettiva della contrattazione confederale", en *Prospettiva sindicale,* nº 1, 1980, pág. 16.

[2] Vid. Amselek, P.: "L'evolution générale de la technique juridique dans les sociétes occidentales", RDP, 1982. Desde una vertiente jurídico laboral y para la situación negocial española, ello se puso de relieve en Molina Navarrete, C.: "La nueva dialéctica afectación/desafectación entre

racionalidad y coherencia del sistema deba convivir, si no configurarse como un imperativo de segundo grado, con los de diversificación jurídica y descentralización normativa, asumiendo plenamente el "principio" lógico que postula que para el gobierno de la sociedad contemporánea, compleja y heterogénea, descentralización y diversificación se constituyen en principal, y quizás única, vía de gobernabilidad posible[3]. Ello aportaba una, en principio, respuesta razonada –aunque, a nuestro juicio, poco razonable- a los procesos de reforma legislativa que se acometieron en la década de los noventa del siglo pasado, y cuya lógica político-jurídica viene a consolidarse en las medidas legislativas de reforma que han singularizado la última década vivida en un período continuado de permanente crisis económica.

Desde estos planteamientos se viene a comprender en sus términos la lógica interna que sustenta los procesos de reforma en materia de negociación colectiva que han jalonado el mencionado período histórico, que, a nuestros efectos, se inicia con la reforma de 1994 (Ley 11/94), en la que se acomete la primera y decidida gran modificación del marco legal de la negociación colectiva española, incidiendo sobremanera sobre su estructura y función, y que se cierra, hasta el momento, en 2012 (Ley 3/2012)[4]. De tal modo, se conforma un modelo de negociación colectiva en el que las reglas de acción y organización responden a pautas de mayor dinamismo, diversificación y, en fin, flexibilidad. Se abre paso, de esta manera, una diáfana línea de política jurídica en la que la intervención normativa del Estado no está fundamentalmente enderezada a una labor de igualación de posiciones contractuales desiguales, sino que en buena medida reformula su papel de instrumento de gobierno del mercado[5], procediendo a acoger una concreta opción de política del derecho favorecedora de la producción negocial diversifi-

convenios y estructura de negociación tras las reformas laborales de 1994 y de 1997", *Relaciones Laborales*, nº 5, 1999, págs. 11 y ss.

[3] Desde un análisis global y crítico de esta evolución, vid. Monereo Pérez, J.L.: *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996. Recientemente, del mismo autor, vid.: *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2017.

[4] Línea política-jurídica de promoción de la negociación colectiva de empresa que se identifica en la práctica totalidad de los países de nuestro entorno, y que viene ejemplificada recientemente en Francia con la promulgación de la *"Ordonnance n° 2017-1385, du 22 septembre 2017, relative au renforcement de la négociation collective"*.

[5] Acerca de la concreta incidencia de los procesos de reforma de la legislación laboral y la incidencia de las mismas en la labor normativa del Estado, destacando su mayor actividad legislativa aunque de menor contenido garantista, vid. Valdés Dal-Ré, F.: "Poder normativo del Estado y sistema de relaciones laborales: menos derechos pero más derecho y desigual", *Relaciones Laborales*, 17/2000. En la doctrina italiana ya fue puesta de manifiesto esta tendencia de política del Derecho, así el muy ilustrativo y riguroso trabajo colectivo, De Luca Tamajo, R. (Dir.): Garantismo legislativo e mediazione politico-sindicale: prospettive per gli anni '80", en AA.VV. *Dal Garantismo al controllo*. Edit. Giuffrè. Milano. 1982.

cada y específica para el ámbito que se pretenda normar, lo que provoca consecuentemente una tensión dialéctica entre unidad y diversidad, entre estabilidad o fluidez del proceso de negociación, y entre conservación o adaptabilidad de la estructura negocial, haciéndose primar tras las reformas el segundo de los términos dialógicos[6].

En tales términos, se comprende que la línea de reformas acometidas debía incidir, dentro del marco jurídico de negociación colectiva, sobre los ejes cardinales del sistema negocial: sobre su estructura, sus funciones, y, corolario de ambas, sobre la distribución de poderes de los sujetos implicados en el sistema de relaciones laborales.

La funcionalidad del tratamiento analítico de estas dos variables, en el contexto de las reformas legislativas que fructifican a la luz del modelo que se deriva de tales postulados, se encuentra en que a su través se podrá conocer el diferente cometido que le viene atribuido a la negociación colectiva dentro del actual contexto socio-económico[7]. Ello nos permitirá comprender, de este modo, los efectos que conlleva la nueva racionalidad del sistema jurídico, y, por extensión, el sistema jurídico-negocial.

Así, de un lado, lleva aparejados los efectos, sin solución de continuidad, por un lado, de un evidente respaldo al impulso que se dio en la década final del siglo pasado para la diversificación de las posibles expresiones de la negociación colectiva en el sistema de relaciones laborales español, no en el sentido de que se procediera a crear nuevos productos negociales, sino, más bien, de otorgarles a los mismos carta de naturaleza, esto es, de normalizar jurídicamente su utilización, dándose por terminada, en cierto modo, la tradicional caracterización que los singularizaba hasta el momento: el haber permanecido en las "zonas de

[6] Por parte de nuestra doctrina científica, desde la década de los noventa del siglo pasado se ha venido poniendo de relieve los términos dialécticos que se presentan entre los valores de unidad y autonomía, uniformidad y diversidad en la normación jurídica del sistema negocial de las relaciones laborales españolas. En este sentido, significativos ejemplos de ello son los estudios de Casas Baamonde, M. E.: "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos", Relaciones Laborales, nº 17 y 18/1994, pág. 318; Martín Valverde, A.: "*Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo"*, en Borrajo Dacruz, E. (Dir.), *Comentarios a las Leyes Laborales*, Tomo XII, Vol. 2º, Madrid, pág. 384; Molina Navarrete, C.: "La nueva dialéctica afectación/desafectación...", op. cit., pág. 12.

[7] Destacando el interés del análisis de ambas facetas –estructura y funciones- de la negociación colectiva al objeto de una adecuada comprensión de los elementos que conforma la institución y el papel que cumple en la sociedad, se pueden destacar los ya clásicos estudios de Rivero Lamas, J.: "Estructuras y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1997", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº. 89/1998, págs. 381 y ss.; Casas Baamonde, M.E.: "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas...", op. cit., pág. 292 y ss.; Molina Navarrete, C.: "La nueva dialéctica afectación/ desafectación...", op. cit., pág. 10 y ss.

marginalidad" existentes dentro del marco español de negociación colectiva; y, de otro lado, en la muy renovada determinación de los criterios de articulación de la estructura interna del sistema de negociación colectiva, el cual por mor de los elementos modificativos del orden estructural se viene a caracterizar por su complejidad y diversificación, los mismos han supuesto que se haga preciso la actuación de unos principios de ordenación que son propios de las relaciones internormativas de los ordenamientos complejos[8].

Partiendo de estas primeras reflexiones generales e introductorias, cuando se pretende abordar el estudio de la estructura de la negociación colectiva hay que partir, en todo caso, de que la misma no es producto o derivado de un solo factor o variable, sino que viene a ser el resultado de una interrelación dinámica, abierta y con una diferente intensidad de una extensa relación de factores que se producen en cada momento histórico y en un concreto ámbito territorial[9].

Especial relieve tienen los factores de naturaleza jurídica, los cuales tienen una tipología y origen diversos. Así, un primer nivel de ellos serían las previsiones dirigidas a la ordenación legal y convencional del marco de desarrollo de la negociación colectiva, y no solo los que están destinados a regular las reglas básicas referidas a la estructura negocial colectiva, sino todas las que tienen incidencia en materia de unidades de negociación y los principios de articulación y de solución de conflictos aplicativos –concurrencia- entre convenios colectivos. Pero, como segundo nivel, se debe reparar, de igual modo, en otra serie de previsiones que influyen en esta materia sobremanera, las cuales, si bien no se dirigen de manera específica a la conformación de la estructura de la negociación colectiva, sin embargo, inciden sobre la misma de una forma cierta, por efecto colateral. Con ello nos estamos refiriendo a todas aquellas que tienen como objeto la determinación y legitimación de los sujetos para negociar convenios colectivos –entre otras materias, el reconocimiento y los criterios utilizados a tal efecto en cuanto a los sindicatos más representativos y la adscripción de facultades específicas en materia negocial, los papeles atribuidos en el ámbito de la negociación a los sindicatos y a la representación unitaria, etc.-; el reconocimiento de una

[8] En este sentido, vid. Casas Baamonde, M.E.: "La estructura de la negociación colectiva...", op. cit., págs. 292 y ss.

[9] Poniendo de relieve esta necesaria óptica de análisis e interpretación de la estructura de la negociación colectiva, vid. los clásicos estudios en la materia, Mercader Uguina, J.R.: *Estructura de la negociación colectiva y relación entre convenios*, Civitas, Madrid, 1994, págs. 31 y ss.; Cruz Villalón, J.: "Estructura y concurrencia entre convenios colectivos", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, núm. 68, 2007, pág. 79; López Terrada, E.: *La descentralización de la estructura de la negociación colectiva y las posibilidades de su articulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 26 y ss.; Calvo Gallego, F.J.: "El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura de la negociación colectiva", Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, núm. 120/2013, pág. 125.

diversidad de tipologías o de productos derivados del ejercicio del derecho de negociación colectiva, lo cual, tal como ocurre en nuestro sistema de relaciones laborales, encuentra sentido cuando se habla de negociación colectiva estatutaria, extraestatutaria o de la negociación de acuerdos colectivos de empresa; el reconocimiento y alcance del deber de negociar; las previsiones en materia de novación de convenios colectivos, revisión, ámbito temporal, ultraactividad; las posibilidades legales reconocidas sobre acciones de presión colectiva realizadas durante la vigencia de un convenio colectivo y dirigidas a la revisión del mismo; las previsiones sobre cuáles son las materias objeto de negociación colectiva, y cuales quedan referenciadas para su tratamiento en el nivel del contrato individual de trabajo o de la participación de los trabajadores en la gestión de la empresa; o, en fin, todo aquel conjunto de previsiones que permiten la exceptuación de la aplicación de un convenio colectivo[10].

Pero si bien los factores jurídicos mencionados se pueden entender como cruciales en cuanto al análisis de la estructura de la negociación colectiva en un determinado sistema de relaciones laborales, no se pueden obviar otros factores adicionales, cuyo relieve, desde el plano práctico y de materialización de dicha estructura, pueden ser tanto o más importantes y determinantes que los propiamente jurídicos. En tal sentido, han de ser valorados con especial atención otros factores de índole histórico, social, económico y/o político, que nos sitúan sobre la pista para comprender qué cuestiones, como la política salarial, la intensidad en materia de descentralización productiva, la estructura empresarial, el reparto territorial del mercado de trabajo, la evolución de los sectores productivos, la propia configuración del poder político del Estado o de las organizaciones representativas de los intereses de los sujetos implicados en la relaciones laborales que están presentes en el mismo, influyen de manera cierta, a la misma vez que nos aportan una explicación, sobre cuál y como está definida la estructura de la negociación colectiva de un sistema de relaciones laborales en concreto.

Y todo ello sin obviar que la interacción entre los mencionados factores y la propia estructura de negociación colectiva se produce en una doble dirección, de modo que para poder entender y explicar adecuadamente unos y otra se ha de partir en cualquier caso de la retroalimentación que se produce entre ellos, conllevando así un proceso continuo de cambio y de evolución[11].

Llegados a este punto, una primera aclaración que se ha de realizar es que no procede en este momento analizar de manera detenida y con la profundidad

[10] Vid. Cruz Villalón, J.: "Estructura y concurrencia entre convenios colectivos", op. cit., págs. 77 y ss.

[11] Vid. Calvo Gallego, F.J.: "El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura de la negociación colectiva", op, cit., pág. 125.

que ello requiere los diferentes factores que, de un modo u otro, han incidido en la conformación actual de la estructura de la negociación colectiva que se da en el sistema de relaciones laborales español. Ello excede de la finalidad de este estudio, en tanto que en el mismo se pretende analizar cuál ha sido hasta el momento el impacto de las reformas laborales de 2011 y 2012 sobre el modelo de negociación colectiva y su estructura. Como se conoce, en las mismas se arbitraron toda una batería de medidas que incidieron de manera decidida sobre los pilares centrales del sistema de negociación colectiva español, siendo en este momento necesario valorar hasta qué punto los objetivos que se marcaron en dichas normas reformistas se han alcanzado, cuál ha sido el reflejo que las mismas tiene en el actual sistema negocial español, y cuáles son las resistencias que se pueden identificar en torno a la consecución de tales objetivos de política jurídica que se ordenaron en los mencionados procesos de reforma legislativa.

2. EL MODELO LEGAL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA: RASGOS FUNDAMENTALES Y EVOLUCIÓN DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DESDE 1980 HASTA 2011

Viene constituyendo un punto de consenso en la doctrina científica el hecho de destacarse cómo el modelo legal de la negociación colectiva diseñado por el legislador en el Estatuto de los Trabajadores de 1980, presentaba una más que evidente línea de continuidad con el sistema precedente. En el mismo se partía de un modelo en el que la intervención legal se conformaba como uno de los pilares básicos en materia de fijación de las condiciones laborales, completándose ello con la llamada a la negociación colectiva para desarrollar tal marco legal.

En cuanto a la estructura de la negociación colectiva, la misma venía determinada por las concretas características que definían el sistema de negociación colectiva del período de la dictadura franquista, manteniendo con ella una marcada línea de permanencia. Esta situación no es más que el reflejo del carácter enormemente refractario que tiene la estructura de la negociación colectiva a experimentar alteraciones o cambios inmediatos y bruscos. Los niveles de negociación colectiva, una vez que se han constituido, presentan una tendencia a permanecer en el tiempo, de forma que se produce un rechazo a cualquier modificación que de manera exógena o endógena venga a impulsar un cambio en tales dinámicas negociadoras. Los cambios son mal aceptados y recepcionados, tanto si de lo que se trata con ellos es hacer desaparecer los niveles o ámbitos negociales actuales, como si lo que se pretende es incentivar el nacimiento de nuevos niveles que seccionen los ámbitos territoriales y/o funcionales existentes. Efecto refractario que también se produce en esta materia en los supuestos en los que se articula una

acción de cambio o modificación de la estructura negocial bien reorganizándola verticalmente, de forma que hay una traslación de poderes de regulación colectiva entre ámbitos o unidades de negociación de inferior a superior o a la inversa, así como las reorganizaciones que podríamos denominar horizontales, adicionando o reduciendo niveles de negociación en un determinado ámbito funcional[12].

No obstante, esta característica de estabilidad que se considera, en principio y de manera muy generalizada, como parte del código genético de la estructura de la negociación colectiva de todo sistema de relaciones laborales, sin embargo, de inmediato se ha de hacer alguna consideración adicional que relativiza tal afirmación. En este sentido, cuando se está hablando de estabilidad de la estructura, de modo inmediato se entiende que ello lleva a la idea de una consolidación estática e invariable de tales estructuras negociales colectivas que las convierten en mecanismos que por mor de la acción temporal y permanente se han petrificado, lo cual, en todo caso, no es más cierto por el simple hecho de repetirse esta idea o consideración a lo largo del tiempo y desde diversos ámbitos –evidentemente, más interesados que "interesantes"-.

La tan comentada petrificación de las estructuras contractuales colectivas ha de ser valorada en sus justos términos, por cuanto de ello se ha hecho un manifiesto –en muchos casos sin más fundamento que la propia afirmación de que tal característica es así porque se mantiene tal consideración de manera acrítica- para la articular toda una serie de acciones de reforma legislativa y de intromisión en un poder normativo autónomo reconocido a nivel constitucional. En este sentido, no cabe afirmar sin más que estabilidad equivale a petrificación. En todo caso, son múltiples las posibles influencias o vectores que pueden incidir sobre las diferentes instituciones que conforman un sistema jurídico laboral, provocando un cambio en el discurrir y desarrollo que hasta el momento las venía caracterizando. En este sentido, los diversos factores con etiología política, social, económica, técnica u organizativa que se vayan produciendo en un determinado momento histórico pueden provocar cambios en tales instituciones del sistema de relaciones laborales, aun cuando ello no se produce con idénticos niveles de incidencia y de celeridad en cuanto a su implantación.

Y es en este punto donde es interesante incidir cuando se trata de analizar el nivel de refracción que las estructura negociales colectivas de un sistema concreto de relaciones laborales tiene en cada momento. La estabilidad de tales estructuras, a diferencia de otras instituciones jurídicas laborales, es una característica que las define frente a estos otros elementos que conforman el entero sistema de relaciones

[12] Vid. Valdés Dal-Ré, F.: *"Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos"*, en AA.VV. (Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. y Valdés Dal-Ré, F., codirectores): *La reforma laboral de 2012 en materia de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2012, pág. 67.

laborales de un estado. Y ello no se debe interpretar como un fallo endémico del propio sistema o estructura negocial, sino como un elemento que forma parte del propio código genético de tales sistemas. Dichos factores externos, cuando inciden sobre la estructural contractual colectiva, no provocan cambios en grado comparable a los que produce en otras instituciones laborales. Los cambios que se materializan, en buena parte de las ocasiones, ni son de igual calado ni tienen un mismo sentido. Y ello encuentra su fundamento en que la estructura de la negociación colectiva dispone de resortes propios, autónomos y con una enorme fortaleza que provocan el que las influencias de los factores externos se filtren de forma que los cambios que podrían provocar no se alcancen ni de manera inmediata, ni del modo que podría estar pensándose. El modelo al que responde la estructura de la negociación colectiva en cada momento no es que sea impenetrable e inmodificable, más bien lo que lo define es que es renuente a que los cambios que se esperan a la luz de los factores externos que inciden sobre él se puedan producir de manera inmediata. En fin, las transformaciones se producirán, pero con la pausa y los procesos que los propios resortes autónomos del sistema negocial imponga en cada momento, debiendo valorarse las mismas con una perspectiva temporal amplia[13].

Y ello no puede más que predicarse de igual modo respecto de la estructura de la negociación colectiva de España. En este sentido, y sin podernos detener en un análisis detallado de cada uno de los rasgos que la han definido en estas casi cuatro décadas de desarrollo en el actual sistema democrático de relaciones laborales, sí que cabe resaltar que aquella se definió por su práctica inmutabilidad en el período temporal que abarca desde la aprobación en 1980 del ET hasta la primera gran reforma que se realizó en materia de negociación colectiva en España, la Ley 11/1994. El modelo descentralizado y desvertebrado que se fue consolidando durante el período de la dictadura franquista, constituyéndose el mismo en el modelo de referencia sobre el que se construye el sistema democrático de negociación colectiva, se mantuvo sin modificaciones de calado por más que la expansión objetiva y subjetiva de la negociación colectiva fuera una realidad sin contestación alguna posible. El incremento del número de convenios colectivos suscritos en este período, así como la ampliación de la incidencia de los efectos de los convenios colectivos alcanzados sobre la población laboral, logra unos niveles de especial significación: un veinte y cincuenta por ciento más, respectivamente. Sin embargo, ello no obsta para que la estructura se mantenga anclada sobre la negociación colectiva sectorial de ámbito provincial y los convenios colectivos de nivel de empresa, conformándose los mismos como pequeños "reinos" con competencias reguladoras propias y no compartidas, de forma que la única

[13] Vid. Valdés Dal-Ré, F.: *"Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos"*, op. cit., pág. 68.

regla que rige en materia de relaciones entre niveles negociales sea la de la no afectación.

La consolidación de este panorama encontró su caldo de cultivo en la confluencia de dos vectores que de un modo u otro apostaban por el mantenimiento del status actual del propio sistema de negociación. Tanto la misma definición que se hace en el ET-1980 de los términos que delimitan el sistema legal de negociación colectiva recogido en el Título III, como sobre la relación laboral individual, además de las políticas de macroconcertación social que se produjeron en la época, propiciaron que el diseño por los agentes económicos y sociales de las estrategias negociadoras se dirigiera hacia el camino de la continuidad de los rasgos que definían hasta el momento a la estructura de negociación colectiva en España[14].

Por más que a los interlocutores sociales se les reconociera un amplio margen de actuación en materia de estructuración del sistema contractual colectivo (art. 83.3 ET-1980), las estrategias negociadoras se centraron en los niveles negociales ya constituidos, obviando las facultades que el legislador les había atribuido para ordenar y ampliar el marco de desarrollo de la negociación colectiva. Opción de política negocial que en buen modo viene a representar los intereses tanto desde el lado del poder político, como desde la óptica de los interlocutores económicos y sociales, preservando así su estatus y la estabilidad económica y social.

Este panorama comienza a cambiar de manera tímida en los inicios de la década de los noventa del siglo pasado, optándose por definir y materializar un nuevo modelo de negociación colectiva en el que se apuesta por ejercer el poder de gobierno de la estructura contractual. Ello no se produjo de igual modo y con idéntico calado en buena parte de los ámbitos de negociación colectiva, sino que su materialización tuvo un alcance muy limitado, centrándose en sectores de actividad muy concretos, caracterizados por una extrema descentralización territorial de las unidades de negociación. En este sentido, las organizaciones de representación de intereses a nivel estatal optan por superar la regulación ordenancista de la dictadura a fin de sustituirla por un convenio colectivo general (química, construcción,…) que no sólo actúa como marco de regulación de las condiciones de trabajo del sector, sino también, y a la misma vez, como instrumento de ordenación de la actividad negocial en el sector, potenciándose de manera directa a las estructuras organizativas de carácter federal.

Dentro de este marco se produce la primera gran reforma del sistema legal de la negociación colectiva en España, materializado a través de la Ley 11/1994, la cual, como se conoce, vino a singularizarse por tener como uno de los objetivos

[14] Ibidem, pág. 67.

definidos de política jurídica la intervención legislativa en materia de estructura contractual. En este sentido, se apostó por un decidido repliegue de la acción normativa estatal en materia de las relaciones laborales, sustituyéndose el garantismo legislativo por un garantismo colectivo que lleva a que pivote a partir de ese momento el marco regulador de las relaciones laborales sobre la actividad contractual colectiva. Adicionalmente, la acción de reforma legislativa se centró en el tratamiento de una cuestión que, hasta ahora, y tal como se ha comentado, había sido objeto de desatención buscada por parte de los agentes económicos y sociales y por los poderes públicos, articulándose una batería de previsiones que incidieran sobre la estructura de la negociación colectiva. Un tercer elemento de reforma que consideramos importante en esta materia fue la derogación de las ordenanzas laborales del franquismo, lo cual conlleva el que desaparezca una serie de previsiones que, en buena parte de las ocasiones, actuaba como elemento desincentivador de la propia acción normativa colectiva. Y, por último, dentro de este paquete de medidas debe resaltarse el conocido impulso que el legislador otorgó a uno de los posibles productos de la negociación colectiva, como fueron los conocidos como acuerdos colectivos de empresa, jalonándose la regulación de buena parte de las instituciones jurídicas laborales de previsiones que, de un modo u otro, hacían un llamamiento a ser tratados aspectos específicos de las mismas a través de esta modalidad de acuerdos colectivos[15].

Pues bien, si se perfila a grandes trazos un análisis de conjunto de tales medidas y sus efectos sobre la estructura de la negociación colectiva[16], se puede afirmar que se aprecia un doble impulso con un patente efecto y planteamiento de política jurídica negocial contrapuesta. De un lado, se incentiva la negociación a nivel de empresa en tanto que se abren y se establecen concretos espacios de desarrollo propio para la negociación a este nivel. Y, de otro, se produce una cierta tendencia negocial hacia la centralización contractual y la constitución de nuevas unidades de negociación de ámbito estatal, ensayándose por los negociadores fórmulas de reparto y de distribución de competencias negociadoras entre los diferentes niveles negociales. La supresión de las ordenanzas laborales jugarán en esta materia un especial papel en este proceso de nacimiento de nuevas unidades negociales centralizadas, de modo que ya no sólo las propias previsiones legales en orden a la articulación y materialización del proceso de sustitución de las mismas, sino también las propias estrategias perfiladas por las organizaciones

[15] Para un estudio en profundidad de los acuerdos colectivos de empresa, vid. García Murcia, J.: *Los acuerdos de empresa*, CES, Madrid, 1998; García Jiménez, M.: *Los acuerdos colectivos de empresa: naturaleza y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2005.

[16] Un estudio detallado en Valdés Dal-Ré, F.: *"Dirigismo y autonomía colectiva en los períodos de reforma de la estructura contractual"*, en AA.VV. (Pedrajas Moreno, A., coord.): *Las reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, Lex Nova, Valladolid, 1999, págs. 143 y ss.

sindicales y asociaciones patronales más representativas a nivel estatal para implementar tal proceso, actúan en este sentido como un doble elemento de impulso que se alimenta uno al otro en pos de la mencionada nueva tendencia de la negociación colectiva, reordenando incluso los ámbitos funcionales existentes hasta ese momento. En este sentido, en el proceso de sustitución de las ordenanzas se produce, en un número representativo de procesos negociales, que los ámbitos funcionales de los nuevos convenios colectivos no se corresponden con el de los previstos en las normas reglamentarias que viene a sustituir, reordenando y rediseñando la estructura negocial de acuerdo a las exigencias sociales, económicas y organizativas de los propios sectores afectados.

Esta situación lleva a un evidente avance de la negociación colectiva estatal que reduce en cierta forma el peso y los ámbitos de afectación y cobertura dentro de la estructura de la negociación colectiva de los convenios colectivos sectoriales provinciales, aunque si bien tal avance encontró un importante obstáculo en otras de las medidas legislativas adoptadas en la reforma laboral de 1994: la derogación de la regla de la no afectación de un convenio colectivo durante su vigencia en beneficio de la negociación colectiva de ámbitos inferiores tanto en su vertiente funcional como territorial, autorizándose así a sustraerse de la disciplina contractual establecida en el convenio colectivo de ámbito superior. Ello, como es obvio, sustrae a los interlocutores sociales la facultad de reordenación de las relaciones entre niveles negociales, imposibilitando y obstaculizando así cualquier experiencia de articulación de la negociación colectiva.

Aun con tales trabas en cuanto a la articulación de la negociación colectiva, los interlocutores sociales a nivel estatal convinieron en 1997, a través de la suscripción del "Acuerdo Interconfederal sobre Negociación Colectiva", en articular una serie de medidas que se dirigen de manera expresa a articular de manera adecuada los diferentes ámbitos de negociación. En tal sentido, se incentivaba en el mismo la constitución de un modelo de estructura negocial basado en el principio de distribución competencial y especializada de los diferentes niveles contractuales, esto es, en la especialización funcional de los ámbitos de negociación colectiva. En este punto, la negociación a nivel sectorial estatal se configuró como el eje central para el desarrollo e implementación de este modelo, permitiéndosele a la misma optar entre las diversas alternativas que para alcanzar tal objetivo se preveían en dicho acuerdo interconfederal.

Como se puede deducir a la vista de tales planteamientos de política negocial, el proyecto centralizador, plural y flexible que se pergeñó en materia de estructura contractual colectiva distaba mucho de los planteamientos legislativos de la reforma laboral de 1994, lo que no dejaba excesivo margen de maniobra y, mucho menos, de duda acerca de cuál podría ser la suerte de tal proyecto ar-

ticulador de la negociación colectiva. Esta valoración encontró confirmación, a no mucho tardar, cuando el Tribunal Supremo se pronunció[17] destacando que el párrafo 2º del art. 84 ET, conformado como derecho necesario absoluto que no puede ser excepcionado por acuerdos o convenios colectivos interprofesionales, se impone sobre lo previsto en el art. 83.2 al cual aquel excepciona y limita. Por tanto, el nuevo marco regulador sobre la concurrencia convencional –y que incide sobremanera respecto de la estructura contractual colectiva- previsto en el art. 84.2º ET se configura de forma tal que vacía en buena parte el potencial articulador y estructurador que en su momento se reconocía a los acuerdos y convenios colectivos interprofesionales, reduciéndose así su campo potencial de efectividad jurídica al supuesto legal previsto en la regla de no afectación del art. 84.1 ET, así como sobre las materias reservadas a tal nivel negocial en el art. 84.3 ET u otras que, aun no estando reflejadas en esta relación, no tenga reconocida legalmente la prevalencia aplicativa prevista en el mencionado art. 84.2 ET.

Tal planteamiento de política jurídica en materia de las reglas sobre la estructura y la articulación de la negociación colectiva pone así de relieve cómo la maduración del sistema democrático de relaciones laborales iniciado en 1978 se liga a un movimiento por el que se consolida la opción de política del derecho hacia un modelo de intervencionismo jurídico de carácter estructural sobre los procesos y desarrollos negociales[18], abarcando, además de las mencionadas reglas de estructuración y articulación convencional, los elementos clave del ejercicio de este derecho por los agentes económicos y sociales. Aun cuando se parte del reconocimiento de la libertad de elección de la unidad de negociación, atribuyéndose a las partes la delimitación funcional y territorial del campo de aplicación del convenio colectivo[19], sin embargo, tal principio queda de inmediato matizado –si no excepcionado-, por toda una serie de previsiones que motivan el que las mismas se configuren como un sistema juridificado y complejo tanto en el plano de su interpretación, como en el nivel de su aplicación y puesta en práctica. En tal sentido, el modelo se conforma a través de una serie de planos competenciales materiales y funcionales, como son: de un lado, las competencias en materia de estructuración y articulación convencional que se le reconoce a los acuerdos y convenios colectivos interconfederales, pudiendo estos identificar unidades negociales y asignar competencias normativas (art. 83.2 ET); de otro, en estrecha vinculación con ello, se reconoce a determinados sujetos colectivos con específicos requisitos de representatividad en los niveles superiores de negociación, un poder de establecer reglas de coordinación contractual colectiva que pueden actuar con carácter preferente (art. 83.2 en relación al art. 84.1 ET) o

[17] STS –Sala de lo Social- de 22 de septiembre de 1998 (Rec. 263/1997).
[18] Vid. Mariucci, L.: *La contrattazione collectiva*, Il Mulino, Bolonia, 1985, pág. 301.
[19] En tal sentido, STC 136/1997, de 22 de julio.

con carácter subsidiario a las previsiones legales en materia de concurrencia (art. 83.2 en relación al art. 84.2 y 3 ET); en tercer término, se produce una decidida intervención legislativa, de manera directa e indirecta, en la asignación de competencias reguladoras a una diversidad de instancias contractuales colectivas, de forma que se incrementa el intervencionismo legal a través de una muy definida ordenación competencial y aplicativa en materia de la autonomía colectiva; por último, en esta materia se concretan reglas legales de ordenación competencial y de aplicación para los diferentes niveles de negociación (en tal sentido, de manera prioritaria aunque no exclusiva, las previsiones del art. 84 ET)[20].

La situación inicial de partida del actual sistema democrático de relaciones laborales español, plasmado en la versión de 1980 del ET, fue en materia de ordenación del tejido contractual colectivo una posición de moderada neutralidad, con el objetivo de asegurar la estabilidad del sistema de negociación colectiva. Tal planteamiento abstencionista y promocional, sin embargo, provocó que más allá de alcanzar tal estabilidad tales mecanismo se convirtieran en correa de transmisión de una tendencia continuista del modelo heredado de la dictadura franquista. Frente a ello, en los años noventa el legislador, como se ha destacado, modifica este posicionamiento político jurídico inicial en pos de una legislación dirigista en materia de estructura contractual, apostando por el objetivo de una mayor descentralización, articulación y especialización funcional de los diferentes niveles de negociación[21], que ha servido para crear una indudable cultura de la articulación entre las diversas unidades de negociación, incentivando la complementariedad entre las mismas. Ello provocó como efecto positivo el que las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas asumieran el gobierno del sistema de negociación colectiva, dando paso a una tendencia centralizadora más eficaz y eficiente en el terreno de la lógica contractual colectiva[22]. Sin embargo, a la misma vez, este marco legal contenía una traba perfectamente definida al gobierno autónomo del sistema negocial español en tanto que los acuerdos del art. 83.2 ET quedaban inermes en su función ordenadora, y ello en tanto que a estos se conforman como instrumentos supletorios de las reglas previstas en el art. 84.2 y 3 ET, provocando así la huida –promocionada- de los marcos convencionales

[20] Vid. Navarro Nieto, F.: *"La estructura de la negociación colectiva"*, en AA.VV. (De Soto Rioja, S., coord.): *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva. XXVII Jornadas universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 2009.

[21] Vid. Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M.: *"La negociación colectiva y el sistema de relaciones laborales tras veinte años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores"*, en AA.VV.: *Veinte años de negociación colectiva. De la regulación legal a la experiencia negocial*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2001, pág. 86.

[22] Vid. Baylos Grau, A. P.: *"Unidades de negociación y concurrencia de convenios (en torno a los artículos 83 y 84)"*, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 100, 2000, pág. 1.474; Navarro Nieto, F.: *"La estructura de la negociación colectiva"*, op. cit., pág. 232.

estatales, e impidiendo así la renovación negocial que los mismos pretendían impulsar. En especial, ello ha sido vehiculizado para que se mantuviese en España la tradicional unidad típica de los procesos contractuales: la rama de actividad o sector de producción de carácter provincial. Y, por otro lado, que el peso de las unidades contractuales de ámbito reducido –de empresa o ámbito inferior- siguiera siendo la unidad típica de nuestro sistema de relaciones laborales.

En este sentido, si descendemos al análisis de los datos sobre negociación colectiva del período analizado, la fisonomía del tejido negocial que existía en el momento en el que el legislador redactó el ET en 1980, era la de un sistema de negociación colectiva en el que la unidad típica estaba radicada en el nivel de empresa (en 1981 representaba el 65,9% de la negociación colectiva en España), en tanto que el ámbito negocial sectorial provincial se conformaba como la unidad contractual preferente en cuanto al número de trabajadores cubiertos por este tipo de negociación (en 1981 representaba el 48,1% de los convenios colectivos en función de la población laboral cubierta por convenio)[23].

La evolución del sistema de negociación colectiva durante el período de desarrollo y asentamiento del sistema democrático de relaciones laborales español, y que abarcaría el arco temporal comprendido entre los años 1981 a 1994, una primera consideración a realizar es que en el mismo se produce un incremento muy destacado de los procesos de negociación colectiva que dan lugar a la suscripción de convenios y acuerdos colectivos. Se llega a duplicar la contratación colectiva[24], aunque esta situación no encuentra un reflejo equivalente en cuanto a las diferentes unidades de negociación. Así, el número de convenios colectivos de ámbito de empresa o inferior mantiene durante este período un crecimiento mantenido, representando el 72,40% del total de convenios colectivos negociados en 1992[25].

Por contra, la negociación colectiva de ámbito sectorial provincial sufre una lenta regresión que, aunque no se puede considerar como brusca, sin embargo sí que refleja un retroceso evidente de hasta algo más de tres puntos porcentuales: para el período 1981-1993, los convenios colectivos sectoriales provinciales representaban en 1981, un 28,5% del total de convenios, pasando en 1993 a suponer el 25,2% del total[26].

[23] Vid. Valdés Dal-Ré, F.: *"Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos"*, op. cit., pág. 77.

[24] Vid. CES: Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España. Año 1999, CES, Madrid, pág. 297.

[25] Vid. CES: Memoria sobre la situación socioeconómica y laboral de España. Año 1999, op. cit., pág. 298.

[26] Ibidem, pág. 299.

En cuanto a la negociación colectiva de ámbito interprovincial, en el período estudiado se aprecia la estabilidad de los datos referidos a esta unidad contractual, representando en 1985 un 0,57% del total de convenios negociados, cifra que prácticamente se repite casi una década después, suponiendo en 1992 un 0,59% del total[27].

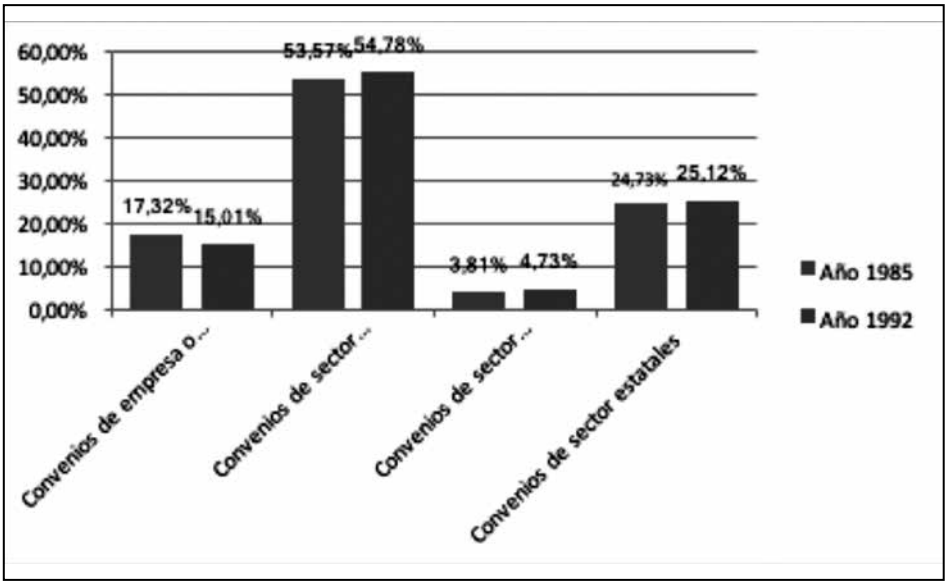
Por último, en cuanto a la negociación colectiva a nivel estatal, comparte una situación equivalente a la reflejada respecto de los convenios colectivos interprovinciales, manteniéndose en una situación de estancamiento sus porcentajes respecto del total de convenios colectivos suscritos en tal período. Así, si en 1985 suponían el 1.32% del total, tales porcentajes se mantienen en la atonía, pues la cifra de convenios colectivos estatales respecto del total de convenios colectivos alcanzados en 1992 representa un 1.33%[28].

Si el análisis se traslada a la dimensión de las tasas de cobertura de la negociación colectiva, lo cual es, a nuestro juicio, un elemento a valorar de especial relieve ya que se pasa de la perspectiva puramente cuantitativa, esto es, de los datos sobre convenios colectivos suscritos y las unidades contractuales en las que ellos se realizan, a una dimensión más cualitativa, por cuanto que ello nos pone sobre la pista de cuál es la incidencia que tales ámbitos o unidades negociales tienen respecto a los trabajadores incluidos dentro del ámbito funcional y territorial por ellas determinado.

En tal sentido, respecto de los mencionados porcentajes de trabajadores incluidos en cada unidad negocial en relación con el total de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva, los datos del período analizado se representan en el siguiente gráfico:

[27] Ibidem, pág. 300.
[28] Ibidem, pág. 300.

Gráfico 1: TASA DE COBERTURA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS POR ÁMBITO FUNCIONAL Y TERRITORIAL



Fuente: Elaboración sobre los datos de los Anuarios Estadísticos sobre negociación colectiva. MTSS y MTAS

Como se puede apreciar, la tasa de cobertura de la negociación colectiva de ámbito de empresa o inferior viene a caracterizarse durante el período analizado por, en primer lugar, contar con un relieve moderadamente modesto dentro del sistema de negociación colectiva española, en tanto que si en 1981 dicha tasa se encontraba en un 20,94%, la misma se retrae a un 17,32% en 1985, y sufre una disminución lenta pero progresiva que la sitúa en 1992 en un 15,01%; y, en segundo término, dicha unidad contractual, como se ha indicado, en poco más de quince años desde que se inició el actual período democrático de las relaciones laborales en España, ve cómo va reduciéndose su peso cualitativo en cuanto a la incidencia que sus previsiones tienen respecto a la población trabajadora que se encuentra cubierta bajo el ámbito de la negociación colectiva, retrocediendo en hasta seis puntos porcentuales.

Por el contrario, la negociación colectiva sectorial cuenta con una dinámica diferente en relación a las variaciones de la tasa de cobertura en este período, puesto que en todos los casos la misma se incrementa en torno a un punto porcentual a lo largo de estos años. Y así, la negociación sectorial provincial cuenta con una tasa de cobertura en 1985 del 53,57%, incrementándose al 54,78% en 1992; los convenios colectivos sectoriales interprovinciales tienen una tasa de 3,81% en 1985, y de 4,73% en 1992; y, en fin, los convenios

colectivos sectoriales estatales cubren al 24,73% en 1985, elevándose esta cifra hasta el 25,12% en el año 1992.

Por tanto, si bien las tasas de incremento en tales ámbitos contractuales son muy modestas, en todo caso lo que hay que resaltar a la vista de tales datos es cómo los niveles contractuales sectoriales representan en España las unidades con mayor peso específico en cuanto a los índices de cobertura de la población laboral, contando en este punto con un especial protagonismo los convenios sectoriales provinciales, ya que alcanza a casi la mitad de los trabajadores cubiertos por la negociación colectiva. Y, partiendo de ello, si sumamos los diferentes porcentajes de cobertura de todos los convenios sectoriales, nos encontramos con que representan un total de casi el 85% de los trabajadores cubiertos por la negociación, lo cual no puede más que llevar a afirmar que los mismos se conforman en los auténticos marcos reguladores de nuestro sistema de relaciones laborales.

Dentro de este panorama negocial se produjo, como hemos destacado anteriormente, la primera gran reforma del marco jurídico de la negociación colectiva en España, materializada a través de la Ley 11/1994. En ella se apuesta por el repliegue de la acción normativa del Estado en materia de las relaciones laborales incentivando el garantismo colectivo como eje normador del sistema de relaciones laborales. Desde tal planteamiento se incide con especial calado en materia de estructura de la negociación colectiva, lo cual se articula en torno a un doble movimiento con aparente contraposición de lógicas jurídico-negociales. De un lado, el primero de tales ejes de reforma fue el del impulso de los ámbitos negociales de empresa, por un lado, a través de uno de los posibles productos de la negociación colectiva, como fueron los conocidos como acuerdos colectivos de empresa, salpicándose el marco legal de regulación de buena parte de las instituciones jurídicas laborales de previsiones que hacían un llamamiento a su tratamiento a través de esta modalidad de acuerdos colectivos; y, por otro, a través de los sistemas de descuelgue a nivel de empresa de las previsiones en materia salarial contenidas en los convenios colectivos de ámbito sectorial que le fueran de aplicación. En cuanto al segundo de los ejes de reforma se articula sobre la promoción de la tendencia negocial hacia la centralización contractual y la constitución de nuevas unidades de negociación de ámbito estatal, a lo cual contribuyó la supresión de las ordenanzas laborales que debería llevar al nacimiento de nuevas unidades negociales centralizadas. No obstante, aun inscribiéndose en tal línea la reforma del art. 84 ET, por cuanto hay una indudable apuesta por las unidades contractuales sectoriales, sin embargo, en esta dualidad de planteamientos contrapuestos que define la reforma laboral de 1994, se aprecia a la misma vez la promoción de un proceso de descentralización con diversidad de posibles alcances, por cuanto que se abre a los ámbitos inferiores al estatal

pero superior al de empresa la regulación autónoma de específicas materias laborales, y por tanto, la viabilidad de una negociación colectiva sectorial de ámbito territorial autonómico y provincial.

Tal planteamiento de política jurídica que tiene como uno de los objetivos principales el de modificar el curso del modelo de estructura de negociación colectiva que venía desarrollándose hasta la fecha, hay que ponerlo en relación a la vez con la materialización de los acuerdos interprofesionales de negociación colectiva que se fueron produciendo a partir de 1997. En este sentido, los acuerdos suscritos en el período de 1997 a 2007 tienen como uno de sus objetivos principales el de favorecer una estrategia de negociación colectiva centralizadora en la que el convenio colectivo sectorial estatal se constituye en el eje central para garantizar la unidad y uniformidad en cuanto condiciones mínimas del sector de actividad. Y ello se formula a la vez con la expresa voluntad de que además dichos acuerdos vengan a desarrollar una labor de articulación negocial y de especialización funcional, de manera que a su través se permita el tratamiento especializado y descentralizado de concretos núcleos temáticos que se consideran básicos dentro de la negociación colectiva. Esta última dimensión funcional impulsada por los acuerdos interprofesionales suscritos a partir de 1997 constituye una de las novedades más señeras dentro del proceso de reorganización de la negociación colectiva que ellos mismo impulsan.

Sin embargo, hay que coincidir que tan loable fue el intento de los interlocutores económicos y sociales para con el objetivo de reorganizar la negociación colectiva, como a la misma vez hay que destacar los importantes obstáculos que para la consecución de tal objetivo se encontraron. Así se encontraron con dos elementos que obstaculizaban con especial fuerza el alcanzar tal objetivo. De un lado, las reglas del art. 84 ET que permiten que los niveles sectoriales inferiores al estatal puedan constituirse como unidades contractuales autónomas ajenas a las orientaciones sobre negociación colectiva que se marcan a nivel más centralizado, actuando como instrumentos de resistencia frente a las directrices que marcan tanto los acuerdos interconfederales como los convenios sectoriales estatales[29]. De otro, la débil disciplina en materia de actividad negocial que muestran las federaciones y asociaciones sindicales y empresariales respecto de los acuerdos que en esta materia suscribían a nivel más centralizado las grandes confederaciones sindicales y patronales españolas a las que aquellas se encuentran ligadas, mostrándose así totalmente indiferentes a los planteamientos

[29] Buen ejemplo de ello son los casos que ponen de relieve este enfrentamiento entre sujetos negociadores vinculados organizativamente a las confederaciones sindicales y patronales, y que se resuelven a favor de la fuga de la disciplina de aquellos, STS –Sala IV, de lo Social- de 28 de enero de 2004 (RJ 2004, 2180), o de 19 de julio de 2007 (RJ 2008, 293).

intersectoriales y sectoriales reflejados en acuerdos y convenios colectivos de ese nivel funcional y territorial.

A la vista de esta situación, se afirma que las patologías de las que adolecía la negociación colectiva española venían a perdurar y perpetuarse en el tiempo. La atomización y la dispersión de las unidades de negociación, así como la escasa o nula organización de las mismas, en las que hay una expresa y buscada ignorancia por parte de las diferentes unidades contractuales sobre las reglas de reparto material y de coordinación que se diseña tanto en la ley como en la negociación colectiva, hacen que se califique a nuestro sistema negocial colectivo como inmerso en un *"nuevo autismo"*[30] que imposibilita la coordinación de la de la negociación colectiva como sistema negocial racional y razonable.

Si descendemos al análisis de la experiencia negociadora colectiva en el período comprendido que abarca desde la primera gran reforma del marco legal de la negociación colectiva de España, esto es, 1994, y el año inmediatamente anterior a la segunda gran reforma legal de dicho marco jurídico, 2010, nos encontramos con los siguientes datos.

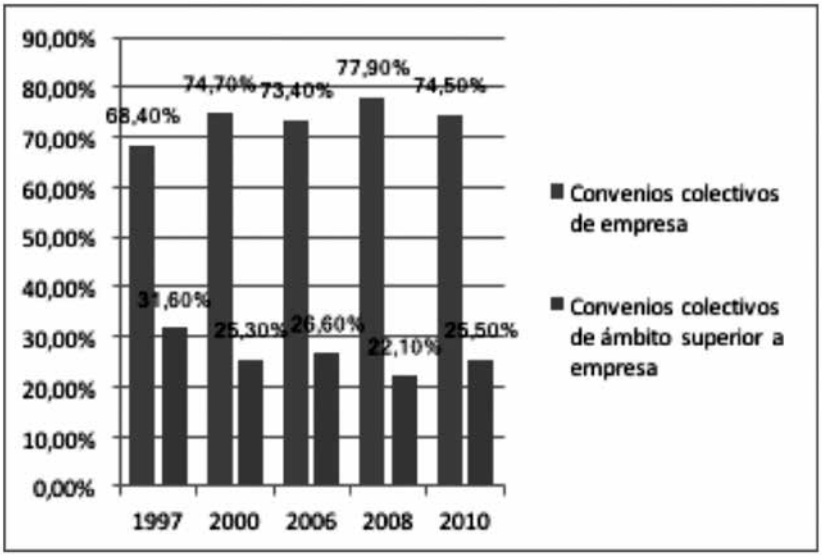
Tabla 1: CONVENIOS COLECTIVOS FIRMADOS EN EL PERÍODO 1997 A 2010

Convenios colectivos firmados						
	Total		**Convenios de empresa**		**Convenios de otro ámbito**	
Año	**Convenios**	**Trabajadores**	**Convenios**	**Trabajadores**	**Convenios**	**Trabajadores**
1997	1.940	3.645.220	1.326	331.113	614	3.314.107
2000	1.749	2.975.535	1.308	257.500	441	2.718.035
2006	1.197	2.156.114	879	232.709	318	1.923.405
2008	981	1.732.686	765	202.667	216	1.503.039
2010	605	1.022.529	451	144.600	154	877.929

Fuente: Elaboración propia sobre los datos de los Anuarios Estadísticos sobre negociación colectiva. MTSS y MTAS.

[30] Vid. Pérez de los Cobos Orihuel, F.: *"Conclusiones generales"*, en AA.VV.: *Experiencias de la negociación articulada*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2003, pág. 306.

Gráfico 2: PORCENTAJE DE CONVENIOS COLECTIVOS SEGÚN SU ÁMBITO DE NEGOCIACIÓN - PERÍODO 1997-2010



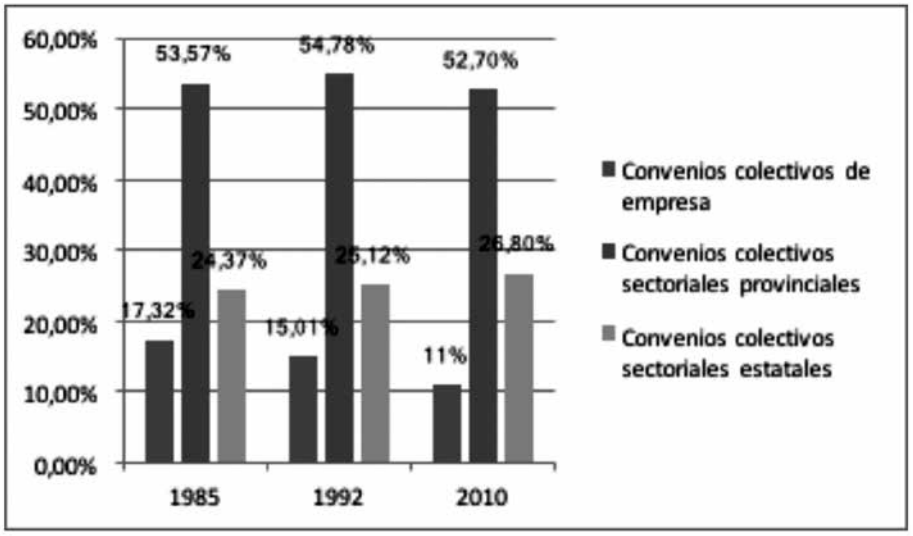
Fuente: Elaboración sobre los datos de los Anuarios Estadísticos sobre negociación colectiva. MTSS y MTAS.

De su análisis se puede afirmar que, tras quince años de vigencia del nuevo marco legal sobre la negociación colectiva prevista en el ET, su estructura apenas presenta variaciones reseñables que indiquen que se ha producido en este período un cambio en las tendencias de desarrollo de la actividad contractual colectiva desde el punto de vista de los ámbitos en la que la misma se lleva a cabo. En tal sentido, tal como se puede comprobar (tabla 1 y gráfico 2), los porcentajes de la negociación colectiva a nivel de empresa representa en este período un peso que ronda el 75% del total (1997: 68,4%; 2000: 74.7%; 2006: 73,4%; 2006: 77,9%; 2010: 74,5%), en tanto que la negociación realizada en ámbitos superiores al de empresa, de manera acumulada, representa el 25% del total de los convenios colectivos suscritos en dicho período. Y, dentro de estos últimos, la negociación colectiva a nivel sectorial provincial representa el 19%, quedando con un reducido porcentaje los convenios de ámbito autonómico (1'6%) y de ámbito estatal (1'8%).

En cambio, desde el plano de los índices de afectación y de cobertura de dicha negociación colectiva (gráfico 3), la incidencia que los convenios colectivos tienen respecto de la población trabajadora, esto es, respecto del número de trabajadores que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de un convenio colectivo y ello en contraste con el ámbito funcional y territorial definido en el

mismo, de nuevo se reitera cómo la negociación a nivel de empresa, aun siendo la que cuenta con mayor número de convenios suscritos, representa el convenio de referencia para algo más del 15% del total, manteniéndose así la tendencia a la reducción de su nivel de afectación (en 1985 alcanzaba el 17,32%, y en 1992, representaba el 15,01%). Por el contrario, sigue siendo el nivel provincial el que ámbito contractual de referencia para más de la mitad de la población trabajadora cubierta por convenio colectivo, de modo que en 2010, los convenios colectivos de ámbito provincial afectaban al 53,7% de dichos trabajadores, cifra ésta que se mantienen con una mínima variación a la baja respecto del acumulado histórico (1985: 53,57%; 1992: 54,78%). Respecto al índice de cobertura de la negociación colectiva a nivel estatal, esta se mantiene en torno a un cuarto de la población trabajadora afectada por convenio colectivo, representando en 2010 el ámbito o unidad de negociación que tenía como referencia el 28,2% de los trabajadores afectados por convenio (cifra que viene a reflejar el mantenimiento de los índices porcentuales de la negociación de ámbito estatal: en 1985 cubría al 24,73%, mientras que en 1992 lo hacía para el 25,12%)[31].

Gráfico 3: TASA DE COBERTURA DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS POR ÁMBITO FUNCIONAL Y TERRITORIAL –PERÍODO 1985-2010-



Fuente: Elaboración propia sobre los datos de los Anuarios Estadísticos sobre negociación colectiva. MTSS y MTAS.

[31] En este sentido, vid. Valdés Dal-Ré, F.: *"Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos"*, op. cit., pág. 79.

De cuanto precede, son varios los indicadores presentes en la estructura de la negociación colectiva analizada en este período que han de resaltarse. Así, de un lado, la negociación colectiva que cuenta con un mayor peso cuantitativo -referido al número de convenios suscritos-, es la de ámbito de empresa. A ella le sigue la negociación sectorial provincial, y queda a una gran distancia los convenios colectivos sectoriales estatales y autonómicos. Por más que tales índices hayan tenido ciertas variaciones a lo largo de estas tres décadas de vigencia del marco legal de la negociación colectiva, nuestra negociación colectiva se caracteriza, desde la perspectiva de la estructura contractual, por ser muy descentralizada, ya que se materializa mayoritariamente en los niveles de empresa y de sector provincial. De otro lado, tales unidades contractuales, aunque con muy distinto peso -invirtiéndose la relevancia de una y otra-, también se conforman como las preponderantes si de lo que se trata es de analizar los niveles de afectación de trabajadores, ya que representan casi las dos terceras partes del número de trabajadores cubiertos por las previsiones de un convenio colectivo. En tercer lugar, se aprecia un relevante "minifundismo negocial"[32], en tanto que hay un elevado número de convenios colectivos de empresa, siendo éstos realizados para empresas con plantillas de reducido tamaño puesto que el número de trabajadores cubiertos con ellos es poco significativo, lo cual nos debe llevar a destacar que la negociación colectiva sí que llega al tejido productivo típico de nuestro sistema productivo. Y, por último, se aprecia cómo nuestra negociación colectiva, además de ser descentralizada, presenta un elevado nivel de desarticulación y desvertebración si se analiza el nivel de desarrollo de la misma y de los contenidos en ella reflejados.

En fin, coincido con un solvente sector de la doctrina científica[33] que destaca que esta crítica sobre el anquilosamiento de nuestro sistema de negociación colectiva que se apreciaba en el marco temporal que transcurre desde 1994 hasta el inicio de la segunda década del actual siglo –y coincidente con la nueva gran reforma del sistema legal de negociación colectiva español-, resulta ser un tanto desmedido a la misma vez que simplificador. Como destacamos con anterioridad, las dificultades y la lentitud con la que se desarrollan los cambios en los procesos negociales y, por ende, sobre el propio modelo de negociación colectiva, no debe llevar a concluir sin más que ello se convierte en una debilidad, materializada en una patología, sin visos de solución posible. Los cambios ni se producen de forma inmediata, ni podemos esperar que se hagan con igual alcance en todos los sectores. Hay que valorar en este punto el hecho de que la intervención en

[32] Así, Valdés Dal-Ré, F.: *"Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos"*, op. cit., pág. 80.

[33] Vid., entre otros, Navarro Nieto, F.: *"La estructura de la negociación colectiva"*, op. cit., pág. 257.

los procesos negociales de sujetos colectivos negociadores que cuentan con un poder contractual concreto, respecto del cual son extremadamente celosos, provoca que la recepción de las directrices para un cambio de tendencia –para una organización y estructuración del sistema negocial- no sea ni uniforme, ni mucho menos ajena a movimientos de contestación y de rechazo. Y más, si a ello contribuye un marco legal que, cuanto menos, lo posibilita –si no es que lo incentiva-. Por ello que considero la necesidad de valorarse en este punto, tanto la actitud de los sujetos negociadores implicados, como el marco legal sobre el que ellos actúan, así como por la dificultad intrínseca que tiene la tan ansiada coordinación de la negociación colectiva como sistema -ante la cantidad de unidades contractuales y la complejidad de su articulación funcional-, para comprender que los cambios se producen y producirán en esta materia con más sosiego del que los actuales tiempos están dispuestos a asumir, produciéndose en todo caso una evidente asimetría en materia de evolución de la estructura negocial en función del sector o de los sectores ante los que nos encontremos[34].

3. LINEAS FUNDAMENTALES DE LAS REFORMAS DE 2011 Y 2012 EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UNA REFORMA ESTRUCTURAL DEL SISTEMA, PERO ¿UN CAMBIO DE MODELO?

Para poder comprender las causas y los objetivos de política-jurídica que se definieron en las reformas legislativas de 2011 y 2012, y que incidieron sobremanera en el marco legal de la negociación colectiva en España, hay que destacar el debate académico que se produjo, en primer término, en el seno de la doctrina científica económica, acerca de la incidencia que la estructura contractual puede tener en el comportamiento macroeconómico de un estado, para, en segundo lugar, ver cómo algunos de los principales posicionamientos de tales estudios se asumieron por parte de las instituciones y organismos internacionales que, de un modo u otro, han definido las políticas económicas de los países que, como es el caso de España, se han visto afectados por la gran crisis económica iniciada en 2007-2008.

En este sentido, hay que destacar la relevancia que se le ha ido concediendo por parte de la doctrina económica a las diferentes variables (ámbitos de los convenios y acuerdos colectivos, tasas de cobertura, vigencia temporal, eficacia jurídica y personal, fórmulas convencionales sobre indexación salarial, etc.) que

[34] Para un estudio solvente sobre las diversas tendencias sectoriales en la ordenación de la estructura de la negociación colectiva, vid. Navarro Nieto, F.: *"La estructura de la negociación colectiva"*, op. cit., págs. 262 y ss.

se encuentran ligadas a la estructura de la negociación colectiva de un determinado sistema de relaciones laborales, advirtiendo que ello tiene una especial influencia sobre el comportamiento macroeconómico[35].

Así, en función al grado de centralización mayor o menor de la estructura contractual se considera, al menos desde la perspectiva teórica, que ello puede repercutir, entre otros aspectos, en la eficiencia de los procesos de internalización de las externalidades, además de las propias tasas de empleo.

Teniendo ello en consideración, y en tanto que se contaba en España con modelo de estructura de la negociación colectiva que presentaba, como hemos tenido ocasión de reseñar en cuanto nos precede, unas características muy definidas en los años previos al inicio de la crisis económica iniciada en 2008 y que con tanta virulencia ha golpeado y golpea aún a nuestra sociedad, no resulta difícil comprender como un sector de la doctrina económica y jurídico-laboral, apoyada por grupos de presión con un marcado perfil ideológico, y todo ello revestido por los posicionamientos que en materia económica se definían con meridiana claridad por parte de las instituciones internacionales y europeas (Banco Mundial, Fondo Monetario Internacional, OCDE, Banco Central Europeo…), postulara la necesidad de acometer un proceso de reformas legislativas que modificara el curso de desarrollo de la mencionada estructura contractual.

Las presiones que se produjeron sobre España y los resultados que las mismas han tenido en la materia que aquí nos importa son de sobra conocidos. La estructura de la negociación colectiva se analizaba como uno de los elementos clave sobre los que debía actuarse, y ello se aceptaba, no sin ciertos recelos, por los propios agentes económicos y sociales, los cuales, si bien partían de que tal intervención debía realizarse como un proceso planteado y gestionado desde la propia acción autónoma de las partes implicadas en las relaciones laborales, sin embargo, se comienza a admitir la idea de una intervención heterónoma en la materia aunque modulada por un previo pacto bilateral que, de un lado, legitimara tal actuación legislativa, y, de otro, trasladara el sentir y posicionamiento de los sujetos colectivos en una cuestión tan sensible como la estructura, articulación y coordinación de la negociación colectiva. De igual modo, también se asume por aquellos el protagonismo que debe otorgarse en el marco negocial a las unidades

[35] Destacando esta perspectiva y remitiéndonos, en este punto, al trabajo en el que se recoge los planteamientos y estudios más relevantes de la doctrina económica sobre esta cuestión, vid. Calvo Gallego, F.J.: "El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura de la negociación colectiva", op, cit., págs. 134 y ss. Igualmente dentro de la doctrina iuslaboralista, vid. Mercader Uguina, I.: "Análisis factorial y mecanismos de articulación jurídica de la estructura de la negociación colectiva", en Estudios Financieros. Revista Trabajo y Seguridad Social, 362-2013, págs. 18 y ss.

contractuales de empresa, avalando así la tendencia iniciada con la reforma laboral de 1994 de la que fueron contestatarios de manera muy señera.

Tanto en las "Declaraciones para el Diálogo Social" de 2004 y 2008, como en los "Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva" de 2005 y 2007, y, especialmente, en el "Acuerdo Bipartito sobre Criterios Básicos para la Reforma de la Negociación Colectiva" que formaba parte del "Acuerdo Social y Económico" de 2 de febrero de 2011, así como en el "Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-2012", se reconocía sin ambages que la negociación colectiva española cuenta con importantes problemas de estructura y de vertebración, que requiere la necesaria racionalización y estructuración más adecuada *"de los convenios colectivos, potenciando asimismo la negociación colectiva en el ámbito de la empresa"*, adscribiéndose en este proceso un papel esencial a los acuerdos y convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal, o, en su defecto, de ámbito autonómico como instrumentos privilegiados para la vertebración de la negociación colectiva.

Por todos es conocida la deriva formal y material que tuvieron estos planteamientos, y cómo repercutieron en los contenidos finales de las normas reformistas del marco normativo de la negociación colectiva. Y ello no tanto en relación a la realizada por el RDL 7/2011, que si bien se adopta de manera unilateral, sin embargo, desde una perspectiva material, la norma asume buena parte de los posicionamientos adoptados durante el fallido proceso de negociación, y que hacía en gran medida suyos los contenidos del pacto no escrito ni formalizado por las partes[36]. Ello permite entender el porqué de que los interlocutores sociales suscribieran con posterioridad dos acuerdos -"II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014", y el "V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos colectivos laborales"- que integran la lógica que define a la reforma laboral de 2011, y cómo los mismos se vehiculizaban como barrera frente a la nueva reforma laboral que se planteaba con el cambio de gobierno y la llamada -más formal que real- al diálogo social.

Por más que se asumieron por los agentes sociales compromisos definidos en materia de contención salarial, de adecuación de la estructura contractual a los requerimientos empresariales y de reforzamiento de los procedimientos autónomos de resolución de conflictos laborales, el Ejecutivo ni los consideró suficientes y ni creíbles, y menos aceptó las llamadas de aquellos a que tales compromisos se asumían de manera cierta, a fin de poner de relieve que la gestión

[36] Así, vid. Cruz Villalón, J.: *"Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012"*, en AA.VV. (Prados de Reyes, F.J., coord.): *Reformas estructurales y negociación colectiva. XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, CARL, Sevilla, 2012, págs. 27 y ss.

de la negociación colectiva debería hacerse en todo caso con la intervención activa de las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, desaconsejándose, de este modo, cualquier voluntad de reforma legal adoptada de manera unilateral. Se afronta así una nueva reforma del sistema de negociación colectiva sin aceptarse vinculación alguna a cuanto se había legislado ni acordado de manera explícita e implícita hasta el momento.

Teniendo presente tal contexto, las reformas laborales de 2011 (RDL 7/2011) y de 2012 (RDL 3/2012 y la posterior Ley 3/2012) tienen como una de las principales líneas de acción político-jurídica la de abordar la revisión de una de las instituciones clave del modelo de relaciones laborales español: la negociación colectiva y su marco regulador. El mismo se había mantenido prácticamente inalterado desde que se aprobó el ET en 1980, aunque no es del todo correcto afirmar sin alguna puntualización que no se hubiera incidido sobre éste a lo largo de todo este período. La reforma laboral de 1994 sí que había afectado con un importante alcance sobre el régimen legal de la negociación colectiva –especialmente con las previsiones sobre descuelgue –salarial- convencional y la concurrencia, además de la apertura de un espacio negocial expreso para los acuerdos colectivos de empresa-, aunque, en todo caso, no con la entidad modificadora que ambos procesos de reforma han conllevado[37].

Ambas reformas se han caracterizado por haber incidido sobre la totalidad de los ejes centrales del sistema legal de negociación colectiva español: legitimación negocial, proceso de negociación colectiva, contenidos negociales, eficacia jurídica de los convenios y acuerdos colectivos, estructura y reglas de concurrencia. Y, si bien la afectación sobre todos ellos tiene un diverso calado y entidad, en todo caso se puede afirmar que la misma se trata de una reforma estructural del mencionado sistema contractual colectivo, lo cual nos lleva a remarcar que queda fuera de toda duda el que la misma conllevará una especial repercusión sobre el devenir de la negociación colectiva en España.

En cuanto a los contenidos reformados que de un modo u otro inciden sobre el sistema de negociación colectiva, destacándose con carácter previo que los mismos han sido muy numerosos y diversos en cuanto a su alcance y materialización normativa, los mismos podríamos estructurarlos en los siguientes bloques de materias[38]:

[37] Se destaca que estas han sido las dos primeras ocasiones en las que la reforma laboral se orienta directa y expresamente hacia el Título III ET y, por tanto, al régimen de negociación colectiva. En este sentido, vid. Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012", op. cit., pág. 29.

[38] En este punto seguimos la estructura de análisis que adopta el profesor Cruz Villalón respecto de los bloques de contenidos que respecto del régimen legal del sistema de negociación co-

1. La preferencia aplicativa de los convenios colectivos de empresa.
2. La reordenación de los mecanismos de descuelgue de las condiciones laborales previstas en convenios colectivos, ampliando e impulsando los mismos.
3. La revisión del alcance de la ultraactividad de los convenios colectivos y del sistema de cobertura de vacíos ante la pérdida de vigencia de aquellos.
4. Perfeccionamiento de las reglas de legitimación negocial del convenio colectivo.
5. Revisión de los contenidos que pueden ser objeto de negociación en los convenios colectivos e impulso de una diferente forma de relación entre la ley y el convenio colectivo.

De todos ellos, en cuanto a lo que en este estudio nos atañe, nos debemos centrar en el análisis de aquellos bloques que de forma directa o indirecta tiene una especial incidencia en cuanto al diseño y materialización de la estructura contractual colectiva en el sistema de relaciones laborales español.

3.1. La preferencia aplicativa de los convenios colectivos de empresa y las nuevas reglas de ordenación del sistema de unidades contractuales

Primero la reforma laboral de 2011, y después la llevada a cabo en 2012, ambas responden a una línea de política legislativa que plantea la necesidad de un cambio en el desarrollo de los procesos de negociación colectiva en cuanto a las unidades y ámbitos en los que los mismos se materializan. A tal fin se reformulan las reglas que hasta el momento venían prevista sobre la articulación y solución de conflictos aplicativos en los supuestos de concurrencia entre convenios colectivos con distintos ámbitos de aplicación.

Dentro de esta línea se integrarían tres grupos de previsiones legales, con técnicas jurídicas diversas, y que inciden con desigual alcance y contenido sobre la ordenación del sistema de unidades contractuales y el principio de libre elección de las mismas que se establece como eje axial de nuestro sistema de negociación colectiva. En tal sentido, aun cuando no es objeto de este estudio el análisis detallado de todos los aspectos que se desprenden de la nueva y en muchos casos complicada regulación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, sí que entendemos necesario resaltar aquellos vectores que, a nuestro juicio, pueden jugar de manera directa e indirecta en favor de un mayor desarrollo de la negociación colectiva a nivel de empresa.

lectiva han sido objeto de reforma legislativa en 2011 y 2012. Así, vid. Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012", op. cit., págs. 36 y ss.

En primer lugar, nos encontramos la previsión que establece la preferencia aplicativa de los convenios colectivos de ámbito de empresa frente a cualquier convenio colectivo (art. 84.2 ET). Desde el punto de vista técnico jurídico, la misma se articula como norma de orden público laboral, esto es, con carácter de derecho necesario absoluto, excluyendo así cualquier previsión convencional que limite el alcance de tal preferencia en favor de las unidades contractuales de ámbito de empresa (art. 84.2.3º ET).

El legislador define además qué unidades contractuales habría que incluir dentro de tal preferencia, destacando así que también se gozarán de esta prioridad aplicativa los convenios colectivos de grupos de empresa, así como los convenios de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el art. 87.1 ET (art. 84.2.2ª ET). Nada dice, por el contrario, respecto de otras posibles unidades negociales que por su naturaleza y funcionalidad podrían incorporarse a esta preferencia aplicativa, como son los convenios colectivos de empresa para un grupo de trabajadores con un perfil profesional específico –los conocidos como convenios franja-, así como los convenios colectivos de centro de trabajo. A este respecto, a mi juicio, juega en contra de aceptar la extensión de esta regla a los convenios colectivos negociados en tales unidades el que el legislador, cuando así lo ha entendido preciso, ha concretado que dentro de dicha preferencia se ha de entender también comprendidas las unidades contractuales de los grupos de empresa y de las uniones de empresas, y nada ha indicado sobre estas otras unidades de negociación. En segundo lugar, por cuanto que si tal extensión se aceptara, se estaría permitiendo que hubiere diferentes marcos jurídicos reguladores de las condiciones de trabajo en una misma empresa que tuviere dos o más centros de trabajo con convenio colectivo propio, e incluso, que uno o más de dichos centros se rigiera por un convenio colectivo sectorial –del ámbito que fuere-, y otro u otros centros de la misma empresa tuvieren un convenio colectivo propio con diferentes previsiones sobre las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores de sus plantillas. Y, en fin, que dado que tal previsión legal restringe, de un lado, el principio de autonomía colectiva de los sujetos a la hora de seleccionar la unidad de negociación colectiva en la que se pretende negociar, así como, de otro, también afecta sobremanera al principio de autonormación de los sujetos colectivos representativos en ámbitos interprofesionales y sectoriales, estatales y autonómicos, para la ordenación del sistema de negociación colectiva, su estructuración, así como la determinación de las reglas de solución de los supuestos de concurrencia convencional conflictiva, nos lleva a desechar la viabilidad jurídica de una posición interpretativa que extienda la regla de prioridad de los convenios

colectivos de empresa frente a las restantes unidades contractuales prevista en el art. 84.2 ET[39].

Cuando el legislador define este espacio de negociación colectiva privilegiado en cuanto a su prioridad de aplicación frente a otros, sin embargo, no lo hace de manera omnicomprensiva respecto de las posibles materias a tratar por tal unidad de negociación, por cuanto que, como se sabe, se prevé respecto de un listado tasado de materias. Ello nos lleva a plantearnos una serie de reflexiones: en primer lugar, el que el legislador, en este punto modifica la técnica legal utilizada hasta el momento, postulándose aquí como una norma de derecho imperativo relativo, por lo que no se impide en este caso que la negociación colectiva a nivel interprofesional y sectorial pueda ampliar dicho listado de materias.

En segundo lugar, las materias seleccionadas por la norma se conforman como todas aquellas que pueden valorarse como que afectan a los elementos esenciales o clave de las relaciones laborales y, por ende, afecta a los que se interpretan como esenciales dentro del equilibrio de los pactos suscritos entre las partes, desestabilizándose así la propia lógica contractual que define a la negociación colectiva alcanzada en los niveles superiores al de empresa.

En tercer lugar, ello no impide que a través de la negociación colectiva sectorial, y a fin de preservar el equilibrio entre los sacrificios mutuos que las partes plasman en todo acuerdo, se pueda establecer diferentes regímenes jurídicos sobre las materias acordadas, de forma que en el supuesto que se produjese la aplicación de la regla legal de preferencia aplicativa de un convenio colectivo de empresa, en tal caso se aplicase un régimen jurídico diferenciado y más gravoso al objeto de con ello compensar la "huida" de la empresa hacia un convenio propio con condiciones laborales menos beneficiosas y garantistas para los trabajadores.

En cuarto lugar, no cabe duda que la configuración de esta regla de preferencia aplicativa viene a tener una finalidad similar a la del mecanismo del descuelgue previsto en el art. 82.3 ET, en tanto que ambas tiene una lógica ligada a la adaptabilidad o de flexibilidad interna que posibilite un tratamiento singular que permita en la empresa aplicar una regulación convencional propia,

[39] En similares términos, vid. Casas Baamonde, M.E.: *"La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa"*, en AA.VV.: *Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*. Observatorio de la Negociación Colectiva. Lefebvre-CCOO, Madrid, 2016.

En el mismo sentido, también se ha pronunciado los Tribunales de Justicia, así vid. STSJ Madrid de 18 de mayo de 2015.

Con un posicionamiento diferente, vid. Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012", op. cit., pág. 37.

separada o distinta de la prevista en el convenio colectivo sectorial, afectando a materias centrales de las relaciones jurídico laborales, aunque si bien el alcance material de uno y otro mecanismo es diferente. En cualquier caso, lo que aquí importa es que ambos pueden actuar de mecanismos de incentivación hacia la permanencia en el tiempo de unidades negociales de empresa, puesto que, si bien aparecen o pueden aparecer para solventar necesidades puntuales de la empresa, sin embargo, ello puede provocar que a raíz de tal experiencia se consolide como tal la unidad contractual.

En quinto lugar, y ligado a lo anterior, es oportuno resaltar que los convenios colectivos de empresa que nacen bajo el paraguas incentivador de la previsión legal del art. 84.2 ET, pueden reducir el espacio de desarrollo de otra de las manifestaciones legales que conllevan un impulso decidido a la negociación a nivel de empresa. Nos referimos con ello a los acuerdos colectivos de empresa, los cuales comparten también lógica con los convenios colectivos de empresa a los que se les reconoce prioridad aplicativa respecto de algunas materias. En buena lógica habría que entender que con el desarrollo de estas nuevas unidades contractuales se reduce el margen de operatividad práctica de los acuerdos colectivos de empresa que, por definición, tiene el objetivo de regular materias puntuales de las relaciones laborales. Y, además, dado que la prioridad se reconoce sólo para los convenios colectivos de empresa, se privilegia aún más por el legislador esta vía de adaptación de las condiciones de trabajo, frente a otras vías como la de los acuerdos colectivos de empresa, ya que ellos no gozan del privilegio de la prioridad aplicativa prevista en el mencionado art. 84.2 ET.

Por último, no hay que olvidar que el favor legislativo que se materializa con esta previsión tiene un efecto de largo alcance, en tanto que la limitación de contenidos que conlleva el listado cerrado para el que se reconoce la prioridad ha de ser vista como una limitación temporal, puesto que tal limitación se produce durante el período de vigencia del convenio sectorial, de forma que en el momento de la renovación del convenio colectivo sectorial se podrá producir la aplicación e incorporación del total de los contenidos previsto en el convenio colectivo de empresa.

Como segundo de los grupos de previsiones legales que inciden sobre la ordenación del sistema de unidades contractuales, habría que destacar el referido al debilitamiento del papel y del alcance de los acuerdos colectivos interprofesionales y sectoriales sobre la estructuración de la negociación colectiva. Si bien, la reforma laboral de 2011 pretendía, sin lugar a dudas, otorgar centralidad a tales acuerdos, convirtiéndolos en la piedra angular para el gobierno de la estructura de la negociación colectiva, sin embargo, la reforma laboral de 2012, sin modificar nada de esta previsión, sí que la limitó

de manera importante cuando vino a prever la comentada prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa. En consecuencia, el margen de acción para el gobierno de las relaciones interconvencionales dentro de uno o varios sectores de actividad que les resta a los mencionados acuerdos interprofesionales y convenios sectoriales es el de el de definir las reglas de concurrencia entre los propios convenios colectivos sectoriales, así como con los convenios colectivos de empresa, de grupos de empresas y de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas, y siempre que tales reglas no afecten a las materias previstas en el referido art. 84.2 ET. Con la nueva redacción del art. 83.2 ET, interpretado de manera conjunta con las previsiones del art. 84, párrafos 2º, 3º y 4º, se puede afirmar que hay, de un lado, un afianzamiento de la labor de gobierno de la estructura convencional para con las unidades contractuales interprofesionales y sectoriales estatales y de comunidad autónoma; en segundo término, no se establece entre los ámbitos estatal y de comunidad autónoma ningún criterio expreso de preferencia ni jerarquización; en tercer lugar, los convenios colectivos de empresa –siempre que se atengan a las materias previstas en el art. 84.2 ET- quedan en una situación legal de intangibilidad respecto de las mencionadas reglas de gobierno de la estructura convencional; y, en cuarto lugar, los convenios sectoriales provinciales quedan, con la nueva regulación en la materia, relegados a una posición casi testimonial en esta labor de ordenación de la actividad negocial.

Como último conjunto de previsiones legales que inciden sobre la ordenación del sistema de unidades contractuales, nos encontramos con aquellas que de un modo u otro afectan a la permanencia y desarrollo de los convenios colectivos sectoriales provinciales. En este sentido, y enlazando con lo dicho antes, la preferencia aplicativa de los convenios colectivos sectoriales no menciona a los convenios cuyo ámbito negocial territorial es el provincial, lo que conlleva que en este punto tenga prioridad los convenios sectoriales estatales y de comunidad autónoma, salvo, claro está, que estos mismo prevean lo contrario en las reglas sobre estructuración negocial –lo cual, por otra parte, es poco probable-.

En segundo término, los convenios colectivos sectoriales provinciales son objetivo expreso dentro de la acción legislativa para la expansión de los convenios colectivos de empresa, en el sentido de que los destaca como unidad contractual que se posterga en su aplicación frente a los convenios de empresa –y ello lo hace la norma cuando alude de manera específica a los convenios de "ámbito inferior", además de los convenios colectivos sectoriales estatales y autonómicos-.

Analizadas de manera conjunta ambas previsiones, se puede comprender que hay una decidida voluntad del legislador de arrinconar la actividad negocial de ámbito provincial, quedando limitado, por arriba, por los convenios

sectoriales estatales y autonómicos y, por abajo, por los convenios colectivos de empresa. Ello, además, si se extrapola a la realidad de la negociación colectiva española, en la que los convenios colectivos sectoriales provinciales son el nivel contractual más determinante en el sistema de relaciones laborales, por su peso numérico y su alcance en materia de cobertura de trabajadores, se comprende cuál es uno de los objetivos principales de los procesos de reforma legal de la presente década.

El nuevo modelo de sistema de negociación colectiva española se pergeña así, desde la letra de la ley, sobre dos núcleos: los niveles contractuales de empresa y sectorial estatal y/o autonómico. Otra cosa será lo que suceda en el plano de la práctica diaria contractual colectiva, puesto que tal definición de la estructura negocial se ha de casar con otra multiplicidad de factores que inciden sobre aquélla y que hará que el proceso de adaptación a esta nueva realidad legal sea largo, no exento de dificultades y sin que se haya dicho aún la última palabra sobre la posible reversión de tales opciones de política legislativa.

Sobre esto último, interesa destacar una reciente previsión legislativa que vendría a contraponerse a la prioridad aplicativa de la negociación colectiva de empresa cuando exista y regule las materias a las que se refiere el art. 84.2 ET. En concreto, nos referimos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 9/11/2017), en la que en sus arts. 122, 149 y 202, se establece una serie de referencias expresas a los convenios colectivos sectoriales que, a nuestro juicio, podría interpretarse como una posible nueva línea de política jurídica que, aunque por vía indirecta –ya que se trata de una norma de Derecho Administrativo-, viniera a revertir aquella actuación legislativa en materia de estructura de la negociación colectiva. El hecho de que en diferentes preceptos de esta norma se establezca la obligación del adjudicatario de un contrato del sector público de cumplir con las previsiones establecidas en el convenio colectivo sectorial de aplicación, además de excluir ofertas que sean anómalamente bajas por vulnerar tales convenios colectivos, y, en fin, la obligación de establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares una condición especial de ejecución entre las que se enumera el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales, no es más que una viva muestra de, por un lado, una manifiesta línea de política del derecho que recupera la vertiente garantista de los derechos de los trabajadores que preside la lógica convencional colectiva a nivel sectorial, y, de otro, la distinta realidad parlamentaria en la que se encuentra el grupo político que impuso la reforma laboral de 2012. Desconocemos si ello quedará como un mero amago legislativo en pos de una

contrarreforma laboral en materia de estructura contractual, o es la primera de las piedras sobre la que se sustentará aquella[40].

3.2. Los mecanismos de descuelgue de las condiciones laborales previstas en convenios colectivos

Como segundo de los bloques normativos que las reformas de 2011 y 2012 se pueden analizar con un definido perfil de impulso de la negociación colectiva a nivel de empresa, se encuentra la regulación legal que se realiza del conocido como el descuelgue de las condiciones laborales previstas en los convenios colectivos.

Diversos son los elementos que más descuellan en este nuevo marco normativo: de un lado, el que se haya reformulado esta institución, de forma que se ha desglosado en dos vertientes procedimentales en función de si el convenio que será afectado por el descuelgue es de carácter estatutario (art. 82.3 ET) o extraestatutario (art. 41 ET). En segundo lugar, el que el mismo se pueda materializar con la sola iniciativa de la empresa y sin la necesidad de contar con el acuerdo de la representación de los trabajadores. En tercer lugar, se abren los procesos de descuelgue ya no sólo frente a los convenios sectoriales sino también respecto al propio convenios de empresa. En cuarto lugar, se amplía la lista de materias que pueden ser objeto de descuelgue, además de configurarse a la misma como lista de carácter cerrado o tasada. En quinto lugar, se amplían las causas justificativas, eliminando la caracterización que con anterioridad venía definida como instrumento para situaciones traumáticas ligadas a dificultades para la continuidad y viabilidad de la empresa, de forma que a partir de la nueva redacción dada se configura como una vía normalizada para la adaptación de las condiciones de trabajo a los requerimientos de competitividad y productividad empresarial. Y, en fin, el procedimiento para la materialización del descuelgue se configura en cuatro fases que, si bien las tres primeras se pueden interpretar como diferentes dimensiones en las que se ejerce la autonomía normativa colectiva, es en la última de las fases incorporadas al texto de la norma la que se puede calificar como de intervencionista en grado extremo, estableciendo un arbitraje obligatorio público.

[40] Para un análisis detallado de tales previsiones y sus avatares en la tramitación parlamentaria, vid. Rojo Torrecilla, E.: "¿El inicio de la contrarreforma laboral? La prioridad de los convenios sectoriales en la Ley de Contratos del Sector Público (frente a la de los convenios de empresa en la Ley del Estatuto de los Trabajadores", en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/10/el-inicio-de-la-contrarreforma-laboral.html (consultado el 24 de octubre de 2017).

Es interesante resaltar que el posicionamiento de los Tribunales de Justicia en esta materia ha discurrido, hasta el momento, en sentido contrario a las nuevas previsiones legales recogidas en la comentada Ley 9/2017. En tal sentido, vid. STSJ Madrid, Sala Contencioso-Administrativo, de 7 de junio de 2017 (Roj. 6070/2017).

A la vista de cómo se ha diseñado e impulsado legalmente este mecanismo, no podemos más que resaltar el nuevo giro de tuerca que esta intervención normativa viene a articular con el principal objetivo de impulsar la unidad contractual de empresa. Más allá de constituirse en un instrumento de la tan ansiada adaptabilidad de la norma –sea del origen que sea-, y de que se opte por alcanzar tal objetivo aun relegando el papel a la negociación colectiva que debería haberse reconocido en todo caso, lo que aquí nos importa es poner de relieve el nuevo impulso que con ello se da a la unidad contractual de empresa.

Si se hace una lectura conjunta de las previsiones referidas a la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa, al descuelgue de las condiciones laborales previstas en los convenios colectivos, de la apertura de negociaciones en cualquier momento aun durante la vigencia del convenio colectivo y los muy numerosos supuestos de acuerdos colectivos de empresa, se puede llegar a la conclusión de que el dirigismo legal en materia de estructura de la negociación colectiva y el favor a la unidad contractual de empresa alcanza cotas que, en cierto modo, deben hacer reflexionar sobre la más que probable afectación del derecho constitucional a la negociación colectiva. Otro tanto se puede decir de los límites y decidida relegación que, como hemos visto, se hace por la norma respecto del papel de la negociación colectiva sectorial en nuestro sistema de relaciones laborales, eliminando así, entre otros aspectos, la uniformidad de las condiciones de trabajo, y posibilitando, por tanto, la competencia –desleal- sin medida ni límite vía devaluación de tales condiciones, en fin, la vía de normalización jurídica del *"dumping social"*.

3.3. Contenidos objeto de negociación e impulso de una diferente forma de relación entre la ley y el convenio colectivo

Por último, nos interesa en este punto reflexionar acerca de la revisión que hace el legislador reformista sobre los contenidos que pueden ser objeto de negociación en los convenios colectivos y, con ello, el impulso que se produce de una diferente forma de relación entre la ley y el convenio colectivo.

Si bien, en esta materia podría pensarse que la reforma de 2012 se presenta con un cariz de mayor respeto y preservación de la libertad de negociación de los sujetos colectivos frente a lo que fue el texto de la reforma de 2011, en el que, en unos casos, se incentivaba la negociación de concretas materias y, en otros, se establecía un deber de negociación –que no de acuerdo- sobre otras condiciones de trabajo. No obstante, cuando se hace una lectura detenida de los nuevos contenidos normativos, se observa cómo surgen muy variadas y numerosas previsiones en las que se establece un régimen legal de carácter imperativo y absoluto, cercenando espacios de negociación a las partes colectivas.

Tal planteamiento de política legislativa ha de tener indudables repercusiones, entre otras dimensiones posibles, en materia de estructura negocial. Con la reducción de espacios para la negociación, y el paralelo incremento del papel de la ley en la determinación del régimen jurídico de las condiciones de trabajo, actuando éstas como norma de orden público laboral, se desecha la hasta el momento tendencia al recurso a la técnica jurídica de la suplementariedad o supletoriedad, y con ello a la puesta en sospecha de la actividad negocial como instrumento de contrarreforma frente a las previsiones legales y los objetivos en las mismas definidos[41].

La retracción de la acción negocial colectiva que provoca tal filosofía de la relación ley-convenio colectivo, a la misma vez que la consolidación de la apertura de los espacios de negociación a las unidades "micro", bien a través de los acuerdos colectivos de empresa, bien a través de los convenios colectivos de empresa, se han de interpretar como movimientos legislativos que se inscriben en un decidido perfil de preservación del principio de rendimiento a lo largo de todo el marco jurídico laboral.

Sin ningún tipo de reparo, el legislador opta por tomar como vía para la consecución de sus objetivos la transformación del marco negocial colectivo, afectando a los elementos clave del mismo, y, en última instancia, entrando en una zona en la que no es descabellado preguntarse si se atenta contra el derecho constitucional a la negociación colectiva.

4. DEL MARCO LEGAL A LA PRÁCTICA CONVENCIONAL: ANÁLISIS DEL ESTADO DE LA ESTRUCTURA NEGOCIAL EN ESPAÑA Y EN ANDALUCÍA

Llegados a este punto, consideramos que es importante analizar el impacto que las reformas laborales de 2011 y 2012 han podido tener sobre la estructura de la negociación colectiva, centrando, en tal sentido, nuestro análisis en el nivel estatal, así como en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

Antes de acometer esta labor, sí que es preciso hacer una serie de puntualizaciones sobre las limitaciones que presentan las fuentes estadísticas procedentes de las encuestas y registros oficiales de la Administración Laboral –estatal y autonómica- y los datos en las mismas reflejados, lo cual, de un modo u otro, tendrá su reflejo sobre las conclusiones que se puedan desprender del análisis que realicemos sobre la estructura de la negociación colectiva.

[41] Así, vid. Cruz Villalón, J.: "Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva 2011 y 2012", op. cit., pág. 60.

En este sentido, como bien se ha destacado por la doctrina iuslaboralista que se ha enfrentado antes que nosotros a esta labor[42], tales fuentes presentan relevantes lagunas y carencias que provocan una no despreciable inseguridad ante los resultados finales que se pueden extraer de su estudio. Y así, en primer lugar se ha de indicar que la fuente básica de información es una agregación de diferentes datos estadísticos de convenios colectivos registrados, los cuales se proporcionan por las personas que se designan en los procesos de negociación para realizar las labores de presentación del convenio ante la autoridad laboral para su registro, depósito y publicación. Además, tales informaciones no se contrastan ni cruzan con otras que dispongan diferentes organismos públicos con competencias en el ámbito laboral y de la Seguridad Social.

Todo ello conlleva que, a pesar de la importancia de una fuente estadística como la indicada, que no tiene su parangón en muchos países de nuestro entorno, sin embargo adolece de determinadas limitaciones que provocan la inexactitud de algunas de sus variables, bien por presentar datos que no se corresponden con la realidad del tejido productivo –diferencias con los trabajadores del sector de actividad o de la plantilla de las empresas-, o bien por carecer de información sobre extremos básicos como la vigencia convencional en prórroga o en situación de ultraactividad, etc. En este sentido, es interesante tener presente que, entre otros aspectos, en materia del número de trabajadores afectados por un convenio colectivo, si se analizan los datos oficiales recogidos en las estadísticas, no se aprecia las variaciones de población trabajadora vinculada a un sector de actividad, lo que puede llevarnos a pensar que se ha extrapolado a la actualidad los datos de las hojas estadísticas precedentes, afectando así al dato de la cobertura de los convenios. Otro tanto se puede decir respecto de las situaciones de descuelgue convencional y cómo ello afecta a las tasas iniciales de cobertura, tema sobre el que las estadísticas nada precisan ni cuentan con mecanismos que corrijan tal disfunción. O, en fin, también tendríamos la situación del posible cómputo repetido de colectivos de trabajadores de una empresa a los que se les aplican para la regulación de diversas materias de sus relaciones laborales, diferentes convenios colectivos en virtud de una eventual articulación convencional que se produjere para dicho ámbito.

Igualmente, dentro de la valoración que se pueda realizar sobre la estructura de la negociación colectiva, es preciso advertir cómo una parte no desdeñable de

[42] Así, en tal sentido, entre otros, vid. Cruz Villalón, J.: *"Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo"*, en AA.VV.: Estructura de la negociación colectiva. XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Madrid, 2015, pág. 43; Calvo Gallego, F.J.: "El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura de la negociación colectiva", op, cit., pág. 152.

la misma se materializa a través de los procesos negociales de carácter informal que no acceden a las estadísticas oficiales, no computándose ni contabilizándose, lo cual, sin lugar a dudas, provoca una distorsión de las conclusiones finales que se puedan alcanzar. En este sentido, a nuestro juicio, la no "presencia oficial" de los acuerdos colectivos de empresa y de la negociación colectiva informal o extraestatutaria, con la importancia que en algunos casos tienen ya no solo a nivel normativo –con las reiteradas llamadas a los acuerdos colectivos de empresa para regular concretas materias- sino también en el plano de la práctica negociadora en el ámbito de empresa, supone una limitación de las estadísticas oficiales que debería solventarse en todo caso.

Por último, también hay que advertir que los datos estadísticos no adquieren la condición de definitivos hasta transcurridos dos años desde la fecha de la que se estiman, por lo que su toma en consideración para el análisis de situaciones tales como los que aquí nos concitan, sobre los efectos y resultados que las reformas laborales de 2011 y 2012 están provocando sobre la estructura de la negociación colectiva española, se ha de valorar de manera prudente en cuanto a que, de un lado, el arco temporal de datos definitivos se reduce a algo más de dos años desde la entrada en vigor de la reforma, y, de otro, ya hemos destacado que los cambios en materia de estructura contractual son lentos, siendo esta una materia que se singulariza por lo refractaria que es a los cambios, por lo que en cualquier caso las consecuencias del nuevo marco legal deben calibrarse con prudencia.

Teniendo en consideración las advertencias y salvedades que anteceden, nuestro análisis se realizará sobre tres aspectos que consideramos básicos para poder identificar cuáles son las líneas de tendencia sobre los que se están desarrollando los procesos de negociación colectiva y se han materializado los acuerdos y convenios colectivos subsiguientes: los niveles en los que se desarrolla la negociación colectiva, las tasas de cobertura de la misma y los índices de inaplicaciones y descuelgues convencionales.

4.1. La negociación colectiva en España: estado de situación de la estructura contractual en el período 2012-2017

4.1.1. Niveles en los que se desarrolla la negociación colectiva

En cuanto al primero de los mencionados aspectos, nos hemos de referir a una de las dimensiones clave para definir la estructura contractual de un sistema de relaciones laborales: los niveles en los que se materializan los acuerdos y convenios colectivos, así como el índice de prevalencia en cada uno de ellos.

En tal sentido, se ha recordar que en el período anterior a las mencionadas reformas laborales de 2011 y 2012, los porcentajes de la negociación colectiva a nivel de empresa representaban un peso que rondaba el 75% del total (en 2010

suponía el 74,5%), en tanto que la negociación realizada en ámbitos superiores al de empresa, de manera acumulada, representaba el 25% del total de los convenios colectivos suscritos en dicho período. Y, dentro de estos últimos, la negociación colectiva a nivel sectorial provincial alcanzaba un 19%, quedando con un reducido porcentaje los convenios de ámbito autonómico (1'6%) y de ámbito estatal (1'8%).

Pues bien, si se realiza un análisis cuantitativo de los convenios firmados en el período de referencia de este estudio -2011 a 2017- (tabla 2 y gráfico 4), se pueden extraer las siguientes consideraciones.

En primer lugar, el número total de convenios colectivos firmados a lo largo de este período no muestra una línea de tendencia uniforme (Tabla 2), puesto que se produce un incremento en el número de convenios firmados en los años 2012 y 2013 (1.580 y 2.501, respectivamente), para después iniciarse un bienio de disminución (2014: 1.859 - 2015: 1.606) y de nuevo un incremento leve en 2016 que, al parecer, puede consolidarse en el año en curso 2017.

Tabla 2: CONVENIOS COLECTIVOS FIRMADOS EN EL PERÍODO 2010 A 2017

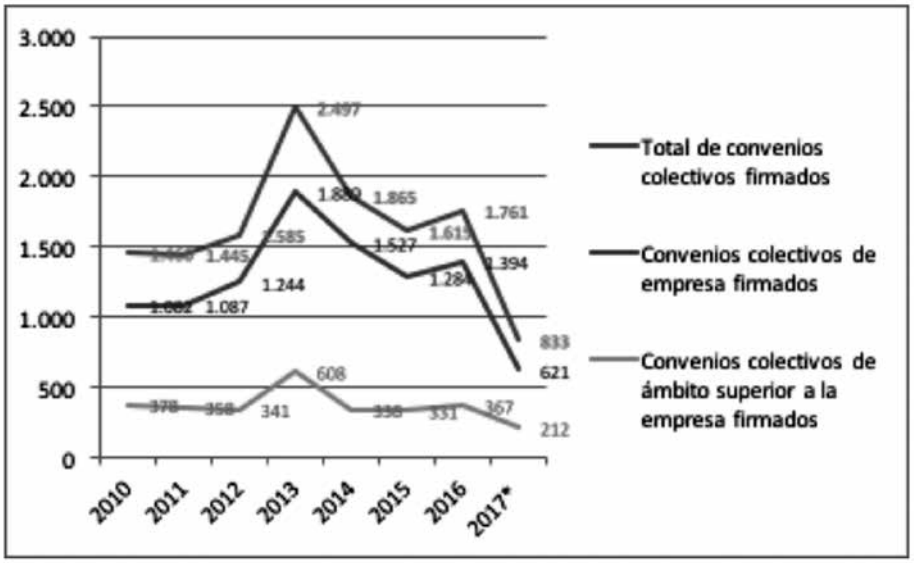
CONVENIOS FIRMADOS SEGÚN ÁMBITO FUNCIONAL					
Año	**Convenios colectivos**				
	Total	**Empresa**	**Porcentaje sobre el total de convenios**	**Ámbito superior a la empresa**	**Porcentaje sobre el total de convenios**
2010	1.460	1.082	74,11 %	378	25,89 %
2011	1.445	1.087	75,22 %	358	24,78 %
2012	1.580	1.239	78,41 %	341	21,59 %
2013	2.501	1.896	75,81 %	605	24,19 %
2014	1.859	1.522	81,87 %	337	18,13 %
2015	1.606	1.277	79,51 %	329	20,49 %
2016	1.761	1.394	79,16 %	367	20,84 %
2017* (Hasta 30 septiembre)	833	621	74,55 %	212	25,45 %

* Datos provisionales de 1 de enero a 30 de septiembre de 2017

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

En este sentido, porcentualmente, si tomamos el número de convenios firmados en 2010 como la cifra base –esto es, los 1.460 convenios firmados ese año representaría el 100 por cien-, se detecta una disminución en el número de convenios firmados del 2'1% en 2011, iniciándose a partir de ese año un bienio de incrementos muy notables -2012: 8,2% y 2013: 71,3%-, para de nuevo entrar en una fase bianual de ralentización de las tasas de incremento del número de convenios firmados -2014: 27,3% y 2015:10%-, relanzándose en fin nuevamente las tasas de firma de convenios en 2016 -20,6%-.

Gráfica 4: NÚMERO DE CONVENIOS COLECTIVOS FIRMADOS EN EL PERÍODO 2010 A 2017



Datos provisionales de 1 de enero a 30 de septiembre de 2017

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

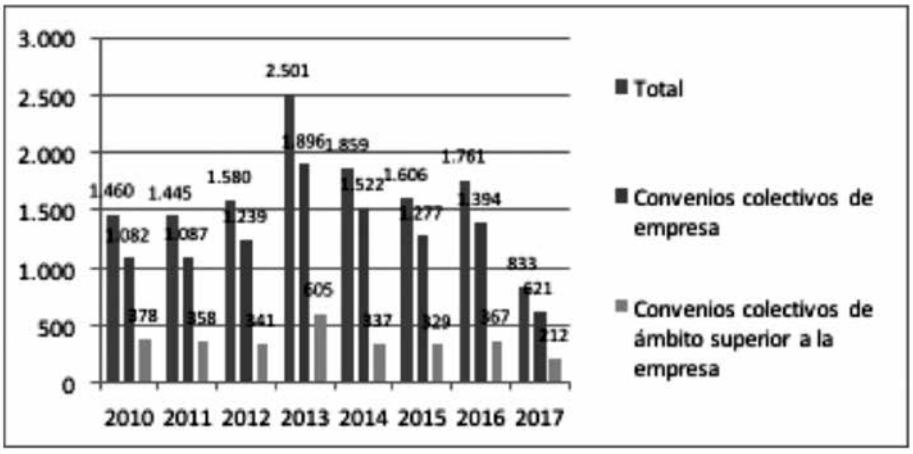
Si desagregamos estos datos según el nivel funcional (gráfico 5) en el que se alcanzan tales acuerdos, se puede afirmar que sigue siendo el ámbito de empresa el nivel en el que se produce las tres cuartas partes de la negociación colectiva realizada en España, reflejándose una tendencia creciente de aumento en su peso respecto de la totalidad anual de convenios colectivos firmados. En este sentido, en una comparativa entre el año previo al inicio del período de reformas legislativas en materia de negociación colectiva, 2010, en el que la negociación

colectiva de empresa representaba el 74,11% del total, y el año 2016, en el que la misma representaba el 79,16% de ese total, se produce un incremento de algo más de un 5%, apreciándose picos de incremento en este marco temporal de hasta 7,7 puntos porcentuales en el año 2014.

En cuanto a los convenios firmados en el ámbito superior a la empresa, los convenios colectivos sectoriales provinciales en el inicio del período analizado -2010-2017- representaban el 19,1% de la negociación colectiva en 2010, cifra que se mantiene en 2011 (19%), y que comienza un declive significativo en los siguientes años desde el 16,3% en 2012, hasta el 11,9% en 2015 o el 12% en 2016. Por el contrario, se aprecia un incremento significativo de la negociación colectiva de ámbito autonómico, pasando del 1,7% de 2010, hasta el 4,3% de 2015 o 4,46% en 2016. Por último, en relación a la negociación colectiva sectorial estatal, la misma se mantiene en un cifras similares a lo largo de este período, representando cerca del 2% del total de la negociación colectiva (2010: 1'8% - 2016: 1,7%).

Estos datos, sin embargo, hay que relativizarlos en cuanto a su alcance, por cuanto que a partir de 2012 se comenzó a aplicar una diferente clasificación estadística en virtud de la cual se pasó a considerar como convenios autonómicos los convenios de comunidades autónomas uniprovinciales que hasta el momento se venían catalogando y computando como convenios colectivos provinciales.

Gráfica 5: NÚMERO DE CONVENIOS COLECTIVOS FIRMADOS SEGÚN ÁMBITO FUNCIONAL EN EL PERÍODO 2010 A 2017



Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

Otro de los aspectos a analizar es el de la evolución de las nuevas unidades de negociación colectiva (tabla 3 y gráfico 6), en la que se aprecia un incremento sostenido del peso de la misma en relación al total anual de convenios suscritos, localizándose un aumento relevante en los años 2014 y 2015 en los que las nuevas unidades representan el 32,7% y 33,9% del total anual de convenios colectivos firmados. Estas cifras disminuyen en 2016 en 7 puntos, aunque ello debe de valorarse de manera relativa por cuanto esta cifra puede variar hasta que dichos datos se hagan definitivos.

Dentro de las nuevas unidades de negociación destaca sobremanera las materializadas en el nivel de empresa, representando en el año 2016 el 94,9% del total de nuevas unidades de negociación colectiva. Estas cifras vienen a mantenerse en cifras similares a lo largo de todo el período de estudio, situándose en una media del 95% del total de convenios firmados en nuevas unidades. Es interesante destacar como desde el inicio de la fase histórica analizada se aprecia en este ámbito funcional un aumento del 91.9% en la comparativa entre los años 2012 y 2013, manteniéndose en cifras similares en 2014, y reduciéndose en 2015 en cuanto su número, aunque no en porcentaje sobre el total anual de convenios colectivos firmado en el año, pues supone el 96,2% de ese total. Tanto en este último año como en el siguiente, sí que se observa un lento retroceso de tal fenómeno, pues frente al máximo histórico alcanzado en 2014, donde se alcanzó 576 convenios, en 2016 el número de unidades nuevas creadas en el ámbito de empresa se situó en 462.

En cuanto a las nuevas unidades de negociación realizadas en el ámbito superior a la empresa, las mismas se sitúan en torno a un 5% del total de nuevas unidades, no produciéndose variaciones relevantes en cuanto a su peso sobre el total a lo largo del período 2012 a 2017

Tabla 3: CONVENIOS COLECTIVOS FIRMADOS POR NUEVAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN EN EL PERÍODO 2010 A 2017 Y TRABAJADORES AFECTADOS

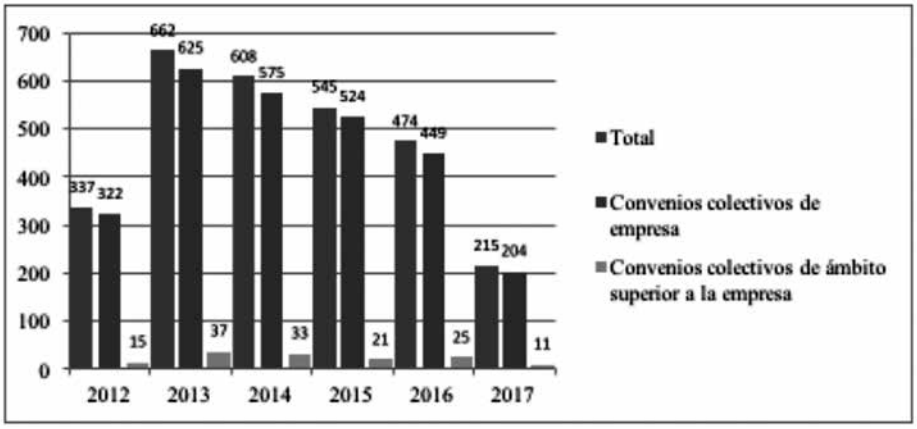
CONVENIOS FIRMADOS POR NUEVAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y TRABAJADORES AFECTADOS, SEGÚN ÁMBITO FUNCIONAL						
	CONVENIOS			**TRABAJADORES**		
AÑO	**Total/ Porcentaje sobre total anual**	**Empresa/ Porcentaje sobre total nuevos**	Ámbito superior a la empresa/ **Porcentaje sobre total nuevos**	**Total**	**Empresa**	Ámbito superior a la empresa
2012	333 (21,1%)	318 (95,5%)	15 (4,5%)	72.420	46.383	26.037
2013	647 (25,9%)	610 (94,3%)	37 (5,7%)	270.280	55.303	214.977
2014	608 (32,7%)	576 (94,7%)	31 (5,3%)	144.691	48.696	95.995
2015	548 (33,9%)	527 (96,2%)	21 (3,8%)	391.741	32.675	359.066
2016	487 (26,9%)	462 (94,9%)	25 (5,1%)	116.285	48.741	67.544
2017*	215 (25,8%)	204 (94,9%)	11 (5,1%)	72.535	17.791	54.744

* Datos provisionales de 1 de enero a 30 de septiembre de 2017

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

De manera conjunta, a la vista de los datos anuales (gráfica 5), se observa en todo caso que tras lo que podríamos denominar como una "fiebre negociadora" en nuevas unidades en los años 2013 y 2014, lo que podría encontrar su explicación en el favor legislativo para que tales situaciones negociales se produjeren –en especial, a nivel de empresa-, sin embargo, los siguientes años ponen de manifiesto que tal fenómeno va perdiendo empuje, volviéndose a la situación inicial de 2013 en cuanto a lo que representa estos nuevos procesos negociadores y los subsiguientes convenios firmados respecto del total de convenios suscritos en todo el año.

Gráfico 6: CONVENIOS FIRMADOS POR NUEVAS UNIDADES DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL PERÍODO 2012 A 2017



Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

4.1.2.Número de convenios y tasas de cobertura de la negociación colectiva

En cuanto a la segunda de las magnitudes que consideramos de importancia analizar, a fin de valorar adecuadamente cuál es la incidencia y prevalencia que la negociación colectiva tiene en función del ámbito funcional en el que la misma se produce, hay que partir de que la evolución del número de convenios colectivos y de trabajadores cubiertos por ellos se ha situado en una línea descendente a partir de 2008, rompiendo así lo que había sido un incremento constante de tales datos desde 1995.

Como se puede apreciar en la tabla 4, los convenios registrados en 2008 fueron 5.987, cifra que se reduce a partir del año siguiente -2009- en algo menos del 5% (5.689 convenios registrados), y que se mantiene en un continuado descenso hasta el año 2013 en el que se registran un total de 4.589 convenios colectivos (un 23,4% menos de convenios que los registrados en 2008). Esta tendencia se rompe a partir de 2014, volviéndose a cifras similares a las registradas en los años 2009 y 2010: 2014, con 5.185 convenios colectivos registrados; 2015, con 5.642 convenios registrados.

Si se analiza, por otro lado, el número de empresas y de trabajadores afectados por tales convenios colectivos, iguales consideraciones se pueden realizar. El año 2008 marca el nivel más alto de la serie histórica de tales valores, sufriéndose a partir de ese año una tendencia a la disminución de ambos parámetros, que alcanza hasta el año 2013, y en el que se inicia un pequeño repunte de las empresas y

trabajadores afectados por convenios colectivos, que se mantiene en 2014, y que, de nuevo, vuelve a disminuir en 2015. Es significativo el mencionado descenso, por cuanto si comparamos los dos datos más distanciados en tal serie histórica, el año 2008 frente al año 2012, los descensos alcanzan hasta un 26,62% respecto de las empresas afectadas, y un 15,62% respecto de los trabajadores afectados.

Otro tanto se puede afirmar si se valoran los datos anuales referidos a los trabajadores cubiertos según el ámbito funcional de los convenios colectivos. Así, los convenios colectivos de empresa registrados comienzan a disminuir a partir de 2008, alcanzando esta situación hasta 2013, apreciándose una disminución de 16,17% en cuanto a los convenios de empresa registrados, y un 31,25% de trabajadores cubiertos por tales convenios. En cambio, algunas diferencias se aprecian en cuanto a los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, puesto que los mismos mantienen una tendencia al crecimiento hasta el año 2008 –incluido-, en cuanto al número de convenios registrados y los trabajadores que los mismos cubren, año a partir del cual comienza a una reducción continuada de ambos parámetros, no apreciándose cambio alguno en tal tendencia hasta el momento presente. Así, en una comparativa entre al año 2008 y el año 2015 –último con datos definitivos-, se produce una reducción del 20,65% en materia de convenios colectivos registrados con ámbito superior a la empresa, y de un 12,77% respecto de los trabajadores cubiertos por tales convenios.

Tabla 4: CONVENIOS, EMPRESAS, TRABAJADORES AFECTADOS, SEGÚN ÁMBITO FUNCIONAL, POR AÑO DE EFECTOS ECONÓMICOS Y PERÍODO DE REGISTRO

	TOTAL CONVENIOS			**CONVENIOS DE EMPRESA**		**CONVENIOS DE ÁMBITO SUPERIOR A LA EMPRESA**	
Año de efectos económicos	Convenios	Empresas (miles)	Trabajadores (miles)	Convenios	Trabajadores (miles)	Convenios	Trabajadores (miles)
2000	5.252	1.198,3	9.230,4	3.849	1.083,3	1.403	8.147,1
2001	5.421	1.293,2	9.496,0	4.021	1.039,5	1.400	8.456,5
2002	5.462	1.302,3	9.696,5	4.086	1.025,9	1.376	8.670,6
2003	5.522	1.281,4	9.995,0	4.147	1.074,2	1.375	8.920,9
2004	5.474	1.282,4	10.193,5	4.093	1.014,7	1.381	9.178,9
2005	5.776	1.314,0	10.755,7	4.353	1.159,7	1.423	9.596,0
2006	5.887	1.457,0	11.119,3	4.459	1.224,4	1.428	9.894,9

2007	6.016	1.413,7	11.606,5	4.598	1.261,1	1.418	10.345,4
2008	5.987	1.605,2	11.968,1	4.539	1.215,3	1.448	10.752,9
2009	5.689	1.520,5	11.557,8	4.323	1.114,6	1.366	10.443,2
2010	5.067	1.481,1	10.794,3	3.802	923,2	1.265	9.871,1
2011	4.585	1.170,9	10.662,8	3.422	929,0	1.163	9.733,8
2012	4.376	1.162,0	10.099,0	3.234	925,7	1.142	9.173,3
2013	4.589	1.312,9	10.265,4	3.395	932,7	1.194	9.332,7
2014	5.185	1.436,9	10.304,7	4.004	867,2	1.181	9.437,5
2015	5.642	1.201,9	10.227,3	4.493	846,9	1.149	9.380,3
2016 (*)	4.782	1.209,6	10.013,7	3.752	706,2	1.030	9.307,5
2017 (*)	2.828	846,4	6.346,5	2.146	413,7	682	5.932,8

* Datos provisionales. Para el año 2017 los datos corresponden al período del 1 de enero a 30 de septiembre de 2017-

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

En cuanto a la incidencia que los convenios colectivos tienen respecto de la población trabajadora, esto es, respecto del número de trabajadores que se encuentran bajo el ámbito de aplicación de un convenio colectivo y ello en contraste con el ámbito funcional y territorial definido en el mismo (véase la tabla 5 y el gráfico 7), ya destacamos con anterioridad que la negociación a nivel de empresa, aun siendo la que cuenta con mayor número de convenios suscritos, sin embargo, viene a ser el convenio de referencia para un porcentaje no elevado de trabajadores, manteniéndose la tendencia a la reducción de su nivel de afectación: en 1985 alcanzaba el 17,32%; en 2006 lo era para el 12,1%; en 2013 lo fue para el 10,7% de trabajadores; y, en fin, en 2015 lo ha sido para el 11,2% del total de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva.

Por el contrario, sigue siendo el nivel provincial el que ámbito contractual colectivo de referencia para un sector importante de la población trabajadora cubierta por convenio colectivo, de modo que en 2010, los convenios colectivos sectoriales de ámbito provincial afectaban al 53,7% de dichos trabajadores, cifra ésta que se ha mantenido con una mínima variación a la baja en 2011 -51%-, y que a partir de 2012 sufre un importante retroceso de hasta 15 puntos porcentuales –en 2015 suponía el convenio de referencia para el 35,3% de la población trabajadora cubierta por un convenio colectivo.

Respecto al índice de cobertura de la negociación colectiva a nivel estatal, esta se ha mantenido en torno a un cuarto de la población trabajadora afectada

por convenio colectivo durante el período 1985 (24,73%) hasta 2010 (28,2%), incrementándose sus tasas de cobertura de manera continuada en los años siguientes, lo cual le ha llevado a situarse en tasas similares a la negociación sectorial provincial. De este modo, la negociación sectorial estatal representa en 2015 el ámbito o unidad de negociación que tenía como referencia el 32,2% de los trabajadores afectados por convenio colectivo.

Por último, es llamativo también el incremento de los niveles de cobertura que han experimentado los convenios colectivos autonómicos, pasando de un 9,7% de trabajadores cubiertos en 2006, a alcanzar la tasa del 21,1% de trabajadores en 2015.

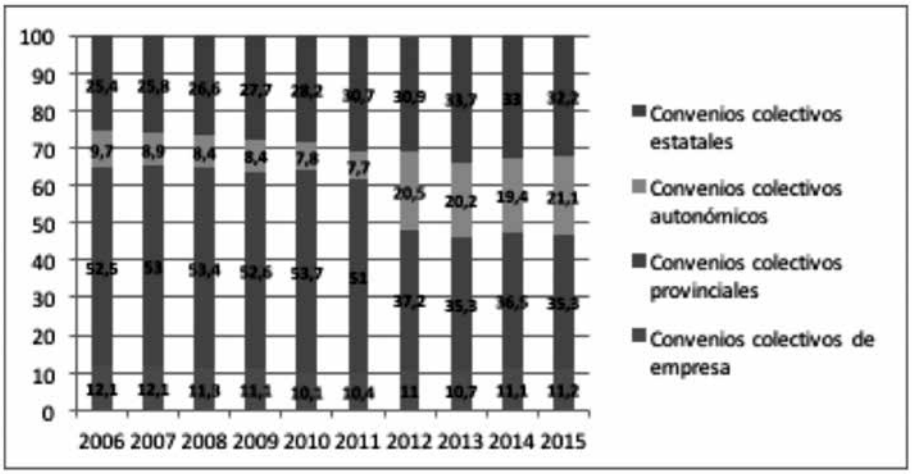
Estos datos, como se destacó, hay que relativizarlos en su alcance dado el cambio que a partir de 2012 se comenzó a aplicar en la clasificación estadística de los convenios colectivos, de modo que se pasaron a considerar como convenios autonómicos los convenios de comunidades autónomas uniprovinciales que hasta el momento se venían catalogando y computando como convenios colectivos provinciales.

Tabla 5: PORCENTAJE DE TRABAJADORES AFECTADOS SEGÚN EL ÁMBITO FUNCIONAL DEL CONVENIO COLECTIVO

AÑO	Convenios colectivos de empresa	Convenios colectivos provinciales	Convenios colectivos autonómicos	Convenios colectivos estatales
2006	12,1	52,5	9,7	25,4
2007	12,1	53	8,9	25,8
2008	11,3	53,4	8,4	26,6
2009	11,1	52,6	8,4	27,7
2010	10,1	53,7	7,8	28,2
2011	10,4	51	7,7	30,7
2012	11	37,2	20,5	30,9
2013	10,7	35,3	20,2	33,7
2014	11,1	36,5	19,4	33
2015	11,2	35,3	21,1	32,2

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

Gráfico 7: CONVENIO COLECTIVO POR ÁMBITO FUNCIONAL Y TASAS DE COBERTURA



Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

A la vista de estos datos, se puede afirmar que no se aprecia un cambio sustancial de las tasas de cobertura que representa cada uno de los grandes niveles funcionales de la negociación colectiva en el período posterior a las reformas laborales de 2011 y, especialmente, de 2012, en comparación con los años anteriores a las mismas, más allá de una creciente relevancia de los convenios sectoriales estatales y autonómicos y el retroceso de los convenios colectivos sectoriales provinciales.

4.1.3. Inaplicaciones y descuelgues convencionales

En relación a los procesos de inaplicaciones y descuelgues de convenios colectivos, se aprecia cómo el grueso de las mismas se concentra en los años 2013 y 2014, alcanzando de manera conjunta un total de 4.585 inaplicaciones. Esta cifra supone algo más de 252 procesos de descuelgues convencionales respecto de los restantes años que hemos tomado en consideración: 2012 a 2017. Esto es, de la suma total de inaplicaciones que se han computado en todos los años analizados, que asciende a 8.918 inaplicaciones y descuelgues, en dos años (2013 y 2014) se han realizado más procesos de inaplicación de convenios colectivos que la suma de los cuatros años restantes que conforman la serie histórica analizada.

Respecto a las inaplicaciones de convenios, si se analizan los datos oficiales referidos a tales procesos de descuelgue convencional se pueden destacar los siguientes aspectos (Tablas 6 y 7 – Gráficos 8 y 9). En primer lugar, se observa un relevante descenso en el número de inaplicaciones de convenios colectivos,

pasando de los 2.512 casos registrados en 2013, hasta los 1.326 de 2016, o los 822 de 2017, aunque este dato es aún provisional y a fecha de 30 de septiembre. Pero en cualquier caso, lo que sí se pone de manifiesto es el descenso constante en cuanto al uso de este mecanismo, habiéndose producido una reducción de un 47'3% entre las inaplicaciones registradas en 2013 y las realizadas en 2016.

En segundo lugar, respecto del número de trabajadores afectados por las inaplicaciones de convenios colectivos, también se aprecia un importante descenso de tal tasa, pasándose de los 159.550 afectados en 2013, a los 30.064 de 2016, lo cual supone una reducción porcentual de un 79,8%.

En tercer lugar, en cuanto al sector de actividad en el que se producen, es el sector servicios en el que se mayoritariamente se concretan los mismos, manteniéndose esta tendencia a lo largo del período analizado (2013-2017) con similares porcentajes (en torno al 75% de las inaplicaciones totales). Al mismo le sigue el sector de industria con un porcentaje que ronda el 15%, y los sectores de la construcción y agrario con porcentajes medios en este período del 8% y 3%, respectivamente.

En cuarto lugar, las inaplicaciones se producen en su práctica mayoría en empresas con una plantilla comprendida entre 1 a 49 trabajadores, representando las mismas en torno al 80% de los procesos de descuelgue convencional. Le sigue las empresa de entre 50 a 249 trabajadores, con porcentajes que rondan el 13%, y a mayor distancia se encuentran las empresas de 250 o más trabajadores en las cuales se producen en torno a un 3'5% de las inaplicaciones, aunque se detecta aquí un importante repunte (hasta el 5,6%) en 2016.

Por último, en cuanto al ámbito funcional del convenio inaplicado, la gran mayoría de los convenios afectados por los mecanismos de descuelgue son los de ámbito superior a la empresa, manteniéndose a lo largo de este período en porcentajes que rondan el 98%. Asimismo, en contraste con el descenso que, como destacamos, se observa en el número de inaplicaciones convencionales anuales, se detecta un constante proceso de crecimiento de tales tasas de inaplicaciones de convenios de ámbito superior a la empresa desde 2013, alcanzando en la comparativa entre el 2013 y 2016 los 4,4 puntos porcentuales; y, por el contrario, se produce la tendencia inversa en relación a la inaplicaciones de los convenios de empresa, en las que hay un descenso en los años mencionados 2013-2016 de 3,4 puntos.

Tabla 6: INAPLICACIONES DE CONVENIOS Y TRABAJADORES POR AÑO DE DEPÓSITO, SECTOR DE ACTIVIDAD, TAMAÑO DE LA EMPRESA Y ÁMBITO FUNCIONAL

	2013	2014	2015	2016	2017*
SECTOR DE ACTIVIDAD					
TOTAL INAPLICACIONES	**2.512**	**2.073**	**1.437**	**1.326**	**822**
Agrario	54 (2,2%)	64 (3,1%)	40 (2,8%)	47 (3,6%)	11 (1,3%)
Industria	393 (15,6%)	298 (14,4%)	205(14,2%)	163 (12,3%)	132 (16,1%)
Construcción	108 (4,3%)	139 (6,7%)	116 (8,1%)	132 (9,9%)	58 (7,1%)
Servicios	1.957 (77,9%)	1.572 (75,8%)	1.076 (74,9%)	984 (74,2%)	621 (75,5%)
TAMAÑO DE LA EMPRESA					
TOTAL INAPLICACIONES	**2.512**	**2.073**	**1.437**	**1.326**	**822**
1-49 trabajadores	1.965 (78,2%)	1.690 (81,5%)	1.176 (81,8%)	1.074 (81%)	700 (85,1%)
50-249 trabajadores	313 (12,5%)	274 (13,2%)	184 (12,8%)	147 (11,1%)	81 (9,9%)
250 o más trabajadores	189 (7,5%)	68 (3,3%)	50 (3,5%)	74 (5,6%)	18 (2,2%)
No consta	45 (1,8%)	41 (2%)	27 (1,9%)	31 (2,3%)	23 (2,8%)
ÁMBITO FUNCIONAL DEL CONVENIO INAPLICADO					
TOTAL INAPLICACIONES	**2.512**	**2.073**	**1.437**	**1.326**	**822**
Convenio de empresa	128 (5,1%)	64 (3,1%)	42 (2,9%)	23 (1,7%)	27 (3,3%)
Convenio/s de otro ámbito	2.358 (93,9%)	2.009 (96,9%)	1.395 (97,1%)	1.303 (98,3%)	795 (96,7%)
No consta	26 (1%)	-	-	-	-

* Datos provisionales de 1 de enero a 30 de septiembre de 2017

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

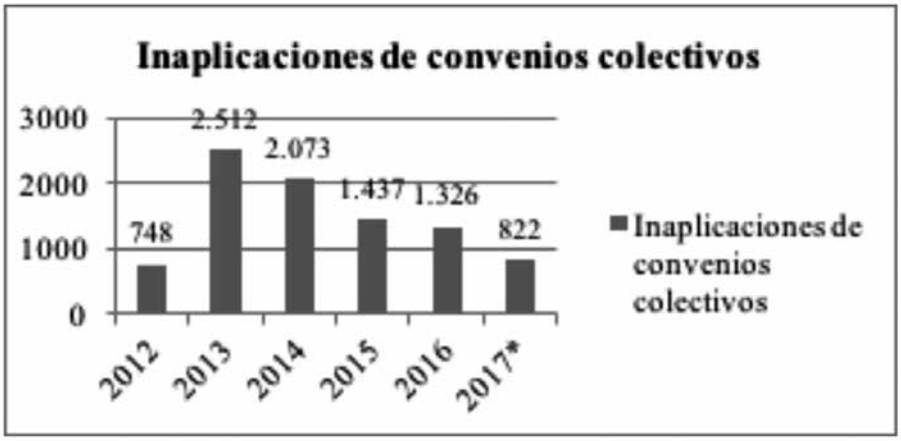
Tabla 7: INAPLICACIONES DE CONVENIOS Y TRABAJADORES POR AÑO DE DEPÓSITO

Año de depósito	Inaplicaciones de convenios	Trabajadores afectados
2013	2.512	159.550
2014	2.073	66.203
2015	1.437	43.173
2016	1.326	32.064
2017*	822	16.464

* Datos provisionales de 1 de enero a 30 de septiembre de 2017

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

Gráfico 8: INAPLICACIONES DE CONVENIOS POR AÑO DE DEPÓSITO



* Datos provisionales de 1 de enero a 30 de septiembre de 2017

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

Gráfico 9: TRABAJADORES AFECTADOS POR INAPLICACIONES DE CONVENIOS

* Datos provisionales de 1 de enero a 30 de septiembre de 2017

Fuente: Elaboración propia sobre Estadísticas de convenios colectivos (MEYSS)

A la vista de ello, en materia de estructura de la negociación colectiva tales mecanismos de inaplicación de convenios colectivos conllevan, a nuestro juicio, la consolidación de la tendencia al recurso a los mismos como fórmula alternativa a los procesos formales de negociación colectiva en el ámbito de empresa. Por más que la misma se configure legalmente como un mecanismo de carácter temporal y causalizado, sin embargo, tiene como contrapartida que el recurso a estos cuenta con menos limitaciones en materia de legitimación negociadora. Es más, como se ha advertido[43], un porcentaje muy elevado de tales acuerdos de inaplicación son suscritos por comisiones negociadoras integradas por representaciones *ad hoc*, lo cual, si de un lado ello manifiesta que se producen en unidades en las que se carece de representación legal de los trabajadores, de otro, nos debe llevar a afirmar que el expediente legal de apertura de legitimación negocial en los procesos de negociación de las inaplicaciones a representaciones *ad hoc* ha abierto una vía más de facilitación e incentivación a la negociación colectiva a nivel de empresa, explotando al máximo tales potencialidades los empresarios y, con ello, produciéndose una palpable descentralización de la negociación

[43] Vid. Cruz Villalón, J.: *"Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo"*, op. cit., pág. 54; Calvo Gallego, F.J.: "El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura de la negociación colectiva", op, cit., pág. 163.

colectiva. El interrogante queda, en fin, en que si la aparición de tales acuerdos de descuelgue tendrá un carácter temporal, o si, por el contrario, será el germen de una nueva unidad de negociación colectiva a nivel de empresa[44].

4.2. La negociación colectiva en Andalucía: análisis de la estructura negocial en el período 2012-2017

En cuanto al análisis de la estructura de la negociación colectiva en Andalucía, y siguiendo la misma estructura utilizada con anterioridad, habría que examinar de igual modo los niveles en los que se desarrolla la negociación colectiva, las tasas de cobertura de la misma y los supuestos de inaplicación de convenios colectivos acaecidos en este período en Andalucía

En relación a los niveles en los que se materializa la negociación colectiva, las conclusiones que se pueden extraer a la vista de los datos sobre convenios colectivos suscritos en el período 2012-2017 (Tablas 8 y 9), no distan prácticamente nada de las que se realizaron en al análisis precedente sobre la negociación colectiva en España.

En primer lugar, la tendencia general en la evolución del número de convenios colectivos registrados es la de su estancamiento tras una evidente recuperación a partir de 2013. Por el contrario, sí que se produce un aumento del número de convenios colectivos acordados en nuevas unidades de negociación, alcanzando cotas de hasta el 75% de crecimiento en el año 2013 en comparación con los suscritos en 2012. Esta tendencia se mantiene en 2014 -aunque no con la entidad señalada para 2013-, donde se incrementa la tasa de negociación en nuevas unidades en un 23%. Y, a partir de aquí, se observa unos "picos de sierra" en tales tasas en los años siguientes, con una disminución en 2015 de un 23%, y un incremento de un 7,2% en 2016.

En segundo lugar, la negociación colectiva en nuevas unidades se materializa en la práctica totalidad de las situaciones en el nivel de empresa o inferior, solo contándose con un caso en el año 2016 en el que se ha producido en el ámbito negocial sectorial. No cabe duda que en buena lógica esta situación debe venir motivada por el hecho de haberse incentivado y priorizado legislativamente el nivel de empresa, optándose así por crear un espacio segregado de regulación convencional que da pie a una adaptación/ devaluación de las condiciones laborales.

En tercer lugar, si centramos nuestro análisis de manera desagregada en orden al ámbito funcional en el que los convenios colectivos se materializan, es

[44] En este mismo sentido, Calvo Gallego, F.J.: "El impacto de las últimas reformas laborales sobre la estructura de la negociación colectiva", op, cit., pág. 165.

el ámbito de empresa en el que se produce de forma mayoritaria manteniéndose a lo largo de este período, y de forma consolidada a partir de 2014, en tasas que rondan el 85%. En este sentido, en una comparativa entre los años 2012 y el 2014, si bien el número total de convenios se incrementa en 2014 en un 39,8%, la negociación colectiva de empresa tiene una subida de un 41,2%, y la negociación sectorial se incrementa en un 33,7%. Esta tendencia se mantiene en los años siguientes, aunque, en todo caso, hay que resaltar el retroceso dentro la estructura contractual de los convenios colectivos sectoriales, sufriendo una pérdida de hasta 2,4 puntos (2014: 17,4% - 2016: 15%).

Por último, la relevancia de los convenios colectivos sectoriales de ámbito interprovincial es prácticamente testimonial, siendo, en consecuencia, los convenios colectivos sectoriales de ámbito provincial los que representan la negociación a nivel sectorial.

En cuanto a evolución del número de convenios y de empresas y trabajadores cubiertos por la negociación colectiva, se aprecia una tendencia al incremento de todas estas variables en los diferentes años del período analizado, si bien, es el año 2014 el que cuenta con mejores tasas en todos estos aspectos, y a partir de él hay un mínimo retroceso de las mismas, manteniéndose en cifras similares en los años 2015, 2016 y 2017 –aunque aquí hay que resaltar que se trata de cifras parciales y no definitivas-.

Por lo que afecta a las tasas de cobertura de la negociación colectiva, de nuevo se reproduce aquí la situación destacada en esta materia cuando se analizó la negociación colectiva a nivel estatal. Aun cuando es mayoritaria en número la negociación colectiva de empresa –recordemos que se sitúa en cotas de un 85% del total-, sin embargo, los trabajadores afectados por tales convenios colectivos no representan más de un 5% del total de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva. En este sentido, hay que resaltar el hecho de que a pesar del retroceso a partir de 2015 en el número total de convenios colectivos sectoriales –más significativo que el producido para los de empresa-, sin embargo, ello no se produce de manera paralela en relación a las tasas de cobertura. Así, la negociación colectiva de sector se sitúa en una tasa mantenida a lo largo de estos años de algo más de un 94%, quedando la negociación de empresa como marco normativo de referencia para un 5% de la población trabajadora andaluza cubierta por convenio colectivo.

Tabla 8: CONVENIOS COLECTIVOS ORIGINARIOS, REVISADOS Y NUEVOS, EMPRESAS, TRABAJADORES AFECTADOS, POR AÑO DE EFECTOS ECONÓMICOS Y PERÍODO DE REGISTRO

Año	2012	2013	2014	2015	2016	2017*
Trabajadores	883.019	933.179	1.116.340	1.114.357	1.010.085	807.725
Empresas	156.070	170.209	203.414	194.529	194.559	163.870
Convenios originarios	195	232	293	213	258	174
Convenios revisados	310	390	421	472	388	449
Nuevos convenios	48 (todos de empresa)	84 (todos de empresa)	104 (todos de empresa)	84 (todos de empresa)	90 (89 de empresa/1 de sector)	54

* Datos provisionales hasta el 30 de septiembre de 2017.

Fuente: Elaboración propia sobre las Memorias anuales del CARL y los Informes estadísticos de la Negociación Colectiva en Andalucía de los períodos analizados.

Tabla 9: CONVENIOS COLECTIVOS TOTALES, TRABAJADORES AFECTADOS, SEGÚN ÁMBITO FUNCIONAL, POR AÑO DE EFECTOS ECONÓMICOS Y PERÍODO DE REGISTRO

Año	Convenios colectivos revisados y originarios	Convenios de sector		Convenios de empresa	
		Total	Trabajadores	Total	Trabajadores
2012	505	92 (18,3%)	828.246 (93,8%)	413 (81,7%)	54.773 (6,2%)
2013	623	112 (17,9%)	879.055 (94,2%)	511 (82,1%)	54.124 (5,8%)
2014	706	123 (17,4%)	1.067.261 (95,6%)	583 (86,6%)	94.080 (4,4%)
2015	685	108 (15,8%)	1.050.502 (94,3%)	577 (84,2%)	63.854 (5,7%)
2016	646	97 (15%)	952.870 (94,3%)	549 (85%)	57.215 (5,7%)
2017*	623	82 (13,2%)	753.622 (93,3%)	541 (86,8%)	54.103 (6,7%)

* Datos provisionales hasta el 30 de septiembre de 2017.

Fuente: Elaboración propia sobre las Memorias anuales del CARL y los Informes estadísticos de la Negociación Colectiva en Andalucía de los períodos analizados.

Por último, en materia de inaplicaciones de convenios colectivos (Tabla 10), en 2013 se produjo un incremento en los supuestos de descuelgue de convenio de un 181,8% en comparación con los realizados en el año precedente. Obviamente, la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 conllevó el que se recurriera de manera normalizada a este mecanismo que, en su gran mayoría, determinaba la inaplicación de convenios colectivos de sector (el 97,8% de los supuestos afectaban a estos ámbitos convencionales). Tales tasas de incremento se moderan si realizamos una comparativa entre el año 2012 y los años siguientes, siendo el año 2013 el que destaca en este sentido. Por el contrario, lo que sí se observa es que este mecanismo de inaplicación convencional tiene poca o casi nula incidencia respecto de los convenios colectivos de empresa, suponiendo algo menos del 1% de los casos de descuelgue producidos en la negociación colectiva andaluza (2014: 1%; 2015: 0'4%; 2016: 0,4%).

En lo que concierne a los trabajadores afectados por los procesos de inaplicación de convenios colectivos, se detecta un importante descenso de su número, alcanzando hasta una reducción del 42% de trabajadores afectados en una comparativa entre los años 2014 y 2016.

De otro lado, las inaplicaciones se producen en algo más de 9 de cada diez casos (95,3% en 2016) en empresas con una plantilla inferior a 50 trabajadores, y dentro de esta magnitud, son las microempresas –con una plantilla inferior a 11 trabajadores- en las que se producen la mayor parte de los procesos de descuelgue convencional- Esta situación nos puede llevar a plantearnos que si dado que se tratan de unidades que carecen o, con toda probabilidad, puedan carecer de órganos de representación legal de los trabajadores, el recurso a los procesos de inaplicación viene a articularse como instrumento alternativo para la constitución de unidades nuevas de negociación en las que se carece de sujetos legitimados para negociar convenios colectivos estatutarios, solventándose así la problemática que se está produciendo en los últimos años sobre la cuestión de los convenios colectivos de empresa negociados por representaciones que carecen de legitimación para ello[45].

En fin, lo que sí se aprecia con las reducciones en los últimos años de los casos de inaplicación de convenios en Andalucía y el paralelo incremento de las nuevas unidades negociales en nuestra Comunidad Autónoma, es que parece estar produciéndose un trasvase en el recurso al expediente de

[45] En este sentido, vid., entre otras, las SsTS -Sala de lo Social- de 7 de marzo de 2012 (Rec. 37/2011), de 28 de septiembre de 2015 (Rec. 277/2014), o de 23 de febrero de 2017, (Rec.146/2016).

Para un análisis de esta problemática, vid. Mercader Uguina, J.R.: "Zonas sísmicas en materia de negociación colectiva e interpretación judicial: ultraactividad, descuelgues y convenio de empresa", Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF, 393/2015, págs. 37 y ss.

inaplicación convencional en beneficio de la negociación de un convenio colectivo propio.

Tabla 10: INAPLICACIONES DE CONVENIOS Y TRABAJADORES AFECTADOS POR AÑO DE DEPÓSITO

Año	Total de inaplicaciones de convenios colectivos	Trabajadores afectados
2012	248 (afectación 95,6% sector/4,4% empresa)	No constan datos oficiales
2013	699 (afectación 97,8% sector/2,2% empresa)	No constan datos oficiales
2014	597 (afectación 99% sector/1% empresa)	10.725 (92% en empresas de menos 50 trabajadores)
2015	473 (afectación: 99,6% sector/0,4% empresa)	7.410 (93% en empresas de menos 50 trabajadores)
2016	464 (afectación: 99,6% sector/0,4% empresa)	6.222 (95,3% en empresas de menos 50 trabajadores)

Fuente: Elaboración propia sobre las Memorias anuales del CARL y los Informes estadísticos de la Negociación Colectiva en Andalucía de los períodos analizados.

EL IMPACTO DE LAS NORMAS DE CONCURRENCIA TRAS LAS REFORMAS LEGALES

ESTHER CARRIZOSA PRIETO

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pablo de Olavide

EXTRACTO

El estudio tiene por objeto analizar el impacto que las últimas reformas legales en materia de concurrencia de convenios colectivos han tenido en el sistema andaluz de negociación colectiva. Especialmente, prestaremos atención a la estructura del sistema en esta comunidad, así como a los efectos que han provocado reglas como la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa o la restricción de la negociación colectiva sectorial a apartarse de la negociación colectiva nacional, aludiendo, finalmente, al fenómeno de las empresas multiservicios y sus prácticas negociadoras.

PALABRAS CLAVE: negociación colectiva, concurrencia, prioridad aplicativa, empresas multiservicios.

ABSTRACT

The study's main purpose is to analyze the impact that the latest legal reforms on the concurrence of collective agreements have had on the Andalusian collective bargaining system. Especially, we will pay attention to the structure of the system, as well as to the effects that have caused rules such as the priority of application the collective bargaining agreement in the enterprises or the restriction to the sectoral agreement to depart from national collective agreements, alluding, finally, to multi-service companies and its negotiating practices.

KEYWORDS: collective bargaining, concurrency, application priority, multi-service companies

Recepción del original: 23.11.2017 Aceptación original: 16.12.2017

Índice

1. las reformas de la negociación colectiva: de la flexibilidad laboral al cambio de modelo de negociación
2. el carácter subsidiario de la regulación legal. las reglas convencionales sobre estructura de la negociación colectiva
3. las reglas estatutarias sobre concurrencia de convenios. la prohibición de afectación entre convenios y sus excepciones
   3.1. La preferencia de los convenios de empresa en determinadas materias
   3.2. La preferencia relativa de los convenios autonómicos
4. la incidencia de otras instituciones estatutarias sobre la concurrencia de convenios
   4.1. La limitación de la ultraactividad de los convenios colectivos
   4.2. La inaplicación del convenio colectivo
5. un supuesto especial. las empresas multiservicios
6. conclusiones

1. LAS REFORMAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: DE LA FLEXIBILIDAD LABORAL AL CAMBIO DE MODELO DE NEGOCIACIÓN

La articulación de la negociación colectiva y, especialmente, el reparto de materias entre los convenios colectivos de distinto ámbito, se ha configurado tradicionalmente como una materia propia de la autonomía colectiva en la que, sólo excepcionalmente y con carácter residual, ha intervenido el Estado. Así, hasta fechas relativamente recientes, la intervención normativa estatal en materia de articulación convencional se ha realizado de forma excepcional e indirecta. Excepcional, porque existen pocas reglas al respecto en la regulación estatutaria (sustancialmente arts. 83 y 84 del ET); indirecta, porque dichas medidas, configuradas siempre con carácter subsidiario, perseguían dos objetivos fundamentales: reconocer, en primer lugar, la plena competencia de la autonomía colectiva a la hora de articular reglas para evitar la concurrencia conflictiva (este es el sentido del art. 83.2 ET); garantizar, en segundo lugar, la prevalencia del convenio colectivo negociado con anterioridad en el caso de concurrencia conflictiva (art. 84 ET).

No obstante, las reformas laborales de 2011 y 2012, aludiendo a la necesidad de flexibilizar la regulación de las condiciones de trabajo, han introducido cambios importantes que pretenden incidir en la estructura del sistema negociador[1]. Especialmente incisivo, al menos en el ámbito de las declaraciones formales, fue el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la

[1] Sala Franco, T., "La revisión del modelo legal de negociación colectiva", en Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N., (Dir), *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 2013, p. 134.

reforma de la negociación colectiva (BOE. núm. 139 de 11 de Junio) que intenta hacer frente, así lo reconoce expresamente en su Exposición de Motivos, a las disfunciones acumuladas por el sistema de negociación colectiva durante sus 30 años de existencia, especialmente a la rigidez y estatismo con que los convenios regulan las materias laborales y las dificultades del sistema para adecuar las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas y productivas que afectan a las organizaciones empresariales (EM Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio). Conforme a estas declaraciones, dicha norma fijaba entre sus principales objetivos: a) favorecer una mejor ordenación del sistema en aras de conseguir una regulación convencional cercana a la empresa y adaptada a la situación de cada sector de actividad; b) introducir mayores niveles de dinamismo y agilidad en el proceso y en los contenidos de la negociación con la finalidad de adaptarlos a la situación económica concurrente[2].

En línea con estas consideraciones, la segunda norma de relevancia, la Ley 3/2012, de 6 de julio de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE. núm. 162, de 7 de julio de 2012), anunciaba que la crisis económica evidenciaba la "*insostenibilidad del modelo laboral español, que padece problemas estructurales que deben ser atajados con una reforma de envergadura*" (E. M. de Ley 3/2012, de 6 de julio). Así, y aunque la disposición tenía como objetivo efectuar una reforma genérica del mercado de trabajo, incide en la negociación colectiva al considerar que la reforma efectuada en 2011 no había obtenido los efectos esperados[3]. Efectivamente, el objetivo primordial de esta reforma consistía en afrontar la grave situación económica y de empleo que afectaba a nuestro país y, la solución, en buscar un punto de equilibrio entre flexibilidad interna y externa en todas las facetas e instituciones del mercado de trabajo y del empleo: contratación, condiciones de trabajo y extinción de la relación laboral[4].

[2] Sobre las implicaciones de la Reforma de 2011, Cruz Villalón, J., "Texto y contexto de la Reforma de la negociación colectiva 2011"; Escudero Rodríguez, R., Claves generales de las reformas de la negociación colectiva efectuadas por la Ley 35/2010 y por el Real Decreto-Ley 7/2011", ambos en García Perrote, I. y Mercader Uguina, J. R. (Dir.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 19 y ss. y 47 y ss., respectivamente; González Ortega, S., "La negociación colectiva en el Real Decreto Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", *Temas Laborales*, núm. 115/2012, pp. 91 y ss.

[3] González Ortega, S. (2012), "La negociación colectiva en el Real Decreto Ley de medidas urgentes…", op. cit. pp. 85 y ss.

[4] Carrizosa Prieto, E., "Mecanismos de flexibilidad interna en las organizaciones productivas: La reforma de la clasificación profesional y de la movilidad funcional", en VV.AA., *Las reformas del derecho del trabajo en el Contexto de la crisis económica. La reforma Laboral de 2012,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 505 y ss.

En el ámbito de la negociación colectiva, las exigencias de flexibilidad afectaron profundamente algunas de sus instituciones nucleares[5]. Así, una primera medida, de gran trascendencia y con impacto considerable en la estructura de la negociación, consistió en otorgar prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa. En este punto la reforma de 2012 fue más incisiva que la efectuada en 2011 en cuanto esta última, aunque reconocía esta prioridad en las materias idóneas para gestionar la flexibilidad en las organizaciones productivas, garantizaba la facultad de matizarla e incluso excluirla mediante convenios estatales o autonómicos. La nueva regulación no ofrece esa opción a los representantes de los trabajadores y convierte la preferencia aplicativa en obligatoria en virtud de norma legal y todo ello en aras de "*facilitar la negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores*" (E. M. del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral)[6].

Una segunda medida, también con incidencia en la estructura negocial, consistió en ampliar considerablemente las posibilidades de descuelgue respecto del convenio colectivo en vigor, puesto que con la reforma del 2011 se seguía circunscribiendo a los salarios y la nueva regulación la extendió a un amplio elenco de condiciones de trabajo (jornada, horario, distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración, cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento, funciones cuando excedan de los límites previstos en el art. 39 ET y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social), al tiempo que introdujo mecanismos para desbloquear la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores para inaplicar las condiciones previstas en convenio colectivo.

La tercera y última medida de impacto se dirige a modificar aspectos de la aplicación del convenio en el tiempo con el fin de procurar una adaptación del contenido de la negociación a las circunstancias económicas y organizativas. Así, con objeto de evitar una "petrificación" de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y de evitar la demora del acuerdo, la regulación limita la ultraactividad a un año, de forma que, transcurrido dicho plazo sin acuerdo, se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que resulte de aplicación.

Estas consideraciones evidencian que las últimas reformas laborales han introducido importantes novedades en las reglas que ordenan la articulación y

[5] Mercader Uguina, J. R., "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: La empresa como nuevo centro de gravedad", en García Perrote, I. y Mercader Uguina, J. R. (Dir.), Reforma Laboral 2012, Valladolid, Lex Nova, pp. 357 y ss.

[6] Mercader Uguina, J. R., "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: La empresa…", op. cit. p. 371.

concurrencia de convenios colectivos, pero también que a través de ellas se han sentado las bases necesarias para modificar drásticamente la propia estructura del modelo. Es evidente que el sistema consagrado por la normativa anterior a 2011 se caracterizaba por la prevalencia del convenio colectivo sectorial, preferencia que, con ocasión de las reformas introducidas en 1994, recaía fundamentalmente sobre el convenio colectivo provincial. Las nuevas reglas, sin embargo, otorgan un espacio mucho más amplio al convenio colectivo de empresa, pero también restauran la prevalencia del convenio colectivo sectorial estatal, en menor medida del autonómico, sobre el sectorial provincial[7]. Esta primera afirmación, que nos sirve para presentar y abrir el debate sobre las reglas de concurrencia, contrasta con la evolución de la negociación colectiva en España, pero, sobre todo, en Andalucía, pues no parece que las reformas hayan tenido un impacto considerable, al menos de momento, en el sistema de negociación.

TABLA 1. IMPACTO DE LAS REFORMAS EN EL ÁMBITO FUNCIONAL DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS. ANDALUCÍA

	Ámbito Sectorial			**Ámbito Empresarial**		
Año	CC	Emp.	Trab.	CC	Emp.	Trab.
2009	156	218.402	1.321.144	659	659	93.121
2012	92	133.562	828.246	413	413	54.773
2016	97	194,010	952.870	549	549	57.215

Fuente: Elaboración propia, a raíz de datos extraídos del CARL

2. EL CARÁCTER SUBSIDIARIO DE LA REGULACIÓN LEGAL. LAS REGLAS CONVENCIONALES SOBRE ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

La concurrencia entre convenios colectivos puede ser pacífica si constituye el resultado de una articulación de convenios colectivos, las normas se complementan o no son contradictorias, pero también puede ser conflictiva cuando no es posible su aplicación conjunta. Son estos últimos supuestos los que reciben atención por parte del legislador y a los que atiende la regulación contenida en el art. 84.1 ET; regulación que, efectivamente, exige que haya coincidencia total o parcial en el ámbito de aplicación de varios convenios, que dichos convenios sean de

[7] González Ortega, S. (2012), "La negociación colectiva en el Real Decreto Ley de medidas urgentes…", op. cit. p. 92.

ámbitos distintos, aunque coincidentes, y que exista incompatibilidad entre las regulaciones, de forma que, necesariamente, haya que elegir entre alguna de ellas.

No se puede considerar conflictiva, sin embargo, y así lo pone de manifiesto la legislación y la jurisprudencia, la sucesión de convenios colectivos con el mismo ámbito de aplicación, caso en que el convenio posterior sucede al anterior tal como establecen los arts. 82.4 ET y 86.4 ET; los convenios de distinto ámbito en el que el de ámbito superior establece condiciones mínimas y el de ámbito inferior introduce mejoras (STS de 29 de enero de 1997. RJ. 1997/909, FD. 3º; STS de 10 de octubre de 2000. RJ. 2000/9423, FD. 2º); los convenios de ámbito inferior que complementan determinados aspectos de la regulación de convenio de ámbito superior; los convenios de ámbito superior que se declaran, con carácter general, de aplicación subsidiaria a los de ámbito inferior (STS de 1 de octubre de 1998. RJ. 1998/7801, FD. 4º); y, por último, aquellos otros supuestos en que los convenios concurrentes regulan materias completamente diversas por lo que no se produce, al igual que en los supuestos mencionados, concurrencia conflictiva.

El art 83 ET, además de reconocer libertad a los agentes sociales para fijar las unidades de negociación, posibilitando con ello los supuestos de concurrencia, habilita a la propia autonomía colectiva para articular y ordenar el sistema de negociación e incluso para establecer reglas que solucionen la concurrencia conflictiva entre convenios (art. 83. 1 y 2 ET). Se reconocen, por tanto, dos facultades distintas, aunque complementarias: a) establecer reglas para estructurar la negociación colectiva, precisamente con objeto de evitar conflictos en la aplicación de las normas convencionales, b) fijar reglas que resuelvan los supuestos de concurrencia conflictiva cuando estos se produzcan.

Con carácter general, podríamos sostener, lo dijimos al principio, que las reglas estatutarias sobre concurrencia son disponibles para la propia autonomía colectiva en virtud del art. 83 ET. Sin embargo, el Estatuto contiene varias previsiones específicas que obligan a matizar esta afirmación: la reserva de materias efectuadas en favor del convenio de empresa (art. 84.2 ET), la prohibición de regular una serie de materias por parte de los convenios del ámbito autonómico (art. 84.4 ET) y, como consecuencia de lo anterior, una reserva relativa de materias para el convenio colectivo sectorial nacional. La primera regla es indisponible para la autonomía colectiva y la segunda completamente disponible, por lo que a través de los acuerdos señalados en el art. 83.2 ET se podría ampliar o reducir las materias que integran la "prohibición autonómica", e incluso, suprimir por completo esta prohibición.

De otro lado, es necesario destacar que son varios los instrumentos convencionales que menciona la regulación legal para canalizar este tipo de actuaciones. En primer lugar, los acuerdos interprofesionales firmados por las

organizaciones más representativas a nivel estatal o de comunidad autónoma, alusiones a la representatividad que hay que completarlas con la regulación de los art. 6 y 7 de la LOLS y con la D A. 6 ET. En consecuencia, se trataría, en representación de los trabajadores, de las organizaciones sindicales que hayan obtenido en el ámbito estatal el 10 por 100 o más del total de delegados de personal de los miembros de los comités de empresa y de los correspondientes órganos de las Administraciones públicas y aquellas otras que acrediten en el ámbito autonómico, al menos, el 15 por 100 de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa y en los órganos correspondientes de las Administraciones públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal (arts. 6 y 7 LOLS); en representación de los empresario, de las asociaciones empresariales que cuenten con el 10 por 100 o más de las empresas y trabajadores en el ámbito estatal y aquellas que en el ámbito autonómico cuenten con un mínimo del 15 por 100 de los empresarios y trabajadores (DA 6 ET).

En segundo lugar, a través de convenios o acuerdos colectivos sectoriales de ámbito estatal o autonómico, firmados por las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales legitimadas de acuerdo con la regulación estatutaria, previsión normativa introducida por la reforma de 2011 y que pretende fomentar la articulación ordenada de la negociación colectiva, dando entrada al convenio colectivo sectorial, quizá el más adecuado para cumplir con esta función. Resta destacar que para la determinación de los sujetos negociadores, y como consecuencia lógica de la existencia de una regulación específica, la regulación remite a las previsiones normativas contenidas en el art. 87 ET, que legitima para los convenios sectoriales, del lado de los trabajadores, a los sindicatos más representativos a nivel estatal, a los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma y a los sindicatos que cuenten con un mínimo del 10 por ciento de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal en el ámbito geográfico y funcional al que se refiera el convenio; por el lado de los empresarios, a las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10 por ciento de los empresarios siempre que den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, así como a aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15 por ciento de los trabajadores afectados. En caso de que no existiesen organizaciones empresariales con suficiente representatividad, estarán legitimadas 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.

Es importante insistir en que la redacción actual restringe estos instrumentos a los acuerdos interprofesionales o a los acuerdos sectoriales de ámbito estatal o autonómico, en contraposición a la generalidad que caracterizaba la regulación anterior que se refería a acuerdos interprofesionales (en principio intersectoriales) o convenios colectivos sin mencionar su ámbito, por lo que siempre que estuvieran negociados por los sujetos habilitados expresamente por la regulación legal (organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas en el ámbito estatal y autonómico) podían realizar, independientemente del ámbito funcional, las funciones descritas. En contraposición, la mención a los sujetos negociadores se amplia, pues si anteriormente solo se mencionaba a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas a nivel nacional y autonómico, obligando en consecuencia a que, independientemente del ámbito funcional, siempre fueran estos los sujetos negociadores, ahora se permite que los convenios colectivos sectoriales se adopten por los sujetos legitimados para negociar en dicho ámbito, de acuerdo con el art. 87 ET.

A estos efectos, y una vez analizado el panorama negociador existente, podemos afirmar que los agentes sociales no han establecido normas aplicables con carácter general (y obligatorio) a todas y cada una de las unidades de negociación, por lo que carecemos en la actualidad de un sistema coherente y ordenado por la propia autonomía colectiva[8]. Ciertamente, las aportaciones efectuadas por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, parecen haber frenado la fragmentación y la falta de coordinación que afectaban al sistema. Así, desde el ámbito intersectorial, aunque muy lejos de instaurar un sistema ordenado y estructurado, el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016, 2017 (BOE núm. 147/2015 de 20 de junio), contiene importantes apreciaciones sobre los contenidos de la negociación colectiva en el ámbito empresarial, especialmente en lo que hace a las condiciones de trabajo más proclives a la flexibilización, esto es, ordenación del tiempo de trabajo, movilidad funcional y salarios, así como otras circunstancias directamente relacionadas con las organizaciones productivas, ordenación del teletrabajo y absentismo (Capítulo IV. Instrumentos de flexibilidad negociada. Condiciones de trabajo). La norma, en plena sintonía con la regulación estatutaria, reconoce que el ámbito propio para negociar estas materias es el empresarial bien a través de convenios colectivos o de acuerdos de empresa, estableciendo la obligación de la autonomía colectiva de impulsar la negociación en este ámbito. Más allá de estas previsiones, y exceptuando la materia de prevención de riesgos laborales (Capítulo II), son

[8] González Ortega, S., y Carrizosa Prieto, E., (2013): "La concurrencia de convenios colectivos. Estado de la cuestión y perspectivas de futuro", en Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N., (Dir), *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 2013, p. 384.

pocas las reglas dirigidas específicamente a articular la negociación colectiva en sus distintos ámbitos[9].

Algo más precisos se presentan los Convenios Colectivos Sectoriales de ámbito nacional, pues aquellos que entran a regular la concurrencia entre las distintas unidades de negociación sí que establecen reglas claras y absolutas para ordenar el proceso negociador. Las regulaciones pueden ser muy variadas, desde las más simples que se limitan a destacar las materias reservadas al CC Sectorial (así, por ejemplo, sucede con el CC Nacional del Ciclo de Comercio del Papel y Artes Gráficas 2016-2018, BOE núm. 55/2017 de 6 de marzo, art. 1): contratación, modalidades contractuales, períodos de prueba, clasificación profesional, estructura salarial, salarios bases sectoriales y su incremento, jornada máxima y su regulación básica, formación profesional, régimen disciplinario, régimen de representación colectiva; hasta aquellas más complejas que, además de contener un numeroso elenco de materias, delimitando de forma precisa las posibilidades regulatorias del convenio colectivo de empresa, dificultan ostensiblemente, llegando incluso a no reconocer, obviar o prohibir, la negociación colectiva sectorial en ámbitos inferiores, esto es, autonómicos y provinciales (art. 6 y 7 del VII CC. Estatal del Sector del Corcho 2017-2019, BOE núm. 251/2018, de 18 de octubre; art 4 del CC de Grandes Almacenes, BOE núm. 242/2017, de 7 de octubre). No obstante, existen convenios que hacen lo contrario, restringe a los mínimos legales las materias de los CC de Empresa, declarándose supletorio respeto de todos aquellos aspectos que no regule el CC Sectorial Autonómico (art. 1 del VI CC de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, BOE 197/2013, de 17 de agosto), otorgando, en consecuencia, todo el poder negociador al convenio colectivo autonómico.

Con independencia de los reproches de constitucionalidad que merezcan estas regulaciones, lo cierto es que la presencia de CC Sectoriales Autonómicos no es muy destacable, resaltando con carácter general en aquellas Comunidades Autónomas que son uniprovinciales. Las razones de estas reticencias a la negociación colectiva autonómica pueden ser muy diversas, y aunque la marginación efectuada por los convenios colectivos sectoriales de ámbito

[9] Si excluimos las alusiones efectuadas en materia de Seguridad y Salud en el trabajo y aquellas reglas que se limitan a reiterar normas estatutarias, el Acuerdo contiene tres previsiones específicas respecto de la negociación colectiva sectorial, alguna de ellas reservadas al ámbito estatal: establecer criterios y prioridades aplicables a la formación sectorial en todo el territorio nacional; otras, asignadas sin especificar el ámbito geográfico: abordar los criterios relativos a los contenidos de los Planes de Igualdad referidos a su ámbito, evaluación, seguimiento, administración y resolución de las discrepancias; y, por último, otra en la se hace un llamamiento al convenio colectivo sectorial provincial, instrumentos que, por su proximidad a la empresa, deben fijar las reglas generales sobre la flexibilidad del tiempo de trabajo.

estatal puede ser una causa, esta circunstancia no explicaría el número de CC autonómicos vigentes en Madrid (47), Cataluña (43), Murcia (38), Navarra (29) y Asturias (29), datos que podrían indicar que existe aún, en determinadas Comunidades Autónomas, una cierta predilección por la negociación colectiva sectorial provincial, como se refleja en el caso de Castilla León, Andalucía y Castilla la Mancha.

TABLA 2: CONVENIOS COLECTIVOS APLICABLES EN 2017 POR COMUNIDADES AUTÓNOMAS

	CC SECTORIALES			**CC EMPRESARIALES**	
	Estatales	Autonómicos	Provinciales	CC Empresa (Total)	CC Empresa radicadas en la CA
Andalucía	120	5	159	1398	1.013
Aragón	120	5	51	538	218
Asturias	119	27	0	443	144
Baleares	118	16	0	380	97
Canarias	119	1	26	618	333
Cantabria	119	27	0	436	155
Castilla la Mancha	120	3	76	568	252
Castilla León	120	8	167	704	378
Cataluña	120	43	87	1129	718
Extremadura	119	4	29	418	153
Galicia	120	11	75	781	464
La Rioja	118	15	0	319	69
Madrid	121	47	0	949	481
Murcia	120	38	0	377	85
Navarra	119	29	0	515	238
País Vasco	118	4	67	1092	750
Valencia	119	19	94	880	499

Fuente: Elaboración propia. Datos extraídos del Mapa de Negociación Colectiva, MESS (04/11/2017).

La predilección por las unidades de negociación provinciales, a pesar de las reformas efectuadas, no es extraña en una situación de tránsito entre modelos de negociación como en la que nos encontramos. Las previsiones legales no pueden impedir que el vacío dejado por la negociación colectiva autonómica sea cubierto por lo convenios colectivos en el nivel provincial. Precisamente esto es lo que parece estar ocurriendo en la Comunidad Autónoma Andaluza, en la que la que, a la escasez de convenios colectivos autonómicos en los grandes sectores de actividad, se debe unir que muchos de los existentes se limitan a regular pocas materias, declarando que estas son contenido mínimo a mejorar

por los convenios colectivos inferiores. Así sucede, por ejemplo, con el art. 1 del Convenio Colectivo Autonómico para las Empresas dedicadas a la Gestión del Servicio del Taxi de Andalucía 2016-2018, que regula, la jornada máxima, la estructura salarial, medidas de protección social, servicios y licencias, seguridad e higiene y clasificación profesional. No obstante, existen otros supuestos en los que, dadas las características de la actividad, no se facilita la negociación en ámbito inferiores, declarando supletoria la normativa legal, o antes que esta, el convenio colectivo sectorial nacional (art. 6 del I Convenio Colectivo Regional para las Empresas de Comunicación del Sector de la Radio y la Televisión Local de Andalucía.; art. 5 del III Convenio Colectivo Autonómico de Trabajo para las Empresas y Trabajadores/as de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia), o únicamente el convenio sectorial nacional (art. 2 I Convenio Colectivo de Ámbito Autonómico de Andalucía para el Sector de Aparcamientos y Garajes 2011-2014).

TABLA 3: CONVENIOS COLECTIVOS AUTONÓMICOS APLICABLES EN ANDALUCÍA

Convenio	Publicación	Estado
I CC Acuicultura Marina de Andalucía (BOJA 210 de 22/10/2008	BOJA 210 22/10/2008	Denunciado. Prórroga hasta nuevo Convenio.
I CC para el Sector de Aparcamientos y Garajes 2011-2014.	BOJA 16 31/10//2011	Vigente. No Denunciado.
CC para el Sector de Auto-taxi de la Comunidad Autónoma Andaluza 2014-2016	BOJA 41 03/03/2014	Vigente. No Denunciado
Convenio Colectivo Autonómico para las Empresas dedicadas a la Gestión del Servicio del Taxi de Andalucía 2016-2018.	BOJA 126 04/07/2017	Vigente. No denunciado
CC Sectorial de Estacionamiento limitado de vehículos en la vía pública mediante control horario 2008-2010.	BOJA 193 26/9/2008	Denunciado. Prórroga hasta nuevo Convenio
CC de Grúas Móviles Autopropulsadas, para los años 2008-2011.	BOJA 147 24/7/2008	Denunciado. Prórroga hasta nuevo Convenio
I CC para Empresas de Comunicación del Sector de la Radio y la Televisión Local de Andalucía.	BOJA 205 19/10/2011	Vigente. No Denunciado
Convenio Colectivo para las Empresas y Trabajadores/as de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia.	BOJA 205 19/10/2011	Denunciado. Prórroga hasta nuevo Convenio
Personal Docente e Investigador Laboral de las Universidades Públicas	BOJA 92 09/05/2008	Vigente. No Denunciado

Fuente: Elaboración propia en base a los datos suministrados por el CARL

3. LAS REGLAS ESTATUTARIAS SOBRE CONCURRENCIA DE CONVENIOS. LA PROHIBICIÓN DE AFECTACIÓN ENTRE CONVENIOS Y SUS EXCEPCIONES.

Iniciamos este estudio advirtiendo que la ordenación de la negociación colectiva y el reparto de materias entre los distintos ámbitos de negociación constituye una materia propia de la autonomía colectiva en la que solo excepcionalmente debe intervenir el legislador. La intervención legislativa, canalizada fundamentalmente en el art. 83 y 84 del ET, se manifiesta en una regla general que prohíbe la afectación entre convenios de distinto ámbito y en dos excepciones: la excepción autonómica y la excepción empresarial.

Efectivamente, en relación a los supuestos de concurrencia conflictiva, el art. 84.1 ET prohíbe que un convenio colectivo sea afectado durante su vigencia por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto. Esto significa que el primer convenio aplicable a una determinada unidad de negociación no ve desplazada su regulación por la establecida en un convenio colectivo negociado posteriormente. Es decir, el nuevo convenio colectivo no desplaza ni sustituye a la regulación anterior, que es la que, en principio, ostenta preferencia aplicativa de acuerdo con la norma legal[10]. Sin embargo, esta regla no exige que el nuevo convenio haya de anularse o que carezca de validez, sino que no se va aplicar durante el periodo de vigencia del convenio colectivo que se encuentra en vigor; queda afectado, en consecuencia, por una "*inaplicación temporal, total o parcial*" (STS de 31 de octubre de 2003. RJ. 2004/589 FD. 3º II; STS de 24 de abril de 2006. RJ. 2006/4708, FD. 7º). En todo caso, hemos de insistir en que lo que prohíbe la regla general es la aplicación y no el propio procedimiento de negociación, por lo que nada impide que se negocie un convenio colectivo y se aguarde a que decaiga la vigencia del convenio anterior para que pueda entrar en vigor, e incluso que se negocie y se aplique un convenio colectivo posterior siempre que su regulación se centre en materias no negociadas por el convenio colectivo anterior (STS de 31 de octubre de 2003. RJ. 2004/589 FD. 3º II).

La regla de la prioridad temporal establecida en el art. 84.1 ET se perfila como una regla general de carácter subsidiario que sólo rige en cuanto la negociación colectiva no establezca criterios distintos para resolver los supuestos de concurrencia conflictiva. Expresamente prevé la regulación legal, lo hemos comentado ya, la posibilidad de que se establezca pactos por los que se excluya la aplicación de esa regla a través de los acuerdos regulados en el art. 82.3 ET, es decir, mediante acuerdos marcos interprofesionales y convenios colectivos sectoriales

[10] El sentido de la regla y sus distintas correcciones, en González Ortega, S., y Carrizosa Prieto, E., (2013): "La concurrencia de convenios colectivos. Estado de la cuestión …", op. cit. pp. 377 y ss.

de ámbito estatal o autonómico. Al margen de estos acuerdos específicos, también lo hemos visto ya, la autonomía colectiva puede desplazar fácilmente la aplicación del art. 84.1 ET estableciendo reglas para ordenar y articular la negociación a través de criterios de complementariedad, subsidiariedad, supletoriedad, etc. (STS de 29 de enero de 1997. RJ. 1997/909, FD. 3º; STS de 10 de octubre de 2000. RJ. 2000/9423, FD. 2º).

No obstante, y a pesar de lo dicho, la propia regulación legal (arts. 84.2 y 3 ET) admite expresamente la posibilidad de que concurran convenios colectivos de distinto ámbito eludiendo la aplicación de la norma general. Esto significa que convenios colectivos de distinto ámbito y posteriores en el tiempo van a desplazar y a sustituir la regulación del convenio colectivo vigente. Son las "excepciones a la prohibición de concurrencia de convenios".

3.1. La preferencia de los convenios de empresa en determinadas materias

La primera excepción a la prohibición de concurrencia entre convenios, también la más evidente, es la que afecta a los convenios colectivos de empresa. De conformidad con el art. 84. 2 ET, los convenios colectivos de empresa podrán afectar y, en consecuencia, desplazar la regulación contenida en otros convenios colectivos aplicables, aún de carácter sectorial, en un elenco determinado de materias relacionadas íntimamente con la flexibilidad interna en el sistema de relaciones laborales. La norma permite, por tanto, la negociación y posterior aplicación de la regulación convencional empresarial en cualquier momento de la vigencia del convenio colectivo sectorial, con dos limitaciones: un listado de materias y ciertas indicaciones sobre las facultades reguladoras que se pueden desplegar en cada una de ellas.

Desde esta perspectiva, la regulación realizada por el convenio colectivo de empresa puede consistir en dos posibilidades. La primera sería regular (de forma completamente libre y, en consecuencia, desmarcándose de la regulación colectiva sectorial) la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; el abono o la compensación de las horas extraordinarias; la retribución específica del trabajo a turnos; el horario y distribución del tiempo de trabajo; el régimen de trabajo a turnos; la planificación anual de las vacaciones y las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. La segunda, algo más limitada, le facultaría para adaptar al ámbito de la empresa las regulaciones sectoriales existentes respecto del sistema de clasificación profesional y de las modalidades de contratación laboral.

Por lo que respecta al listado de materias, especialmente si consideramos que la finalidad de la norma es garantizar la prevalencia de la regulación convencional

empresarial sobre la sectorial y que no cabe acuerdo en contrario para excluir ni minorar dicha prevalencia, debe ser objeto de una lectura restrictiva, de forma que lo que no se mencione expresamente en la regulación estatutaria no debe gozar de esa prioridad aplicativa. Así, por ejemplo, el hecho de que el precepto mencione expresamente la cuantía del salario base y de los complementos salariales excluiría, en principio, la estructura salarial, materia que continuaría regulándose por el convenio colectivo vigente. Las mismas consideraciones deben hacerse de otras materias como la jornada laboral, institución que no aparece mencionada en el art. 84.2 ET al referirse este únicamente al horario y a la distribución irregular del tiempo de trabajo; y así sucesivamente con cada una de las materias que se mencionan.

La misma lectura restrictiva ha de practicarse de las posibilidades reguladoras que acoge el art. 84.2 ET, permitiéndose una regulación libre, únicamente enmarcada por la regulación estatutaria y el resto de legislación específica, respecto de la cuantía del salario base y de los complementos salariales, del abono o compensación de las horas extraordinarias, de la retribución específica del trabajo a turnos, del horario y la distribución del tiempo de trabajo, del régimen de trabajo a turnos, de la planificación anual de las vacaciones y de las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal; o una regulación restringida, consistente únicamente en adaptar la regulación existente en el convenio colectivo sectorial, respecto del sistema de clasificación profesional y de los aspectos relacionados con las modalidades de contratación laboral.

Esta lectura restrictiva, tanto de las materias como de las posibilidades reguladoras del convenio empresarial, implicaría considerar que cualquier exceso, esto es, la regulación de materias no mencionadas expresamente en el art. 84.2 ET o una nueva ordenación de las instituciones respecto de las que solo se permite adaptación, deba sancionarse con la aplicación de la regla del art. 84.1 ET[11], y, en consecuencia, la aplicación del convenio colectivo que se encuentre en vigor, máxime si consideramos que existen procedimientos específicos para modificar la regulación convencional sectorial de determinadas condiciones de trabajo. El art. 82.3 ET, lo veremos con detenimiento más adelante, permite inaplicar el contenido de un convenio colectivo estatutario (sectorial o de empresa) y sustituirlo por un acuerdo de empresa con una regulación completamente diversa, siempre que se trate de alguna de las siguientes condiciones de trabajo: jornada de trabajo; horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos; sistema de remuneración y cuantía salarial, sistema de trabajo y rendimiento,

[11] Mercader Uguina, J. R., "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: La empresa…", op. cit. p. 373.

funciones cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 ET y mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Las implicaciones que tiene la aplicación de este procedimiento, inaplicación de un convenio colectivo estatutario y sustitución por un acuerdo de empresa que puede contener regulación más gravosa o menos favorable, exigen requisitos y limitaciones incisivas y rigurosas que serían eludidas si se facilita la regulación de esas materias a través del art. 84. 2 ET.

Siguiendo con las características más destacadas de la excepción que estamos considerando, no podemos dejar de señalar que la prevalencia de la regulación contenida en el convenio colectivo de empresa tiene carácter imperativo. Ello implica, por un lado, que la regulación convencional empresarial, siempre que recaiga sobre las materias y se realice en los sentidos mencionados, prevalecerá sobre la regulación del convenio de ámbito superior en todo caso, esto es, independientemente de que este se encuentre vigente o no. Se establece así una excepción que desplaza la regla del art. 84.1 ET y la sustituye por una especie de criterio de especialidad en el que se presume *iure et de iure* que la negociación de determinadas materias realizada en el ámbito empresarial es mucho más apropiada que la regulación sectorial. Por otro, el carácter imperativo de la regla impide, al contrario de lo que ocurría con la regulación inmediatamente anterior, que la autonomía colectiva pueda alterar, modificar o suprimir esa preferencia a través de los acuerdos mencionados en el art. 83.2 ET. Es, por tanto, una regla indisponible para la propia autonomía colectiva[12].

La introducción de esta regla y especialmente el carácter indisponible que ostenta frente a la autonomía colectiva, podría cambiar por completo el sistema de negociación colectiva en el ordenamiento jurídico español, puesto que de la prevalencia de los convenios provinciales se pasa a un sistema de negociación articulado en el ámbito nacional (o autonómico, si así se desea), en el que la distribución de materias que se efectúe debe respetar, en todo caso, las encomendadas al ámbito empresarial. Y ello, además de propiciar un cambio considerable en la estructura de la negociación, puede provocar distorsiones importantes en otras instituciones de nuestro sistema de relaciones laborales (representación de los trabajadores, legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios y extraestatutarios, procedimiento negociador, etc.), especialmente si consideramos las características que presenta nuestro tejido productivo.

[12] Mercader Uguina, J. R., "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: La empresa…", op. cit. p. 372. No obstante, existen otros autores que consideran que el elenco de materias si sería susceptible de ampliación (González Ortega, S., "La negociación colectiva en el Real Decreto Ley de medidas urgentes…", op. cit. p. 96).

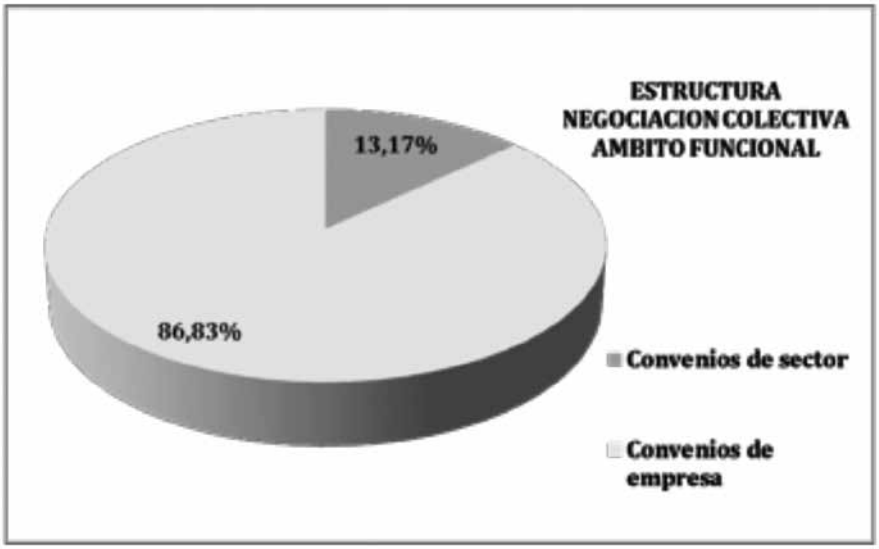
Efectivamente, una ligera mirada a los datos facilitados por la Dirección General de la Política de la Pequeña y Mediana Empresa (Ministerio de Industria, Turismo y Comercio), España cuenta a fecha de septiembre de 2017 con un total de 2.869.652 empresas. Algo más del 54% del total, esto es, 1.553.516 están inscritas como autónomos, por lo que carecen de trabajadores asalariados. Casi el 40%, esto es, 1.138.401, se constituyen como microempresas lo que significa que sus plantillas oscilan entre 1 y 9 asalariados. Por último, únicamente algo más del 6% del total (entre pequeñas, 149.301, medianas, 23950, y grandes empresas, 4484), cuentan con más de 10 trabajadores, por lo que son susceptibles de contar con representación unitaria y, precisamente por ello, con sujetos legitimados para negociar convenios colectivos en el ámbito empresarial[13]. En el ámbito andaluz la situación es, si cabe, aun peor. De acuerdo con los datos suministrados por el INE (Directorio Central de Empresas) en Andalucía constan inscritas 501.745 empresas en 2016, de las cuáles, 482.624 son microempresa (casi el 96.2 %); 16.577 (algo más del 3.3 %), se constituyen como pequeña empresa; 2051 (alrededor del 0.4 %) como mediana empresa y, únicamente, 493 como gran empresa, lo que apenas llega a un 0.1%.

En consecuencia, la preferencia aplicativa del convenio de empresa se va a enfrentar con tres problemas fundamentales: a) la falta de sujetos legitimados para negociar, pues el tamaño de las empresas provoca que no existan representantes de los trabajadores capacitados para ello; b) como consecuencia directa de lo anterior, la debilidad y la limitación de la propia autonomía colectiva pues, al ser un ámbito que carecer de determinación y de cultura negocial, la preferencia de la negociación en el ámbito empresarial, perjudicaría a los trabajadores y al propio poder sindical; y, c) la indeterminación de la naturaleza jurídica y de los efectos del instrumento normativo que se negocie en estas condiciones, en caso de que dicha negociación se produzca. Todos estos inconvenientes no hacen sino poner de manifiesto la complejidad y los riesgos que conlleva fomentar la negociación colectiva en un ámbito que parece carecer de reglas y garantías para desarrollar adecuadamente el procedimiento negociador.

No es de extrañar, por tanto, que la regla sobre la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa no haya tenido un impacto significativo en el tejido productivo andaluz pues, aunque el número de convenios de empresa supera en valores absolutos el número de convenios del sector (Gráfico 1), lo cierto es que la mayoría de los trabajadores (93.3%) están protegidos por convenios colectivos sectoriales, como se puede comprobar en el Gráfico 2.

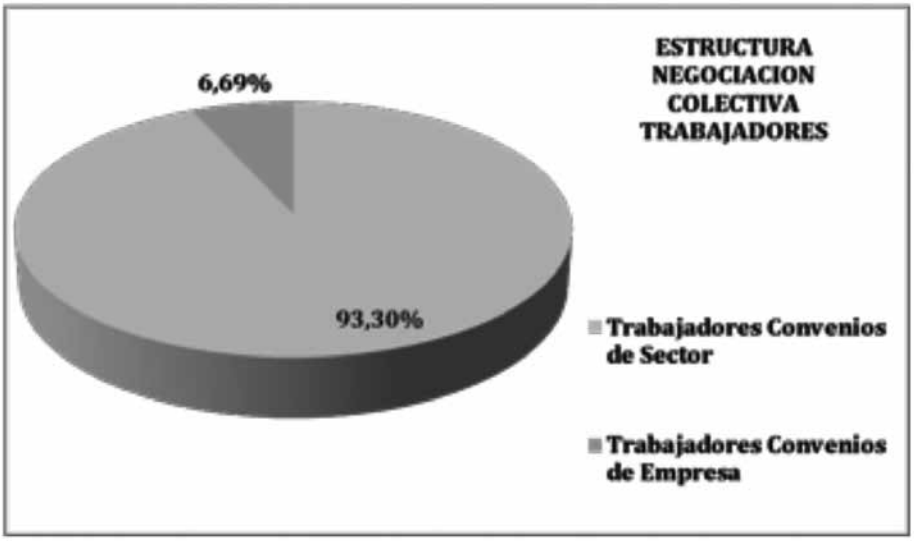
[13] Dirección General de la Política de la Pequeña y Mediana Empresa (Ministerio de Industria, Turismo y Comercio), Cifras PYME. Datos septiembre 2017. Documento disponible en Internet: http://www.ipyme.org//Publicaciones/Cifras-PYME-septiembre-2017.pdf

GRÁFICO 1. ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA. ÁMBITO FUNCIONAL



Fuente: Informe Sociolaboral de Andalucía, Octubre 2017, CEA

GRÁFICO 2. ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANDALUZA. TRABAJADORES AFECTADOS



Fuente: Informe Sociolaboral de Andalucía, Octubre 2017, CEA

Así, tal como ocurre en el ámbito nacional, son los convenios sectoriales los que ofrecen una mayor protección si atendemos al número de trabajadores afectados.

En cuanto a la distribución de convenios por provincia, puede consultarse la siguiente tabla:

TABLA 4. DISTRIBUCIÓN PROVINCIAL CONVENIOS COLECTIVOS DE EMPRESA

	Convenios	Empresas	Trabajadores
Almería	42	42	4.982
Cádiz	106	106	7.282
Córdoba	64	64	8.219
Granada	55	55	2.494
Huelva	33	33	3.330
Jaén	39	39	5.976
Málaga	115	115	9.463
Sevilla	64	64	7.093
Interprovincial	23	23	5264

Fuente: Elaboración propia. Datos extraídos del CARL (04/11/2017)

3.2. La preferencia relativa de los convenios autonómicos

La segunda excepción importante a la regla de prohibición de concurrencia se regula de forma conjunta en los arts. 84.3 y 4 del ET. De conformidad con ellos, los sindicatos y asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los arts. 87 y 88 ET podrán, en el ámbito autonómico, negociar convenios o acuerdos que afecten a convenios de ámbito sectorial nacional siempre que se den dos circunstancias distintas; de un lado, que dicha posibilidad no se haya excluido o prohibido en los acuerdos o pactos previstos en el art. 83.2 ET; de otro, que la decisión de afectar un convenio colectivo superior se respalde por la mayoría de la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación. Precisa el art. 84.4 ET que, con carácter general y salvo que se indique lo contrario, (a través de los acuerdos o convenios del art. 83.2 ET), los convenios autonómicos no podrán regular las siguientes materias: periodo de prueba, modalidades de contratación, clasificación profesional, jornada máxima

anual de trabajo, régimen disciplinario, normas mínimas en prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica.

La regulación anterior era algo más extensa y generosa, pues la habilitación legal se extendía a la generalidad de los convenios colectivos supraempresariales, incluyendo los convenios colectivos sectoriales de ámbito provincial[14]. En ese contexto, en que un convenio provincial podía desmarcarse del convenio colectivo superior, la aplicación conjunta del art. 84.1 ET y del antiguo art. 84.2 ET sólo impedía la afectación de los convenios colectivos de ámbito superior por los convenios de empresa. Efectivamente, bajo el amparo de este marco normativo, se consolidó un sistema de negociación en el que el convenio provincial, además de ser el predominante, se desmarcaba en la generalidad de las materias de los convenios colectivos nacionales, siendo precisamente esta realidad la que pretende abordar la reforma de 2012 al favorecer un sistema de negociación articulada en dos grandes núcleos territoriales, estatal y autonómico, que se completa con el ámbito funcional por excelencia, el empresarial. El rechazo al nivel provincial, en cuanto nivel intermedio de negociación, se debe principalmente a su rigidez, aunque también a su heterogeneidad y a su reticencia a asumir directrices generales controlables, características que no se acompasan con situaciones de crisis económica que exigen flexibilidad en la regulación de las condiciones de trabajo y adaptación a las necesidades de las organizaciones productivas.

No obstante, es necesario advertir que esta excepción a la prohibición de afectación, a diferencia de la establecida en el art. 84.2 ET, es plenamente disponible para la autonomía colectiva. La disponibilidad constituye una aportación de las últimas reformas pues, antes de 2011, el precepto consagraba la excepción con carácter absoluto y, en consecuencia, inmodificable mediante negociación colectiva (STS de 18 de diciembre de 2002. RJ. 2003/2344, FD. 8º). En la actualidad, los agentes sociales pueden establecer reglas distintas a través de los acuerdos o convenios mencionados en el art. 83.2 ET. Las posibilidades en este sentido son muy variadas, desde el establecimiento de la prohibición de afectación para los convenios colectivos autonómicos respecto de los convenios sectoriales nacionales (lo que vaciaría de contenido el art. 84.3 y 4 ET), pasando por la ampliación del listado de materias prohibidas a los convenios autonómicos, o, incluso, la supresión de dicha prohibición (art. 84.4 ET).

Cabría preguntarse si esta potestad ordenadora incluiría la posibilidad de extender nuevamente la excepción a la concurrencia para la negociación colectiva de ámbito provincial. La inexistencia de normas estatutarias que lo impidan debería llevar a admitir una ordenación de estas características, aunque lo cierto

[14] Sala Franco, T., "La revisión del modelo legal de negociación colectiva…", op. cit. p. 139.

es que los propios agentes sociales parecen haber renunciado a esta posibilidad. El III AENC, a diferencia de su predecesor, no dedica ningún Capítulo a la estructura de la negociación colectiva, aunque, como ya hemos dicho, contiene el compromiso de los sujetos negociadores para vertebrar un sistema descentralizado en que prime el nivel empresarial en determinadas materias (jornada, funciones y salarios). Las alusiones a los convenios colectivos provinciales desaparecen casi por completo, aunque existen indicios de que la voluntad sigue siendo la de preservar esta unidad de negociación, no otra cosa podría significar el llamamiento de este nivel para fijar las reglas generales sobre la flexibilidad del tiempo de trabajo que deben aplicarse en las empresas[15].

En todo caso, la norma estatutaria, que, reiteramos, con las reformas introducidas solo rige en defecto de regulación convencional, permitiría establecer una serie de directrices sobre la estructura de la negociación que deben ser destacadas. Con carácter preferente recoge la prohibición de regular una serie de materias por parte de los convenios autonómicos (el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica), prohibición que puede leerse a la inversa para afirmar una reserva relativa de materias para los convenios sectoriales estatales.

Al igual que en otros ámbitos que hemos considerado, tampoco aquí parece que la modificación de las reglas legales haya incidido de forma inmediata en la estructura del sistema negociador. Ciertamente se ha restringido la regla que permitía al convenio sectorial de ámbito inferior afectar las materias del convenio nacional, pero eso no significa que esa posibilidad no exista, pues depende de las previsiones que, a estos efectos, realicen los convenios nacionales y autonómicos. En Andalucía, lo hemos dicho ya, rige un modelo que se caracteriza por la escasez de convenios colectivos autonómicos. Lo normal es que estos regulen pocas materias y con el carácter de mínimos mejorables por los convenios colectivos inferiores, fomentando con ello la negociación en niveles provinciales (Convenio Colectivo Autonómico para las Empresas dedicadas a la Gestión del Servicio del Taxi de Andalucía 2016-2018). No obstante, de lo vigentes, son más numerosos los que no facilitan la negociación en ámbito inferiores, declarando supletoria la normativa legal o el convenio colectivo sectorial nacional (art. 6 del I Convenio Colectivo Regional para las Empresas de Comunicación del Sector de la Radio y la Televisión Local de Andalucía.; art. 5 del III Convenio Colectivo Autonómico

[15] En la versión anterior, las partes se comprometían a preservar la negociación en el ámbito provincial pero también a favorecer que tales convenios potenciaran las medidas de flexibilidad necesarias para que las organizaciones productivas se adaptasen a las exigencias del mercado.

de Trabajo para las Empresas y Trabajadores/as de Transporte de Enfermos y Accidentados en Ambulancia, art. 2 I Convenio Colectivo de Ámbito Autonómico de Andalucía para el Sector de Aparcamientos y Garajes 2011-2014).

A pesar de ello, un número tan bajo de convenios autonómicos impide extraer conclusiones más sólidas respecto de las reglas que se están aplicando a la negociación colectiva sectorial provincial desde el ámbito autonómico. No obstante, una somera mirada a los convenios colectivos existentes en Andalucía, nos permite realizar una serie afirmaciones.

En primer lugar, que, a pesar de las reformas legales, en el sistema de negociación colectiva andaluza sigue prevaleciendo el convenio colectivo sectorial provincial, tanto por el número de trabajadores afectados (Ver Gráfico 2), como por el número de convenios firmados en detrimento de otras unidades de negociación, fundamentalmente, la relativa al ámbito autonómico (Tabla 5 y 6). Esto último parece evidente si tenemos en cuenta que en la generalidad de las provincias andaluzas coinciden, en un gran porcentaje, convenios que regulan los mismos sectores de actividad lo que, además de indicar que son estos sectores los que aglutinan a un mayor porcentaje de trabajadores, podría trasladar una cierta conveniencia de regularlos, por su carácter común, a través de convenios autonómicos, garantizando con ello una cierta uniformidad en la regulación de las condiciones de trabajo.

TABLA 5. DISTRIBUCIÓN PROVINCIAL CONVENIOS COLECTIVOS DE SECTOR

	Convenios	Empresas	Trabajadores
Almería	8	4.155	40.900
Cádiz	16	14.857	92.615
Córdoba	8	15.382	94.840
Granada	5	2.930	14.534
Huelva	6	4.306	34.350
Jaén	10	60.168	141.324
Málaga	11	51.117	165.387
Sevilla	17	10.396	169.372
Interprovincial	1	18	300

Fuente: Elaboración propia. Datos extraídos del CARL (04/11/2017)[16]

[16] Se toman en cuenta únicamente los convenios vigentes. El mapa de negociación se debe completar con 572 convenios en prórroga tácita, 195 convenios denunciados con ultraactividad

TABLA 6. CONVENIOS COLECTIVOS APLICABLES EN LA GENERALIDAD DE LAS PROVINCIAS

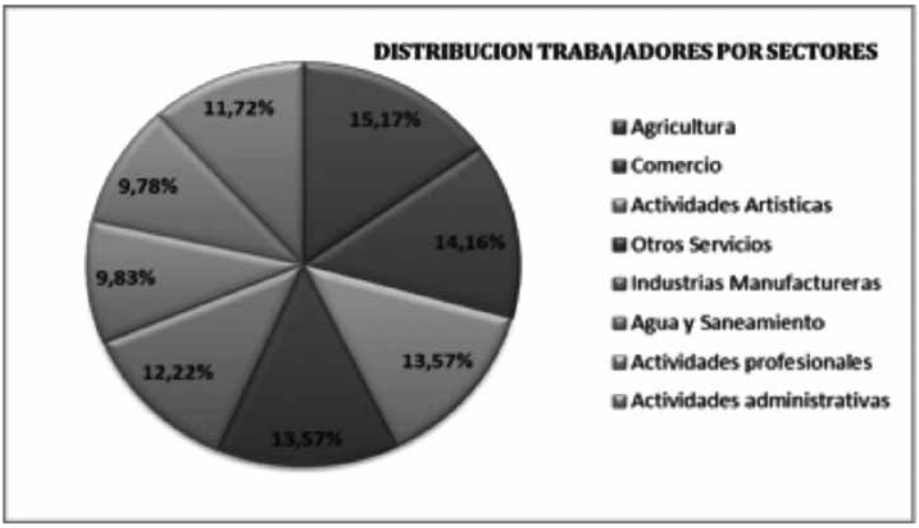
Convenios Colectivos
Actividades agropecuarias (CAMPO)
Clínicas y hospitales Privados (Establecimientos de hospitalización y asistencia)
Comercio en general
Comercio textil, mercerías, paqueterías, quincallas.
Construcción y obras públicas
Derivados del cemento
Distribuidores de butano
Hostelería
Industrias siderometalúrgicas
Industrias y almacenes de la madera
Limpieza de edificios y locales
Obradores de pastelería, confitería y despachos
Oficinas y despachos
Panaderías
Pompas Fúnebres
Salas de exhibición cinematográfica
Transportes colectivos de viajeros
Transporte de mercancías larga distancia
Transportes regulares y discrecionales de viajeros de la provincia de Cádiz
Vid (industrias vinícolas)
Viticultura

Fuente: Elaboración propia. Datos extraídos del CARL (04/11/2017)

indefinida, y 61 convenios denunciados con ultraactividad limitada. A ellos hemos unir un total de 40 convenios pendientes del control de legalidad.

En plena coincidencia con los datos anteriores, en el ámbito andaluz, destacan por el número de trabajadores protegidos, los convenios del sector Agricultura, que cubren al 15,17% del total, y los relativos al Comercio, que cubren al 14,16% del total.

GRÁFICO 3. DISTRIBUCIÓN DE TRABAJADORES POR SECTORES DE ACTIVIDAD



Fuente: Informe Sociolaboral de Andalucía, Octubre 2017, CEA

En segundo lugar, por lo que respecta a las reglas de articulación de la autonomía colectiva, la mayoría de los convenios se mueven aún en el marco normativo anterior de forma que, ordenan la negociación del ámbito provincial erigiéndose en la norma principal y determinando la subsidiariedad de cualquier otra fuente normativa. Mayoritariamente aluden al Estatuto de los Trabajadores. Así ocurre en el caso de numerosos convenios de la provincia de Sevilla: Pompas fúnebres, Lavanderías industriales de uso no doméstico, Industrias de tintorerías, lavanderías, limpieza y planchado de ropa, Hospitalización, internamiento, consultas, asistencias y laboratorios de análisis clínicos; también de Málaga: Comercio en general, Industrias siderometalúrgicas; y Jaén: Industrias siderometalúrgicas. Existen, no obstante, regulaciones que llaman a la regulación subsidiaria del convenio colectivo estatal. Esto sucede con el CC de Construcción y Obras Públicas (Sevilla, Jaén y Córdoba, y Málaga), Hostelería (Sevilla, Jaén y Granada), Derivados del cemento (Sevilla, Jaén y Granada), Industrias de transporte por carretera (Huelva y Córdoba). Usual es, así mismo, ordenar la subsidiariedad del convenio colectivo nacional y del Estatuto en su caso: Confitería, pastelería, bollería, repostería, churrería, chocolate y turrones

(Sevilla); Madera (Sevilla), Transporte de mercancías por carretera (Sevilla, Málaga y Granada), CC del Comercio (Jaén); Industrias siderometalúrgicas (Granada y Córdoba), Derivados del cemento, yesos y cales (Córdoba).

Por último, con respecto a las reglas de concurrencia, debemos tener en cuenta que muchos de estos convenios cuentan con una trayectoria dilatada por lo que no incorporan las novedades introducidas por las reformas laborales. De hecho, muchas de estas regulaciones prohíben la negociación en otros ámbitos, especialmente la relativa al ámbito empresarial, permitiéndola únicamente si la regulación resulta más favorable (art. 4 del CC Confitería, pastelería, bollería, repostería, churrería, chocolate y turrones de Sevilla, art 5 y 6 del Clínicas y sanatorios privados de Málaga, art. 43 del CC del Comercio en general de Granada, art. 4 del CC de Derivados de Cemento de Granada, art. 8 del CC Construcción y Obras públicas de Córdoba. Significativa es la regulación del art. 5 del CC de la Estiba y desestiba Puerto de Algeciras-La Línea (Cádiz), que prohíbe cualquier tipo de negociación en ámbitos inferiores.

No obstante, existen otros que están plenamente actualizados y aluden y respetan la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa establecida por el art. 84.2 ET. Se pueden encuadrar en esta línea el CC de Derivados de Cemento de Sevilla, art 3 del CC de la Hostelería de Málaga y de Jaén, art. 11 del CC de Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares de Málaga; art. 10 del CC Sector del Amarre y Desamarre de Buques en el Puerto de la Bahía de Algeciras. Otros, encuadrables en la misma línea, prevén aplicar su regulación únicamente a aquellas empresas que no cuentan con convenio colectivo (Art. 1 del CC de la Industria Siderometalúrgica de Jaén y Córdoba, art. 2 del CC de Oficinas y Despachos de Jaén, art. 1 del CC de Producción de plantas vivas y su venta de Jaén, art. 1 del CC de Empresas distribuidoras de energía eléctrica de Córdoba), otorgando con ello un espacio importante al convenio colectivo empresarial.

4. LA INCIDENCIA DE OTRAS INSTITUCIONES ESTATUTARIAS SOBRE LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS

Además de las consideradas, existen en el Estatuto otras reglas que, si bien no se destinan a regular directamente la concurrencia de convenios, sí que pueden incidir indirectamente en esta institución. Las más significativas, por el impacto que pueden producir en la materia, son las establecidas en el art. 86.3 ET y 82.3 ET, aunque la función y efectos que cada una produce son completamente diversos, como veremos en seguida.

4.1. La limitación de la ultraactividad de los convenios colectivos

La aplicación del convenio colectivo una vez denunciado, como pacto entre partes que es, se regula por las previsiones que hayan efectuado los sujetos negociadores, y así lo reconoce el art. 86.3 ET al establecer que "*la vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio*". No obstante, y como es habitual, el legislador establece una serie de reglas que sólo resultan aplicables si las partes no han previsto otra cosa. Así, en defecto de pacto, se prorroga la aplicación (con carácter extraordinario y en virtud de mandato legal) del convenio colectivo denunciado hasta que se negocie el nuevo, exceptuando únicamente las cláusulas de paz laboral (no todo el contenido obligacional), que decaen con la denuncia del convenio.

Este mecanismo, que permite conservar los derechos y obligaciones generados por los convenios pendientes de renovar durante el periodo que transcurre desde que se denuncian hasta que se acuerda y entra en vigor el siguiente, es lo que se conoce como ultraactividad. La institución ha sido objeto de una especial atención legislativa en los últimos años con objeto de limitarla y posibilitar que la regulación convencional de las condiciones de trabajo se adapte a las circunstancias económicas concurrentes. Las últimas reformas han insistido en potenciar y, en cierto sentido, forzar el proceso negociador a través de dos mecanismos distintos: de un lado, fomentando la posibilidad de usar mecanismos para salvar los obstáculos y controversias que surgen en ese proceso y, de otro, y como medida más incisiva, estableciendo un periodo o duración máxima para desarrollar el proceso negociador y llegar a un acuerdo[17].

La previsión de utilizar mecanismos para salvar las controversias surgidas entre las partes en el proceso negociador no constituye una gran novedad (ya existía esa posibilidad sin necesidad de recogerla expresamente) ni puede considerarse una injerencia en la autonomía colectiva, puesto que los mencionados procedimientos se establecen en acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, articulados por la propia autonomía colectiva (art. 83 ET). De todos los mecanismos posibles, la regulación menciona expresamente y potencia con ello, el arbitraje, respecto del que se han de especificar los criterios y procedimientos y, muy especialmente, el carácter voluntario u obligatorio,

[17] La incidencia de las distintas reformas puede consultarse en González Ortega, S., "La negociación colectiva en el Real Decreto Ley de medidas urgentes…", op. cit. pp. 128 y ss. La situación actual en Martínez Romero, C., La vigencia del convenio colectivo estatutario. Problemática general y análisis particular de la ultraactividad, Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N., (Dir.), *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 2013, pp. 587 y ss.

inclinándose la regulación estatutaria, en defecto de pacto sobre esta cuestión, por el carácter obligatorio del arbitraje.

La segunda línea de actuación, algo más incisiva, ha consistido en establecer un periodo de tiempo máximo para alcanzar el acuerdo. La duración de este periodo ha variado sustancialmente. Inicialmente, y como consecuencia de la reforma introducida por el Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio, el periodo máximo para la negociación del nuevo convenio debía establecerse como contenido mínimo y en función de la duración del convenio. De acuerdo con ello, y salvo pacto en contrario, el plazo de duración, a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia, se estableció en ocho meses si la vigencia del convenio había sido inferior a dos años; o, en catorce meses si era superior (art. 85.3 ET). Con la redacción dada por el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, el plazo para la negociación se fijó en un único periodo de dos años; cinco meses más tarde, con la Ley 3/2012, de 6 de julio, la duración quedó establecida definitivamente en un año, manteniéndose la posibilidad de que, a través de un pacto en contrario, se pueda continuar prorrogando el convenio. En consecuencia, sólo en el caso en que las partes no hayan pactado otra cosa (incluyendo lo contrario), cualquier convenio colectivo, independientemente de su duración, debe negociarse en el plazo máximo de un año desde que se produjo la denuncia. Transcurrido este plazo y salvo previsión expresa en sentido contrario, decae la ultraactividad y las relaciones laborales afectadas pasan a regularse, por el convenio colectivo de ámbito superior que resultare aplicable (art. 86.3 ET).

En cuanto a los efectos que puede provocar esta institución en la estructura y en las normas sobre concurrencia de convenios, debemos considerar que, durante el periodo de ultraactividad, no rigen las reglas que prohíben la afectación entre convenios y ello porque el convenio que resulta aplicable, aunque prorrogado con carácter extraordinario, se encuentra denunciado. Esto significa que durante el periodo de ultraactividad y hasta que se firme el nuevo convenio colectivo, la unidad de negociación queda desbloqueada, permitiéndose la negociación, y más correctamente, la aplicación de un convenio colectivo de distinto ámbito[18]. Esta interpretación, que ha recibido respaldo jurisdiccional, se basa en diferenciar claramente entre la vigencia ordinaria pactada por los sujetos negociadores y la ultraactividad como institución que deriva de la norma legal. Entender lo contrario, aclara la jurisprudencia, llevaría a una "*petrificación de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las*

[18] En este sentido, ver las distintas correcciones a la regla de prohibición de afectación entre convenios colectivos (González Ortega, S., y Carrizosa Prieto, E., "La concurrencia de convenios colectivos. Estado de la cuestión …", op. cit. pp. 377 y ss.).

unidades correspondientes" (STS de 2 de febrero de 2004. Rec. 3069//2002. FD. 3º).

Por otro lado, el precepto prevé que, transcurrido el plazo de un año y salvo previsión expresa en sentido contrario, decae la ultraactividad y las relaciones laborales afectadas pasan a regularse por el convenio colectivo de ámbito superior que resultare aplicable, si lo hubiere (art. 86.3 ET). Lo que no prevé la norma es qué sucede si en la unidad de negociación no existe convenio colectivo de ámbito superior que resulte aplicable, cuestión que queda sin resolver y para la que solo quedarían las posibilidades de adhesión o extensión en la medida en que resulten aplicables (art. 92 ET) y, en último término, la aplicación directa de la regulación estatutaria. La regla, que tiene como objetivo fundamental evitar vacíos de negociación y no solucionar supuestos de concurrencia, podría obstaculizar la negociación colectiva de empresa y la regla que le otorga preferencia aplicativa y ello porque, a pesar de que cada vez resulte más difícil negarse o simular un mínimo de actividad negociadora, lo cierto es que la regulación del art. 86.3 ET no asegura por completo que el proceso de negociación culmine con éxito, por lo que de haber reticencias sobre la negociación colectiva del convenio de empresa se podría dilatar intencionalmente el proceso negociador con objeto de garantizar la aplicación del convenio colectivo sectorial. No obstante, y a pesar de que se trata de un opción completamente viable y posible, de nuevo el ordenamiento ofrece vías para que el ámbito empresarial escape, al menos parcialmente, a la regulación sectorial, al regular, de forma complementaria al art. 84.2 ET, la inaplicación del convenio colectivo en el art. 83.2 ET.

4.2. La inaplicación del convenio colectivo

De forma paralela a la conformación de la regla de preferencia de los convenios colectivos de empresa, se ha venido forjando con las últimas reformas laborales un procedimiento de inaplicación de convenios colectivos que permite descolgarse de la normativa convencional sectorial o empresarial y sustituirla por lo pactado en un acuerdo de empresa (art. 82.3 ET). En consecuencia, la inaplicación del convenio colectivo constituiría una nueva excepción a la prohibición de concurrencia entre convenios, si bien ahora se exige una serie de requisitos adicionales al proceso negociador que, desde nuestro punto de vista, no se justifican tanto por el hecho de que deje de aplicar la regulación convencional como por las materias y el sentido de los cambios que se pueden introducir en su regulación[19].

[19] Sobre las situaciones de concurrencia que se pueden dar en la inaplicación de convenios colectivos, Roldán Martínez, A., y Alarcón Castellanos, M. M., "El descuelgue y el concepto de convenio colectivo aplicable", *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 176/2015 (BIB 2015/2101).

Efectivamente, el art. 82.3 ET permite la inaplicación de la regulación convencional, sectorial o empresarial, de determinadas condiciones de trabajo siempre que se den una serie de circunstancias y se siga el procedimiento establecido en la regulación legal. Son tres, por tanto, los requisitos sobre las que se articula la institución. Un presupuesto básico, imprescindible y necesario para activar el procedimiento; un listado exhaustivo y excluyente de materias cuya regulación se puede flexibilizar, y un procedimiento de negociación, que, en todo caso, ha de culminar con un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar conforme al art. 87.1 ET.

El presupuesto básico exige que concurran, así lo especifica el art. 82.3 ET, causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, descendiendo la regulación a concretar, aunque con carácter ejemplificativo y, por tanto, no exhaustivo, cuándo concurren este tipo de causas. La definición que otorga la regulación es muy similar a la que contiene la regulación del despido colectivo (art. 51.1 ET), si bien se produce una divergencia importante en la determinación de las causas económicas, al requerir, para definir la situación de disminución persistente, que el nivel de ingresos ordinarios o ventas sea menor que el registrado en el mismo trimestre del año anterior durante dos trimestres consecutivos. La laxitud en la exigencia (dos trimestres consecutivos, frente a los tres que requiere el art. 51 ET) se justifica por la menor gravedad de las medidas a adoptar, el descuelgue, frente a otras medidas más incisivas: el despido o la suspensión colectiva de las relaciones laborales. Se puede afirmar, por tanto, que la propia regulación dibuja una graduación de la gravedad de las medidas (la inaplicación de regulaciones convencionales, la suspensión del contrato y la reducción de jornada por causas económicas y, finalmente, el despido colectivo), que se proyecta sobre el orden natural de adopción de este tipo de decisiones y sobre las exigencias y requisitos que las justifican, más rigurosos a medida que aumenta su gravedad. Este es el sentido de la regulación que contiene el III AENC que, al establecer las directrices de la negociación en torno a la inaplicación de las condiciones de trabajo en los convenios, exige que las cláusulas de inaplicación tengan como principal objetivo el mantenimiento del empleo y que se adopten para evitar expedientes de regulación de empleo, tantos temporales como extintivos (IV.3).

Por lo que hace al listado de materias respecto de las que se permite la inaplicación, llama la atención su relativa coincidencia con las mencionadas en el art. 84.2 ET. La cuantía salarial, que incluiría la cuantía del salario base y de la totalidad de los complementos salariales, así como los incrementos salariales, el horario, la distribución del tiempo de trabajo y el régimen de trabajo a turnos, constituyen materias que pueden ser objeto de negociación en la empresa, ostentado preferencia sobre el convenio colectivo sectorial y que, adicionalmente, debido a su inclusión en el art. 82.3 ET, también pueden protagonizar un supuesto

de inaplicación convencional y ver sustituida su regulación por la que realice el acuerdo de empresa. No obstante, existe otro conjunto de materias que, aun pudiendo ser objeto de negociación en el ámbito empresarial, no gozarían de la prioridad aplicativa que garantiza el art. 84.2 ET: jornada de trabajo, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento, encomienda de funciones cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 ET, y, por último, mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. Estas materias, a pesar de poder protagonizar un descuelgue conforme al art. 82.3 ET, no justificarían la prioridad aplicativa de la regulación convencional en el ámbito de la empresa.

Por último, y en lo que hace al procedimiento, ya hemos dicho que, en cuanto modificación sustancial de las condiciones establecidas en un convenio colectivo estatutario, la inaplicación del convenio requiere del acuerdo expreso entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar de acuerdo con el art. 87.1 ET. Los problemas que se planteaban respecto de las organizaciones empresariales que no cuentan con representación legal de los trabajadores, han quedado solventados al posibilitar que los trabajadores atribuyan su representación, o bien a una comisión de un máximo de tres miembros, integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente, o bien 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 aplicable.

Al igual que sucede en el art. 41 ET, se exige un periodo de consultas que puede terminar con acuerdo o sin acuerdo; ahora bien, a diferencia de aquel, si termina sin acuerdo no se podrá adoptar la decisión de descuelgue, en tanto que esta requiere, necesariamente, el consenso entre las partes. Esta es la razón de que la norma apueste con todos los mecanismos posibles a su alcance por la consecución de un acuerdo, mecanismos que se han descritos suficientemente en otros trabajaos de investigación y que no requieren en estos momentos más profundidad en el análisis[20].

A los efectos que estamos considerando, lo más interesante de toda esta regulación es, sin duda, el propio mecanismo de inaplicación, su incidencia sobre las reglas de concurrencia y, en último término, su delimitación con el procedimiento de negociación del convenio colectivo de empresa. Indudablemente,

[20] Cruz Villalón, J. (2012), "Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012", en García Perrote, I. y Mercader Uguina, J. R. (Dir.), *Reforma Laboral 2012*, Valladolid, Lex Nova, pp. 394 y ss.; González Ortega, S., y Carrizosa Prieto, E., (2013): "La concurrencia de convenios colectivos. Estado de la cuestión y perspectivas…", op. cit., pp. 411 y ss.

el mecanismo de inaplicación supone una nueva excepción a las reglas de concurrencia, excepción que, a pesar de las diferencias, cumple la misma función y, en consecuencia, complementa la regulación establecida en el art. 84.2 ET[21]. Y la complementa claramente porque en el fondo supone una ampliación de las materias disponibles para la negociación en el ámbito empresarial (duración de la jornada laboral, sistema de remuneración, sistema de trabajo y rendimiento, etc.), si bien su posible disposición se sujeta a una serie de requisitos, entre ellos la existencia de presupuesto habilitante, la propia temporalidad y la existencia de un procedimiento específico.

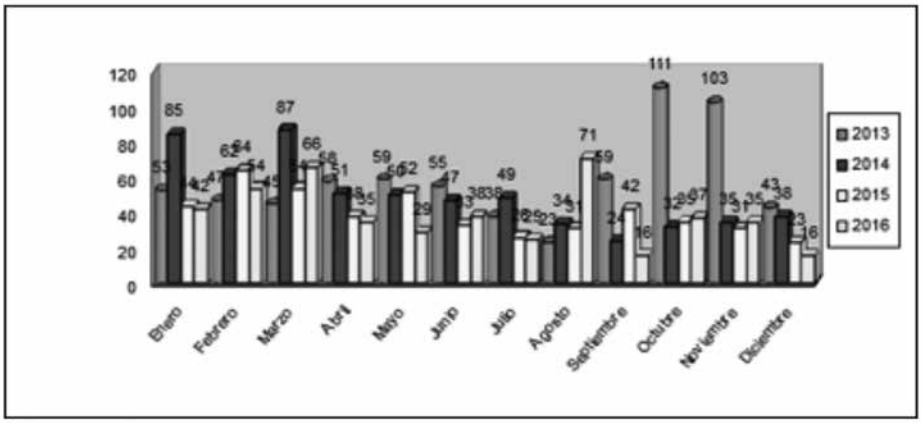
La diferencia fundamental, en consecuencia, está en las materias y en el proceso negociador. El art. 85.2 ET se centra en la negociación de un convenio colectivo de empresa que habrá de observar únicamente los requisitos que a lo largo del Estatuto se establecen para ello; el segundo prevé la inaplicación temporal de la regulación contenida en un convenio colectivo vigente y su sustitución (también temporal) por la regulación de un acuerdo de empresa; en definitiva, un supuesto de modificación sustancial temporal de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo estatutario a través de un acuerdo de empresa (art. 41.6 ET). Si a ello añadimos que los sujetos negociadores de uno y otro caso pueden ser los mismos, tendremos que concluir que la importancia no está tanto en que se trata de una inaplicación del convenio, en tanto este queda sustituido por otro tipo de regulación convencional, sino en que, en el nuevo marco normativo, la inaplicación viene a complementar la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, provocando con ello una ampliación de las materias a negociar en este nivel y erigiéndose, por tanto, en un importante instrumento para adaptar las organizaciones productivas a las exigencias del mercado.

Efectivamente, una mirada a los datos nos constata que el procedimiento ha sido ampliamente utilizado en el Sistema Andaluz de relaciones laborales, siendo Andalucía una de las comunidades que más inaplicaciones realizó en 2016 (el 32,48% de la totalidad, con un 21,01% de los trabajadores afectados), aunque, el número, al igual que sucede en el ámbito nacional, disminuye sensiblemente desde el año 2013. Así, los años 2016 y 2015, las aplicaciones son menores que en las anualidades 2013 y 2014[22].

[21] Sobre este tipo de acuerdos y su configuración jurídica, Fernández Avilés, J. A., "Los acuerdos de inaplicación del convenio colectivo", en Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N., (Dir), *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 2013, pp. 847 y ss.

[22] En el año 2016 se presentaron ante la autoridad laboral un total de 464 expedientes de inaplicaciones de condiciones de trabajo de convenios colectivos vigentes. Los acuerdos afectaron a un total de 6.222 trabajadores (Memoria 2016, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, pp.

GRÁFICO 4. EXPEDIENTES COMPARADOS POR MESES. EJERCICIOS 2013-2016

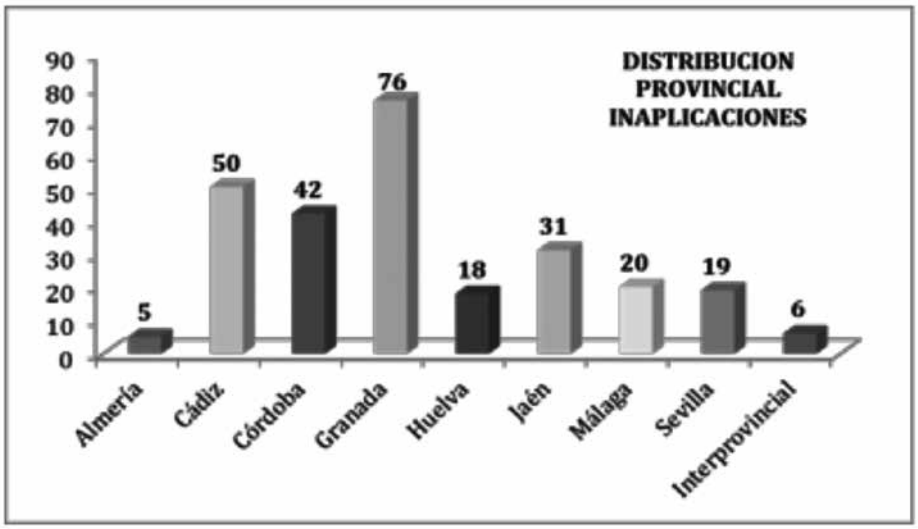


Fuente: Memoria 2016, CARL

Por su parte en 2017, hasta el 30 de septiembre, el número de inaplicaciones asciende a 267 expedientes, un número inferior, en un 29,98% al año 2016 (376 inaplicaciones) y un 30,46% inferior al año 2015 (384 inaplicaciones). Es importante señalar la distribución por provincias (Tabla 7), pero aún más la distribución por sectores de actividad. En cuanto al instrumento respecto del que se produce la inaplicación, mayoritariamente se aplican respecto de los convenios colectivos de Sector (un 98%), teniendo más incidencia en el Sector del comercio (al que afectan en 2017, 59 inaplicaciones), seguido del sector del Metal (al que afectan en 2017, 45 inaplicaciones).

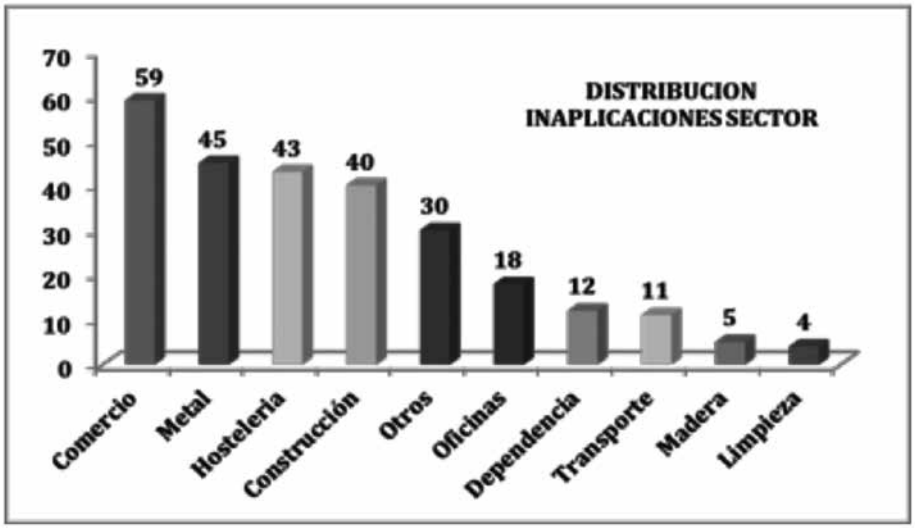
44 y ss. Disponible en: https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=2375cc8f-0535-41fb-b93d-bfbc412d64a7&groupId=10128

GRÁFICO 5: DISTRIBUCIÓN PROVINCIAL INAPLICACIONES



Fuente: Informe Sociolaboral de Andalucía, Octubre 2017, CEA

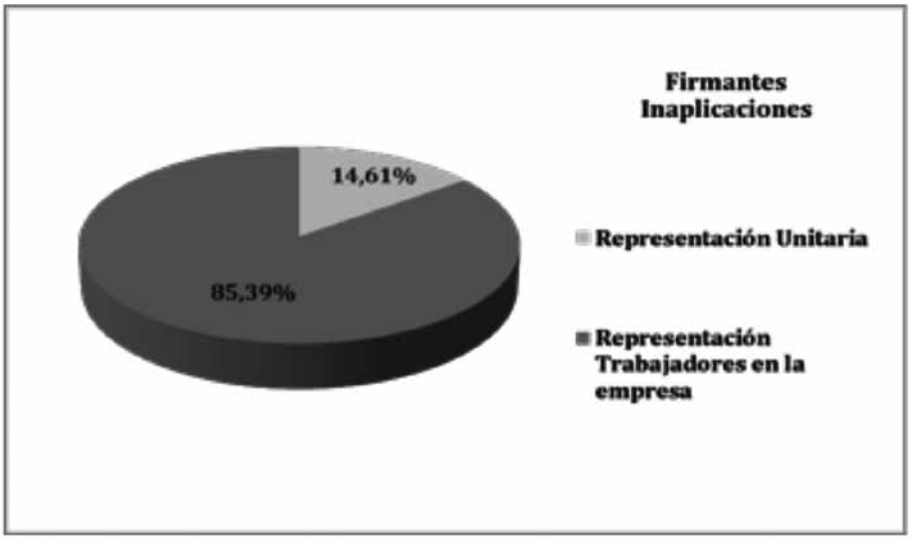
GRÁFICO 6. DISTRIBUCIÓN DE INAPLICACIONES EN EL SECTOR DE ACTIVIDAD



Fuente: Informe Sociolaboral de Andalucía, Octubre 2017, CEA

Más interesante, a efectos de analizar el impacto en las normas de concurrencia de convenios es que las inaplicaciones producidas se producen, fundamentalmente, en empresas de menos de 6 trabajadores, 143 empresas, (53,55%), seguidas de las empresas de entre 11 y 49 trabajadores, 57 empresas, (22,47%). En las empresas de entre 11 y 49 trabajadores las inaplicaciones de convenios colectivos se han adoptado el 35,08% con representación sindical o Delegado de Personal. El 70% del conjunto de inaplicaciones en empresas de entre 50 y 100 trabajadores han sido adoptados por representación unitaria o sindical, y el 100% de más de 250 trabajadores han sido adoptados por representación unitaria o sindical. Esto significa que un gran parte de las inaplicaciones, el 85,39% del total, esto es, 228 acuerdos, han sido adoptadas por una comisión de representantes ad hoc. Siendo minoritarias las adoptadas por la representación unitaria y sindical, órganos que han protagonizado 39 inaplicaciones de convenios, lo que supone el 14.61% del total[23].

GRÁFICO 7. FIRMANTES DE INAPLICACIONES



Fuente: Informe Sociolaboral de Andalucía, Octubre 2017, CEA

Estos datos pueden tener una importante incidencia en la interpretación de las normas que venimos analizando, especialmente si tenemos en cuenta que las inaplicaciones respecto de convenios colectivos de empresa son casi inexistentes. Podrían indicar que la regla de prioridad aplicativa del convenio

[23] Datos extraídos de CEA, *Informe Sociolaboral de Andalucía, Octubre 2017*. Documento disponible en Internet: http://www.cea.es/upload/documentos/2017/prl/Boletin_Sociolaboral_9_octubre_2017.pdf

colectivo empresarial no ha tenido gran incidencia en el tejido productivo andaluz, al menos desde el punto de vista cuantitativo, pues recordemos que este se compone, abrumadoramente, de microempresas que no cuentan con posibilidades expresamente reconocidas para articular la negociación colectiva estatutaria. Ello justificaría el alto porcentaje de inaplicaciones y que estas se produzcan fundamentalmente, para desvincularse de las subidas salariales.

5. UN SUPUESTO ESPECIAL. LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS

No podemos dar por terminado este enfoque general sobre la concurrencia de convenios sin aludir a una serie de prácticas, extendidas en nuestro sistema de relaciones laborales y que vienen a poner en jaque el conjunto de normas que hemos analizando. Nos referimos a las distintas prácticas de descentralización productiva existentes en nuestro tejido empresarial: contratas y subcontratas, empresas de trabajo temporal, etc. Aunque la generalidad de las manifestaciones de *outsourcing* plantea cuestiones interesantes en relación a la concurrencia de convenios colectivos[24], aludiremos únicamente a las empresas de gestión integral o empresas multiservicios por considerar que este fenómeno es suficientemente ejemplificativo de las cuestiones que se suscitan[25].

El principal rasgo característico de las empresas multiservicios es que son multifuncionales (tareas auxiliares de mantenimiento, vigilancia, limpieza, etc.), por lo que aquellas empresas que no tengan convenio colectivo propio, encuentran bastantes dificultades para identificar el convenio colectivo sectorial que resulta aplicable. Ante esta situación, muchas de ellas han optado por aplicar directamente la regulación mínima que contiene el Estatuto en materias o condiciones de trabajo tan importantes como salarios, jornada laboral, etc. Esta aplicación de mínimos ha provocado una rápida precarización de las condiciones de trabajo de los trabajadores que prestan servicios en su seno y una gran diferencia en las condiciones de trabajo entre trabajadores que desempeñan las mismas funciones en un mismo espacio productivo.

[24] Los problemas que ocasiona la negociación colectiva en los supuestos de descentralización productiva en Rodríguez Escanciano, S., "Problemática del derecho a la negociación colectiva en las empresas de trabajo temporal y en las contratas y subcontratas", Monereo Pérez, J.L., y Moreno Vida, M.N., (Dir), *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 2013, pp. 971 y ss.

[25] Un análisis de las empresas multiservicios en el contexto de la descentralización productiva en Cavas Martínez, F. (2007), "Empresas de multiservicios y empresas de trabajo temporal: una aproximación crítica a una realidad preocupante", *Revista Doctrina Aranzadi Social*, núm. 2/2007 (BIB 2007/309).

La degradación de las condiciones de trabajo se ha convertido, por tanto, en un signo distintivo de las empresas multiservicios, y ello es así porque su proliferación se debe, sobre todo, a la reforma de la Ley 14/1994, de 1 de junio, de Empresas de Trabajo Temporal, por la que se introdujo la obligación de aplicar a los trabajadores cedidos las mismas condiciones de trabajo (remuneración, duración de la jornada, horas extraordinarias, períodos de descanso, trabajo nocturno, vacaciones y días festivos), que le corresponderían de haber sido contratados directamente por la empresa usuaria para ocupar el mismo puesto (art. 11 Ley 14/1994 en su redacción dada desde 2010)[26]. En virtud de esta reforma, el único espacio desprotegido y/o desregulado se encontraba en las contratas y subcontratas, institución que permite, con su regulación actual, aplicar salarios más bajos a los trabajadores, especialmente si se contrata o subcontrata a una empresa multiservicios[27].

Abordar la problemática que generan las empresas multiservicios en este ámbito exige valorar dos opciones distintas: la aplicación del convenio colectivo sectorial que resulte más adecuado o la creación de un ámbito funcional propio que regule en el ámbito nacional las características básicas de estas empresas. Esta última solución, que tendría como ventaja principal la existencia de un único convenio colectivo sectorial, parece ser la pretensión de la patronal que, en los últimos meses, ha constituido una nueva asociación, precisamente con objeto de hacer frente a los problemas que se generan por este tipo de empresas: Asociación de Empresas de Externalización de Servicios Auxiliares a la Producción. Sin embargo, no es la propuesta que cuenta con un mayor consenso. A estos efectos, se debe tener en cuenta que la mayoría de las actuaciones e indicaciones sobre las empresas multiservicios, se inclinan por considerar la aplicación de un CC

[26] Cavas Martínez, F., "Empresas de multiservicios y empresas de trabajo temporal: una aproximación crítica a una realidad preocupante…", op. cit. p. 4.

[27] Existe, no obstante, una Proposición de Ley de modificación del artículo 42.1 del ET que pretende garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados. Se propone la siguiente redacción: "Se entenderá que el objeto de contratación o subcontratación supone la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad del empresario contratante cuando se corresponda con todas o alguna de las actividades principales o nucleares del mismo y suponga, por parte del contratista o subcontratista, la aportación de mano de obra que desarrolla funciones profesionales que tienen relación directa con dichas actividades principales o nucleares. En estos casos, las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata o subcontrata, durante el tiempo en que presten servicios adscritos a la misma, las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores contratados directamente por dicho empresario principal. A estos efectos, se consideran condiciones laborales y de empleo esenciales las referidas a remuneración y cuantía salarial, condiciones de contratación, tiempo de trabajo y descanso, igualdad, protección de la maternidad, lactancia y paternidad y frente a riesgos laborales" (BOCG Congreso Diputados, Serie B, núm. 24/4 de 03/05/2017).

Sectorial ya existente, como veremos en seguida. Los autores que sostienen esta posición consideran que las empresas multiservicios no realizan una nueva actividad, sino que adoptan una nueva forma de realizar actividades ya reguladas por convenios colectivos sectoriales.

Efectivamente, la doctrina científica y judicial ha ido elaborando, a lo largo de estos años, distintas propuestas para identificar la regulación convencional aplicable a este tipo de empresas en caso de que carezcan de convenio colectivo propio[28]. Los planteamientos se pueden sintetizar en dos: el tradicional, que se basa en el principio de unidad de empresa, y que considera como solución más lógica aplicar un único convenio colectivo (bien el de la actividad principal de la empresa multiservicios o bien el de la empresa principal o cliente)[29]; el planteamiento alternativo, sostenido en el principio de especificidad, que estima que habrá tantos convenios colectivos aplicables como actividades a las que se dedica la empresa[30]. Es este segundo supuesto el que da más juego a las normas de concurrencia en cuanto implica la aplicación de múltiples convenios colectivos en la misma empresa, tantos como actividades distintas desarrolle. El convenio aplicable se identificaría según el ámbito territorial y funcional de cada contrata, esto es, según la actividad externalizada. El inconveniente fundamental es la multiplicidad de convenios en un mismo ámbito, la ventaja, que finalmente con esta técnica se consigue aplicar una regulación homogénea a los trabajadores en función de la actividad que realizan, quedando protegidos, independientemente de la empresa en que realicen sus funciones, por el mismo convenio sectorial[31].

En los últimos meses la propia negociación colectiva ha ido adoptando una serie de iniciativas con objeto de solucionar los problemas de regulación y mejorar las condiciones de trabajo de este colectivo. Para dejar claras las posibilidades de la regulación convencional en esta materia, hemos de partir de nuevo del AENC, que en el Capítulo II (Impulsar el empleo de calidad y con derechos), prevé que, "en un contexto de externalización creciente de las actividades por parte de las empresas […], los firmantes del presente Acuerdo consideran necesario que la negociación colectiva contribuya a facilitar el cumplimiento de lo dispuesto en el

[28] Las distintas posiciones pueden verse en Esteve Segarra, A., "La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS 17 de marzo de 2015", *Revista de Información Laboral* núm. 9/2015 (BIB 2015/4879).

[29] Apuestan por aplicar el CC que corresponde a la actividad principal (SSTSJ Andalucía de 25 de mayo de 2006 (Rec. 942/06), de 30 de octubre de 2006 (Rec. 2143/06). Opta por aplicar el CC de la empresa principal, STSJ Andalucía de 25 de mayo de 2006 (Rec. 942/06).

[30] Se inclina por esta opción, SSTSJ Andalucía de 14 de marzo de 2007 (Rec. 3041/06), de 21 de Junio de 2012 (Rec. 3025/10).

[31] Esteve Segarra, A., "La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios…", op. cit. p. 7.

art. 42 del ET, lo que redundará en la seguridad del empleo y en el cumplimiento de las condiciones laborales establecidas legal y convencionalmente". […]. En este sentido, aclaran los sujetos firmantes, "las Organizaciones empresariales y sindicales compartimos que las nuevas modalidades de organización productiva y societaria, que en ocasiones revisten una notable complejidad, no deben suponer la inaplicación de la regulación convencional correspondiente, ni cesión ilegal de trabajadores". Dichas previsiones, sin embargo, no son suficientes para hacer frente al fenómeno de las empresas multiservicios. Se echan de menos recomendaciones más precisas para evitar los vacíos y garantizar la regulación convencional en los supuestos de descentralización productiva a través de este tipo de empresas.

Mucho más incisivos se muestran los convenios colectivos sectoriales que entre las múltiples actuaciones que pueden desarrollar, han optado por las siguientes: a) establecer "cláusulas de subrogación convencional obligatoria", consistentes en regular por vía convencional la subrogación obligatoria en caso de cambio de contratistas o subcontratistas en cualquiera de las actividades que se integran en el ámbito funcional (STJS Cataluña 20 de enero de 2017, R 6643/2016); b) introducir cláusulas de equiparación en las condiciones de trabajo entre los trabajadores de la contrata y los trabajadores de la empresa principal como obligación a observar necesariamente por las empresas que se encuentran dentro del ámbito funcional del convenio (SSTSJ Canarias de 20 enero de 2014)[32]; c) plasmando la prohibición, con más o menos rigor, de subcontratar a través de este tipo de empresas[33].

Las clausulas más usuales, cuando se introducen, se encuentran en los Convenios Colectivos de Hostelería o en los relativos a la limpieza de edificios. Así, por ejemplo, el CC de Hostelería de Málaga establece que "a las actividades

[32] Así ocurre con el CC de Hostelería de las Palmas, CC de Baleares, CC de Hostelería de Tenerife, CC de Hostelería de Teruel. Aunque todos ellos exigen garantizar la aplicación del Convenio Sectorial en materia retributiva, interesa destacar la redacción del CC de Hostelería de las Palmas en el que dispone que la previsiones del CC "*se aplicarán a todas aquellas empresas que, en virtud de cualquier tipo de contrato, siempre que sea con aportación personal, realicen uno o varios servicios, actividades o tareas de los prestados en cualquier establecimiento sujeto al ámbito funcional del convenio sectorial, debiéndose en estos supuestos aplicar al personal puesto a disposición y durante el tiempo que estos se encuentren prestando tales servicios, las condiciones generales contenidas en el mismo y en particular la tabla salarial que corresponda a la categoría del establecimiento*" (art. 1).

[33] Estudios más amplios sobre las cláusulas convencionales existentes en nuestro país en UGT, Empresas multiservicios o cómo precarizar el empleo. Análisis de las empresas multiservicios 2016. Informe del Gabinete Técnico de FeSMC-UGT, 2016; Nieto Rojas, P., "La respuesta de la negociación colectiva sectorial a las empresas multiservicios, *Revista de Información Laboral*, núm. 7/2017 (BIB 2017/12615).

desarrolladas por las camareras de piso, personal del restaurante, cocina y recepción, cualquiera que sea la empresa para la que presten sus servicios, les serán de aplicación las condiciones previstas en el convenio sectorial". Más numerosos son los convenios colectivos que, a través de regulaciones indirectas, reformulan el ámbito funcional del convenio, especificando que se aplicará a las empresas que realicen actividades propias de dicho sector, aunque no constituya su objetivo social principal y se realicen parcialmente. Con regulaciones de este tipo se pretende evitar la evasión de la regulación colectiva sectorial, obligando a respetar su regulación a todas las empresas que interactúen en dicho ámbito, independientemente del objeto social con que operen en el mercado (I CC Estatal de Limpieza de Edificios y Locales, BOE núm. 123, de 23 de mayo; II Convenio Colectivo Estatal de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal, BOE núm. 145 de 19 de junio de 2017)[34].

Por último, en relación al respeto a la negociación colectiva sectorial por parte de estas empresas, hemos de comentar que en este ámbito no se han producido, con carácter general, avances significativos. De las regulaciones convencionales analizadas (Tabla 7), son realmente excepcionales aquellas que designan como derecho supletorio la regulación del convenio colectivo sectorial (art. 22 del CC de la Empresa Brocoli, S.L.), siendo mayoritarios los que acuden directamente al Estatuto de los Trabajadores, marginando con ello la regulación sectorial, incluso excluyéndola expresamente al no considerarla aplicable (art. 46 del I CC Interprovincial de Externa Team S.L.; D.A. Primera del CC de la Empresa Planiseg 2005, S.L; art. 44 del CC de Recursos Humanos y Gestión del Personal, 2009, S.L, etc.). Contrasta con estas regulaciones el CC de Jardinería Costa del Sol, pues al definir su ámbito funcional establece: "el presente convenio colectivo será de aplicación a los trabajadores que desarrollan su actividad profesional en Jardinería Costa del Sol, dedicada a las actividades de limpieza y jardinería, venta por menor de artículos de ferretería, albañilería y pequeños trabajos de construcción en general y toda clase de servicios integrales o específicos, a medida de clientes externos, incluidos en el objeto social de la empresa. Y todo ello, con exclusión de aquellas actividades que, por sus peculiaridades, estén reguladas por un convenio sectorial específico".

[34] Es significativa la regulación del II Convenio Colectivo Estatal de la Industria, la Tecnología y los Servicios del Sector del Metal. El art. 2, al definir el ámbito funcional, precisa que: "también estarán afectadas todas aquellas empresas que, en virtud de cualquier tipo de contrato, tengan varias actividades principales, de las cuales alguna esté incluida en el ámbito funcional de este Convenio, siendo de aplicación el mismo a los trabajadores que realicen estas actividades. Las empresas que por cualquier tipo de contrato desarrollen actividades del Sector de forma habitual (no ocasional o accesoria), se verán también afectadas por el ámbito funcional del presente Convenio, aunque ninguna de esas actividades fuera principal o prevalente".

También, aunque siguen siendo excepcionales, existen en el ámbito nacional prácticas que van en otra dirección. En junio de 2017 se publicó un Convenio Colectivo del Grupo Adecco: Atlas Servicios Empresariales, SAU y Adecco Outsourcing, SAU (BOE núm. 158 de 4 de julio de 2017) con interesantes cláusula sobre el tema que estamos considerando: a) el compromiso expreso de observar la regulación sectorial de las condiciones de trabajo en cada una de las actividades que desempeña la empresa; b) la obligación de abordar y resolver los vacíos de cobertura a través de un encuadre sectorial de todas las actividades, lugares y centros de trabajo de la empresa; c) designar una Comisión Paritaria con importantes funciones: realizar el encuadre sectorial, un efectivo control en el cumplimiento del convenio, recibir toda la información necesaria para poder llegar a todos los centros de trabajo, y, velar por la defensa de los derechos de la plantilla.

En esta misma línea, se deben considerar otras previsiones, de naturaleza legal, que no se limitan a consagrar el principio de autonomía colectiva y el respeto por los niveles superiores de negociación, sino que establecen directamente excepciones al principio de prioridad aplicativa del convenio de empresa en materias tan propias de dicho ámbito como la cuantía de la retribución. Así ocurre, por ejemplo, con la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017 (BOE núm. núm. 272, de 9 noviembre 2017), que establece como contenido propio de las cláusulas especiales, la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo (art. 122. Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares).

Todas estas iniciativas, junto con la propuesta de modificación del art. 42 ET en el sentido de garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados, aplicando el convenio colectivo de la empresa principal o cualquier otro que le resultare aplicable, ponen de manifiesto que estamos muy cerca de solucionar los problemas que, en el ámbito de la negociación colectiva, provocan las empresas multiservicios. Esperemos que la solución aporte la homogeneidad necesaria para proteger adecuadamente al colectivo de trabajadores afectados.

TABLA 7. CONVENIOS COLECTIVOS DE EMPRESAS MULTISERVICIOS EN ANDALUCIA

CC EMPRESAS MULTISERVICIOS/VIGENCIA	BOLETÍN	REGULACIÓN SUPLETORIA
BETICA DE SERVICIOS INTEGRALES, S.L 2004-	BOJA 83/04	----------
CLECE, S.A (EMPRESA PÚBLICA PUERTOS DE ANDALUCIA) 2007-2010	BOJA 179/07	Legislación general vigente que resulte de aplicación (art. 1.3).
EXTERNA TEAM, S.L. ANDALUCIA 2015-2018	BOJA 42/16	Normas generales vigentes. Exclusión expresa de CC Sectorial (art. 46).
GRUPO GARES (ANDALUCÍA) 2012-2013	BOJA 47/2012	Normas generales vigentes (Art. 42).
HALIA SERVEX S.L. (SEVILLA Y MALAGA) 2012-2016	BOJA 96/2012	----------
PLANISEG 2005 S.L. 2014-2015	BOJA142/2014	ET. Exclusión expresa de CC Sectorial (D.A 1).
DIMOBA SERVICIOS, S.L. 2006-2008	BOPA 29/08/06	ET. Exclusión expresa de CC Sectorial (D.A 1).
GLOBAL CONTROL AUXILIAR DE SERVICIOS, S.L 2015-2017	BOPC 120/15	Disposiciones generales en vigor (art. 47).
INTERACTIVA, S.L. 2011-2014	BOPC 4/11	ET (Art. 4)
LAS NIEVES SERVICIOS OUTSOURCING, S.L. 2015-2019	BOPG 73/16	ET (Art. 39)
BROCOLI S.L. 2014-2016	BOPMA 148/14	CC Nacional vigente y ET (art. 22)
CM SERVIEXTER S.L. 2014	BOPMA 12/13	----------
GREENTHIA SERVICIOS INTEGRALES S.L.	BOPMA 91/15	----------
GRUPO BCM SERVICIOS AUXILIARES, S.L. 2015-2019	BOPMA 241/15	----------
GRUPOS END IBERIA, S.L. 2013-2018	BOPMA 40/14	Normas legales de carácter general (art. 47).
JARDINERIA COSTA DEL SOL	BOPMA 12/16	ET. Exclusión expresa de CC Sectorial (D.A 1).
MARBELLA SERVICIOS Y CONTROLADORES 2014	BOPMA 226/15	ET y normas legales vigentes (art 36).
PIAMONTE SERVICIOS INTEGRALES, S.A. RECOGIDA DE CARRITOS AEROPUERTO DE MALAGA 2010	BOPMA 193/11	Disposiciones legales vigentes (art. 4)

RECUSOS HUMANOS Y GESTION DEL PERSONAL 2009, SL 2014-2019	BOPMA 115/17	Normas legales de carácter general. Exclusión expresa de CC Sectorial (art 44).
SIMAN SERVICIOS INTEGRALES 2006	BOPMA 236/07	----------
VISERSA GESTION S.L. 2010	BOPS 7/11	ET y demás disposiciones generales de aplicación (art 37).

Fuente: Elaboración propia. Datos extraídos de UGT, Análisis de las empresas multiservicios 2016 y del CARL.

6. CONCLUSIONES

Las intervenciones legislativas en las reglas de concurrencia se realizan con carácter limitado y excepcional, configurándose, con carácter general, como disponibles para la propia autonomía colectiva en virtud del art. 83 ET. No obstante, el Estatuto contiene varias previsiones específicas que inciden con distinta intensidad en la libertad negocial: la reserva de materias efectuadas en favor del convenio de empresa (art. 84.2 ET), la prohibición de regular una serie de materias por parte de los convenios del ámbito autonómico, y, como consecuencia, una reserva relativa de materias para el convenio colectivo sectorial nacional (art. 84.4 ET). La primera norma es indisponible para la autonomía negocial, la segunda es completamente disponible. De acuerdo con estos criterios, el art. 83 ET, además de reconocer libertad a los agentes sociales para fijar las unidades de negociación, habilita a la propia autonomía colectiva para articular y ordenar el sistema de negociación e incluso para establecer reglas que solucionen la concurrencia conflictiva entre convenios (art. 83. 1 y 2 ET). El desarrollo de estas actuaciones se puede articular a través de acuerdos interprofesionales y/o convenios colectivos sectoriales nacionales o autonómicos (en principio, no provinciales), negociados por los sujetos legitimados. Los agentes sociales no han establecido normas aplicables con carácter general a las distintas unidades de negociación, por lo que carecemos, tanto en el ámbito estatal como en el ámbito autonómico, de un sistema coherente y ordenado por la propia autonomía colectiva.

Las últimas reformas laborales, encauzadas a través del Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio y de la Ley 3/2012, de 6 de julio, además de introducir novedades en las reglas que ordenan la articulación y concurrencia de convenios colectivos, sientan las bases necesarias para modificar la propia estructura del modelo de negociación. Efectivamente, medidas como la prioridad aplicativa del CC de empresa en determinadas materias (art. 84.2 ET); la regulación expresa de la inaplicación del Convenio respecto de la generalidad de las materias que

añaden flexibilidad al sistema productivo (art. 82.3 ET), la limitación de la ultraactividad de los convenios a un año (art. 86.3 ET) y la relativa restricción del convenio sectorial provincial para ordenar la negociación y desmarcarse de la regulación sectorial nacional (art. 84.3 ET), otorgan un espacio mucho más amplio al convenio colectivo de empresa, pero también restauran la prevalencia del convenio colectivo sectorial estatal, en menor medida del autonómico, sobre el sectorial provincial. Se intenta instaurar, en consecuencia, un sistema de negociación colectiva articulado en dos grandes núcleos territoriales, estatal y/o autonómico, que se complementan con el ámbito funcional por excelencia, el empresarial, desplazando con ello la negociación de los ámbitos provinciales.

A pesar de ser estas las intenciones, no parece que las reformas hayan tenido un impacto considerable en el sistema, al menos de momento. El modelo, cuatro años después, no ha experimentado cambios significativos, y se sigue configurando como un sistema caracterizado por la prevalencia del convenio colectivo sectorial, preferencia que sigue recayendo en muchos casos sobre el convenio colectivo provincial, destacadamente en Comunidades Autónomas como Andalucía (también Castilla León) en las que apenas existen convenios autonómicos y en la que los convenios colectivos provinciales proporcionan cobertura al 93,30 de los trabajadores. La predilección por las unidades de negociación provinciales, aunque pudiera responder a una situación de tránsito entre modelos de negociación, constata que las previsiones legales no pueden impedir que el vacío dejado por la negociación colectiva autonómica sea cubierto por lo convenios colectivos de este nivel. Precisamente esto es lo que sucede en la Comunidad Autónoma Andaluza, en la que, a la escasez de convenios colectivos autonómicos en los grandes sectores de actividad, se debe unir que muchos de ellos regulan pocas materias, declarando que estas son contenido mínimo a mejorar por los convenios colectivos inferiores.

La escasez de convenios colectivos autonómicos, junto con las reglas de supletoriedad, potencian y conservan la negociación en el ámbito provincial. Como se ha puesto de manifiesto en el estudio realizado, la negociación colectiva provincial no es sólo el instrumento que protege al mayor número de trabajadores en Andalucía, sino que se conforma, en la generalidad de las provincias andaluzas, por convenios colectivos que regulan los mismos sectores de actividad, aunque no con la uniformidad que sería deseable. Muchos de esos convenios provinciales no se adecuan a las nuevas reglas que articulan la negociación colectiva, significativamente al art. 84.3 ET, de forma que ordenan la negociación del ámbito provincial erigiéndose en la norma principal y determinando la subsidiariedad de cualquier otra fuente normativa. Es habitual también que algunos de ellos no incorporen la regla de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa, permitiendo únicamente la regulación empresarial en cuanto resulte más favorable

que la regulación sectorial. No obstante, las regulaciones más modernas o bien aluden a dicha prioridad o bien se declaran supletorias del convenio colectivo empresarial, potenciando con ello este nivel de negociación.

El rechazo que parece existir respecto al convenio colectivo empresarial puede deberse a múltiples circunstancias, aunque consideramos fundamental las dificultades para encontrar sujetos negociadores en empresas de tamaño muy reducido que, por otro lado, son las mayoritarias en el tejido productivo andaluz (únicamente un 0.5% son empresas grandes o medianas). En consecuencia, la regla de la preferencia aplicativa del convenio de empresa, aunque pueda parecer que impulsa la negociación en este ámbito, encuentra múltiples obstáculos para conseguir este objetivo. La falta de sujetos legitimados en gran parte de las empresas, la debilidad de la autonomía colectiva en este ámbito y la indeterminación sobre la naturaleza y efectos jurídicos de los instrumentos negociados en estas circunstancias, evidencian la complejidad y los riesgos de fomentar un ámbito de negociación que, en realidad, carece de reglas y garantías. Estas circunstancias, que explicarían la razón de que la preferencia aplicativa del convenio de empresa no haya tenido un impacto significativo en el tejido productivo andaluz, justifican, sin embargo, el importante volumen de inaplicaciones en Andalucía y que afecten mayoritariamente a las empresas más pequeñas (53.55 % de microempresas y 22.47% pequeñas empresas), con las consecuencias que ello conlleva respecto de los sujetos negociadores.

Por último, por lo que respecta a la determinación del convenio colectivo que resulta aplicable a las empresas multiservicios, hemos de decir que hasta la fecha la situación sigue siento de absoluta incertidumbre pues se siguen barajando soluciones múltiples: desde la aplicación del convenio colectivo de la actividad principal, si esta existe, pasando por la aplicación del convenio colectivo de la empresa principal mientras se realice la prestación de servicios o la aplicación del convenio colectivo sectorial que resulte aplicable en función de la actividad desarrollada por los distintos trabajadores, hasta la creación de un nuevo sector de actividad que acoja una regulación sectorial diferenciada para este tipo de empresas. De todas las opciones posibles, consideramos que la más adecuada es aquella que considera aplicable el convenio colectivo sectorial de la actividad que efectivamente realiza el trabajador, pues es la que garantiza, en mayor medida, la homogeneidad en la regulación de las condiciones de trabajo. Las propuestas de reforma del art. 42 ET podrían acabar con esta situación de incertidumbre al prever que "las empresas contratistas y subcontratistas deberán garantizar a los trabajadores afectados por la contrata o subcontrata, durante el tiempo en que presten servicios adscritos a la misma, las condiciones laborales y de empleo esenciales previstas en el convenio colectivo que fuese de aplicación en la empresa principal o, en su caso, las que tendrían si fueran trabajadores

contratados directamente por dicho empresario principal".

En todo caso, desde una perspectiva general, que nos obliga a valorar el impacto de las reformas laborales en el modelo andaluz de negociación colectiva, considero que nos encontramos en una situación de tránsito que, aun no siendo difícil de comprender y de describir, presenta dificultades para definir sus propias líneas de evolución. Las consideraciones efectuadas, si algo ponen de manifiesto, es que los años transcurridos desde que entró en vigor la reforma laboral son insuficientes para valorar el impacto real de los cambios en el modelo de negociación colectiva implantado en la Comunidad Autónoma Andaluza. Aunque, en líneas generales, las modificaciones parecen haber incidido poco, lo cierto es que empiezan a detectarse regulaciones, especialmente en los convenios colectivos aprobados en el último año, que podrían indicar lo contrario. Habrá que esperar, en consecuencia, a un mayor desarrollo de la negociación colectiva para evaluar el impacto real.

BIBLIOGRAFÍA

CARRIZOSA PRIETO, E. (2013), "Mecanismo de flexibilidad interna en el seno de las organizaciones productivas", en VV. AA., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica*, Valencia, Tirant lo Blanch.

CAVAS MARTÍNEZ, F. (2007), "Empresas de multiservicios y empresas de trabajo temporal: una aproximación crítica a una realidad preocupante", *Revista Doctrina Aranzadi Social*, núm. 2/2007.

CRUZ VILLALÓN, J., (2011), "Texto y contexto de la Reforma de la negociación colectiva 2011", en GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.), La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, Valladolid, Lex Nova.

CRUZ VILLALÓN, J. (2012), "Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012", en GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.), *Reforma Laboral 2012*, Valladolid, Lex Nova.

ESTEVE SEGARRA, A. (2015), "La selección del convenio colectivo en empresas multiservicios. A propósito de la STS 17 de marzo de 2015", *Revista de Información Laboral* núm. 9/2015.

MERCADER UGUINA, J. R. (2011), "Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el Real Decreto-Ley 7/2011", en GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J.R. (Dir.), *La reforma de la negociación colectiva*, Valladolid, Lex Nova.

MERCADER UGUINA, J. R. (2012), "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: La empresa como nuevo centro de gravedad", en GARCÍA PERROTE, I. y MERCADER UGUINA, J. R. (Dir.), Reforma Laboral 2012, Valladolid, Lex Nova.

NIETO ROJAS, P. (2017), La respuesta de la negociación colectiva sectorial a las empresas multiservicios, *Revista de Información Laboral*, núm. 7/2017. BIB 2017/12615.

GONZÁLEZ ORTEGA, S., y CARRIZOSA PRIETO, E., (2013): "La concurrencia de convenios colectivos. Estado de la cuestión y perspectivas de futuro", en VV:AA, *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico*, Aranzadi, Pamplona.

GONZÁLEZ ORTEGA, S. (2012), "La negociación colectiva en el Real Decreto Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral", *Temas Laborales*, núm. 115/2012.

ROLDÁN MARTÍNEZ, A., y ALARCÓN CASTELLANOS, M. M. (2015), El "descuelgue" y el concepto de convenio colectivo aplicable, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 176/2015 (BIB 2015/2101).

SALA FRANCO, T., "La revisión del modelo legal de negociación colectiva", en MONEREO PÉREZ, J.L., y MORENO VIDA, M.N., (Dir), *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su régimen jurídico*, Navarra, Aranzadi, 2013.

OTROS DOCUMENTOS DE INTERÉS

III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016, 2017 (BOE núm. 147/2015 de 20 de junio).

Informe Sociolaboral de Andalucía, Octubre 2017, CEA.

Memoria 2016, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.

UGT (2016), Empresas multiservicios o cómo precarizar el empleo. Análisis de las empresas multiservicios 2016. Informe del Gabinete Técnico de FeSMC-UGT.

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INFORMAL

EDUARDO GONZÁLEZ BIEDMA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Los acuerdos laborales informales representan un fenómeno antiguo que incluso preexiste a la negociación colectiva reglada, y que presumiblemente marchará en paralelo a la misma para el futuro. Surge básicamente como un instrumento para superar los formalismos y restricciones de la negociación formal y en búsqueda de mayor inmediatez en la solución a controversias laborales. La jurisprudencia reciente ha optado por equipararlos en cuanto a su naturaleza a los "acuerdos de empresa" estatutarios, esto es a los llamados "defectivos". Tales acuerdos tienen eficacia contractual, no normativa. Sin embargo, tienen eficacia general en relación al ámbito al que se dirigen. Impedir a un sindicato participar en estos acuerdos de manera indebida puede llegar a vulnerar su derecho a la libertad sindical. Estos acuerdos informales integran el sistema de fuentes de la relación laboral, relacionado con las otras normas laborales, básicamente, a través del principio de norma mínima, si bien su relación es compleja y polifacética.

Palabras clave: acuerdos colectivos; pactos de empresa; negociación informal; eficacia; fuentes

ABSTRACT

Informal labor agreements represent an old phenomenon that even pre-exists regulated collective bargaining, and that presumably will run parallel to it for the future. It arises basically as an instrument to overcome the formalities and restrictions of formal negotiation and in search of greater immediacy in the solution to labor disputes. Recent jurisprudence has chosen to equate them in terms of their nature to the statutory "company agreements", that is, to the so-called "defectives". Such agreements have contractual effectiveness, not regulations. However, they have general effectiveness in relation to the scope to which they are directed. Preventing a union from participating in these agreements improperly may violate their right to freedom of association. These informal agreements integrate the system of sources of the employment relationship, related to other labor standards, basically, through the principle of minimum standard, although their relationship is complex and multifaceted.

Keywords: collective agreements; informal negotiation; efficiency; sources of law

 Recepción del original: 23.11.2017 Aceptación original: 16.12.2017

Índice

1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INFORMAL A NIVEL DE EMPRESA: UN FENÓMENO EXTENDIDO
2. ¿POR QUÉ SURGE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INFORMAL?
3. TIPOLOGÍA DE ACUERDOS INFORMALES
4. NATURALEZA DE LOS ACUERDOS INFORMALES
5. EFICACIA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS INFORMALES
   5.1. Eficacia contractual y no normativa de estos acuerdos
   5.2. Eficacia general
6. ACUERDOS INFORMALES Y LIBERTAD SINDICAL
7. ACUERDOS INFORMALES Y RELACIÓN CON LAS RESTANTES FUENTES DE LA RELACIÓN LABORAL
8. CONCLUSIONES

1. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INFORMAL A NIVEL DE EMPRESA: UN FENÓMENO EXTENDIDO

Es cada vez más frecuente que las controversias entre los trabajadores y los empresarios se solventen no necesariamente a través de los cauces formalmente previstos para ello, sino que cumple un papel muy relevante especialmente a través de una dinámica continua de negociación que se manifiesta a través de vías dotadas de cierta informalidad.

En realidad, este fenómeno de negociación directa, informal, no sometida a demasiados requisitos formales es una práctica antigua[1]. Se diría que, en cierto modo, los modelos legales o "estatutarios" de negociación representan un deseo de encauzar y formalizar un fenómeno de negociación colectiva que preexiste al propio Estatuto de los Trabajadores y que se manifiesta de modo tan paralelo como concomitante al mismo. Y es que la negociación entre empresarios y representantes de los trabajadores no es un fenómeno de creación legal, sino, como mucho, de "reconocimiento" legal. Ha existido antes de la legislación actual –incluso cuando estaba de hecho prohibida- y se mantiene en parte dentro y en parte al margen de la Ley[2].

Podría incluso afirmarse que el canal más cotidiano para plasmar la solución a las desavenencias entre empresarios y representantes de los trabajadores, las respuestas a los desencuentros que surgen en el día a día de las relaciones de trabajo –tanto individuales como colectivas- es de carácter informal y, por lo tanto,

[1] En ello coincide J. García Murcia, *Los Acuerdos de empresa,* Madrid (CES), 1998, quien en pág. 53 concluye que : "… muchas de las referencias y alusiones que la legislación actual hace a los acuerdos colectivos de empresa no son más que el resultado de la tipificación y el reconocimiento legal de una modalidad de pacto que tiene sus raíces en los primeros estadios de la negociación colectiva (…) son el resultado, por decirlo más claramente, de la negociación atípica o informal, que ha venido desarrollándose de modo primordial en el ámbito de la empresa".

[2] J. García Murcia, *Los acuerdos….cit.* pág. 55, que constata cómo tuvo especial relevancia en el franquismo, ante la ausencia de vías institucionales, sobre todo antes de la Ley de negociación colectiva de 1958.

no pretende un expreso acomodo en las instituciones negociales previstas en el Estatuto de los Trabajadores.

Si quisiéramos contabilizar las experiencias de esta negociación colectiva, o incluso hallar una proporción de las mismas en comparación con las de negociación colectiva formal o "estatutaria", la misión sería desde luego de extraordinaria dificultad, y también de poca fiabilidad. Efectivamente, no existe –y por la propia naturaleza del fenómeno, mal podrían existir- registros o controles formales de los mismos, y la aproximación a su importancia sólo sería accesible a través de un muestreo estadístico. Como quiera que sea, se trata de una función aún por realizar. Pero a nadie sorprende que, tanto en grandes como en medianas o pequeñas empresas, cada una por distintas razones, tengan todas un "libro de prácticas" llevado por un conjunto de acuerdos alcanzados en las más diversas circunstancias, que singularizan el efectivo régimen de condiciones de trabajo o sindicales, que diferencian la realidad de esa empresa de la vecina, aunque estén en el mismo sector de actividad y hasta en la misma localidad. Ese "acervo laboral" de cada empresa se explica, en muy buena medida sobre la base de un peculiar historial de negociación recogido en actas o a veces incluso en pactos verbales que, tras ser alcanzados, directamente han venido siendo cumplidos de manera reiterada: pensemos en acuerdos sobre medida y estímulo de productividad, retribución variable, horas extras, recuperaciones de "excesos de jornadas", jornadas continuadas por llegada del verano, ferias locales, formas de ascenso profesional…

Pero en tanto que no podemos hacer una contabilización fiable estos acuerdos –más allá de un muestreo estadístico o aproximativo- sí podemos acercarnos a su contenido e importancia a través de la constatación de los pronunciamientos judiciales que existen al respecto; si bien tampoco son excesivos, acaso porque esta negociación es más una vía de solventar conflictos que de crearlos, por lo que es poco dada a pronunciamientos judiciales revisorios de las mismas. Pero lo cierto es que tales pronunciamientos sí reflejan de modo relevante la experiencia diaria de contactos con representantes de los trabajadores y empresarios que de manera continua –y sin duda, con creatividad- confiesan cómo van resolviendo sus desavenencias a través de mecanismos no reglados de negociación pero que tienen una eficacia práctica indudable.

2. ¿POR QUÉ SURGE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA INFORMAL?

El ajuste de intereses entre trabajadores y empresarios no es algo fácil, como saben todos los estudiosos, así como todos los agentes sociales. Éstos suelen estar –como quizás no podría ser de otro modo- más ocupados y atentos al "qué" que al "cómo".

Una vez que los interlocutores relevantes en cada contexto alcanzan una solución satisfactoria, capaz de resolver el conflicto o la controversia que está en el aire, se limitan a aplicarlo, y no prestan especial atención a cuestionar la forma jurídica y la vinculabilidad del acuerdo alcanzado, que queda relegada a un *pacta sunt servanda* de "a pie"[3].

De todos es sabido que el sistema "estatutario" de negociación puede ser tenido por excesivamente rígido y formal. Si nos referimos a convenios colectivos estatutarios, ya conocemos que se ve sometido a pesados requisitos de legitimación, incluso de denuncia; no siendo menores las limitaciones en materia de concurrencia, incluso con propios convenios de empresa. Igualmente, la duración puede alcanzar varios años, y si no se denuncia –recordemos que sólo los pueden denunciar las partes del mismo, pero no cualquier afectado por el convenio, art. 86.3 ET- puede prolongarse aún más. ¿Realmente es pensable que no surjan disputas o desencuentros de carácter laboral, durante toda esa duración, en el seno de las distintas empresas en las que un convenio es aplicable?

Pero, además, la aprobación de un convenio colectivo está sometida a requisitos de aprobación minuciosos y complicados, que con frecuencia son de difícil, cuando no imposible cumplimiento en el ámbito en el que nace la controversia.

Téngase adicionalmente en cuenta que no siempre se puede entrar a regular todo lo necesario, a nivel de sector, o a nivel nacional, dada la dificultad, en muchas ocasiones, de alcanzar un acuerdo general en ese sentido. La alternativa sería la aprobación de un convenio de empresa, pero ¿están siempre las partes interesadas y en actitud para realizar a nivel de empresa un convenio colectivo completo con el solo fin de ajustar esos limitados y concretos aspectos no tratados en el convenio de ámbito superior?[4]

[3] Y es que, al margen de esta "intuición" básica de quien pueda suscribir un pacto, lo cierto es que una vez firmado, como señala J.M. Martínez Jiménez, "La condición más beneficiosa. Especial referencia a los pactos colectivos y a los usos de empresa como fuentes de la misma, *Relaciones Laborales*, 1988, pág. 97, tomo 1, pág. 4, (referenciando a A. Ojeda Avilés, *Derecho Sindical*, Madrid, Tecnos, pág. 391),y en relación a los pactos informales, que "los pactos colectivos tendrán fuerza de obligar per se, anulándose, gracias a la eficacia normativa de la bona fides, los actos discrepantes de las partes (el empresario no puede romper el pacto que él mismo ha suscrito, ni el trabajador aceptar condiciones peyorativas respecto de las cometidas en el pacto que sus representantes en la empresa han negociado), quedando de esta manera los contratos individuales de trabajo integrados coactivamente por lo señalado en el pacto.

[4] Entiende J. García Murcia, Los acuerdos…., cit., p. 62, que motiva su uso "Su carácter flexible e informal, y su capacidad de dar respuesta ágil, rápida y apropiada a los problemas de la empresa…", y explica que por ello se entiende que continúen existiendo estos Acuerdos informales incluso tras los distintos cambios normativos que aparejan una mayor institucionalización de la negociación colectiva.

En definitiva, la dificultad o inidoneidad de acudir a los procedimientos formales de negociación, son aspectos capitales de la proliferación de pactos informales.

A ello habría que sumar la inmediatez, la facilidad, la rapidez y la falta de publicidad y de controles externos que, de un modo u otro, puedan burocratizar o interferir una práctica de negociación que se considera que debe ser llevada a cabo de una forma más privada y sin interacciones externas.

De hecho, García Murcia[5], ha venido a constatar, en este sentido que son tres las funciones habitualmente ejercidas por esta negociación informal: (i) reguladora (p.ej., tiempo de trabajo, descanso, estructura salarial), (ii) gestión concertada de problemas coyunturales en la empresa (ante una situación de crisis o de una fusión) o (iii) solución negociadas de situaciones conflictivas. Y, en efecto, a alguna de estas categorías cabría siempre reconducir las distintas materias objeto de negociación que se acaban de mencionar.

Esas funciones parecen garantizar que estos acuerdos informales van a tener siempre un interesante papel que jugar. Así, pueden apreciarse razones muy distintas para la persistencia de este recurso a la negociación informal, que hacen que, en realidad, sea una forma muy atractiva y eficaz de gestionar las relaciones laborales.

3. TIPOLOGÍA DE ACUERDOS INFORMALES

La propia terminología de "acuerdos informales" es en sí misma equívoca, pues lo cierto es que bajo esa denominación entra, como ha podido apreciarse en el epígrafe anterior, un buen número de tipos de acuerdos de muy distinta condición.

El denominador común que, en este momento, podemos asignar a todos ellos, puede enunciarse de manera negativa: consistiría en que se trata de acuerdos distintos de los convenios colectivos regulados en el Título III del Estatuto de los Trabajadores. Pero incluso así, dentro de ellos, habría que realizar una *summa divisio* grupos más de acuerdos[6]: Aquellos que tienen una mención legal, esto

[5] J. García Murcia, Los Acuerdos … cit. , pág. 62.

[6] JM Goerlich Peset, "Los Acuerdos de Empresa", en I. Albiol Montesinos (Coord.) *Convenios Colectivos y Acuerdos de Empresa*, Madrid (Wolter Kluwer CISS) 2007. Pag 322, incluye entre estos Acuerdos tres categorías ciertas: Los subsidiarios o de regulación de las condiciones de trabajo (que incluyen los acuerdos del art. 22 et al. Del ET), los modificativos o de adaptación de condiciones de trabajo (como los del art 41.2 III y 82.3; básicamente, los "descuelgues") y los acuerdos de reorganización productiva (arts. 40, 41, 47, 51 y 44.9). Considera de "dudosa" clasificación los acuerdos de fin de conflicto, los acuerdos de empresa con fundamento convencional y los "acuerdos de empresa extralegales o complementarios".

es, que se acogen expresamente a una ley, y aquellos que no tienen esa expresa apoyatura. Pues bien, estos segundos serían los más estrictamente "acuerdos informales", los que se corresponden con la más genuina negociación colectiva informal[7].

Hagamos un mero recuento de las distintas ocasiones de negociación, distinta a la orientada a negociar convenios colectivos estatutarios que la ley recoge[8]:

- Acuerdos para poner fin a conflictos colectivo (Sercla o extra-sercla).
- Acuerdos de empresa (de complemento o sustitución de convenio).
- Acuerdos alcanzados durante procedimientos de movilidad y modificaciones sustanciales.
- Acuerdos a resultas de procesos de cambio de titularidad de empresas (art. 44 ET).
- Acuerdos en el seno de las comisiones paritarias preceptivamente previstas en los distintos convenios colectivos.
- Acuerdos en materia de procedimientos de suspensiones y despidos colectivos.
- Acuerdos de descuelgue.

Hagamos en este momento hincapié en una vastísima zona de posibles acuerdos sobre la que acaso no se ha reparado suficientemente, que está a medio camino entre los dos anteriores ("acuerdos estatutarios" y "acuerdos estrictamente informales"): Se trata de los "acuerdos" alcanzados en el amplio margen que deja la aplicación del art. 64.6 ET. Como es sabido, el art. 64.5 ET garantiza el derecho para el comité de empresa de ser consultado ante determinadas medidas o decisiones empresariales que tienen un amplio espectro. Recordemos que abarcan las decisiones sobre organización del trabajo, contratos de trabajo o medidas preventivas. Súmanse estos apartados a los previstos, dentro del mismo apartado 5, como objeto de informe previo por parte del comité, que se extiende a materias como reestructuraciones, de plantilla, reducciones de jornada, traslado de las instalaciones, procesos de fusión absorción y modificación del estatuto jurídico de la empresa, planes de formación y sistemas de organización y control del trabajo.

[7] M. Alpilluelo Martín, "Acuerdos de empresa: funciones y eficacia", *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* n. 6/2006, quien los aúna –pág. 15- como "Acuerdos de empresa de eficacia contractual. Vd. A. Bejarano, "Usos de empresa y pactos colectivos informales mejorativos de condiciones de trabajo. A vueltas sobre la eficacia jurídica de los mismos", en *La Ley*, n. 5837/2002, pág. 5.

[8] Vd. Bejarano, *cit*., págs. 5-6.

Por último, es obligado recordar en ese momento que el art. 64.6 ET dispone que la consulta debe realizarse de forma que, en su caso, sea factible *"... poder llegar a un acuerdo sobre las cuestiones indicadas en el apartado 5"*.

Siendo tan amplias estas cuestiones, hay que reconocer que se abre un campo extraordinario de "acuerdos" que, además, se desarrollan específicamente en el seno del comité de empresa (esto es, propiamente de cada centro de trabajo) y de cada empresario. Y además, un tipo de acuerdo que, aunque está mencionado en la Ley, en realidad no tiene asignado un específico papel en el sistema de fuentes de la relación laboral. ¿Dónde se ubicarían dentro de la "pirámide" de fuentes del art. 3 ET? ¿Tendrían un valor específicamente contractual? ¿Son algo más o algo distinto?

Realmente, hay que reconocer que el potencial de este precepto –el art. 64.6 ET - como instrumento para canalizar acuerdos en el seno del centro de trabajo es enorme, y desde luego a todas luces es una vía muy poco utilizada para canalizar la práctica de negociación cotidiana. Por lo demás, la muy parca regulación del Estatuto de los Trabajadores al respecto se limita a dibujar de manera tenue algunas bases de su regulación: así, sus sujetos, su objeto (amplísimo) y los requisitos de información previo para los representantes trabajadores.

No aborda realmente este precepto la cuestión de la eficacia de estos acuerdos, y tampoco su naturaleza. Tampoco su encaje en el sistema de fuentes de la relación laboral ni su relación conceptual con otros "acuerdos" mencionados en el Estatuto de los Trabajadores, en particular con los llamados "defectivos" del art. 22 *et al.* del Estatuto de los Trabajadores.

Entre los muy distintos problemas que comprende, y que bien merecerían un estudio separado, destáquese ahora el de la cierta duplicidad de procesos de negociación que representan, con la consiguiente duda para actores sociales y operaciones jurídicos. Así, en el caso de las "reestructuraciones de plantilla" (art. 64.5.a) ET), que se ve sometido en esta sede no sólo a proveer información y a recibir el correspondiente informe de los representantes de los trabajadores, sino también a "alcanzar un acuerdo" con los mismos. Entonces, de seguir este mandato legal, ¿cuál sería, por ejemplo, la relación de un acuerdo obtenido por la vía del 64.6 ET en materia de reestructuración empresarial con el que se alcanzara sobre esa misma materia por la vía del art. 51 ET?

Lo que sí parece claro es que se trata de acuerdos que parecen básicamente orientados no sólo a consensuar decisiones del empresario que se adoptan de una sola vez (p.ej., un traslado de instalaciones, art. 64.5.c) ET) sino también de acuerdos llamados a negociar condiciones de las relaciones de trabajo con cierta vocación de estabilidad, como es el caso de los sistemas de organización y control de trabajo (art. 64.5.f) ET).

Típicamente, estos acuerdos informales suceden entre un empresario y un interlocutor por la representación de los trabajadores que puede ser tanto un comité de empresa, como un comité intercentro. También las secciones sindicales o los propios sindicatos.

Así –y sin ánimo de ser exhaustivos- encontramos negociaciones informales referidas a estas materias de negociación:

- Negociaciones de reestructuración previas a la apertura de los procedimientos formales de reestructuración.
- Negociaciones previas a un inicio formal de procedimiento de negociación colectiva estatutaria.
- De aplicación de sentencias de conflicto colectivo.
- De interpretación y aplicación de un convenio colectivo (al margen de la actuación de la comisión paritaria).
- De retribución en general y en particular de bonus, incentivos y retribución variable.
- De tiempo de trabajo: recuperación de horas, jornadas extraordinarias, distribución de jornadas y otros temas relacionados con los anteriores.
- En materia preventiva.
- De beneficios sociales.
- De planes de retribución "a la carta" con eficacia fiscal.

Esos son, precisamente, los temas más frecuentemente abordados, aunque la lista no trata de ser exhaustiva. En relación a ellos se nos plantean dudas muy relevantes, de las que las más significativas son su naturaleza, su eficacia y quién ostenta el derecho a negociar tales acuerdos, entre otras muchas cuestiones.

4. NATURALEZA DE LOS ACUERDOS INFORMALES

Para entender el régimen de estos acuerdos, y en particular su eficacia, la primera pregunta que nos surge en torno a estos acuerdos es la de su naturaleza jurídica.

¿Cuál es el "producto formal" que suponen estos acuerdos? ¿Cuál es su esencia? ¿Hasta qué punto son una anomalía de las relaciones laborales que no debieran tener validez, o son un producto natural y aceptable de las mismas?

La doctrina, como se expondrá brevemente dentro de este mismo apartado, ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de estos acuerdos, y hay que anticipar que de manera no unánime.

La jurisprudencia de nuestro TS sí ha tenido ocasión de pronunciarse, de manera rotunda a favor de equiparar, casi con carácter general, a estos acuerdos informales con los acuerdos de empresa que se mencionan en el ET, esto es, con los que hemos denominado "acuerdos estatutarios" y, más concretamente, con los "acuerdos defectivos".

Una importante Sentencia del TS de 24 de enero de 2013[9], entra, derechamente, en un análisis cuyo examen resulta muy esclarecedor.

El punto de debate de esta Sentencia parte de un acuerdo sindical alcanzado en una empresa de supermercados, acuerdo orientado a regular una cuestión de descansos compensatorios relativo a los excesos de domingos y festivos. Sus interlocutores son, de un lado, los sindicatos presentes en el comité de empresa y, de otro, el propio empresario. Pero uno de los sindicatos –CCOO- resultó excluido de la negociación, surgiendo por lo tanto la cuestión de la naturaleza de este acuerdo para determinar si había existido vulneración para ese sindicato de la libertad sindical en su manifestación del derecho a la negociación colectiva. Anotemos que los sindicatos que sí suscribieron el pacto en cuestión reunían el requisito de mayoría de miembros del comité de empresa.

Debe subrayarse que los sindicatos que suscriben el pacto no invocan ningún procedimiento o precepto especial que ampare el mismo, únicamente alcanzan el acuerdo y lo firman, sin ninguna invocación formal.

Pues bien, la Sala establece, en hipótesis, una doble vía para determinar la naturaleza de los mismos:

-La primera de ellas –que aunque se considera que no procede del todo en el caso, sin embargo, su planteamiento no deja indiferente- es la de entender que estaríamos ante un "acuerdo de solución de conflictos". En consecuencia, participaría de la naturaleza propia de un convenio colectivo –al menos, a la hora de determinar sus posteriores efectos- según dispone el art. 24 DLRT. Obviamente, esta alternativa chocaría con el hecho de que en los acuerdos informales no necesariamente existe un conflicto formalmente declarado con carácter previo. Pero ya nos advierte la propia Sentencia que ello no es óbice a tal consideración, por cuanto que se había advertido en los términos del propio acuerdo suscrito que con el mismo se ponía fin a un relevante conflicto entre las partes. A partir de ahí, razona que la solución del art. 24 DLRT no debe pasar necesariamente por un pesado formalismo. Es decir, que la mera existencia –reconocida al menos- de conflicto, puede bastar para entender que estemos ante un supuesto subsumible en el mencionado supuesto.

[9] RJ 2013/1955 (Rec.42/2012, Ponente Alarcón Caracuel). Citada y remarcada por otra Sentencia del Supremo más reciente, en concreto la más recientemente, podemos citar la Sentencia del TS de 18-5-2016 (rec 150/2015. Ponente: Moralo Gallego).

En el caso concreto que observa la Sentencia, la constancia que había de conflicto era una mención al mismo en el texto del acuerdo y al compromiso del sindicato firmante de retirar una denuncia al efecto que se había presentado ante la Inspección de Trabajo; al parecer, siendo ésta la única exteriorización tangible de tal conflicto.

Esta hipótesis es digna de ser considerada puesto que, casi por definición, todos los acuerdos ponen fin a algún tipo de conflicto, se haya el mismo exteriorizado o no. Desde esa perspectiva, pareciera que fuese suficiente mencionar en la memoria o en los "manifestandos" del Acuerdo de que se tratara –como de hecho se hace en el caso contemplado por esa Sentencia- esa finalidad orientada a solventar un conflicto preexistente. Y… no se estaría faltando a la verdad con ello[10].

Por lo tanto, esta posibilidad, si quiera mencionada teóricamente, no debe descartarse para el encaje de estos acuerdos. Y, aún más, debe notarse que la equiparación al convenio colectivo en cuanto a eficacia –que garantiza el propio art. 24 DLRT literalmente- es un factor muy atractivo para canalizar por medio del mismo acuerdo entre empresarios y representantes de los trabajadores.

-La segunda hipótesis, para esta Sentencia, es la de considerar el acuerdo sometido al litigio como un "acuerdo de empresa" sustitutivo o complementario de convenio colectivo estatutario, esto es, de los mencionados en los conocidos arts. 22, 24, 29, 31 y otros del Estatuto de los Trabajadores, también llamados "acuerdos defectivos". Esta es la tesis, finalmente, que adopta la Sala para el presente caso. Entiende que, a pesar de no haberse adoptado este acuerdo con una específica voluntad de encuadrarlo como tal, sin embargo, concurren las circunstancias para que así sea considerado[11].

Existe, en efecto, la tesis en la jurisprudencia de que la enumeración de los "acuerdos de empresa" mencionados en los citados preceptos del ET (art. 22 *et alt.)* no pueden considerarse como una lista cerrada y exhaustiva, sino que, en cierto modo, pueden considerarse como una lista abierta, de modo que fenómenos como éste podría participar de esa misma naturaleza[12].

Qué duda cabe que estos "acuerdos de empresa" tienen en sí una naturaleza que no deja de ser discutida, de modo que no es fácil hallar muchos denomi-

[10] Valga traer a colación las observaciones de J.M. Goerlich Peset, en "Los Pactos informales de empresa", en AAVV , *Manifestaciones de la autonomía colectiva en el ordenamiento español*, Madrid (ACARL) 1989, pág. 121, quien ya se refería, en tono irónico, al pretendido carácter "carácter taumatúrgico" que se derivaría de alcanzar acuerdos los representantes de los trabajadores con el empresario en sede administrativa.

[11] Trozo de texto de la Sentencia.

[12] Sentencia Milagros TS.

nadores comunes a todos ellos, extender a los pactos colectivos informales su naturaleza[13], tampoco acaba siendo una respuesta definitiva a esta cuestión.

Dicho esto, la solución dada por el TS a este particular asunto resuelto en la Sentencia de 24 de enero de 2013 que se acaba de mencionar, se ajusta precisamente a esta alternativa: Establece que estos acuerdos tienen una naturaleza equiparable a los acuerdos de empresa legalmente contemplados. Es muy esclarecedor reproducir lo que se expone en el FD Tercero de esta Sentencia, a la hora de justificar que este acuerdo informal sea considerado como un verdadero acuerdo de empresa:

"…hay que recordar que estos acuerdos de empresa *no son solamente los citados por el ET sino que la jurisprudencia ha admitido esta figura del acuerdo de empresa con carácter genera*l siempre que se lleven a cabo con la representación unitaria de los trabajadores –o incluso con las secciones sindicales que cuenten con la mayoría de los integrantes de dicha representación unitaria- y, además, con una funcionalidad muy amplia: no solamente regular determinadas cuestiones en defecto de regulación por el Convenio Colectivo mencionadas por el ET sino también a actualizar las disposiciones del convenio aplicable, suplir las lagunas del mismo y mejorar sus condiciones, pero no modificar en perjuicio de los trabajadores las condiciones de un convenio colectivo provincial durante su periodo de vigencia (STS 21/12/2009, Rec. 11/2009).

La conclusión alcanzada no es menor porque, efectivamente, significaría reconocer y dar carta de naturaleza a una vía de homogeneización, por así decirlo, de prácticamente todos los acuerdos informales que quieran someterse a tal procedimiento, respecto de los acuerdos de empresa que tienen mención legal.

Es decir, significa admitir categoría de "acuerdos de empresa" con eficacia general, arraigados en el propio articulado del Estatuto de los Trabajadores y que son asimilables a los expresamente mencionados en el ET (arts. 22,24…), pues ya tal categoría no estaría reducida a los acuerdos expresados en ese precepto legal, participando incluso de esa misma naturaleza.

[13] Destaca J. Cruz Villalón en *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid (Tecnos) (10ª) 2017, pág. 515, la gran heterogeneidad entre los distintos tipos de acuerdos de empresa y la gran dificultad de encontrar elementos comunes entre ellos, de modo que casi resulta más factible definirlos por lo que no son (convenios extraestatutarios) que por lo que son. Compatible con tal conclusión resulta la de Goerlich Peset, en Convenios colectivos y acuerdos… *cit,* pág. 321-322, acierta a sintetizar el sentir doctrinal respecto de los elementos que caracterizan los acuerdos de empresa que se resumirían en el hecho de que intervengan representantes de los trabajadores, tienen carácter de acuerdo de contenido limitado y tienen una elevada informalidad. Se trata también –añade- de acuerdos indiscutiblemente amparados en el art. 37 CE.

Posición ésta, por lo demás, que no es compartida por la doctrina científica, recelosa en su mayor parte, como ya se ha expresado con anterioridad, de tratar indiferenciadamente los acuerdos de empresa con mención en el Estatuto de los Trabajadores y los acuerdos informales.[14]

Pero esta Sentencia del TS no ha sido el primer pronunciamiento del Alto Tribunal en sostener ese mismo planteamiento. En efecto, debemos reparar muy particularmente a este respecto en la Sentencia de 30 de noviembre de 2010[15] .

En ese caso, se trataba igualmente de valorar la naturaleza y eficacia de un singular acuerdo colectivo, claramente elaborado al margen del proceso ordinario o "estatutario" de negociación colectiva. En ese caso, se suscribió, entre una parte del comité intercentros y la empresa un "Acuerdo Marco de Excepcionalidad", así llamado para pactar condiciones especiales derivadas de la bajada de actividad derivada de la crisis.

Ese acuerdo, como razona la Sentencia del TS, no podía considerarse como un convenio colectivo estatutario, y lo incluía dentro del conjunto *"...de lo que se ha venido denominando negociación informal"*. Afirmaba expresamente que "Estamos ante un acuerdo de empresa subsidiario al convenio y relativo a aspectos aplicativos del mismo en relación con situaciones posteriores a la entrada en vigor de éste". Añadiendo algo de extraordinaria importancia:

"... El propio Estatuto de los Trabajadores permite y legitima, a lo largo de su articulado, este tipo de pactos colectivos sobre materias diversas, significativamente en los supuestos de modificación de condiciones".

Es decir, que asume que por "acuerdos de empresa" no sólo deben entenderse los específicos tipos mencionados en los arts. 22, 24, 29… del Estatuto de los Trabajadores, como acuerdos defectivos de convenios colectivos, sino que en definitiva se pueden considerar como una categoría extensible, si no a todos los fenómenos de negociación informal, sí a una buena parte de ellos.

De esta forma, la excepción se convierte en verdadera categoría jurídica. Es como si se creara un nuevo tipo de acuerdos colectivos desde el propio Estatuto de los Trabajadores.

Pero incluso antes de esta Sentencia, el mismo Tribunal Supremo ya anticipo esta tesis. Así pudo apreciarse en la STS de 24 de mayo de 2004[16]. En la misma, se aborda la cuestión de si procede el abono de unas determinadas dietas a empleados de Renfe. Tales dietas se habían pactado en un "Acuerdo" entre la rep-

[14] Doctrina recelosa.

[15] Sentencia dictada sobre el Rec.142/2009. Ponente: Sra. Arastey Sahún.

[16] Rec. 1631/2003 (RJ 2004 5026). Ponente: Desdentado Bonete.

resentación de Renfe y los representantes de los trabajadores (sin precisar mucho cómo estaba éstos representados; pero parece sobreentenderse que por el comité de empresa) referido a los trabajadores que fueron afectados por un traslado a unas determinadas instalaciones ferroviarias.

Es de tremendo interés la valoración que hace de tal acuerdo el Alto Tribunal. Tras descartar que se tratase de un acuerdo "estatutario" –obviamente no lo era- se resiste sin embargo a cuestionar su eficacia. Afirma que *"Se trata de un acuerdo que se inscribe en la negociación informal en el marco de la empresa y que puede tener por objeto diversas materias"*.

Pues bien, lo realmente importante es lo que indica a continuación la propia Sentencia, en cuanto que hace una equiparación de los *"acuerdos de modificación de trabajo o de regulación de empleo"*, en clara alusión a los arts. 40, 41 y 50 ET, sin nombrar expresamente, no obstante, a los acuerdos mencionados en el art. 22 *et alt*. del ET.

Eso no significa, sin embargo, que a partir de la jurisprudencia actual podamos concluir que en todos los supuestos de negociación informal sean reconducibles a los mencionados "acuerdos de empresa" ni que en todos los casos en los que ha sido litigiosa la naturaleza de un acuerdo informal haya concluido invariablemente el TS que el mismo debe ser así calificado. Quiere indicarse únicamente que el TS sostiene la tesis de que el modelo de los "acuerdos defectivos" es abierto, y que en su seno caben otros acuerdos, aunque no se esté ante los supuestos mencionados expresamente en los arts. 22 *et alt.* del Estatuto de los Trabajadores.

Además del Tribunal Supremo, distintos TSJ han tenido ocasión pronunciar su doctrina en torno a esta cuestión de una manera similar a la razonada por el Tribunal Supremo.

Así, la STSJCV de 29 de mayo de 2017[17]. No se refiere a un pacto informal en sentido estricto, sino a otro, previsto en el ET ciertamente, pero con muy pobre regulación. Se trataba, en concreto, de un acuerdo alcanzado en un proceso de cambio de titularidad empresarial -precisamente, en este caso, un pacto alcanzado durante una fusión bancaria, concretamente el referido a la absorción de la CAM por el Banco de Sabadell- y que se ampararía en el art. 44.9 ET.

Pues bien, en lo que ahora interesa, lo sucedido fue que en 2012, las representaciones sindicales de las entidades absorbente y absorbida suscribieron un "acuerdo de condiciones sociales y subrogación" que "modificó y sustituyó toda la normativa laboral, tanto convencional como interna de Banco CAM".

[17] Rec. 1797/2016 (JUR\2017\215046).

Es decir, estábamos ante un pacto que modificaba otros tipos de pactos previos, y no precisamente por los mismos actores.

En concreto, el demandante en este litigio resultaba ser un trabajador que reclamaba beneficios derivados de pactos contractuales colectivos, propios de la CAM, anteriores a este pacto, siendo su argumentación principal la de que no cabía atribuirle eficacia capaz de derogar el que él anteriormente disfrutaba, basadas en un pacto no estatutario. Entendía que el pacto de fusión era en realidad un convenio colectivo estatutario que debía respetar las condiciones más beneficiosas previamente adquiridas por los distintos trabajadores.

Sin embargo, lo que nos interesa destacar a los efectos del presente estudio, es que el pacto de fusión se califica como un "acuerdo de empresa extraestatutario con eficacia contractual".

El TSJ de Andalucía también ha tenido ocasión de referirse a la naturaleza de estos pactos. Es el caso, entre otros, de la Sentencia de 9 de febrero de 2012[18].

En este supuesto, se dilucidaba la aplicación de un pacto alcanzado entre las partes (comité de empresa y el empleador), que completaba una parte del convenio colectivo. Tenía una función, digámoslo así, "reglamentaria" o de desarrollo respecto del convenio. No se cuestionaba su carácter extraestatutario. Su contenido era determinar la exacta compensación que correspondía a los trabajadores por haber sido trasladados de un centro de trabajo a otro, cuyas pautas generales sí que estaban previstas en el convenio colectivo.

Pues bien, tal pacto era calificado como "pacto de empresa", con valor extraestatutario, y su único límite es el de no contradecir el convenio colectivo desarrollado ubicándolo, dentro del sistema de fuentes de la relación laboral, en el lugar dispuesto por el art. 3.1.c) ET.

Le da, por lo tanto, una eficacia contractual en sentido estricto, aunque sin ahondar en concreto en el hecho de si comparte la naturaleza misma de los "pactos de empresa" mencionados en el art. 22 *et alt.* del Estatuto de los Trabajadores.

En definitiva, la Jurisprudencia se ha inclinado a considerar que la negociación informal que se da en el seno de la empresa, a través de la multitud de pactos que, con los más distintos fines, se alcanzan en del desarrollo de las relaciones de trabajo, pueden encontrar acomodo en los "pactos de empresa" que se mencionan en el art. 22 *et alt* del Estatuto de los Trabajadores. Pero, más allá de ello, les asigna condición de pactos de naturaleza contractual, con una eficacia acorde a esa naturaleza, como se va a exponer en el epígrafe siguiente.

[18] Rec. 1182/10 (JUR\2012\135176).

Este pronunciamiento no cae sobre un debate inexistente de parte de la doctrina. En efecto, como Goerlich ha señalado[19], la doctrina se ha pronunciado en muy distintas ocasiones sobre la cuestión aquí examinada, resultando que la tesis mayoritaria en la misma es que, entre los dos grupos existentes de acuerdos de empresa los típicos legalmente, y "los restantes" acuerdos de empresa- los "verdaderos acuerdos de empresa requieren habilitación legal".

Sin embargo, tras distintas reflexiones, este mismo autor concluye que el intento de diferenciar los acuerdos de empresa tipificados legalmente de los restantes resulta injustificado. Básicamente, entiende que la tipificación de los acuerdos de empresa que acarreó reforma de 1994 "no responde al interés legislativo en configurar una categoría jurídica nueva y distinta de las preexistentes" pues –añade- "si ese hubiera sido su interés, la expansión de las alusiones a los acuerdos de empresa (…) habría ido acompañada de un mayor esfuerzo normativo en la delimitación de su régimen. Parece más bien que cuando el legislador se refiere expresamente a los acuerdos de empresa no hace sino remitirse a una categoría tradicionalmente existente, indicando que la misma puede utilizarse para ciertas funciones en determinados preceptos del Estatuto u otras normas laborales…"[20]. Concluye, por ello, que la explicación de la expresa mención legal a determinadas materias es sobre todo de carácter funcional, no esencial.

Sin embargo, como el propio autor citado reconoce, estamos ante un tema muy controvertido en la doctrina, donde, por número, parece mayoritaria la tesis que expresa sus reservas a esta indiferenciación de los pactos de empresas con mención legal de los estrictamente informales[21], incluyendo tesis más matizadas[22].

[19] Goerlich Peset, Los acuerdos de empresa…., *cit*., pág. 327. Evocando las tesis de M. García Jiménez, *Los acuerdos colectivos de empresa*, Granada, Comares) p. 226 y J. Gorelli Hernández, *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Madrid (Civitas), 1999, p. 69 y ss.

[20] *Op.cit.* p.328.

[21] Interesa destacar, en un tono más matizado, entre otras, la tesis de García Murcia, *Los acuerdos*…págs. 69-70. Afirma que el hecho de que la recepción legal expresa a los acuerdos de empresa mencionados en la ley confiere a éstos un estatus jurídico distinto "con mayor entidad y relevancia que el mero acuerdo informal". Considera que hay diferencias pues entre ambos y que tales diferencias encuentran proyección en cuanto a su naturaleza, eficacia, funciones y cometidos y, en general, en el sistema de fuentes de la regulación de la relación de trabajo. Cita a favor de estos planteamientos a J. Rivero Lamas, Estructura y contenido…. Pp. 55 y 56 y a Escudero, a Valdés Dal-Re y a Gonzalez Ortega.

[22] M. Correa Carrasco, *Acuerdos de Empresa,* Madrid (Memento Experto Ed. Francis Lefebvre), 2012, pág. 31, se pregunta también sobre el carácter tasado o no de los supuestos de acuerdos subsidiarios, destacando que, aunque algún sector de la doctrina se habría manifestado en contra de esta posibilidad –como Sala-Mellado-Pedrajas; a favor, Casas Baamonde- sin embargo entiende que serían factibles en el contexto de un sistema de negociación colectiva articulada. Pone de ejemplo el AENC-II. Gorelli Hernández, *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral,*

Pero lo cierto es que la tesis que parece minoritaria en la doctrina –la de no diferenciar con claridad la naturaleza de los acuerdos de empresa "defectivos" así como en general de los que tienen mención legal, respecto de los que no tienen ese respaldo- es la que está siendo aceptada por la jurisprudencia.

5. EFICACIA JURÍDICA DE LOS ACUERDOS INFORMALES

A la hora de determinar la eficacia de estos acuerdos, la jurisprudencia alcanza habitualmente esta doble conclusión:

- Estos acuerdos no tienen eficacia normativa, y sí eficacia contractual.
- Tienen eficacia general, esto es, son aplicables (como contratos) al colectivo de trabajadores afectados.

Veamos con más detenimiento como casa este doble nivel de eficacia jurídica.

5.1. Eficacia contractual y no normativa de estos acuerdos

Con carácter general, debe afirmarse que estos acuerdos informales tienen una eficacia sólo contractual, y no normativa. Comúnmente, no aspiran a ello, ni tienen la pretensión de ser convenios colectivos, ni por su contenido ni por su propia intención, en tanto que no tratan de tomar el papel de un convenio colectivo, sino únicamente de resolver cuestiones singulares –de mayor o menor complejidad- que surgen en una parcela y ámbito geográfico concreto de las relaciones laborales.

Por lo tanto, este carácter sólo contractual, no es algo que en definitiva pueda considerarse anómalo o siquiera frustrante para las partes, sino que resulta lógico y esperable para las mismas.

Ello, no obstante, la doctrina ha considerado en ocasiones que estos acuerdos, en tanto que libre conclusión del arreglo de voluntades entre empresarios y trabajadores, deben estar amparados en el art. 37 de la Constitución y, además con eficacia normativa, argumentando, en cierto modo, la unidad del derecho a la negociación colectiva, en sus muy distintas manifestaciones, por lo que también cabría apreciar en este caso tal eficacia[23].

Madrid (Civitas), pág. 53 también entiende que, a pesar de la cierta informalidad de los "acuerdos de empresa" expresamente mencionados en el ET, no debe olvidarse que se trata de pactos "estatutarios" (en cuanto a que tienen esa mención en el ET, naturalmente, no en cuanto a su equiparación a un convenio colectivo estatutario). No pueden, por lo tanto, equipararse los mismos a los acuerdos informales no mencionados, realmente atípicos por tanto, que aunque quedarían también amparados en el art. 37 CE, sin embargo no pueden considerarse de la misma naturaleza ni eficacia. En efecto, como se verá, la eficacia "normativa" sería predicable, a su juicio, de los acuerdos de empresa "típicos", pero no de estos últimos.

[23] Bejarano, pág. 6, entiende más adecuado sostener el carácter normativo de estos acuerdos

La jurisprudencia que también ha concluido, con carácter general, estos acuerdos informales no tienen eficacia normativa[24]. La razón comúnmente argüida al efecto es que están fuera del canal de producción que garantizaría ese estatus. Al no haberse alcanzado el previsto en el Título III del Estatuto de los Trabajadores, a la vista del art. 3.1.b) en relación al art. 82.3 ET, no puede considerarse como estatutario y por lo tanto carecería de eficacia normativa.

En este sentido opta por una clara jerarquización, por así decirlo, en la que el convenio colectivo estatutario sí tendría, naturalmente, eficacia normativa, pero los acuerdos informales, tendrían eficacia contractual. No sería, sin embargo, tan clara la eficacia que habría de predicarse de otros acuerdos con expresa mención y regulación legal, por escueta que ésta sea. Así, los acuerdos a propósito de una transmisión de empresa, o de fin de huelga o de los puramente defectivos de convenio, a los que la Ley da especial régimen y eficacia. ¿Deben realmente considerarse de eficacia meramente contractual?

Ahí sí que podemos encontrar importantes matices.

Así a favor de este carácter meramente contractual, ya con rotundidad se pronunciaba la Sentencia del TS de 20 de marzo de 1996 (Rec. 3350/1995), referida precisamente a unos acuerdos previos a la instrucción de un Expediente de Regulación de Empleo. Este acuerdo lo alcanzaron los representantes legales de los trabajadores (comité de empresa) con la dirección de la empresa. Tal acuerdo, al ser calificado por la Sentencia como "acuerdo informal" y "convenio impropio", se consideraba como "acuerdo informal *carente de eficacia normativa* o fuerza vinculante cualificadora de las normas jurídicas: que no crea derecho objetivo, sino que su eficacia es la contractual, como han declarado multitud de sentencias, aunque en la materia haya algo más que el simple marco de la teoría general de las obligaciones y contratos, pues se trata de un contrato de naturaleza colectiva negociado por la representación legal de los trabajadores".

Sin embargo, debe destacarse que el propio Tribunal Supremo, recientemente, aún de manera ocasional, ha expuesto sus objeciones al respecto. Al menos en lo que se refiere, estrictamente a los llamados acuerdos de empresa "defectivos": Así, en su Sentencia de 24/1/2013, donde afirma en su FJ Tercero: "… La jurisprudencia y la doctrina mayoritaria ha atribuido a esos Acuerdos de Empresa naturaleza contractual y no normativa (a juicio de esta Sala hubiera sido

defectivos, citando a Escudero y Goerlich en sus notas 37 y 38. En p. 8 menciona que cierta doctrina judicial, citando la STC 58/1985, concluye el valor normativo de los convenios no estatutarios y pactos informales. Sin embargo, de la mencionada Sentencia no se deduce tal conclusión, toda vez que dirime un recurso de inconstitucionalidad en el que no se aborda la cuestión de los convenios o acuerdos informales.

[24] Jurisprudencia.

preferible considerar que se integran como un *anexo al contenido normativo del convenio* cuya laguna vienen a integrar, aplicable en el ámbito empresarial correspondiente), pero ello no obsta para que su eficacia –esto es: su fuerza vinculante, aunque no se le considere normativa sino contractual- sea general en el ámbito de la empresa…".

La calificación como contractual, que en todo caso parece incuestionable para el supuesto de acuerdos colectivos informales, conlleva que estos pactos se relacionen con los convenios colectivos estatutarios –así como con la propia Ley, en su caso- a través del principio de norma mínima: pueden mejorarla, adaptarla, pero no disponer nada directamente en contra de la misma, salvo que sea para mejorar condiciones de los trabajadores, siempre y cuando mejoren, pero no empeoren las condiciones de trabajo marcadas por ley o convenio[25]. Le reconocen, por lo tanto, desde esa perspectiva, plena fuerza de obligar a estos acuerdos dentro del ámbito para el que están concebidos.

Pero, como ya se anticipó en su momento, baste ahora reiterar que este carácter contractual y no normativo del convenio no perturba de manera relevante, en la práctica, su eficacia real como pacto, sobre todo a la vista de lo que se va a abordar a continuación: estamos ante acuerdos que, en todo caso, van a tener eficacia normativa.

5.2. Eficacia general

Existe consenso en afirmar que estos acuerdos, incluso informales, tienen eficacia general. Y ahí reside, acaso, la nota más relevante de los mismos.

En efecto, no hay controversia en admitir la eficacia general de los acuerdos informales en relación al ámbito en el que están llamados a ser de aplicación en el ámbito en el que están concebidos[26].

[25] García Murcia, *op. cit.*, pág. 204, habla por ello de una relación convenio-acuerdos de empresa de carácter "polifacético" atendiendo los distintos tipos de acuerdo existentes así como las distintas relaciones entre las instituciones reguladas en ambas sedes. Lo determinante, en todo caso, es que resulta atrevido, por no decir inviable, admitir sola regla para arbitrar las relaciones entre ambas.

[26] F. Elorza Guerrero, *Los Acuerdos de Empresa en el Estatuto de los Trabajadores,* Madrid (CES), 2000, pág., 283, admite que, a pesar de la tradicional observación de que los convenios y acuerdos extraestatutarios tienen eficacia personal limitada, sin embargo, la doctrina parece haberse decantado mayoritariamente por considerar a los acuerdos de empresa como acuerdos dotados de eficacia general. Cita al efecto a García Murcia, Escudero Rodríguez y Ojeda Avilés. J. Gorelli Hernández, *Los acuerdos de empresa…. cit*., pág. 106, considera indisociable la eficacia general de la normativa en relación a estos acuerdos, de los que considera (pág. 7) que, a pesar de no poder considerarse fuente del Derecho, sí pueden llegar a tener eficacia general "por distintas vías".

Para hallar ese ámbito exacto que entraría dentro de esa "eficacia general", basta determinar primero el universo de destinatarios del mismo, que por regla general es el colectivo de trabajadores integrados en un centro de trabajo concreto, o una parte definida del mismo. Es respecto de ese preciso colectivo respecto del que cabe predicar la eficacia general.

Una vez identificados, resulta suficiente para determinar esa eficacia general que sean puestos en relación con la identidad de los firmantes del acuerdo y determinar si, de acuerdo con el principio de correspondencia[27], los mismos se consideran representados.

Como normalmente esos acuerdos son suscritos por los comités de empresa, el silogismo para determinar su eficacia general es claro: Si lo suscribe un comité de empresa, entonces debe tener eficacia para ese centro de trabajo, puesto que los trabajadores de ese centro han elegido a los representantes que suscriben el acuerdo. Más aún, se admite que no sólo el comité, sino las secciones sindicales mayoritarias en el comité, puedan suscribir un acuerdo con igual eficacia general.

Esta es la posición indiscutiblemente adoptada por la jurisprudencia y desde luego no cuestionada por la doctrina, como pasamos ahora a ratificar.

En concreto, nos recuerda la Sentencia del TS de 18-5-2016[28] que ese carácter general es claramente compatible con la naturaleza contractual y no normativa de este tipo de acuerdos.

Reconociendo esta aceptación, habría sin embargo que cuestionar al menos si todo es efectivamente tan claro y si esa eficacia general es tan indiscutible también en el caso de la negociación informal.

En efecto, el punto de partida de estos acuerdos informales es que su objeto va más allá, en sentido estricto, de las competencias legalmente conferidas de modo expreso a los comités de empresa, o a las representaciones sindicales con mayoría en los mismos.

En efecto, cuando la ley otorga a los comités de empresa competencias específicas, en materia de negociación colectiva formal (Título III ET) o bien cuando establece otros conductos de negociación (arts. 40, 41, 44, 51…así, como el 22, 29 et. al. del Estatuto de los Trabajadores, o el 24 del RDLRT), la eficacia general viene de la ley misma. Es decir, tales acuerdos son aplicables al colectivo de trabajadores comprendido en el ámbito de representatividad del comité de empresa

[27] Sobre el "principio de correspondencia", vd. STS de 18 de febrero de 2014, rec. 282/2014 y de 18 de febrero de 2015, rec. 93/2015). Así como de la AN, de 30 de junio de 2014 (proc. 80/2014).

[28] Rec. 150/2015. Ponente: Moralo Gallego.

–o de la representación sindical acorde- precisamente porque la ley confiere a ese sujeto representativo tal capacidad de representar.

Sin embargo, en el caso de los acuerdos informales no existe ese soporte normativo. La jurisprudencia no parece incidir en ese factor que, sin embargo, debe considerarse capital.

De hecho, la jurisprudencia defiende que el mecanismo electoral laboral sostiene la aplicación general al colectivo de trabajadores, sobre el mecanismo que otorga la representatividad de tipo electoral. Así, la Sentencia del TS de 24 de mayo de 2004 (rec. 1631/2003), que es vuelta a citar por la Sentencia del mismo tribunal de 18-5-2016 (rec. 150/2015), señala que este tipo de pacto puede:

> *"... tener una **eficacia personal general a través del mecanismo específico de la representación laboral**, como ocurre en los acuerdos que acaban de citarse, en los que los representantes de los trabajadores –en la doble vía de la representación unitaria o de la sindical- adoptan compromisos que vinculan a los trabajadores afectados".*

En efecto, la asignación a los representantes de personal de una capacidad negocial amplia, prácticamente ilimitada en relación a los derechos laborales de sus representados a través del mecanismo electoral derivado de las elecciones a representantes de personal merece una reflexión más detenida. Incluso desde la perspectiva del respeto a la legalidad y a las justas expectativas del votante de esos representantes unitarios: se eligen, como no puede ser de otro modo, esperando que cumplan las funciones que la legislación les otorga, que incluyen la negociación colectiva y la expresamente reconocida en la ley. El dar el paso más allá de entender que pueden ampliar su ámbito, y acordar –con igual efecto de eficacia general- materias para las que la ley no los habilita expresamente, es algo que ya es mucho más discutible.

Así, igualmente, la Sentencia del TS de 15 de septiembre de 2015[29] establece que no tiene cabida un acuerdo adoptado sólo por la minoría del comité de empresa, ni siquiera con la ratificación posterior de la asamblea de trabajadores. Tampoco, si se pretende con él suscribir un acuerdo informal. Es decir, la "informalidad" del pacto no puede ser un refugio para eludir las reglas básicas del principio de "correspondencia" inherente a la negociación y, en definitiva, de reglas básicas de la legitimación de los contratos. De lo contrario, esto es, de suscribirse un acuerdo en ausencia de tales reglas, podríamos estar ante un acuerdo *ultra vires* e incluso, según las circunstancias del caso, estaríamos incluso ante un acuerdo nulo y por tanto ineficaz.

[29] Rec. 308/2014. Ponente: Luelmo Millán.

Tal eficacia estaría basada, en última instancia, en una interpretación de la proclamación constitucional de la "fuerza vinculante de los convenios entre los representantes de los trabajadores y los empresarios[30]". Lo que, por otro lado, no deja de plantear dudas, en especial las que se refieren a qué diferencias podemos hallar entonces entre los acuerdos colectivos de empresa mencionados en la ley y los puramente informales o, dicho de otro modo, cuál es la verdadera relevancia de estar citados a estos efectos en la ley.

6. ACUERDOS INFORMALES Y LIBERTAD SINDICAL

Dada la relevancia de estos acuerdos informales en la práctica diaria de las relaciones laborales en las empresas, uno de las cuestiones más relevantes que se dan, y que tienen correlativo reflejo en la jurisprudencia, se deriva de la eventual preterición de determinados sindicatos de estos acuerdos.

En efecto, cuando los actores de estos acuerdos no son los representantes de los comités de empresa, sino los representantes de los sindicatos presentes ¿qué sucede cuando se suscriben estos pactos informales, obviando la participación de los otros, sean o no imprescindibles para constituir mayoría? ¿Supone ello un quebranto de la libertad sindical?

La jurisprudencia ha entendido que es un área donde también debe verse respetada la libertad sindical, partiendo así de que ésta incluye el derecho no sólo a la negociación colectiva "estatutaria", sino también a la negociación colectiva informal. Lo cual, por otro lado, significa reconocer su enorme transcendencia.

Señalemos algunos supuestos recientes donde la jurisprudencia ha entendido que se ha transgredido la libertad sindical de algún sindicato.

En primer lugar, podemos citar la ya invocada Sentencia del TS de 18 de mayo de 2016 (Rec. 150/2015), en la que precisamente se contempla firma un "pacto de empresa" cuyo objeto es el de llevar a término la aplicación de una sentencia de conflicto colectivo que se sustanció ante la Audiencia Nacional. Ese conflicto se inició precisamente a instancias del sindicato CGT, si bien a su demanda se adhirieron los otros dos sindicatos con presencia del comité de empresa, UGT y CCOO. Se dicta sentencia favorable a los actores y se da la circunstancia de que, para determinar la aplicación de sus efectos se alcanza un "acuerdo de empresa", fruto de una reunión de la empresa con las secciones sindicales de los dos sindicatos mayoritarios con presencia en el comité (CCOO y UGT), pero eludiendo la sección sindical de CGT, al menos en la primera de las reuniones llevadas al efecto, que es donde se alcanza el acuerdo más relevante.

[30] Vid., Bejarano Hernández, *cit.,* p. 8.

El sindicato CGT (que, en todo caso era minoritario en el comité; es decir, los otros dos sindicatos unidos tenían suficiente quorum para alcanzar la mayoría absoluta con sus solos votos) entendió vulnerada su libertad sindical y así se lo reconoció el Tribunal Supremo.

Entendió la Sala que, cuando se trata de alcanzar acuerdos con eficacia general, que estén llamados a tener alcance para toda la plantilla, no pueden preterirse a las secciones sindicales minoritarias. Esa tesis es de aplicación también a estos supuestos de negociación informal, e incluso a las "…negociaciones previas, informales y preparatorias de la futura negociación". También "cuando estemos ante trámites no previstos expresamente en las leyes".

Invoca también la Sentencia del TS de 22 de julio de 2015 (Rec. 130/2014), en tanto que concluye que no pueden omitirse, en tales circunstancias, a las secciones sindicales con representatividad.

Todo ello es algo que, en suma, ya conocíamos, siendo lo más llamativo el hecho de que se extiende la aplicación de esta doctrina sobre ámbito de la libertad sindical muy ampliamente, llegando a todos los distintos supuestos de negociación informal, siempre que de la misma se haya de derivar un acuerdo de eficacia general.

Todo ello conduce a la Sala a declarar, efectivamente, la existencia de lesión de la libertad sindical, con reconocimiento del pago resarcitorio que demandaba el sindicato. Si bien en esta sentencia concurre, además, una interesante curiosidad, como es la de que no se declara nulo el pacto en sí. Es cierto que la actora no lo solicitaba, pero también lo es que el tribunal no ve vicios en materia de legitimación que lo hubieran hecho insostenible. El pacto es viable, porque lo soporta el cálculo de mayorías que lo sustenta, pero no obstante se ha vulnerado la libertad sindical.

Similar conclusión se alcanza –en lo que se refiere a la existencia de lesión de la libertad sindical- en la ya comentada Sentencia del TS de 24 de enero de 2013.

En la misma se da una circunstancia análoga de lesión de la libertad sindical tratándose de un supuesto de negociación informal.

En el caso ahí tratado, se suscribió un acuerdo de empresa entre UGT y la empresa. El supuesto contemplado en esta resolución era peculiar. Se trataba, en principio de un Acuerdo Extraestatutario que puede considerarse como "clásico": Así, un sindicato – UGT- alcanza un acuerdo con el empresario que sólo se habría de tener vigencia para los afiliados al sindicato. Pero –y ahí radica el factor decisivo a estos efectos- también a los que voluntariamente se adhieran a tal pacto. Hasta ahí, nada particularmente llamativo, toda vez que este supuesto entraría en

el canon de los acuerdos colectivos extraestatutarios, en tanto que éstos admiten, como modelo más elemental e indiscutible, precisamente el que tiene lugar entre un empresario y un sindicato de modo que limita sus efectos a sus afiliados. Desde esa perspectiva, se trata de un acuerdo que se inserta en la básica libertad de negociación de los sindicatos, sin aspiraciones de eficacia general ni de eficacia normativa. Pero se daba la circunstancia, en este caso concreto, que este pacto extraestatutario estaba construido sobre un anterior acuerdo de empresa del que sí eran parte, frente al empresario, tanto la propia UGT como CCOO. Este nuevo pacto posterior, suscrito por UGT únicamente, al quedar abierto a la adhesión individual de los trabajadores que lo deseasen estaba llamado a tener, a juicio del Tribunal Supremo, una eficacia general que se alcanzaría, digámoslo así, de manera ilegítima, "por la puerta de atrás". Y ello, debido a que la lógica de los hechos –qué duda cabe que todos se adherirían "voluntariamente" en tanto que así se alcanzarían mejores condiciones laborales que de otro modo- llevaría de facto a una aplicación general del pacto, según entendió el Tribunal. Por ello, el efecto no sería otro que el de ser un pacto que por la vía de hecho habría alcanzado una eficacia general. Pero con el importante matiz en contra que el sujeto del pacto por la parte social no serían ya los dos sindicatos que alcanzaban la representatividad de los trabajadores, sino sólo uno de ellos. Adornaban estos hechos el hecho de que el sindicato preterido tenía mayoría absoluta de los miembros del comité de empresa (12 sobre 23), siendo así que, irónicamente, el acuerdo de eficacia general –en la práctica- se alcanzó con el segundo sindicato con mayor presencia en el comité -10 miembros, sobre 23- resultando por ello claro, a juicio del Tribunal, que no estábamos sino ante una maniobra para preterir a un sindicato que, para más gravedad, era el mayoritario.

Pues bien, la Sala, tras ese planteamiento, no pudo concluir otra cosa más que la lesión de la libertad sindical de CCOO, que habría sido preterido injustamente de un pacto que, con la apariencia de ser de eficacia limitada (en principio, limitada a los afiliados al sindicato en cuestión) sin embargo tenía como único efecto tangible el de marginarlo de la negociación. Todo ello constituía, pues, una suerte de artificio fraudulento en sí mismo lesivo de la libertad sindical de CCOO, lesión que no tuvo empacho en declarar el Tribunal de manera muy contundente, con el añadido de declaración de nulidad del pacto colectivo alcanzado.

¿Cuál es la conclusión más clara que, a nuestros efectos, podemos extraer de esta Sentencia? No puede ser otra que la de que se integra, dentro de la libertad sindical el derecho a la negociación colectiva… no sólo a la negociación colectiva "formal" o "estatutaria", sino también la informal. Es decir, el derecho a la negociación colectiva informal integra la libertad sindical. Y ello no es una conclusión menor.

También se declara lesión de la libertad sindical en un supuesto de negociación colectiva informal la Sentencia del TS de 22 de julio de 2015[31]. En este caso, la materia observada se refiere a una serie de negociaciones informales preparatorias de otras –ya más formales y regladas, que acabaron formalizándose ante el SIMA- en el marco del proceso de integración del grupo bancario Liberbank. La empresa se reunió con UGT y CCOO para alcanzar –al margen, por el momento, del procedimiento legal- un acuerdo de reestructuración; acuerdo que efectivamente se sancionó y fue publicitado abiertamente. No incluyeron en estas negociaciones –que el Tribunal entendió que eran las reales, dado que, a partir de ese momento, el encauzamiento del conflicto a través del SIMA iba a ser una pura plasmación o formalidad relativo a lo ya acordado- a los sindicatos demandantes, cuales eran el sindicato STC-CIC y el sindicato CSI. Entiende que tales sindicatos tenían legitimación para negociar, al concurrir en ellos los correspondientes requisitos de representatividad, de modo que el hecho no tratarse de una negociación formalmente orientada a pactar un convenio colectivo estatutario no era óbice para tal consideración.

Sin embargo, no siempre que un sindicato es preterido de una negociación puede apreciarse la existencia de lesión de la libertad sindical. Es lo que sucede en el supuesto que se contempla en la STS de 30/11/2010, ya citada. La situación fáctica que subyace a la posible lesión de libertad sindical en este caso merece ser resaltada: Se suscribe un "Acuerdo Marco de Excepcionalidad", en el que participan todos los sindicatos con representación en la empresa, a través de sus secciones sindicales. Sin embargo, no todos los sindicatos lo firman. Tres sindicatos con representación minoritaria -CGT, ELA y SK- no lo hacen, si bien sí participaron en las correspondientes reuniones de negociación. Se crea, a partir de este acuerdo, una "Comisión de seguimiento y vigilancia", con amplias potestades, que viene a estar compuesta, en la parte social, exclusivamente por los miembros de los sindicatos que sí firmaron el acuerdo. ¿Significa su exclusión de este órgano (que, en efecto, aunque no fuese fuente de "acuerdos colectivos" en sentido estricto, sí estaba llamado a implementar el anterior acuerdo informal a través de continua negociación), una lesión de la libertad sindical de los sindicatos excluidos?

La respuesta, para la Sala, es negativa. Nos recuerda que resulta de aplicación la línea jurisprudencial, corroborada por el Tribunal constitucional, de que "La exclusión de un sindicato de algunas comisiones creadas por un pacto que ni firmó ni asumió después por adhesión, puede llegar a constituir lesión del derecho de libertad sindical, si ello implica un desconocimiento, o al menos, una limitación del derecho a la negociación colectiva. Esta limitación inconstitucional

[31] Rec. 130/2014. Ponente: Sempere Navarro.

del derecho del sindicato a participar en una comisión determinada se produce cuando concurren dos circunstancias: de una parte que el sindicato esté legitimado para negociar y, de otra, que se trate de comisiones con función negociadora, entendiendo por tal la capacidad de establecer modificaciones al convenio o nuevas normas no contenidas en el mismo…"

Por lo tanto, no puede apreciarse lesión de la libertad sindical de los sindicatos excluidos. La misma –ello es importante de destacar- no se produce, pues, con la exclusión de algún sindicato de determinado elemento de aplicación, interpretación o seguimiento de un acuerdo, sino sólo cuando se le priva de su capacidad de negociar "acuerdos" nuevos o modificatorios de otros, siempre que tenga capacidad para negociar.

7. ACUERDOS INFORMALES Y RELACIÓN CON LAS RESTANTES FUENTES DE LA RELACIÓN LABORAL

Apuntemos por último algunas notas relativas a cómo opera la concurrencia de estos acuerdos con los convenios colectivos, dentro de las reglas generales de la regulación de la negociación colectiva.

En general, la jurisprudencia apunta a que estamos ante acuerdos que pueden completar, especificar y rellenar vacíos.

¿Los podría alterar en su contenido esencial? ¿Podría empeorar su contenido?

Resume la citada STS del 24 de enero de 2013, citando la de 21 de diciembre de 2009 (rec. 11/2009) –recordemos que se trata de la Sentencia que incluye a los acuerdos informales dentro de la categoría del "acuerdo de empresa"- que el acuerdo de empresa, con carácter general, es admisible "… siempre que se lleven a cabo con la representación unitaria de los trabajadores –o incluso con las secciones sindicales que cuenten con la mayoría de los integrantes de dicha representación unitaria- y además con una funcionalidad muy amplia, que incluye las de "actualizar las disposiciones del convenio aplicable, suplir las lagunas del mismo y mejorar sus condiciones *pero no modificar en perjuicio de los trabajadores las condiciones de un convenio colectivo provincial durante su periodo de vigencia"*.

Entraría en la relación que tiene la Ley con los contratos con los convenios, básicamente regido por el principio de norma mínima[32].

[32] Así, García Murcia, *op. cit.*, pág. 204, se refiere al carácter "polifacético" de esta relación, según ya se ha apuntado con anterioridad. S. Rodríguez Escanciano, "El acuerdo de empresa como cauce de flexibilidad interna: contenido y régimen jurídico", *Revista de Justicia Laboral*; n. 49/2012, pág. 41, incide en que los acuerdos de empresa informales, si bien no precisan de ninguna

Algún autor[33] entiende por lo demás que en el supuesto de que estuviésemos ante un caso de pacto colectivo de eficacia limitada que se extendiera a otros por adhesión expresa o tácita, las condiciones establecidas vendrían a ser condiciones más beneficiosas adquiridas a título individual e incorporadas a los contratos individuales, por lo que su remoción sólo sería posible a través del acuerdo individual o por la vía del art. 41 ET.

8. CONCLUSIONES

Las consideraciones anteriormente expuestas, nos permiten llegar a una serie de conclusiones que pueden resultar interesantes:

- La primera es que el fenómeno de la negociación colectiva informal en la empresa no sólo es un fenómeno muy extendido actualmente –más de lo que pudiera parecer- sino que es un fenómeno antiguo. Preexiste, de hecho, a la negociación formal o estatutaria, y es esperable que, por sus características intrínsecas y por las funciones que cubre, perdure en el futuro.
- La negociación colectiva informal surge como una respuesta a la necesidad de encontrar un rápido y eficaz ajuste de intereses controvertidos entre empresarios y trabajadores. La complejidad de los procesos reglados de negociación, y también la inviabilidad jurídica de seguirlos en distintas ocasiones, hacen que los acuerdos informales resulten una alternativa atractiva cuya eficacia se fundamenta, por lo general, en un espontáneo entendimiento del "*pacta sunt servanda"*.
- Los acuerdos adoptados a nivel de empresa pueden distinguirse en dos grandes grupos: los sí contemplados en la ley –a pesar de que en todo caso carecen con carácter general de una regulación como tal, y se limitan a ser enunciados por el Estatuto de los Trabajadores o, excepcionalmente otra norma, como el DLRT de 1977- y aquellos genuinamente "informales"; esto es, los que carecen de cualquier mención expresa en una norma jurídica. Un vasto lugar intermedio es ocupado por los acuerdos que surgen a partir del art. 64.6 ET, en tanto que tal precepto, a propósito de los deberes de información y consulta del empresario respecto del

habilitación legal expresa, y su amparo directo en el art. 37.1 CE así como en los artículos 4.1.c) y 82 ET, "su contenido tiene que respetar el convenio colectivo aplicable y no modificar en ningún caso su clausulado.; Bejarano Martín, *cit.*, entiende que la concurrencia con un convenio colectivo estatutario, debe ser abordada de conformidad con el principio de norma más favorable (art. 3.3. ET). (Citando a Ojeda Avilés). Al, n. 49/2012, P. 8.

[33] Bejarano Martín, *cit.,* : p. 9:

comité de empresa llama a "alcanzar un acuerdo" a propósito de los temas consultados. Se abre así un campo vastísimo para negociación y consecución de acuerdos en las más distintas materias.

Los acuerdos informales se pueden referir a las más distintas materias. La jurisprudencia y doctrina judicial que se puede examinar indica que se refieren fundamentalmente a cuestiones como retribución jornada, prevención y aplicación concretas de normas derivadas de la negociación colectiva e incluso de sentencias derivadas de procedimientos judiciales de conflicto colectivo.

En cuanto a la naturaleza de estos acuerdos informales, la jurisprudencia del TS ha optado por equipararlos a los "acuerdos de empresa" tipificados en el Estatuto de los Trabajadores. La doctrina es vacilante en relación a este tema y se encuentra dividida. No obstante, el TS, en recientes decisiones, ha realizado esta equiparación, entendiendo que la empresa mención en la ley no resulta esencial al respecto. Principalmente cuando esa mención legal no se traduce en una regulación específica de estos acuerdos. También se apunta la posibilidad de reconducir tales acuerdos a los de "solución de conflictos colectivos" mencionados en el DLRT, en tanto que los mismos hayan servido para poner fin a un conflicto; no siendo esencial que el mismo se haya manifestado de una manera específica ni sometido a una concreta formalidad.

Estos acuerdos tienen, desde luego, eficacia contractual, no normativa. Así lo ha constatado con toda rotundidad para la jurisprudencia.

Pero tienen también eficacia general, dentro del limitado ámbito en el que están llamados a tener efectos.

Dada la naturaleza de estos acuerdos, el quedar amparados en la Constitución y dados los efectos de los mismos, se puede considerar que integran el derecho a la libertad sindical, en su vertiente de derecho (de los sindicatos) a la negociación colectiva.

Por último, apuntemos que estos acuerdos informales quedarían incluidos en el sistema de fuentes de la relación laboral. Su relación con los convenios colectivos estatutarios –así como con las normas estatales- queda, predominantemente, sometido al principio de "norma mínima". Puede mejorar, y no empeorar lo establecido en aquellas normas.

CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL NUEVO CONTEXTO LABORAL: LA RETRIBUCIÓN DEL TRABAJO

JUAN ESCRIBANO GUTIÉRREZ
Prof. TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Almería

EXTRACTO **Palabras clave: Negociación colectiva, convenio colectivo, desigualdad salarial, derivas salariales, estructura salaria**

El presente trabajo pretende analizar los efectos que la reciente negociación colectiva ha producido en la evolución de la retribución del trabajo en la última década. Para ello se abordará el análisis de una serie de convenios colectivos, previamente seleccionados, de aplicación en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Dicho análisis estará presidido por la pretensión de desentrañar las causas de dos de los fenómenos más significativos apreciables al respecto. Por una parte, la marcada brecha retributiva apreciable entre distintos colectivos de trabajadores, en especial, entre los trabajadores que se incorporaron al mercado de trabajo con posterioridad a la crisis económica y los que ya acumulan una cierta antigüedad. En segundo lugar, se pretenderá explicar las razones de las derivas salariales existentes entre la evolución del salario pactado convencionalmente y la retribución media efectiva.

BSTRACT **Keywords: Collective bargaining, collective agreement, wage inequality, wage deviations, salary structure**

The present work tries to analyze the effects that the recent collective negotiation has produced in the evolution of the remuneration of work in the last decade. To this end, the analysis of a series of collective agreements, previously selected, applicable in the Autonomous Community of Andalusia, will be addressed. This analysis will be chaired by the pretense of unraveling the causes of two of the most significant phenomena that are appreciable in this regard. On the one hand, the marked pay gap appreciable between different groups of workers, especially among those who joined the labor market after the economic crisis and those who already accumulate a certain age. Secondly, it will be explained the reasons for the wage deviations between the evolution of conventionally agreed salary and the effective average remuneration.

 Recepción del original: 23.11.2017 Aceptación original: 16.12.2017

Índice

1. introducción. avance de propósitos y metodología
2. la negociación colectiva resultado de las reformas de 2010, 2011 y 2012
3. convenio colectivo y precariedad salarial:
   3.1. Derivas salariales negativas
   3.2. Desigualdad retributiva en la negociación colectiva
4. aprovechamiento de los instrumentos flexibilizadores de la negociación colectiva:
   4.1. Potenciación del convenio colectivo de empresa y retribución
   4.2. Fin de la ultraactividad como causa de precariedad salarial
   4.3. Inaplicaciones del convenio colectivo previamente pactado y retribución
5. determinación de la cuantía salarial en la negociación colectiva:
   5.1. Estructura salarial
   5.2. Complementos salariales variables
   5.3. Cláusulas de revalorización y salvaguarda salarial
   5.4. Acuerdo individual de salario flexible
   5.5. Compensación y absorción
6. conclusiones
7. bibliografía
   8.

1. INTRODUCCIÓN. AVANCE DE PROPÓSITOS Y METODOLOGÍA

El estudio de los convenios colectivos aprobados tras las radicales reformas de comienzos de la actual década ha concitado un considerable interés doctrinal. Las novedades implementadas generaban la incertidumbre de cómo se iba a adaptar nuestro sistema de negociación colectiva a las fuertes pretensiones que el legislador puso en la reforma de éste a los efectos de reaccionar ante la crisis financiera que las justificó. Por ello, para no reiterar dichos estudios, nuestra pretensión ha sido la de circunscribir este análisis a unos fines claramente prefijados. En concreto, nuestro estudio tomará como objetivos fundamentales los siguientes: procurar determinar, a través del análisis de la negociación colectiva más reciente, las causas por las que el salario de los trabajadores en España se ha visto tan drásticamente reducido en la última década; así como intentar descubrir las razones por las que la brecha salarial entre distintos colectivos de trabajadores se ha incrementado; y, por último, intentar desentrañar el origen de la cada vez mayor deriva entre las retribuciones pactadas convencionalmente y las efectivamente cobradas por los trabajadores.

Con estos objetivos presentes, procederemos al análisis de una muestra de convenios colectivos seleccionados entre los sectores de mayor empleo en Andalucía, esto es, Construcción, Hostelería y Comercio. La selección de los convenios colectivos analizados se ha llevado a cabo por motivos cronológicos, eligiendo aquellos que son más recientes. De este modo, nos aseguramos de que dichos convenios hayan podido incorporar las novedades legislativas de comienzos de la década. Asimismo, hemos seleccionado una muestra de convenios sectoriales y de empresa con carácter previo para evitar que un espigueo de

convenios no seleccionados previamente nos lleve a obtener unas conclusiones condicionadas por el previo objetivo de la búsqueda[1].

A pesar de que en Andalucía los trabajadores están generalmente cubiertos por los convenios colectivos de sector provincial o estatal, en el examen de los convenios colectivos realizado a continuación mostraremos especial atención a los convenios colectivos de empresa de los sectores seleccionados. Tal sistemática obedece al hecho de que dichos porcentajes pueden ser fácilmente revertidos en el futuro a los efectos de la determinación de importantes aspectos relativos al salario. Por ello, la detección de las líneas de tendencia de la actual negociación de empresa, nos puede permitir deducir el grado de intervención en el proceso de precarización del nivel empresarial. No hemos encontrado, y por ello no hemos podido seleccionar, ningún convenio colectivo sectorial autonómico en nuestra Comunidad Autónoma en alguno de los tres sectores elegidos, y ello a pesar del intento de potenciar su existencia a través de las atribuciones concedidas en el art. 84.3 ET. Por último, la selección de los convenios sectoriales provinciales y los convenios de empresa ha pretendido buscar un equilibrio numérico en la representación de las ocho provincias de Andalucía.

Con estas herramientas, llevaremos a cabo el objetivo anteriormente enunciado, esto es, determinar la significación que la negociación colectiva diseñada tras el comienzo de la década ha ostentado en el progresivo deterioro de las condiciones de trabajo en Andalucía. Con esta pretensión, analizaremos, en primer lugar, tras describir los fenómenos anteriormente enunciados, el impacto de tales reformas en la estructura de nuestra negociación colectiva y el posible paso a un primer plano del convenio colectivo de empresa. En segundo lugar, nos detendremos en analizar las cláusulas convencionales relativas a cuestiones como la significación de la nueva regulación de la ultraactividad o la inaplicación de los convenios colectivos durante su vigencia. Por último, habremos de comprobar la evolución negocial en la regulación de los aspectos más significativos de la estructura del salario.

2. LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA RESULTADO DE LAS REFORMAS DE 2010, 2011 Y 2012

Las reformas de marcado carácter liberal que tuvieron lugar a comienzos de la actual década continuaban con la tendencia de las anteriores modificaciones del Estatuto de los Trabajadores en lo que se refiere a los instrumentos utilizados para la consecución de sus objetivos. Por una parte, se trataba de reformas de

[1] En total, hemos analizados 8 convenios colectivos sectoriales nacionales, 35 convenios sectoriales provinciales y 101 convenios colectivos de empresa.

fuerte contenido heterónomo en la búsqueda de la configuración de las líneas básicas perseguidas por la misma. A su vez, se llevaba a cabo la atribución a la negociación colectiva de la misión de contribuir al proceso de flexibilización de las condiciones de trabajo, profundizando así una tendencia iniciada tiempo atrás[2].

No debe olvidarse que el incremento de la importancia de la negociación colectiva en la década de los noventa se produce con el objeto de posibilitar un aumento de la flexibilidad laboral[3]. Esta orientación responde a una clara intención político-ideológica. En este sentido, Gérard Lyon-Caen, a la hora de analizar el Derecho del Trabajo resultante de la potenciación de la negociación colectiva y el retroceso de la Ley, calificaba abiertamente nuestra disciplina como «Derecho neo-liberal»[4]. Una vez ampliados los contenidos de la negociación colectiva como consecuencia de la retirada de las fuentes heterónomas en cuanto reguladoras directas de importantes aspectos de las relaciones laborales, se necesita flexibilizar los procedimientos de aprobación y modificación de los convenios colectivos a los que se les encomendaba tan importantes funciones. Y eso queda asegurado de forma heterónoma, por imposición legislativa, en aspectos absolutamente fundamentales tanto en lo relativo al derecho individual del trabajo, como en lo que concierne a la negociación colectiva. La Ley se retira y deja paso a la negociación colectiva, pero no sin asegurarse que el debilitamiento de la negociación asegure, a su vez, los fines flexibilizadores que pretende, sin que se la pueda culpabilizar directamente del deterioro del estatus del trabajador.

En concreto, tal objetivo se pretendió conseguir en las últimas reformas laborales a través de una serie previsiones que, en aquel momento, generaron una considerable literatura doctrinal. En concreto, se alteró significativamente la legitimidad y la estructura negocial, la eficacia del convenio colectivo, la duración del mismo, etc. Especialmente significativas fueron, a este respecto, la atribución de una prioridad aplicativa al convenio colectivo de empresa, la posibilidad contemplada en el art. 82.3 ET para llevar a cabo inaplicaciones del convenio colectivo vigente incluso por sujetos no legitimados para la negociación del convenio que se pretende inaplicar –o no legitimados en absoluto para la

[2] Véase, ampliamente, Ruiz Castillo, M.M. y Escribano Gutitérrez, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2013.

[3] Cfr. Valdés Dal-Ré, F., *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social,* Madrid, MTSS, 1994, p. 51.

[4] Efectivamente, este autor afirma expresamente que «el Derecho del Trabajo francés es un derecho neo-liberal. Su piedra angular se encuentra en la libertad del trabajo. Los salarios son negociables libremente por los interlocutores social y en caso de conflicto el Estado apenas interviene» (*Droit du Travail,* París, Dalloz, 17ª edición, 1994, p. 37).

negociación- y la posible supresión de la ultraactividad convencional tras el transcurso de un año desde la denuncia del convenio colectivo.

Todas estas medidas tenían un común objetivo que no era otro que el de permitir una rebaja del precio de la fuerza de trabajo[5]. En concreto, en lo que aquí ahora interesa, el salario se incluyó entre las condiciones de trabajo que podían someterse a los nuevos procedimientos de flexibilización de la negociación colectiva.

Un análisis de la evolución de dicho coste evidencia que los niveles salariales se han reducido desde el inicio de la década de manera constante. En concreto, según se desprende del estudio elaborado por CC.OO. en marzo de 2015, en nuestro país en el año 2013 existían 1,4 millones de trabajadores por cuenta ajena que recibían una retribución anual de menos de 5000 €. Es más, 4,2 millones de trabajadores, el 30 % del total, tienen una nómina mensual que no alcanza los 950 € brutos. Esta situación es consecuencia del progresivo empobrecimiento de los sectores más precarios, de manera que, en los tres años precedentes al estudio, éstos han perdido 1 de cada 4 € de su salario real[6].

Estos datos podrían, en primera instancia, atribuirse a la progresiva implementación de los mecanismos anteriormente enunciados. Sin embargo, como a continuación detallaremos, los estudios realizados al respecto han evidenciado que no siempre existe una relación directa entre la reducción de dicho coste y el incremento de la negociación colectiva de empresa, las inaplicaciones convencionales o el fin de la ultraactividad. Así, por ejemplo, a pesar de que en nuestra Comunidad Autónoma la gran mayoría de los convenios colectivos corresponden al ámbito funcional negociador de nivel de empresa (84,9 % del total) frente al que suponen los convenios colectivos de ámbito superior (15,1 %), son pocos los trabajadores y empresas cubiertos por los convenios colectivos de empresa. En concreto, los convenios de sector afectan al 94,34 % de los trabajadores y al 99,7 % de las empresas bajo cobertura de convenios vigentes[7],

[5] Llegan a esta conclusión, entre otros muchos, García Quiñones, J.C., «El régimen jurídico de la retribución en el ordenamiento español: herencias y tendencias», *R.L.*, nº 1, 2013; Llompart Bennàsar, M., «Alcance de la reforma laboral en materia de salario», *T.L.*, nº 122, 2013; Roldán Martínez, A., «El papel emergente de la empresa como ámbito de negociación de los salarios», en Escudero Rodríguez, R. (coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, 2012.

[6] Lago Peñas, M., «Análisis gráfico de la pobreza y la desigualdad salarial», Cuadernos de acción sindical de CCOO, 2015, pp. 7-8. Sobre el fenómeno de los trabajadores pobres, véase: Calvo Gallego, F.J. y Gómez-Álvarez Díaz, M.R., *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo. Concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: El impacto de las últimas reformas legales,* Laborum, Murcia, 2017.

[7] *Memoria del CARL 2016*, Junta de Andalucía, p. 19.

idénticos datos se reproducen para el contexto nacional en las Estadísticas del Ministerio de Empleo más abajo citadas.

Tampoco aclara en exceso esta situación los datos elaborados sobre inaplicaciones de convenios colectivos. Desde la aprobación del nuevo régimen jurídico aplicable, salvo los años 2013 y 2014 en los que el número total de inaplicaciones superó los 2000 convenios colectivos, el resto de los años no alcanzaron la cifra de 1500 convenios. Estos datos se ven ratificados por el hecho de que dichas inaplicaciones afectaron a un reducido número de trabajadores que, salvo en el año 2013 (en el que fueron 159.550 los trabajadores afectados), oscilaron entre los 66.203 trabajadores afectados de 2014 y los 32.064 del año 2016.[8]

De igual modo, tampoco nos ayuda a comprender tal situación la temida pérdida de eficacia de los convenios colectivos tras el trascurso de un año en situación de ultraactividad. En concreto, nos referimos al hecho constatado por nosotros en virtud del cual son excepcionales los convenios que, por falta de previsión al respecto, permiten que concurra tal circunstancia, puesto que, como más adelante precisaremos, casi todos los convenios consultados incluyen previsiones de mantenimiento de la vigencia del convenio más allá del fin del período legal de ultraactividad.

3. CONVENIO COLECTIVO Y PRECARIEDAD SALARIAL

3.1. Derivas salariales negativas

Una de las cuestiones que, a priori, pueden parecer más sorprendente en el análisis de las partidas cuantitativas de la más reciente negociación colectiva –razón por la no detendremos en primer lugar en su descripción- se encuentra en el hecho de que, incluso en los peores años de la crisis económica, se negociaron o mantuvieron en vigor importantes subidas salariales. Por el contrario, este hecho contrasta con los datos estadísticos que muestran una sensible reducción salarial media en nuestro país en esos mismos años. El fenómeno de las «derivas salariales negativas» ha sido detectado desde hace décadas[9] y carece de una fácil explicación al margen de atribuirlo al simple incumplimiento del mandato constitucional del art. 37 CE por parte de la empresa.

[8] *Estadísticas de Convenios colectivos de Trabajo. Septiembre 2017,* Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

[9] Fina Sanglas, L., González de Lena, F. y Pérez Infantes, J.I., *Negociación colectiva y salarios en España,* CES, Madrid, 2001, pp.154-155. Más recientemente, puede verse Gómez Rufián, L., «El crecimiento salarial fijado en la negociación colectiva y las "derivas salariales": revisión sectorial a la luz del nuevo "índice de precios del trabajo"», *Revista Información Labora*l, nº 1, 2017.

Desde del comienzo de la crisis financiera, los salarios convencionalmente previstos no han dejado de experimentar incrementos medios constantes, como se desprende de la Estadística de Convenio colectivos de trabajo elaborado por el Ministerio de Empleo[10]. Así, podemos comprobar que dichos incrementos salariales han oscilado desde la subida salarial del año 2009 en el que los salarios convencionales se revalorizaron un 2,24 % hasta el año 2017 donde, en los meses transcurridos hasta hoy, lo han hecho en un 1,40 %. Es más, los años de menores subidas convencionales medias fueron los comprendidos entre 2012 y 2014 en los que la subida no superó el 0,60 %. Por el contrario, los datos de la Encuesta Anual de Coste Laboral muestran como los salarios se han incremento por debajo de dicha media e, incluso, se han reducido. Así, por ejemplo, en los dos últimos años, por centrarnos en los datos más próximos, el coste salarial medio se ha reducido en 1,1% en 2016 y en un 0,2 % en lo que va de año 2017. Todo ello a pesar de que la tasa de cobertura convencional supera el 94,6 % de las empresas y el 88,2 % de los trabajadores. Conforme a dichos datos, encontramos un continuo incremento de estas derivas o deslizamientos salariales, sobre todo, si las comparamos con los datos previos a la crisis económica[11]. La deriva se incrementa, además, si calculamos el salario medio del trabajador a través del indicador denominado como "Índice de precios del trabajo", a través del cual se consigue determinar la evolución del salario por trabajador intentando soslayar el "efecto composición"[12].

Estos datos son ratificados por el estudio de campo realizado aquí. En concreto, del análisis de los convenios colectivos de los tres sectores seleccionados, podemos extraer la conclusión de que casi ninguno de dichos convenios ha previsto una reducción de los niveles retributivos.

Es decir, a pesar de toda la grave situación económica atravesada desde el año 2007, en los convenios colectivos no se ha mostrado una clara opción de utilizar los procesos de negociación colectiva como instrumentos de gestión de la crisis, al menos en lo referido a la determinación de la cuantía salarial. En concreto, del total de los convenios analizados sólo hemos encontrado dos supuestos en los que se lleva a cabo una reducción salarial transitoria[13]. Por el contrario, son mayoritarios los convenios colectivos que introducen unas subidas salariales

[10] *Estadística de Convenios colectivos de trabajo. Comentario de principales resultados. Septiembre 2017*, MESS, 2017.

[11] CCNCC, *La negociación colectiva en España (2006, 2007, 2008),* 2009, p. 124.

[12] Véase, al respecto, Gómez Rufián, L., «Estimación del salario por trabajador según el "índice de precios del trabajo", *Revista de Información Laboral*, nº 10, 2017, pp. 237-277.

[13] CC Empresa Sucesores de Manuel Ruiz García, S.L., (BOP Cádiz de 21 de febrero 2014) y CC Empresa Alain Affflelou España, SAU (Resolución de 25 de abril de 2013, BOE de 10 de mayo); CC Negocios de Restauración Sur (BOP Córdoba, 16 de septiembre de 2015).

que, como consecuencia de la evolución del IPC, han supuesto un incremento del poder adquisitivo de los trabajadores incluidos en sus correspondientes ámbitos de aplicación. A pesar de lo dicho, sí es posible encontrar, aunque no son mayoritarios, convenios colectivos de empresa en los que no se menciona ningún mecanismo de revalorización salarial y que, con una evolución inflacionista del IPC, pueden implicar una reducción del poder adquisitivo de los salarios[14].

Por tanto, habrá de hacerse un mayor esfuerzo a la hora de descubrir las razones de dichas derivas salariales negativas. De entre las posibles explicaciones de las mismas, podríamos deducir las siguientes[15]:

a) Alteración de la estructura salarial. Se implementan subidas salariales aplicables al salario base, pero, al mismo tiempo, se eliminan o reducen los complementos salariales, dando un mayor protagonismo a complementos variables generalmente ligados a la productividad[16].

b) Proliferación de mecanismos convencionales que permiten desigualdades salariales que impiden el acceso al aumento salarial negociado de manera genérica a ciertos colectivos de trabajadores, normalmente, los trabajadores de nuevo acceso.

c) Prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa. Este mecanismo puede explicar una reducción de las subidas salariales en algunas empresas, pero no el deterioro salarial medio anteriormente expresado. En concreto, según los datos recogidos por el CARL, en los convenios colectivos vigentes en la actualidad en Andalucía, se detecta una subida salarial del 0,75 % en los convenios colectivos de empresa frente al más generoso 1,09 % de los convenios colectivos sectoriales. Sin embargo, esta diferencia salarial no puede estar en la base de la deriva apreciada en la Encuesta Anual de Coste Laboral, por cuanto que el 94,34 % de los trabajadores y el 99,7 % de las empresas están bajo la cobertura de los convenios de sector provincial (memoria del CARL 2016), cifras que a julio de 2017 se mantienen invariables (Memoria parcial julio 2017).

[14] Véanse, a título de ejemplos, los CC Grupo empresarial Innovasur, S.L. (BOP Córdoba 5 de julio de 2016); CC de la empresa Rosario Fátima Duque Aguilar (Modas Duque) (BOP Cádiz13 de agosto de 2014); Convenio Colectivo de Trabajo de la empresa Pepsico Foods AIE, (BOP Granada 11 de febrero de 2015); CC de trabajo de las empresas Gibtelenergy S.L. (BOP Cádiz 14 de abril de 2016); Convenio o Acuerdo: Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4 de mayo de 2016).

[15] Véase Pérez Infante, J.I., «La crisis económica, las reformas laborales y la negociación colectiva», *Revista de Economía Labora*l, nº 13 (2), 2016, p. 126.

[16] El VI CC general del sector de la construcción (Resolución de 21 de septiembre de 2017, BOE 26 de septiembre de 2017) reduce el porcentaje obligado de salario base del 75 al 60 %, potenciando el salario a rendimiento.

d) Supuestos de inaplicación de las partidas salariales. Es decir, se negocia unas subidas que, posteriormente, se terminan no aplicando a nivel empresarial. Hipótesis que habrá de ser descartada a tenor de los datos de que disponemos sobre el número de inaplicaciones realizadas desde la aprobación de la actual redacción de nuestro Estatuto.

e) Aunque, obviamente, también podría buscarse su justificación en razones que trascienden el presente estudio. Simplemente por mencionarlo, podríamos traer a colación la brusca reducción del número de horas extras pagadas que ha pasado, según el INE, de más de 7 millones por trimestre en el período anterior a la crisis a poco más de 3 millones en el tercer trimestre de 2017. La búsqueda de la razón de esta disminución excede nuestro estudio y nos remitimos al realizado en esta misma publicación por la profesora De la Flor. Del estudio de las cláusulas convencionales no se puede deducir una causa cierta de este fenómeno. A pesar de que se incluyen cláusulas genéricas sobre la necesaria supresión de las horas extras, son muy pocos los convenios en los que se incluye una prohibición al respecto[17]. Asimismo, son excepcionales los supuestos en los que se establece la compensación por descanso como obligatoria. Por el contrario, pensamos que la auténtica justificación de esta reducción se encuentra en la dificultad que para la constatación de la existencia de horas extraordinarias ostenta la enorme facilidad que el empresario tiene a la hora de llevar a cabo la distribución irregular de la jornada de trabajo ordinaria, así como los obstáculos jurisprudenciales en aras a dotar de efectividad la previsión contenida en el art. 35.5 ET[18]. Esta situación la pretenden solventar algunos de los convenios colectivos analizados incorporando la obligación del empresario de comunicación del número específico de horas realizadas cada mes[19].

f) Otros factores que también superan nuestro estudio son descritos por la Comisión consultiva nacional de convenios colectivos en su estudio sobre la negociación colectiva en España en período anterior a la crisis (2006, 2007 y 2008). En concreto, junto a alguno de los supuestos enumerados por nosotros, destaca, entre las causas de la deriva o deslizamiento salarial, tanto la posible supresión de mejoras salariales establecidas en contratos de trabajo (a lo que nosotros añadiríamos en convenios colectivos extraestatutarios), como aquellos supuestos vinculados al denominado efecto composición.

[17] Este es el caso del CC del sector de la Industria de Hostelería para la provincia de Huelva (Resolución 2 de diciembre de 2014, BOE 22 de septiembre).

[18] Nos referimos a la STS 246/17, de 23 de marzo, sobre los registros de jornada efectiva.

[19] Véanse, por ejemplo, los CC provinciales del sector de la Hostelería de las provincias de Córdoba (BOP Córdoba, 12 de septiembre de 2017) y Granada (BOP Granada 29 de octubre de 2012).

Como se sabe, se entiende por este la alteración del aumento salarial derivado del cambio de la estructura del empleo. Este cambio en la estructura de la ocupación está motivado, o bien por la movilidad de los trabajadores entre las distintas ramas productivas o categorías profesionales y entre contratos de carácter indefinido y temporal[20]. Aunque la significación de dicho efecto habrá de ser matizado a la luz de los estudios anteriormente citados[21].

3.2. Desigualdad retributiva en la negociación colectiva

Una de las cuestiones de obligado análisis en todo estudio de la realidad convencional se encuentra en la necesidad de determinar si la misma sigue conteniendo las persistentes desigualdades retributivas y si éstas pueden explicar la existencia de derivas salariales negativas. Como se sabe, en nuestros convenios colectivos se han detectado de manera recurrente diversas fórmulas que han permitido la diferenciación salarial de los trabajadores de las diferentes unidades de negociación. El análisis de esta cuestión encuentra, además, una justificación adicional reciente. En concreto, una de las consecuencias más ostensibles de las reformas más recientes ha sido un incremento en la desigualdad salarial de los trabajadores, por lo que habremos de comprobar si esta desigualdad encuentra su explicación en una regulación diferenciada de las condiciones salariales de los distintos trabajadores de la empresa o en factores ajenos a tal regulación, tales como la reducción de la jornada de trabajo media en las nuevas contrataciones[22].

Nuestra jurisprudencia constitucional se ha mostrado ambivalente en este tema. Por una parte, fue contundente a la hora de considerar discriminatorias aquellas dobles escalas fundamentadas en las características personales de los trabajadores, en especial, las que venían motivadas por el género de los mismos. Sin embargo, no la ha sido tanto en lo referente a las diferenciaciones retributivas vinculadas a otras características concurrentes como, por ejemplo, las referidas a la fecha de incorporación de los trabajadores a la empresa.

Como se sabe, la viabilidad constitucional de este tipo de cláusulas ha sido condicionada por nuestra jurisprudencia ordinaria y constitucional al hecho de que se encuentre objetivamente justificadas en una finalidad de carácter superior que permita superar el juicio de proporcionalidad exigido por nuestro Tribunal Constitucional[23]. Este juicio de proporcionalidad exigiría que las diferencias

[20] Véase CCNCC, *La negociación colectiva en España (2006, 2007, 2008, cit,* p. 119.

[21] Véase bibliografía citada en la nota 12.

[22] Puede verse una buena sistematización de los datos referentes a dicho aumento en Gómez Rufián, L., «La evolución de la desigualdad salarial en España según las características personales y jurídico-laborales de los trabajadores», *Revista Información Laboral*, nº 6, 2017, p. 17.

[23] STCo 36/11, de 28 de marzo (F.J. 2º).

retributivas estuvieran justificadas en circunstancias tales como la creación de empleo en la empresa, la conversión de contratos temporales en indefinidos o la viabilidad empresarial de la misma. Por otra parte, como también mantuvo nuestro máximo intérprete de la Constitución, sólo son admisibles estas dobles escalas si se arbitran mecanismos de acceso de los trabajadores afectados a los niveles salariales superiores[24]. Por ello, en el análisis de los convenios colectivos seleccionados hemos de precisar dos cuestiones: en primer lugar, si son habituales dichas diferencias retributivas y, por otro, determinar si, en el caso de que se encuentren presentes, los negociadores han arbitrado dichos mecanismos de compensación. Sin embargo, podemos avanzar que del análisis de las cláusulas convencionales detectadas que implementan este tipo de diferencias en la negociación colectiva andaluza se deduce la falta de cuidado de los negociadores a la hora de justificar las mismas.

Del análisis de los convenios colectivos analizados podemos extraer la conclusión de que dichas diferenciaciones salariales siguen estando muy presentes en nuestra realidad convencional empresarial y no tanto en el nivel sectorial. Las mismas tienen muy diversas caracterizaciones. Básicamente, podemos sistematizar los mecanismos de diferenciación retributivas halladas en los convenios colectivos seleccionados como sigue:

a) No existe rastro de las dobles escalas salariales por razón de género, al menos de manera directa. La diferenciación salarial de género persiste no tanto por la existencia de estas cláusulas de nefasto recuerdo sino por las enormes diferencias salariales detectadas en virtud de las diferentes categorías profesionales y de la feminización del trabajo a tiempo parcial[25], así como en la atribución de complementos salariales muy por debajo del resto de las categorías profesionales para aquellas en las que las mujeres son mayoritariamente quienes las ocupan[26]

b) Sí hemos detectado diferencias salariales fundamentadas en la diferente fecha de ingreso en la empresa. Las fórmulas utilizadas por los convenios analizados son muy variadas:

[24] STCo. 119/02, de 20 de mayo.

[25] La diferencia del coste salarial total por hora trabajada en el marco de un contrato a tiempo completo y uno a tiempo parcial ha pasado de 3,85 € en el año 2008 a 5,12 en el segundo trimestre de 2017. Datos elaborados a partir de las estadísticas del INE.

[26] Conforme se describe en el Informe de UGT sobre brecha salarial de género, la diferencia retributiva en complementos salariales alcanza el 30,44% (*La falta de políticas de igualdad de empleo incrementa la brecha salarial*, 2017).

- Creación de niveles salariales de ingreso[27] o referidos, en ocasiones, a la edad del trabajador[28].

- Períodos de carencia muy dilatados para acceder al disfrute de determinados complementos salariales[29]. Esta circunstancia, unida al incremento de la temporalidad y la consiguiente rotación de trabajadores, implica la práctica exclusión de estos complementos a buena parte de la plantilla. Incluso, se pueden detectar convenios colectivos en los que, junto al cumplimiento de un período de carencia, el trabajador se habrá de someter a una evaluación empresarial para poder alcanzar el nivel salarial de los trabajadores más antiguos de la empresa[30].

- Creación de un complemento por antigüedad de enormes horquillas[31].

- Exclusión de complementos respecto de los trabajadores de nuevo ingreso[32]. Los supuestos más habituales corresponden a la eliminación del plus de antigüedad, manteniéndolo sólo respecto a los trabajadores en activo en el momento en el que se acordó su eliminación[33]. Incluso son detectables exclusiones respecto de los complementos relacionados con objetivos de consecución colectiva en la que también participan los trabajadores excluidos como, por ejemplo, el plus de productividad[34] o los incentivos por resultados[35].

[27] CC del comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y sus accesorios (BOP Sevilla, 21 de octubre de 2015); Nuevas Iniciativas Sociales (BOP Cádiz, 31 de julio de 2017); VIII Convenio colectivo de Supermercados Sabeco, S.A (26 de mayo de 2014. BOE de 6 de junio de 2014).

[28] Así, por ejemplo, la creación de la figura del empleado polivalente junior (CC KFC Restaurants Spain, S.L. Resolución de 27 de mayo de 2014. BOE 6 de junio).

[29] Véase, por ejemplo, el CC VG Cathering de arte (BOP Sevilla 20 de mayo 2016).

[30] CC Plataforma Comercial de Retail SAU (BOP Córdoba 4 de julio de 2017).

[31] Así, por ejemplo, en el CC Sociedad Española de Instalaciones de Redes Telefónicas SAU (Resolución de 14 de junio de 2017, BOE 29 de junio) este complemento va desde un 2,5 % tras los 3 primeros años en la empresa hasta un 25 % cuando se superen los 25 años.

[32] En el caso del CC Enercon Windenergy Spain, S.L. (Resolución de 19 de enero de 2016. BOE de 2 de febrero) se aumenta el salario un 12,5 % tras la permanencia en la empresa durante un año y medio.

[33] En el caso de la Construcción tras el Acuerdo Sectorial Nacional de la Construcción de 6 de noviembre de 1996 (BOE de 21 de noviembre). Véase, además, CC Mercasevilla (BOP Sevilla 29 de marzo de 2017); II CC de Supersol, Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU (Resolución de 23 de diciembre 2014, BOE 12 de enero).

[34] CC Electra condense, Romero Abreu Hnos, SL (BOP Cádiz 31 de mayo de 2017). En este CC la atribución de las cuantías referentes al plus de productividad a los nuevos trabajadores queda al arbitrio de la empresa.

[35] CC Hotel Marbella Club SA (BOP Málaga de 19 de noviembre de 2014); CC Hostelería Córdoba (BOP Córdoba 12 de septiembre de 2017)

- Creación o mantenimiento de categorías profesionales sin justificación objetiva con la única finalidad de aplicarles unos menores niveles salariales[36].

- Es de advertir que también son habituales cláusulas convencionales que reconocen garantías *ad personam*[37]. En especial, son habituales este tipo de cláusulas en favor de los trabajadores vinculados a la empresa con anterioridad a la aprobación del nuevo convenio[38]. Incluso se detectan supuestos en los que se reconoce el mantenimiento de la totalidad de la regulación convencional anterior que se viene a sustituir. Especialmente significativo es, a este respecto, el supuesto del mantenimiento como *ad personam* de los complementos de antigüedad consolidados con anterioridad a los acuerdos de supresión de los mismos a nivel sectorial, como es el caso del sector de Hostelería[39]. Como se sabe, el Tribunal Supremo ha admitido en numerosas ocasiones este tipo de cláusulas sobre la base del reconocimiento de una expectativa de derechos de aquellos trabajadores contratados con anterioridad a la supresión de la condición que se pretende mantener. Dado que los nuevos trabajadores carecen de dicha expectativa, el mantenimiento en favor de unos y su supresión para el resto no es discriminatoria a juicio de la interpretación de este Tribunal[40].

c) No hemos hallado ningún convenio colectivo en el que se introduzcan compensaciones salariales al perjuicio que supone para los trabajadores estar vinculados con modalidades contractuales más precarias. Además, la inexistencia en los convenios analizados de ajustes de equivalencia entre trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial hace prácticamente imposible a dichos trabajadores la adquisición de ciertos complementos variables. Esta circunstancia podría explicar, como detallamos anteriormente, el progresivo aumento de las diferencias en el coste salarial total por hora de ambos colectivos de trabajadores[41].

[36] Art. 14 CC Hostelería Cádiz (BOP Cádiz de 11 de agosto de 2017).

[37] Véase, por ejemplo, CC Bofrost SAU (Resolución de 28 de enero de 2015. BOE de 10 de febrero); CC Cash Converters y sociedades vinculadas (Resolución de 11 de abril de 2017. BOE 27 de abril); CC Alimentación de Huelva (BOP Huelva, 15 de octubre de 2013); CC Hostelería de Huelva (BOP de 22 de septiembre de 2014).

[38] CC Empresa cooperativa Farmaceútica Andaluza (Resolución de 22 de octubre de 2014. BOJA 29 de octubre)

[39] CC del Comercio General de Córdoba (BOP Córdoba 21 de marzo de 2013);

[40] Al respecto véase las SSTS de 16 de enero de 2006 (Rec. 213/04); 5 de mayo de 2007 (187/04); 19 de enero de 2010 (Rec. 50/09); y 10 de noviembre de 2010 (Rec. 140/09); 15 de octubre de 2015 (166/15).

[41] Véase nota 25.

Así pues, podemos afirmar que los convenios colectivos de los sectores analizados introducen de una manera bastante generalizada unas diferenciaciones retributivas a través de los múltiples procedimientos enumerados. No obstante, no encontramos ningún caso en el que dicho tratamiento diferenciado se vea acompañado de referencia a alguna a las circunstancias que, a juicio del Tribunal Constitucional, podrían justificar el doble tratamiento salarial[42]. Desde nuestro punto de vista, la mayor parte de dichas cláusulas no salvarían el juicio de constitucionalidad, sobre todo tras la muy reciente interpretación del Tribunal Constitucional sobre este tipo de cláusulas (STCo. 112/2017, de 16 de octubre de 2017). En esta sentencia, el Alto intérprete de la Constitución incrementa el requisito de la justificación de las dobles escalas motivadas en la fecha de ingreso de los trabajadores en la empresa. En concreto, obliga a los negociadores a explicar de forma razonada el porqué de la introducción de una diferencia de trato entre unos trabajadores y otros, no bastando que «esa diferencia estuviera explicada, y justificada según el propio Tribunal Constitucional, en convenios anteriores, muy anteriores en el tiempo (el punto de referencia del conflicto data de 1995), sino que es necesario que se justifique el motivo del mantenimiento del tal regulación diferenciada en convenios posteriores, cuando pudieran haber cambiado sensiblemente las razones que indujeron a las partes firmantes del convenio a introducir aquella diferencia de trato»[43].

Como conclusión a este punto, podemos afirmar que la negociación colectiva está contribuyendo, junto a otros factores que la trascienden, a incrementar la brecha salarial entre colectivos de trabajadores. Cláusulas como las descritas coadyuvan a que la evolución de las diferencias salariales entre los que menos cobran por su trabajo y aquellos que obtienen una mayor retribución no dejen de incrementarse. En concreto, la brecha entre los trabajadores que se encuentra en el primer y sexto decil retributivo ha pasado de los 989,87 € del año 2007 a los 1241,15 € del 2016. Por otra parte, dicha brecha se hace más evidente aún si incorporamos la edad como parámetro de comparación. En concreto, la diferencia de retribución media entre los trabajadores más jóvenes y los que se encontraban en la última etapa de su vida activa en el año 2006 era de 796 €. Por el contrario, en el año 2016 esa diferencia ascendió a 1198,77 €[44]. No es accidental, por tanto,

[42] Así, por ejemplo, en la STCo. 27/04, de 4 de mayo. Véase un comentario a la misma en Escribano Gutiérrez, J., «El derecho a la igualdad en el marco de la negociación colectiva», *T.L.,* nº 77, 2004, pp. 243-254.

[43] Rojo Torrecilla, E., «La limitación por el TC de la doble escala salarial pactada en un convenio colectivo. Notas a la importante sentencia núm. 112/2017 de 16 de octubre, previo amplio análisis de las sentencias de la AN de 5 de marzo de 2015 y del TS de 11 de julio de 2016 (I)», http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/11/la-limitacion-por-el-tc-de-la-doble.html.

[44] Datos elaborados a partir de las estadísticas publicadas por el INE. En esta misma dirección apunta el Informe elaborado por la Comisión Europea sobre distintos indicadores socioeconómicos.

que las desigualdades salariales detectadas se refieran, mayoritariamente, a cuestiones relacionadas con la edad de los trabajadores o con la fecha de ingreso de los trabajadores a la empresa[45].

4. APROVECHAMIENTO DE LOS INSTRUMENTOS FLEXIBILIZADORES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

4.1 Potenciación del convenio colectivo de empresa y retribución

La reforma llevada a cabo en nuestro ordenamiento jurídico a comienzos de la década tuvo como uno de sus principales baluartes la configuración de un sistema de negociación mucho más dúctil que permitiera una gestión más flexible de la fuerza de trabajo en la empresa[46]. En concreto, uno de los supuestos que suscitó una mayor atención y, en muchas ocasiones críticas, fue el relativo a la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa. De este modo, como se desprendía del art. 84.2 ET, el convenio colectivo de empresa, respecto de determinadas materias entre las que se encontraba la cuantía de las partidas salariales, se hallaba a salvo de la aplicación de los criterios tradicionales que habían servido para resolver los conflictos ocasionados entre convenios colectivos.

Es decir, las más importantes condiciones de trabajo podrían pasar a estar reguladas por convenios colectivos de empresa de manera prioritaria, sin que exista la posibilidad de alterar semejante prioridad[47]. La lógica del criterio de la preferencia aplicativa favorece su generalización al resto de los contenidos, provocando una importante *vis expansiva*, teniendo en cuenta que esa limitación de contenidos sólo es temporal, dado que lo es tan sólo durante el período de vigencia del convenio sectorial (art. 84.1 ET)[48].

Conforme a dicho informe, España hace frente a una situación crítica desde el punto de vista de la desigualdad de ingresos. Véase *Projet de raapport conjoint sur l'emploi de la Commission et du Conseil accompagnant la communication de la Commission sur l'examen annuel de la croissance 2018* (Bruxelles, 22 de noviembre de 2017), COM (2017) 674 final, p. 25.

[45] Sobre la evolución de este fenómeno hasta el momento del estallido de la crisis económica, puede verse Ruesga Benito, S.M. y otros, Análisis económico de la negociación colectiva en España, CCNCC, Madrid, 2007, pp. 146 y ss.

[46] Véanse las obras monográficas Cruz Villalón, J. (coord.), *La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva*, Madrid, MESS, 2015; y Del Rey Guanter, S. (coord.), *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del convenio colectivo tras la reforma de 2012,* Madrid, MESS, 2016.

[47] Correa Carrasco, M., «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales», *R.D.S.,* nº 59, 2012, p. 37.

[48] Cruz Villalón, J., «Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011», en *XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y RRLL*., CARL, Sevilla, 2012, pp. 17-76.

El legislador flexibilizador dio con semejante medida un paso más, quizás el más significativo, en la configuración del convenio colectivo como un instrumento de pura gestión empresarial[49]. De nuevo debemos partir para comprender la trascendencia de semejante medida de la propia estructura productiva de España. En este sentido, a pesar de la fuerte segmentación de nuestra realidad empresarial, el número de empresas con convenio colectivo propio ha sido hasta ahora significativamente reducido.

Teniendo en cuenta la escasa dimensión media de nuestras empresas, la tradicional huida del convenio de empresa y el acudir a los convenios colectivos sectoriales (en especial de ámbito provincial) como marco protector, estaba plenamente justificado desde la perspectiva de los trabajadores. Esta situación se ve, tras las reformas del inicio de esta década, significativamente alterada, dando cumplimiento a una antigua reivindicación de los sectores más liberales de la doctrina, a sabiendas de que en el marco de la empresa es tradicional la escasa presencia sindical, consecuencia, en muchos casos, de una represión encubierta del hecho sindical o del alto porcentaje de empresas con menos de 6 o 10 trabajadores sin ningún tipo de representación para negociar[50].

Así pues, la potenciación de los convenios colectivos de empresa en un contexto de fuerte segmentación empresarial y de crisis económica y de empleo, tiene como consecuencia lógica el que las distintas empresas, a través de la utilización de este mecanismo convencional, utilizarán el valor de cambio de la fuerza de trabajo como instrumento de competencia entre ellas[51]. La regulación de condiciones de trabajo a través de los convenios colectivos de sector, especialmente provinciales, tenía como objetivo el evitar, precisamente, esta infinita lucha por abaratar los costes laborales[52]. De este modo, se da cumplimiento a las consignas dictadas por los organismos internacionales generadores de la peor crisis conocida por el modo de producción capitalista en las últimas décadas, esto es, el FMI, la OCDE y el Banco Central Europeo[53].

[49] Valdés Dal-Ré, F., «La reforma de 2012 de la negociación colectiva: la irrazonable exacerbación de la función de gestión», *R.L.,* nº 23-24, 2012, pp. 221-257.

[50] Guamán Hernández, A. y Illueca Ballester, H., *El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo,* Sequitur, Madrid, 2012, p. 108.

[51] Véase, Baylos Grau, A. y Cabeza Pereiro, J., «La lesividad de los convenios de empresa concurrentes con los de sector al amparo del art. 84.2 ET», *Revista de Derecho Social,* nº 59, 2012.

[52] Véase, Cruz Villalón, J., «Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011», *cit.,* p. 23.

[53] Una valoración positiva de este proceso puede verse en Mercader Uguina, J., «Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios colectivos», en *La reforma de la negociación colectiva,* Lex Nova, Valladolid, p. 95.

Además, esta potenciación del convenio colectivo de empresa supone la singularización del derecho español de negociación colectiva respecto de otros modelos comparados tales como el alemán. En éste, su jurisprudencia establece un límite infranqueable al respecto, al vincular la viabilidad jurídica del convenio colectivo derogatorio a la aprobación de las partes negociadoras del convenio de sector afectado, entendiendo que, en caso contrario, la autonomía colectiva quedaría desvirtuada. De este modo, la pervivencia del control colectivo a nivel de sector se configura como una garantía *in extremis* de la efectividad del propio sistema de negociación colectiva, algo que, sin embargo, desaparece en nuestro modelo actual a tenor del carácter imperativo o indisponible de la norma legal[54]. No obstante, esta opción ha pasado a ser minoritaria en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Tras la reforma del derecho italiano de negociación colectiva, en el mes de septiembre del presente año se aprobó en el Derecho francés la Ordennance nº 2017/1385, 23 de septiembre. A partir de esta nueva regulación, finaliza la tradicional relación de jerarquía entre el convenio sectorial y el de empresa en dicho país. Se idea en tal Ordennance un sistema de distribución competencial entre convenios de caracteres muy parecidos a los implementados en nuestro ordenamiento por la reforma del inicio de la década[55].

La fuerte contestación a la nueva redacción del art. 84.2 ET motivó que fuera una de las materias objeto del recurso de inconstitucionalidad contra determinados aspectos de la Ley 3/12, de 6 de julio. El Tribunal Constitucional en su sentencia 119/14, de 16 de julio, como se sabe, avaló la constitucionalidad de la reforma también en esta cuestión, al partir del hecho de que no existe un modelo de negociación colectiva en la Constitución. En lo que respecta al art. 84.2 ET, el Tribunal mantuvo que este «no prohíbe que los convenios sectoriales regulen las materias sobre las que los posteriores convenios de empresa gozan de prioridad aplicativa. Por ello, las cláusulas de los convenios sectoriales sobre estas materias resultarán de aplicación, con eficacia *erga omnes*, en todas las empresas de su ámbito que no aprueben su propio convenio de empresa». No obstante, el Tribunal Constitucional no entró de lleno en la crucial cuestión de la restricción que para la libertad sindical ha supuesto la nueva configuración del derecho a la negociación colectiva[56].

[54] Correa Carrasco, M., «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales», *cit.,* p.47.

[55] Véase Lyon-Caen, A., «Réforme 2017», *Revue de Droit du Travail*, octubre 2017, pp. 571 y ss.

[56] Véase, ampliamente, Ruiz Castillo, M.M.., «Garantía y tutela de la libertad sindical», en *30 años de la LOLS. Perspectivas y retos (XXXIV Jornadas Andaluzas de DTSS)*, CARL, Sevilla, 2015, pp. 145 y ss.

Conforme a dicho pronunciamiento del Tribunal Constitucional, artículos convencionales como el art. 12 del reciente Convenio colectivo general del sector de la construcción[57] en el que se califica como materias no negociables en ámbitos inferiores aquellas materias que se refieran a los «conceptos, estructura y cuantía de las percepciones económicas e incrementos tanto salariales como no salariales» no serán válidos. A la misma conclusión habría de llegarse respecto de su art. 12.5, en el que se establece que «los convenios de ámbito provincial o, en su caso, autonómicos serán prevalentes y por lo tanto gozarán de prioridad aplicativa sobre los convenios de ámbito inferior, y ello respecto de las materias específicamente citadas anteriormente», entre las que se encuentran las relativas a la determinación de las cuantías salariales[58].

Así pues, conforme a esta interpretación, no se excluye la posibilidad de que nos encontremos con una regulación de los mismos aspectos del salario en distintos convenios a un mismo tiempo. Las posibilidades son muchas. Desde aquellas en las que el convenio colectivo sectorial sólo regule la estructura del salario, dejando a los convenios de empresa la determinación de su cuantía; hasta supuestos en los que se regule por completo en el sector todos los aspectos salariales, con la reserva de que no se apliquen aquellos preceptos referidos a la cuantía salarial en aquellas empresas que hayan negociado o negocien con posterioridad un convenio colectivo en dicho ámbito.

Lógicamente, esta nueva relación entre convenios sectoriales y convenios de empresa ha generado una importante conflictividad que han tenido la ocasión de resolver tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo. Básicamente, dichos tribunales vienen a negar la validez de todas aquellas cláusulas de los convenios colectivos sectoriales que se extralimiten en sus funciones e invadan las competencias enumeradas en el citado art. 84.2 ET. En concreto, no es posible el establecimiento de un umbral mínimo salarial vinculante para los convenios colectivos de empresa[59]; la prioridad aplicativa del convenio no alcanza a la posibilidad de dejar sin contenido los complementos salariales ideados por el convenio sectorial por no dotarlos de valor alguno[60]; además, se afirma el carácter

[57] Resolución de 21 de septiembre de 2017. BOE 26 de septiembre de 2017.

[58] En el mismo sentido, puede verse el art. 8.4 del I Acuerdo marco del Comercio (Resolución de 2 de febrero de 2012. BOE de 20 de febrero) que sólo declara aplicable la prioridad aplicativa del art. 84.2 ET cuando la empresa supere el umbral de los 500 trabajadores y desarrollen su actividad en dos o más CCAA.

[59] SAN de 10 de septiembre de 2012 (AS 2012/2514). Véase el comentario a la misma de Sempere Navarro, A.V., «El convenio de empresa y la Audiencia Nacional», *A.S.,* Vol. 5, nº 7, 2012, pp. 15-24.

[60] SAN de 22 de abril de 2014 (AS 77/2014).

de *numerus clausus* de las materias descritas en el art. 84.2 ET[61]; sin embargo, la preferencia aplicativa del convenio de empresa no permite que las condiciones salariales que se pacten tengan efectos retroactivos[62].

Este rápido recorrido por las interpretaciones dadas al art. 84.2 ET nos ayudará a comprender el tratamiento dado por los convenios colectivos sectoriales seleccionados en este estudio. Podemos afirmar que, al menos en el marco de los tres sectores seleccionados, los convenios colectivos sectoriales estatales tratan de dar racionalidad a la estructura de la negociación colectiva, declarándose de aplicación preferente con el objetivo de dar estabilidad y homogeneidad a las condiciones de trabajo en el seno de los diferentes sectores, salvándose, como fórmula de estilo, los límites contenidos el art. 84.2 ET, puesto que, por imperativo legal, han que quedar salvaguardados[63]. Asimismo, esta preferencia se limita, en ocasiones, sólo a aquellas materias a las que expresamente se le otorga tal carácter, excluyendo la estructura del salario entre dichas materias[64] o incorporando, incluso, otras más allá de los límites del art. 84.2 ET. Aunque, en ocasiones, se admite la concurrencia de convenios de otros niveles negociales siempre que los mismos implementen unas regulaciones más favorables para los trabajadores[65].

Es decir, a pesar de que existe una convicción en los negociadores de la necesidad de llevar a cabo una racionalización de la estructura de la negociación, no detectamos una línea clara de tendencia en aras a la consecución de dicha finalidad. Sí se aprecia, por el contrario, una especial atención por parte de los negociadores en el cumplimiento del art. 84.2 ET, yendo incluso más allá del mandato contenido en éste, puesto que, o bien no se regula nada respecto de la estructura del salario o, aunque regulándola, no se introducen los mecanismos apropiados para el cálculo de algunas de las partidas que lo componen.

El problema más significativo se encuentra, desde nuestro punto de vista, a la hora de diferenciar entre los elementos cualitativos (definición de las partidas salariales y criterios para su consecución) de los elementos cuantitativos de la estructura retributiva. En concreto, el CC general del sector de la construcción[66], como consecuencia de su deseo de regular detalladamente aspectos relacionados

[61] SAN de 1 de diciembre de 2014 (AS 190/2014).

[62] SAN de 29 de mayo de 2013 (Proc. 130/2013).

[63] art. 9 del I CC estatal del sector laboral de restauración colectiva (Resolución 24-II-16. BOE 22-III-16);

[64] art. 10 V Acuerdo laboral del ámbito estatal para el sector de hostelería (Resolución 6-V-15. BOE 21-V-16).

[65] art. 11 CC general del sector de la construcción (Resolución de 21 de septiembre de 2017, BOE 26 de septiembre de 2017).

[66] Resolución de 21 de septiembre de 2017. BOE 26 de septiembre 2017.

con el cálculo de la productividad, se encuentra en la obligación de cuantificar porcentualmente el cumplimiento de los mismos con lo que, en última instancia, incide también en la determinación cuantitativa de éstos.

En definitiva, en lo que refiere a la organización de los diferentes niveles de regulación del salario podemos, a la luz del análisis de los convenios seleccionados, extraer las siguientes conclusiones:

a) Los convenios colectivos sectoriales estatales asumen, mayoritariamente, las competencias contempladas en el art. 83.2 ET, siendo conscientes de las limitaciones que respecto de éstas suponen la consagración de la prioridad aplicativa del art. 84.2 ET[67], al que se refieren expresamente en la mayor parte de las ocasiones[68]. No pudiendo evitar, aunque ello sólo es un brindis al sol, apelar a que la «negociación de convenios colectivos de empresa en el sector no debe cumplir, por tanto, un papel desestabilizador ni debe pretender utilizar dicho ámbito como elemento o fórmula para rebajar las condiciones de trabajo»[69]. Esto no significa que, necesariamente, hagan efectivas dichas competencias asumidas con una regulación detallada. En especial, este hecho lo detectamos en lo relativo a la definición de una adecuada estructura salarial.

b) Han desaparecido, prácticamente, en el ámbito sectorial cláusulas de retribuciones mínimas para el sector, consecuencia de la contundente jurisprudencia del Tribunal Constitucional y Supremo[70], aunque sí encontramos convenios sectoriales que recomienda ciertas horquillas[71], así como aquellos que definen un salario base sectorial que no sabemos a qué se refiere[72].

[67] No obstante, como excepción a esta regla también podemos encontrar convenios sectoriales que no establecen nada sobre estructura de la negociación colectiva. Así, por ejemplo, puede verse el CC de Tejas, Ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (Resolución de 19 de julio de 2016. BOE 10 de agosto de 2016). Véase al respecto Mercader Uguina, J., «¿Qué fue del convenio colectivo de empresa?: la estructura de la negociación colectiva tras la reforma laboral», en AA.VV., *Cl*áusulas *de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Lex Nova, Madrid, 2015, pp. 83 y ss.

[68] Sobre la trascendencia, a la hora de aceptar su legalidad, de este tipo de referencias, véase la STS de 8 de julio de 2014 (RJ 2014/4522).

[69] Art. 9 I CC del sector laboral de restauración colectiva (Resolución 24 de febrero de 2016. BOE 22 de marzo 2016).

[70] VILA TIERNO. F., «Límites de la prioridad aplicativa del convenio colectivo», *Derecho de las RR.LL*., nº 5, 2017, pp. 450-458.

[71] art. 48 CC general del sector de la construcción (Resolución de 21 de abril de 2017. BOE de 26 de septiembre de 2017).

[72] Art. 1.2 CC Nacional del ciclo del comercio del papel y artes gráficas (Resolución de 20 de febrero de 2017. BOE 6 de marzo de 2017).

c) Detectamos en la negociación sectorial, a pesar del deseo manifestado por los negociadores de configurar una regulación coherente y coordinada entre las distintas unidades de negociación, una indirecta remisión al convenio colectivo de empresa en cuestiones que amplían, en algunas ocasiones, la enumeración del art. 84.2 ET. En concreto, es habitual la definición de ciertos complementos salariales sin que ello venga acompañado de una definición del modo en el que se pueden adquirir los mismos[73], o bien no incluyen directamente entre las materias reguladas la estructura del salario[74].

d) Conscientes del carácter distorsionador que para una regulación homogénea del salario supone la atribución de la determinación de la cuantía salarial a los convenios de empresa, los convenios colectivos que asumen las competencias atribuidas por el art. 83.2 ET intentan eliminar los convenios sectoriales de nivel provincial o autonómico[75], o los admiten sólo cuando sus regulaciones sean más beneficiosas que las contempladas en ellos[76].

e) Habríamos de advertir, además, de la existencia excepcional de cláusulas, en algunos de los convenios colectivos sectoriales estatales que asumen las competencias del art. 83.2 ET, que crean unas tablas de complementos demasiado amplias, lo puede llegar a condicionar, conforme a los límites expresados jurisprudencialmente acerca de los convenios colectivos de empresa, las cuantías salariales, puesto que han de tener contenido, aunque sea mínimo, todas las partidas previamente definidas[77].

f) En lo que se refiere a los convenios colectivos empresariales de nueva creación que, en principio, sólo tendrían que determinar las cuantías de las partidas previamente prefiguradas por los convenios sectoriales por

[73] En este sentido, pueden verse el CC Cadenas y tiendas de conveniencia (Resolución de 22 de junio de 2017. BOE 6 de julio de 2017) y, si bien demasiado próximo a la última reforma de la crisis financiera, el VIII CC Colegios mayores (Resolución de 20 de septiembre de 2012. BOE de 5 de octubre).

[74] V Acuerdo Laboral del ámbito estatal para el sector de hostelería (6 de mayo de 2015, BOE de 21 de mayo de 2015). CC del sector de elaboradores de productos cocinadas para su venta a domicilio (Resolución de 5 de diciembre 2016. BOE 20 diciembre de 2016); Art. 10.7 y CC de Tejas, Ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (Resolución de 19 de julio de 2016. BOE 10 de agosto de 2016).

[75] CC Grandes almacenes (Resolución 21 de abril 2017. BOE de 7 de octubre); y art. 34 CC. Elaborados de productos cocinados para su venta (Resolución 5 de diciembre de 2016. BOE de 20 de diciembre).

[76] art. 11 CC general del sector de la construcción (21 de septiembre de 2017. BOE 26 de septiembre de 2017); art. 8.2 I Acuerdo Marco del Comercio (Resolución de 2 de febrero de 2012. BOE 20 de febrero).

[77] CC de Estaciones de Servicio (Resolución de 6 de octubre de 2017. BOE 19 de octubre de 2017).

ser posteriores a estos, no siempre se limitan a incluir cláusulas relativas a aspectos cuantitativos. Por el contrario, son frecuentes los supuestos en los que se detalla una estructura salarial propia para la empresa, en especial, con la creación de complementos salariales de lo más variado que no serían, lógicamente, de aplicación mientras estuviera el convenio colectivo de sector en vigor[78].

g) El anterior supuesto descrito no es el más habitual. Por el contrario, la situación que hemos encontrado en un mayor número de ocasiones es el de convenios colectivos de empresa que no contemplan una regulación referida a la estructura del salario. Este supuesto, que significaría normalmente el cumplimiento de las previsiones del legislador de la reforma, también puede conllevar problemas prácticos en aquellos casos en los que el convenio sectorial optó, a su vez, por no precisar la estructura del salario o, simplemente, suprimió algún complemento como el de antigüedad[79].

En estos supuestos -como decimos, los más habituales-, terminaría siendo la autonomía de la voluntad individual la determinante en esta cuestión y, consecuentemente, en la determinación de la cuantía del salario. Estos supuestos se unirían al de aquellos convenios, incluso sectoriales, en los que directamente se encomienda al empresario la valoración de la concurrencia de los requisitos que dan lugar al complemento[80], o que se remiten al contrato de trabajo[81], reproduciendo la competencia atribuida por el art. 26.3 ET.

En definitiva, por simplificar el complejo panorama detectado, podríamos afirmar que los convenios colectivos sectoriales estatales se declaran, mayoritariamente, como los únicos competentes para la regulación de la estructura salarial en el sector. No obstante, esta tendencia general no se ve acompañada de la utilización efectiva de tal competencia asumida. Por el contrario, encontramos demasiados supuestos en los que, directa o indirectamente, queda en manos de la negociación colectiva empresarial no sólo la determinación de la cuantía salarial

[78] CC Deportes Cary, S.L. (BOP Málaga de 5 de mayo de 2017); CC Promotora de Detallistas de Almentación S.A. (BOP Córdoba, 10 de noviembre de 2016); CC Covirán (Resolución de 22 de marzo de 2017, BOE 4 de abril); Game Stores Iberia, S.L. (Resolución de 26 de octubre de 2016, BOE 16 de noviembre).

[79] CC Grupo Empresarial Innovasur S.L. (BOP Córdoba 15 de junio de 2016), Inverser (BOP Córdoba, 8 de mayo de 2016), Magaexit (BOP Granada 11 de febrero de 2015).

[80] CC del sector de grandes almacenes (Resolución de 21 de septiembre de 2017. BOE de 7 de octubre).

[81] Art. 12. El sistema de remuneración y cuantía salarial, así como la estructura del salario, se determinará de conformidad a lo establecido en el artículo 26.3 del Estatuto de los Trabajadores, mediante la negociación colectiva de ámbito territorial inferior o ámbito personal o funcional específico al regulado en el presente Acuerdo o, en su defecto, en el contrato individual (V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería. Resolución de 6 de mayo de 2015).

sino también de aspectos relativos a cuestiones tales como los requisitos de adquisición de los complementos previamente creados.

Dicho todo lo anterior, no obstante, este potencial aumento del papel asignado al convenio colectivo de empresa no puede explicar, por sí sólo, el deterioro de las condiciones de trabajo en nuestro país, dado que, como ya hemos mencionado anteriormente, ha sido muy escaso el incremento del porcentaje de convenios colectivos de empresa respecto al global. Por el contrario, continúa manteniéndose el convenio colectivo sectorial provincial como el convenio que cubre a un mayor porcentaje de trabajadores y empresas en Andalucía.

4.2. Fin de la ultraactividad como causa de precariedad salarial

Tras la reforma más reciente del Estatuto de los Trabajadores, las principales voces doctrinales manifestaron su oposición ante la gran dosis de precariedad que podía suponer la posible eliminación, tras un año en situación de ultraactividad, de todo vestigio del convenio colectivo que, por diferentes circunstancias, no había sido posible renovar. Como se sabe, el Tribunal Supremo trató de salvar algunas de tales dificultades, manteniendo la eficacia de las cláusulas convencionales más allá de dicho período a través de un proceso de contractualización, en aquellos supuestos en los que no había sido posible la aplicación de ninguno de los mecanismos previstos en la legislación como subsidiarios[82].

No obstante, la práctica negocial, al menos así se desprende del análisis de los sectores analizados y de los convenios en ellos contenidos, no siempre avala este temor al vacío normativo. En este sentido, comprobamos como la inmensa mayoría de dichos convenios prevén un sistema semejante al regulado con anterioridad a la reforma de la crisis. Esto conlleva en la práctica negocial el mantenimiento de unas regulaciones contenidas en los convenios colectivos más allá del período previsto por el Estatuto.

El mantenimiento de la ultraactividad de los convenios colectivos de empresa más allá de los límites legales conllevará en aquellos sectores, como son los analizados, de fuerte presencia sindical y tradicional regulación sectorial, que las cuantías salariales sigan rigiéndose por una regulación con frecuencia menos favorable para los intereses de los trabajadores.

Como consecuencia de estas cláusulas que, como decimos, son prácticamente generales, nos encontramos con una vía de precarización que pasó desapercibida a los comentarios más próximos a la reforma. En concreto, podemos afirmar que, en sectores bien estructurados y con una negociación sectorial con importantes

[82] STS 6638/14, de 22 de diciembre. Un comentario a la misma puede verse en Escribano Gutiérrez, J., «Ultraactividad excepcional del convenio colectivo», *T.L.*, nº 131, 2015, pp. 213-229.

y tradicionales reconocimientos de derechos, lo que se pretende por parte del empresario, es proteger la fuente fundamental de flexibilidad, esto es, el convenio colectivo de empresa priorizado contundentemente por la reforma de la crisis como fuente de regulación de importantes aspectos de la relación laboral. Para la empresa que ha conseguido unos niveles salariales muy inferiores a los previstos por los convenios sectoriales, es de capital importancia mantener las mismas e impedir la aplicación de las cuantías salariales del convenio colectivo sectorial[83].

Esta es, desde nuestro punto de vista, la razón por la cual se incluye, de manera generalizada, la previsión de que no entre en vigor la limitación temporal de la ultraactividad. Se consigue, pues, el objetivo de impedir la aplicación del convenio sectorial puesto que, en sectores como los seleccionados, no es el miedo al vacío convencional el efecto inmediato del fin de la ultraactividad de los convenios colectivos de empresa.

Esta circunstancia ha sido, obviamente, detectada por la doctrina más reciente que ha pretendido llevar a cabo interpretaciones restrictivas de la norma. En concreto, Casas Baamonde mantiene que la exclusión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa durante el período de ultraactividad habría de ser una consecuencia de la «necesaria temporalidad del ajuste convencional de condiciones de trabajo, aunque nada diga la norma expresamente a diferencia del acuerdo de inaplicación o descuelgue del convenio colectivo de empresa»[84].

4.3. Inaplicaciones del convenio colectivo previamente pactado y retribución

Del análisis de los datos hasta ahora desarrollados no es posible deducir, de manera contundente, la razón por la cual desde el comienzo de la crisis económica se ha experimentado un considerable descenso del poder adquisitivo de los salarios medios percibos por los trabajadores. Los convenios colectivos sectoriales analizados recogen unas subidas medias aceptables que sólo parcialmente se ven rebajadas, merced a la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa. En concreto, a pesar de que estos contienen unas subidas salariales inferiores a las previstas en los convenios sectoriales, el número de convenios colectivos de empresa de nueva creación y de trabajadores afectados por ellos sigue siendo muy reducida, como anteriormente describimos.

[83] Véanse, al respecto, los datos contenidos en el apartado 3.1 referidos a las subidas medias previstas en los convenios sectoriales y de empresa en Andalucía

[84] Casas Baamonde, M.E., «La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa», AA.VV., *Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012,* Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 43-44.

En esa búsqueda de dónde se halla la razón de dicho descenso del poder adquisitivo de los salarios de los trabajadores, hemos de detenernos a continuación en el otro instrumento ideado para la búsqueda de una permanente adaptación de las condiciones de trabajo a las cambiantes circunstancias económicas. El legislador volvió a incorporar un mandato imperativo al exigir que, dentro del contenido mínimo convencional, se establecieran los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el art. 82.3, adaptando, en su caso los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a la dispuesto en tal artículo[85]. A su vez, las más recientes reformas excluyeron del contenido del convenio la determinación de las condiciones para la no aplicación del convenio, incorporando en el art. 82.3 ET un exhaustivo e imperativo procedimiento y causas para llevar a cabo la inaplicación, así como la determinación de cuándo concurren dichas causas. Es decir, que se excluyó, expresamente, a la negociación de la posibilidad de impedir, a través de una reinterpretación de las causas de la inaplicación, la flexibilidad buscada a través de esta institución.

Al respecto, en este momento hemos de analizar dos cuestiones. Por una parte, cuál ha sido el alcance práctico de las inaplicaciones y, por otra, si en los convenios incluidos en nuestra selección se ha producido aceptación de su escasa capacidad de incidencia en la modificación del régimen jurídico legalmente previsto, o si, por el contrario, se detectan intentos de restringir la aplicación derivada de la literalidad del precepto estatutario.

En cuanto a la primera de las cuestiones, del análisis de los datos obtenidos de la última Estadística de Convenio colectivos elaborada en el mes de septiembre por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, desde la aprobación de la reforma, se han venido realizando más de mil inaplicaciones anuales. En los años siguientes a la reforma se realizaron más de dos mil inaplicaciones, llegando a afectar en el año 2013 a más de 150.000 trabajadores. No obstante, el número de inaplicaciones ha ido descendiendo en torno a los 30.000 trabajadores afectados. En el presente año, los datos hasta septiembre indican que se han producido 822 inaplicaciones que afectaron a 16.464 trabajadores. Respeto de las condiciones de trabajo inaplicadas, la gran mayoría de las inaplicaciones presentadas (el 89,8 %) se refieren a la cuantía salarial pactada en el correspondiente convenio. Conforme se desprende de los datos precedentes, tampoco podemos explicar el permanente

[85] Véase Borrego Gutiérrez, M., «El papel de los convenios colectivos en la articulación de la solución a las discrepancias surgidas en los procedimientos de inaplicación del convenio colectivo», *Derecho de las relaciones laborales*, nº 3, 2016, p. 256.

descenso del poder adquisitivo de los salarios en un aumento de las inaplicaciones de los convenios colectivos[86].

Junto a estos datos, otro parámetro que ha de ser resaltado a efectos de nuestro análisis es el hecho de que la inmensa mayoría de los procesos de inaplicación fueron resueltos en período de consultas, esto es, un 88,1 % de las inaplicaciones realizadas. Por ello, es importante analizar cómo afrontan los convenios colectivos la redacción, a pesar del recorte de capacidades impuestas por el legislador reformador de la crisis, de las cláusulas de obligada incorporación en los convenios colectivos conforme al art. 85.3 c) ET[87]. A este respecto, podemos destacar los siguientes supuestos:

a) En el ámbito empresarial, no hemos hallado, salvo omisión por nuestra parte, ningún convenio en el que se incluyan cláusulas detalladas respecto de la inaplicación. Por el contrario, existe algunos casos en los que se produce, incluso, una falta de cumplimiento del mandato contenido en el art. 85.3.c). Evidentemente, esta circunstancia se explica por la confusión práctica que, en el marco de la empresa, tiene la posibilidad concedida en el art. 83.2 ET y la revisión ordinaria *ante tempus* del art. 86.1.2 ET.

b) Otros supuestos muestran una intención de incrementar los requisitos procedimentales, especialmente en relación a la implementación de procedimientos voluntarios de solución de conflictos relacionados con la inaplicación[88] o la necesidad de que la empresa aporte una concreta prueba documental para poder llevar a cabo la inaplicación[89].

c) Asimismo, también se detectan convenios en los que se pretende limitar la eficacia temporal de la inaplicación, estableciendo un plazo máximo en el que se habrá de retornar a la regulación que se pretende inaplicar[90].

[86] Cfr. Rodríguez Gutiérrez, C. y Canal Domínguez, J.F., «Análisis de las inaplicaciones de convenios tras la reforma laboral», *Revista de Economía Laboral*, nº 13 (2), 2016, pp. 65-91.

[87] Véanse los estudios más amplios realizados por Gómez Rufián, L., «Limitaciones a la inaplicación de convenios en la negociación colectiva tras la reforma de 2012», *Revista Información Laboral*, nº 6, 2015; y Muñoz Ruiz, A.B., «Cláusulas potestativas de inaplicación del convenio colectivo de sector: flexibilidad normativa versus rigidez convencional», *Revista Información Laboral*, nº 6, 2015.

[88] CC del sector de grandes almacenes (Resolución 21 de septiembre de 2017. BOE 7 de octubre).

[89] Convenio provincial de hostelería de Cádiz (BOP Cádiz, 11 de agosto de 2017). Como mucho detalle puede verse el art. 42 del Convenio provincial de Hostelería de Sevilla (BOP Sevilla, 21 de agosto de 2015).

[90] Art. 9 Convenio provincial de hostelería de Jaén (BOP Jaén, 7 de julio de 2017).

d) Especial mención merece el reciente Convenio colectivo general del sector de la construcción[91]. En este se dedican varios artículos a crear un régimen jurídico al margen del previsto en el art. 82.3 ET, que incluye aspectos tan diversos como la atribución preferente de legitimidad a los sindicatos más representativos del sector que estuvieran legitimados para formar parte de la Comisión Negociadora del Convenio Colectivo de aplicación a la misma, en el caso de que no existan representantes de los trabajadores en la empresa. También prevé la exigencia de prueba documental que acredite la concurrencia de las causas previstas en el dicho precepto. Por último, lleva a cabo una delimitación propia de causas adicionales que justifican la inaplicación del convenio colectivo[92].

5. DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA SALARIAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

5.1. Estructura salarial

En el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, se volvió a considerar imprescindible por parte de los negociadores de éste la necesidad de renovar los conceptos retributivos con criterios objetivos y de equidad, dando entrada a aquellos que se encuentran vinculados con la productividad y resultados en la empresa, siempre que se establezcan en base, continuaban los representantes de trabajadores y empresarios, a indicadores cuantificados, medibles y conocidos por ambas partes negociadoras.

Los estudios de campo realizados sobre esta materia con anterioridad a la reforma llegaban a la unánime conclusión de que seguía siendo muy tradicional la regulación prevista en los convenios colectivos en lo referente a la creación de la estructura salarial, no siendo demasiado receptivos a las previsiones de los Acuerdos para el Empleo y la negociación colectiva[93]. Así mismo, se destacaba

[91] Resolución de 21 de septiembre de 2017. BOE de 26 de septiembre.

[92] Artículo 16. Causas. Con independencia de lo establecido en el artículo 82 del ET, se podrá proceder a la inaplicación, en los términos regulados en el presente artículo, cuando la empresa alternativamente tenga o una disminución persistente de su nivel de ingresos o su situación y perspectivas económicas puedan verse afectadas negativamente afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo; estas causas se entenderán que concurren, entre otros supuestos, cuando el «resultado de explotación por empleado» (es decir dicho resultado dividido entre el número promedio de empleados equivalentes a jornada completa del correspondiente periodo) o de «ventas» a nivel nacional de la empresa en el último ejercicio o en los doce últimos meses sea inferior en un 12 por ciento al promedio del resultado de explotación por empleado o ventas en el respectivo ejercicio anterior o en los doce meses precedentes a los últimos tomados, considerándose por tanto que existe una causa objetiva para la inaplicación.

[93] La situación actual en esta materia no es muy distinta de la que mostraba la negociación

la escasa articulación de nuestro sistema y la enorme atomización del mismo[94], hecho que se ha pretendido potenciar a partir de las últimas reformas.

En lo que se refiere al ejercicio de las facultades concedidas por el art. 26.3 ET, los convenios analizados continúan incluye de manera habitual la referencia al salario base fijado por unidad de tiempo salvo en sectores en los que, tradicionalmente, ha predominado la unidad de obra como elemento determinante de su cuantía y respecto de colectivos de trabajadores muy específicos[95]. Aunque es mayoritario el número de convenios colectivos empresariales en los que no se menciona el modo de cálculo de este salario base, produciéndose simples remisiones a las tablas salariales que adquieren un máximo nivel[96].

Los complementos salariales pueden convertirse en un importante instrumento de gestión empresarial, condicionando profundamente la cuantía del salario a recibir. En relación a estos encontramos, por una parte, como anteriormente destacamos, una cada vez menor atención. En este sentido, los convenios colectivos sectoriales analizados optan en ocasiones por no abordar la definición de los complementos salariales. En otros casos, se establece claramente la división de los complementos entre aquellos relacionados con el puesto de trabajo, los vinculados con las características personales de los trabajadores, la calidad o cantidad del trabajo, etc. Sin embargo, aun en estos casos, se obvia frecuentemente definir cuáles son éstos. Por ello, habrán de implementarlos, si así se desprende de la negociación de los mismos, los convenios colectivos de empresa. En estos encontramos una enorme imprecisión respecto a los complementos creados. De este modo, encontramos complementos que tradicionalmente han sido considerados como de difícil definición y que, en la práctica, se convierten en aportaciones directas al salario base. Entre ellos podemos citar los complementos de convenio, los complementos de carencia de incentivos[97], Plus salarial[98], etc.

colectiva en los años siguientes a la gran reforma del ET de 1994. En este sentido, véase Costa Reyes, A., «La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva», *R.L.*, nº 7, 1999.

[94] Cfr. Alfonso Mellado, C.L., «Salarios y negociación colectiva», en AA.VV., *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 25 y ss.

[95] Un ejemplo de creación de un sistema de remuneración "a tarea" puede verse en el CC Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén, 30 de diciembre de 2014); Europea de Oleoductos y Gasoductos (BOP Jaén, 11 de marzo de 2016); Ursula Consulting SLU (BOP Jaén, 25 de octubre de 2016).

[96] Este mismo fenómeno fue detectado con anterioridad a la reforma por Soler Arrebola, J.A., «Estructura salarial», en AA.VV., *La negociación colectiva en España: una mirada crítica,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 353.

[97] CC Altura, Drenajes y Contenciones, S.L. (BOP Jaén de 26 de octubre de 2016); Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30 de diciembre de 2014).

[98] Plus en el que incluye todos anteriores complementos siempre que constituyan contra-

Del análisis de los convenios colectivos empresariales podemos extraer las siguientes conclusiones:

a) Existe un importante porcentaje de convenios colectivos en los que apenas se realiza mención a los complementos salariales cuando, en muchas ocasiones, es el nivel adecuado o bien por la prioridad de aplicación temporal o bien por la remisión realizada a los mismos en los convenios colectivos sectoriales tanto a su determinación como al establecimiento de sus cuantías.

b) En la mayor parte de los convenios colectivos analizados, se realiza una simple mención a las gratificaciones extraordinarias, es decir, a las pagas extras a percibir de manera periódica a lo largo del año. Son muy escasos los supuestos en los que ni tan siquiera se hace referencia a ellas[99].

c) A pesar de que la necesidad de relacionar los niveles de ingresos de los trabajadores con factores relacionados con la productividad es una cuestión resaltada en los últimos tiempos como imprescindible para conseguir mayores niveles de rentabilidad empresarial, como tendremos ocasión de expresar más adelante, son escasos los supuestos en los que se detalle los mecanismos para la obtención de los complementos.

d) Si bien también es habitual la eliminación de complementos salariales hasta ahora existentes o su exclusión respecto de determinados colectivos, generándose, por esta vía, una diferenciación salarial. El complemento más habitual suprimido en los convenios colectivos analizados es el complemento de antigüedad, a pesar de que continúa siendo el mayoritario[100].

e) Son mayoritarios los complementos salariales relacionados con las características del trabajo realizado. Entre ellos destacan los relacionados con la nocturnidad, turnicidad, peligrosidad o toxicidad[101].

f) Una vez dicho lo anterior, también podemos afirmar que la negociación colectiva de empresa, al menos conforme se desprende de los convenios colectivos seleccionados, ha hecho un uso generalizado de la potestad concedida en el art. 84.2 ET a la hora de determinar la cuantía salarial aplicable a la empresa. Sin embargo, en ocasiones dicha regulación oculta

prestación directa del trabajo (CC Estructuras Medisd, S.L., (BOP Málaga, 29 de marzo 2017).

[99] CC Innovasur (BOP Córdoba 5 de julio de 2016); Inverser MJ Córdoba (BOP Córdoba, 25 de mayo de 2016).

[100] Supuestos generalizado en los convenios provinciales del sector de la Hostelería andaluza.

[101] CC Sistemas Tubulares Al-Andalus (BOP Cádiz, 2 de junio de 2016); Farmacia Zarco Ríos (BOP Málaga, 1 de febrero 2013); CC Francisco Donaire Torres (BOP Cádiz, 7 de agosto 2015); Francisco Salguero (BOP Cádiz, 22 de marzo 2016); CC Megaexit S.L. (BOP Cádiz, 11 de febrero 2015); CC Ofertel (BOP Granada, 11 de febrero).

un claro abuso de derecho puesto que se incluye unas cuantías salariales muy por debajo de la media del sector, por ejemplo, con la remisión al SMI como salario generalizable para todos los trabajadores, independientemente de su correspondiente categoría profesional[102]. En realidad, en estos supuestos el único objetivo de tal regulación se encuentra en el deseo de excluir la aplicación de los convenios sectoriales correspondientes, con la consiguiente potenciación de la autonomía individual. Hemos destacado este supuesto en el convencimiento de que el mismo, a tenor de nuestra práctica, puede incrementar su significación en un futuro.

A continuación, llevaremos a cabo el estudio de aquellos aspectos de la estructura salarial que hemos entendido como más significativos por su presencia en los convenios colectivos analizados y su potencial flexibilizador.

5.2. Complementos salariales variables

La supresión de complementos de determinación objetiva como puede ser la antigüedad[103], la prima por reducción de las horas de trabajo perdidas o cualquiera otra de las que su constatación no requiera utilizar datos de difícil acceso para los trabajadores, viene acompañada en ocasiones por el incremento de complementos salariales de difícil constatación. Este cambio de orientación en la configuración de parte de los complementos salariales puede conllevar, lógicamente, una disminución de los niveles salariales. Sobre todo, si viene unida a una sistemática eliminación de complementos disfrutados por los trabajadores como es el caso de la antigüedad, a pesar de que aún continúa resistiéndose a su supresión en muchos convenios.

Además, la sustitución de los tradicionales complementos salariales fijos por los asociados a los resultados de la empresa, desde nuestro punto de vista, incrementa una suerte de neocorporativismo en el que trabajador y empresario se unen en la consecución de un bien superior llamado productividad, desplazando el riesgo del negocio a los trabajadores[104]. Así lo expresan los propios convenios colectivos:

> «La productividad es un bien constitucionalmente protegido cuya mejora constituye un deber básico de los trabajadores, debiendo colaborar

[102] CC KFC Restaurants Spain, S.L. (Resolución de 27 de mayo de 2014. BOE 6 de junio).

[103] Vivero Serrano, J.B., Cruz Villalón, J., Pérez Rey, J., Sepúlveda Gómez, M. y Morato García, R., «La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial», en AA.VV., *Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma de 2012*, Lefbvre-El Derecho, Madrid, 2016, pp. 97 y ss.

[104] Molina Martín, A., Espín Sáez, N. y Nieto Rojas, P., «Complementos salariales por mayor trabajo realizado y complementos vinculados a resultados de la empresa», en AA.VV., *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar,* Cinca, Madrid, 2008, p. 34.

los representantes legales de éstos con la dirección de la empresa en orden a conseguir su incremento»[105].

Sin embargo, a pesar de los evidentes riesgos que este tipo de complementos conllevan, el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva continúa apostando por el progresivo acomodo en los convenios colectivos de sistemas de retribución variable, vinculados, en especial, a la productividad de la empresa. Se anticipaba así a la Recomendación del Consejo de 14 de julio de 2015, relativa al Programa Nacional de Reformas de 2015 (2015/C 272/13. DOUE 18 de agosto de 2015).

Podemos sistematizar los distintos supuestos encontrados en los convenios colectivos de nuestra muestra, como sigue[106]:

a) Complementos relacionados con objetivos de consecución colectiva:

- Cláusulas convencionales en las que se recoge entre los distintos complementos salariales aquellos vinculados a la productividad sin precisión alguna de los requisitos para la consecución del mismos. En estos casos, se remite el artículo que los crea a la tabla salarial donde se determina su cuantía, pero, en ningún caso, se establece cuáles son los márgenes para poder adquirirlos[107].

- Cláusulas en las que sí se mencionan los requisitos para su consecución, detallando perfectamente cuáles son los aumentos de los resultados empresariales que darán el derecho a cobro e implementando elaborados sistemas de verificación[108].

b) Complementos relaciones con objetivos de consecución individual:

- Cláusulas que se refieren, por ejemplo, a la mayor dedicación personal del trabajador. La constatación de este mayor nivel de dedicación

[105] art. 7 CC general del sector de la construcción (Resolución de 21 de septiembre de 2017, BOE 26 de septiembre de 2017), CC Alain Afflelou España SAU (Resolución de 25 de abril de 2013, BOE 10 de mayo).

[106] Ampliamente se ocupa de sistematizar los distintos complementos propios de un sistema de retribución variable Todolí Signes, A., «Salario y negociación colectiva: últimas tendencias», en AA.VV., *Cl*áusulas *de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual,* Lex Nova, Valladolid, 2015, pp. 343 y ss.

[107] CC Pepsico Granada (BOP Granada 11 de febrero 2015); Pepsico Sevilla (BOP Sevilla 13 de julio de 2016); CC Cadenas y tiendas de conveniencia (Resolución de 22 de junio de 2017. BOE 6 de julio de 2017); Restaurantes temáticos del Sur (BOP Málaga, 10 de noviembre); CC Geland Food (BOP Sevilla, 27 de julio 2016).

[108] CC Encofrados y construcciones Vimuz (BOP Córdoba, 12 de enero 2017); CC Indalim S.L. (BOP Almería, 3 de maro 2015); CC Decathlon España S.A. (Resolución de 13 d marzo de 2017, BOE 27 de marzo).

puede llevarse a cabo tanto desde un punto de vista cuantitativo[109] como cualitativo, a través de variables tales como las referidas a la calidad del producto elaborado o la satisfacción de los clientes[110].

La nota común que de manera muy generalizada extraemos de las cláusulas de los convenios analizados que implementan este tipo de complementos variables se encuentra en una clara falta de determinación de los requisitos para su consecución, ello se une a la inexistencia práctica de información adecuada por parte de los representantes de los trabajadores para poder exigir con garantías su satisfacción[111]. Asimismo, encontramos una importante indeterminación, incluso, a la hora de definir el concepto de referencia[112]. Por el contrario, encontramos referencias como productividad, beneficios, objetivos conseguidos, volumen de actividad, etc. En muchos casos, estos conceptos son perfectamente intercambiables. También se detecta una significativa imprecisión en relación al momento del devengo del complemento. Se aleja, pues, de los requerimientos que desde la doctrina se han formulado en aras a conseguir un complemento lo más objetivo posible para así limitar la discrecionalidad empresarial en su pago, «los convenios colectivos deben regular de forma detallada y transparente al menos lo siguiente: los trabajos susceptibles de generar el complemento, su carácter colectivo o individual, los criterios determinantes de su devengo, el nivel mínimo de productividad exigido para devengar esa parte del salario y el máximo a partir del cual la cuantía queda congelada, las consecuencias de la imposibilidad de percibir el complemento por culpa no imputable al trabajador»[113]. Cuestiones todas ellas exentas de regulación como regla general a pesar de que, en ocasiones, conlleva una disminución del salario base, aumentando considerablemente las facultades unilaterales empresariales[114].

Al margen de los supuestos descritos, aunque no son mayoritarios, hemos encontrado convenios colectivos en los que la flexibilidad en la determinación de las cuantías salariales apreciadas de manera general alcanza su máxima

[109] CC Supercor, S.A. y CC Cadenas y tiendas de conveniencia (Resolución de 22 de junio de 2017. BOE 6 de julio de 2017).

[110] CC Sucesores de Manuel Ruiz García, S.L. (BOP Cádiz, 21 de febrero de 2014); CC del sector de grandes almacenes (Resolución de 21 de septiembre).

[111] Este tipo de limitaciones ha sido considera por el Tribunal Supremo como causa de nulidad de la correspondiente cláusula convencional por la excesiva indefinición de las mismas y la inseguridad que implican (STS de 24 de enero de 2013 (RJ 2013, 4112).

[112] Por ejemplo, CC del sector Dependencia Mercantil (BOP Almería, 23 de diciembre de 2014).

[113] Serrano Argüeso, M., «Flexibilidad salarial interna versus pobreza de los trabajadores», *D.L.*, nº 111, 2017, pp. 111-112.

[114] Véanse en este sentido las SSTS de 24 de marzo de 2015 (Ar. 4069); 1 de julio de 2014 (Ar. 4519); y 9 de julio de 2013 (Ar. 143).

expresión. Se trata de convenios colectivos en los que tanto salario base como sus correspondientes complementos no aparecen, total o parcialmente, determinados directamente por las tablas salariales del convenio sino que serán consecuencia de conceptos como el EBITDA (beneficios antes de intereses, impuestos, depreciaciones y amortizaciones).[115] Estos modelos salariales generan enormes incertidumbres para los trabajadores, en ocasiones, por la propia indeterminación del convenio o su remisión a posteriores acuerdos en los que se implementen los mismos.[116]

Tampoco contribuye a calmar dicha incertidumbre la jurisprudencia más reciente que se ha ocupado, precisamente, de precisar cuáles son los límites de las facultades de la empresa a la hora de determinar o alterar los criterios de concurrencia necesaria para la adquisición del derecho de cobro de tales complementos salariales. En concreto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mostrado muy generosa a la hora de atribuir facultades unilaterales a la empresa en este contexto[117].

Son detectables, aunque de manera muy escasa, algunos supuestos en los que se acude al sistema de *bonus*[118] que puede llegar a suponer, en el caso de que se cumplan los objetivos, hasta un 0,75% del salario base bruto anual[119]. Por su parte, la participación en beneficios se convirtió en objeto de importantes aportaciones doctrinales. Sin embargo, son muy excepcionales los supuestos en los que, entre los convenios analizados, se opta por esta forma de retribución[120].

[115] CC Grupo Hermanos Martín. Véanse otros ejemplos en Cruces Aguilera, J., «El contenido de los convenios colectivos: retribuciones», en AA.VV., *El impacto de la reforma laboral de 2012 en la negociació*n *colectiva (2013-2015),* Lefbvre, Madrid, 2016, pp. 100 y ss.

[116] Así, por ejemplo, puede verse el CC Servicios Infraestructura Eléctricas de Levante, S.L. (Resolución de 14 de septiembre de 2015, BOE de 25 de septiembre). En su art. 17 establece: «La empresa, de común acuerdo con los trabajadores establecerá un sistema de retribución variable en función de la necesidad puntual que se genere y en los términos que se pacten. De manera, que en caso de precisar la realización de trabajos que supongan una mayor disponibilidad y dedicación para la obtención de objetivos hacia el cliente, y por el tiempo que este requiera, se elaborará un sistema de incentivos para la compensación económica que se devengará al alcanzar los resultados que se pretendan».

En un sentido semejante, el CC sectorial de la Construcción de Granada (BOP Granada 14 de mayo de 2014) crea un denominado Sistema científico o de trabajo medido (art. 24) que procura la progresiva reducción del salario por unidad de tiempo o de obra. En su lugar, se crea un sistema de salario variable vinculado a rendimiento.

[117] Mercader Uguina, J.R., «Retribución variable y principios del Derecho del Trabajo», *Revista Derecho Social y Empresa,* nº 5, 2016, p. 20.

[118] Al respecto, véase Alzaga Ruiz, I., «La retribución variable: especial consideración del *bonus*, la participación en beneficios y la retribución por objetivos», *RGDTSS*, nº 38, 2014.

[119] CC Decathlon España S.A. (Resolución de 13 d marzo de 2017, BOE 27 de marzo)

[120] CC de Alimentación (BOP Jaén, 24 de julio 2013); CC de ámbito sectorial de Materiales

En relación a estos mecanismos de determinación de parte de la cuantía salarial, sí podemos hallar una explicación a las interrogantes que justifican nuestro estudio. En lo que se refiere a la deriva salarial, los salarios base de tales convenios siguen incrementándose en un sentido semejante al del resto del sector. No obstante, la incertidumbre en la consecución de los objetivos de tales complementos puede conllevar una reducción del salario final. Todo ello a pesar de que dicha reducción obedezca a factores ajenos a los trabajadores. Además, son detectables algunos ejemplos en los que tales complementos, que habitualmente ocupan el espacio dejado por complementos fijos, se reservan, en ocasiones, a ciertos colectivos de trabajados y se excluyen de su disfrute a aquellos que ocupan las categorías profesionales menos cualificadas, como hemos tenido ocasión de mencionar en el marco del estudio de las diferencias retributivas. Sin embargo, dicha exclusión no se produce, en la mayor parte de ocasiones, como consecuencia de una supresión de tales colectivos de trabajadores de entre los beneficiados, sino por la inexistencia de mecanismos que permitan su acceso a aquellos que, por ejemplo, no desempeñen su trabajo a tiempo completo, por lo que están, prácticamente, imposibilitados para alcanzarlos.

No obstante, no podemos dejar de advertir que del estudio de las cláusulas convencionales de nuestra selección no es posible extraer una línea de evolución clara hacia la potenciación de mecanismos que permitan una mayor flexibilidad en la determinación del coste salarial. Por el contrario, detectamos una fuerte inercia en la regulación de tales cuestiones, manteniéndose gran parte de los convenios consultados en semejantes posiciones a los descritas por los estudios doctrinales realizados con anterioridad a la crisis[121].

5.3. Cláusulas de revalorización y salvaguarda salarial

Como consecuencia de la prioridad aplicativa absoluta introducida en el art. 83.2 ET en relación a la determinación de la cuantía del salario base y de los complementos salariales, el estudio de las tendencias más reseñables respecto a la revalorización salarial adolece de una enorme dispersión y una casuística muy variada que hace muy difícil su sistematización a efectos de detectar alguna línea de tendencia más o menos marcada.

Conviene recordar que las organizaciones sindicales más representativas y la patronal acordaron incorporar, entre los compromisos alcanzados en el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, de 8 de junio de 2015, un

de Construcción de la provincia de Jaén (BOP Jaén 31 de julio 2013); CC Comercio en general (BOP Córdoba, 21 de marzo 2013).

[121] Nos remitimos a los diferentes estudios coordinados por el profesor Ricardo Escudero Rodríguez.

nuevo sistema de revalorización salarial asociado, por primera vez, al aumento del PIB[122] y no, como era tradicional, a las fluctuaciones del IPC y proceder, progresivamente, a la vinculación de los aumentos salariales a la productividad y los resultados de la empresa.

Evidentemente, tanto uno como otro de dichos instrumentos de determinación salarial poseen inconvenientes. El empleo del parámetro de la inflación, por ejemplo, puede implicar que en períodos deflacionistas como los posteriores al inicio de la crisis no se produzcan subidas salariales a pesar de que los productos básicos, alimentación y energía especialmente, incrementen sus precios, al verse compensados estos con la bajada del precio de productos menos accesibles en momentos de crisis. Por el contrario, en períodos inflacionistas, al no incrementarse el conjunto de precios y el de rentas de manera proporcional, la inflación puede afectar a la distribución de la renta, desajuste que se ha pretendido, hasta ahora, compensar con la vinculación de tal subida de precios con la de los salarios.

Por otro lado, la utilización del PIB nos lleva a situaciones igualmente conflictivas. Así, son posibles situaciones de escaso crecimiento económico que resulten acompañadas por un aumento del índice de precios al consumo, lo que conllevaría una pérdida del poder adquisitivo de las clases trabajadoras. Esta circunstancia se produjo históricamente en la década de los 70 como consecuencia de la abrupta subida de los precios del petróleo y sus derivados y se ha repetido en buena parte del período que siguió a la crisis financiera de 2007.

La utilización del PIB a estos efectos nos plantea, además, cuestiones de más hondo calado. Relacionar el aumento salarial con el PIB vincula el poder adquisitivo de los trabajadores con el resultado de dinámicas en buena medida ciegas del mercado. Asimismo, esta relación implica asumir que solo el crecimiento del PIB puede llevar aparejado un crecimiento en el bienestar material de la mayor parte de las personas[123]. A pesar de estos riesgos, el FMI ha insistido en la necesidad de que España cambie su sistema de «indización salarial». Por su parte, también la Unión Europea ha venido recomendando a España un cambio de su sistema de revalorización salarial predominante vinculado a la evolución del IPC, dado que «la utilización de cláusulas de indización a la inflación *ex post* contribuyen a la inercia salarial e impiden una flexibilidad de los salarios suficiente para acelerar el ajuste económico y restablecer la competitividad»[124].

[122] Véase, Escribano Gutiérrez, J., «Sindicatos de concertación y PIB», eldiario.es, 4 de marzo de 2015. http://www.eldiario.es/contrapoder/sindicatos_pib_6_362973726.html

[123] En idéntica dirección se encamina el futuro de las subidas salariales en la Administración Pública. Véase https://cincodias.elpais.com/cincodias/2017/09/11/midinero/1505133040_557805.html

[124] Recomendación del Consejo de 12 de julio de 2011 relativa al Programa Nacional de

A pesar de todo lo anterior, en el análisis aquí desarrollado no hemos encontrado una tendencia hacia la implementación del PIB como método de indización de los salarios[125]. Por el contrario, siguen siendo los sistemas más tradicionales los que continúan presentes de manera generalizada. En concreto, podemos organizar las cláusulas de revalorización salarial halladas en los convenios analizados en los siguientes grupos:

a) Salvo error por nuestra parte, el novedoso sistema consistente en vincular los posibles incrementos salariales del dato macroeconómico que mide el producto interior bruto sólo lo hemos encontrado en una ocasión[126]. No obstante, dada la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa en lo relativo a la cuantía salarial estos conservan su autonomía en la determinación del método de revalorización.

b) Por el contrario, la referencia de indización utilizada con mayor frecuencia tanto a nivel sectorial como de empresa sigue siendo el IPC. Evidentemente, a pesar de la recomendación de los organismos internacionales y del Acuerdo para el empleo, esta referencia continúa aportando a los trabajadores la ventaja de garantizar el poder adquisitivo de su salario a pesar de la subida del nivel de los precios. Hemos encontrado tanto supuestos en los que la subida salarial prevista para los siguientes años se asocia absolutamente a la evolución de los precios, como otros en los que se utiliza como referencia de cálculo al que se le adiciona un porcentaje[127]. Asimismo, hemos hallado

Reforma de 2011 de España y por la que emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad actualizado de España, p. 4: «Previa consulta a los interlocutores sociales y de conformidad con la práctica nacional, completar la adopción y aplicación de una reforma global del proceso de negociación colectiva y del sistema de indización salarial para garantizar que las subidas salariales reflejen mejor la evolución de la productividad y las condiciones imperantes a nivel local y a nivel de empresa y proporcionar a las empresas la flexibilidad suficiente para adaptar internamente las condiciones laborales a los cambios en el entorno económico».

[125] Al contrario de lo aparecido en la prensa reciente, según la cual en lo que va de año, la productividad ha desplazado al IPC como referencia salarial y ha supuesto una limitación de la subida salarial (Deia, 28 de febrero 2017).

[126] En concreto, se trata del CC estatal del sector de la restauración colectiva (Resolución de 24 de febrero de 2016. BOE de 22 de marzo): «Para determinar el aumento a aplicar a los salarios negociados para el año 2017, las organizaciones firmantes tomarán como referencia la evolución del PIB en 2016 y el cuadro macroeconómico del Gobierno para 2017, y lo concretarán en los tres meses siguientes a la publicación de este último. De igual manera para el incremento de 2018 se tomará como referencia la evolución del PIB en 2017 y el cuadro macroeconómico del Gobierno para 2018 y se concretará en los tres meses siguientes a la publicación de este último»

[127] A título de ejemplo, podemos citar los siguientes convenios colectivos de diferentes sectores y ámbitos: Convenio Colectivo para la Sector de Comercio del Automóvil, Caravanas, Motocicletas, Bicicletas (BOP Sevilla, 21 de octubre de 2015); Convenio colectivo Restauración Q & S, S.L. (Resolución de 12 de febrero de 2016, BOP Granada, 26 de febrero de 2016).

la posibilidad de que se asocie la subida salarial al IPC pero condicionado a que la empresa hubiera obtenido unos determinados niveles de ventas[128].

c) El criterio que con mayor frecuencia encontramos en los convenios seleccionados, independientemente de ámbito territorial y funcional, es el de prever una subida lineal ajena a cualquier tipo de referencia. Paradójicamente, nuestra práctica negocial se termina decantando por el sistema que menos permite garantizar el poder adquisitivo de los salarios previstos convencionalmente. Es más, este es el sistema casi exclusivo observado en los convenios de la Hostelería[129].

d) Al margen de estos criterios, claramente mayoritarios en la práctica negocial de los sectores selecciones, podemos encontrar, si bien excepcionalmente, otros criterios de revalorización salarial relacionados con la consecución de determinados objetivos empresariales.

En relación a este último criterio de medición de los posibles incrementos salariales hemos de advertir, como ya hicimos en relación a la fijación de complementos salariales vinculados a la productividad, la falta de precisión terminológica y la inexistencia, en ocasiones, de criterios adecuados de comprobación de la concurrencia del elemento objetivo que da lugar a la revalorización salarial. En concreto, se diferencia dentro de este tipo de mecanismos de revalorización variable los siguientes:

-En primer lugar, los supuestos en los que el incremento anual se relaciona directamente con un aumento de las ventas empresariales[130].

[128] Véase, el art. 48. 1 del Convenio colectivo de Cash Converters y sociedades vinculadas (Resolución de 11 de abril de 2017, (BOE 27 de abril): «En el supuesto de que la suma del IPC general español correspondiente a los años 2017 y 2018 resulte una cifra superior a los incrementos pactados en el presente Convenio Colectivo para los referidos años, dicha diferencia será abonada en función de los resultados económicos de la empresa al cierre del ejercicio 2018, siempre que aumente el 5% de crecimiento de ventas retail tiendas con respecto al año 2016, actualizándose las tablas salariales, analizándose en la comisión paritaria y tendrán los efectos que allí se establezcan».

[129] Pueden verse, a título de ejemplo, los siguientes convenios: I Convenio colectivo de Bofrost SAU. (Resolución de 28 de enero de 2015, BOE 10 de febrero); VII Convenio colectivo de CC Decathlon España S.A. (Resolución de 13 de marzo de 2017, BOE 27 de marzo); Convenio Colectivo de Trabajo de empresa Aguas del Ejido (BOP Almería, 30 de enero); y Convenio de Encofrados y Construcciones Vimuz, SL (BOP Córdoba 12 de enero 2017).

[130] Este es el caso del CC de Alain Afflelou Espa*ña*, SAU. (Resolución de 25 de abril de 2013, BOE 10 de mayo). En su art. 16 se establece que los incrementos salariales anuales se calcularan del siguiente modo: Se establece un incremento anual de las tablas del salario base de la siguiente manera:

– Año 2013: no habrá incremento alguno.

– Año 2014: no habrá incremento alguno.

– Años 2015, 2016 y 2017: se establecerá un incremento siempre que Alain Afflelou España, S.A.U., obtenga un incremento en las ventas netas tomando como referencia las ventas netas del

Evidentemente, es este el criterio con menores dosis de incertidumbre.

-En segundo lugar, es posible vincular los aumentos salariales a la productividad empresarial a través de la utilización de criterios mucho menos transparentes en su control y visualización por parte de los trabajadores. En concreto, encontramos ejemplos de cláusulas convencionales que utilizan el EBITDA como referencia[131]. Este criterio es muy criticado dadas las dificultades que conlleva su cálculo[132].

-Por último, hemos de destacar el caso de la empresa Burger King. El convenio colectivo de esta empresa utiliza un criterio profundamente darwinista en el cálculo de la cuantía de los incrementos salariales anuales. En concreto, este convenio relaciona dichos incrementos con el denominado coste de labor, esto es, el resultado de dividir el gasto de personal y los dividendos del año[133]. De este modo, la empresa premia a sus trabajadores no sólo por conseguir el aumento de los beneficios empresariales brutos sino, especialmente, si gracias a su esfuerzo impiden la contratación de nuevos trabajadores.

Estos sistemas de cálculo de las revalorizaciones salariales están vinculados al deseo por parte de la empresa de hacer partícipes a los trabajadores de la mejora de resultados empresariales. No obstante, esta virtualidad se desvanece si, como es el caso de los supuestos analizados, se dilata el horizonte de la recepción de los beneficios de tales compromisos, normalmente en período anuales, dadas las incertidumbres que se generan en relación a su cobro o a la cuantía del mismo[134].

año 2011 en los porcentajes que a continuación se detallan:

º Si el incremento en las ventas va del 3,1 al 7 por ciento: se establecerá un incremento de las tablas salariales de 0,5 %.

º Si el incremento en las ventas va del 7,1 al 10 por ciento: se establecerá un incremento de las tablas salariales en un 0,75 %.

º Si el incremento en las ventas es superior al 10 por ciento: se establecerá un incremento de las tablas salariales en un 1,5 %.

[131] Este es el caso del art. 7 del II Convenio colectivo de Supersol Spain, SLU, Cashdiplo, SLU y Superdistribución Ceuta, SLU. (Resolución de 23 de diciembre de 2014. BOE de 12 de enero 2015); y art. 26 y ss del CC. del III Convenio colectivo del Grupo de Empresas VIPS (Resolución de 5 de noviembre de 2015, BOE de 5 de noviembre).

[132] Véase ARBULÚ, J., «El Ebitda está de moda», en https://web.archive.org/web/20060409220309/http://www.udep.edu.pe/publicaciones/desdelcampus/art641.html. Consultado el 3 de noviembre de 2017.

[133] Convenio colectivo de Burger King Spain, SLU (Resolución de 14 de junio de 2017. BOE 3 de julio). Artículo 28. Revisión salarial. El salario pactado en el presente convenio, tendrá anualmente desde enero de 2018 una subida salarial garantizada del 0,5%. Además de la subida del 0,5% garantizada, desde el 1 de enero de 2018 los salarios podrán tener una subida salarial variable, hasta del 1,25% en función del coste de labor.

[134] Gómez Rufián, L., «La vinculación entre salarios y productividad: teoría económica y experiencias innovadoras en la negociación», *Revista Información Laboral*, nº 4, 2015, p. 10.

Como conclusión, el conjunto de sistemas de revalorización salarial ha conseguido el objetivo perseguido por la patronal. En concreto, los salarios medios pactados se han mantenido durante todo el período de la crisis en niveles inferiores a los del IPC salvo el tiempo que medió entre los años 2013 y 2016[135].

La imposibilidad de prever los verdaderos incrementos del índice de precios ocasiona que aquellos aumentos salariales contemplados, en principio, como suficientes supongan una reducción de su poder adquisitivo como consecuencia de la deriva del IPC. En los momentos más duros de la actual crisis económica, la inflación, consecuencia de la reducción de los niveles de consumo, se vio reducida, aunque durante un breve período, dado que sólo mantuvo niveles inferiores al 1 % entre los años 2013 y 2015. Además, en el último año ha experimentado un pequeño repunte los niveles de inflación con lo que, de nuevo, comienzan a hacerse indispensables cláusulas convencionales que permitan corregir dichas desviaciones.

Del análisis de los convenios colectivos seleccionados, se desprende, al contrario de las conclusiones extraídas tras la reforma laboral[136], que este tipo de cláusulas prácticamente han desaparecido de la práctica negocial reciente, salvo en el supuesto en el que se referencian las subidas salariales con el IPC. Suponemos que, contextualizado en unos datos macroeconómicos que animaban al optimismo, se ha entendido como innecesaria su incorporación[137].

Sin embargo, si partimos del dato de que en los últimos dos años se ha incremento de nuevo el IPC, y que son mayoritarios los convenios que establecen subidas salariales lineales no relacionadas con la evolución de los precios, estamos ante un nuevo factor que ha contribuido a la pérdida del poder adquirido de las rentas del trabajo. Por el contrario, no hemos encontrado en los convenios analizados, salvo error por nuestra parte, ningún supuesto en el que utilicen sistemas novedosos de revisión del salario que corrijan estas desviaciones, como podría ser las referencias al IPC subyacente[138].

[135] «Boletín del Observatorio de la negociación colectiva», nº 58, junio 2017, p. 3.

[136] Aragón Gómez, C., Nieto Rojas, P. y Pérez del Prado, D., «Efectos de la crisis económica en las cláusulas de incremento y salvaguarda salarial», en *Observatorio de la negociación colectiva: revisión e inaplicación de los salarios en la negociación colectiva: efectos derivados de la crisis económica,* Cinca-CCOO, Madrid, 2013, pp. 53 y ss.

[137] Cfr. Todolí Signes, A., «Salario y negociación colectiva: últimas tendencias», *cit.,* p. 351.

[138] Sobre las distintas posibilidades de cláusulas de variación salarial en los convenios colectivos, puede verse CCNNCC, *Cláusulas de variación salarial en los convenios colectivos*, 2015.

5.4. Acuerdo individual de salario flexible

Del estudio de los convenios seleccionados se puede desprender el hecho de que esta fórmula de retribución apenas está siendo objeto de atención por nuestra realidad convencional. Como se sabe, a través de la figura conocida como salario flexible[139], se pretende individualizar la determinación de parte del salario de los trabajadores vinculándola a complejas fórmulas que implican la adquisición de productos financieros con objetivos, en muchas ocasiones, de ahorro fiscal.

Como decíamos, este instrumento no ha sido prácticamente detectado en ningún de los convenios colectivos analizados. Sin embargo, sí hemos de traer a colación el supuesto del art. 14 del CC del sector de Grandes Almacenes[140] a pesar de su carácter excepcional. Esta necesidad se debe a dos razones. En primer lugar, por la novedad de dicho convenio colectivo, lo que nos puede indicar una cierta tendencia hacia el futuro, como demuestra el surgimiento de empresas especializadas en la gestión de los Planes de Retribución Flexible[141]. En segundo lugar, por la contundencia, como ya advertimos, con la que se autoconfigura como norma exclusiva de regulación de las condiciones de trabajo, sin hacer, ni tan siquiera, mención del límite que supone para ese objetivo el art. 84.2 ET.

Por otra parte, este convenio se remite a la autonomía individual no sólo para la aceptación del mismo (requisito doctrinalmente considerado indispensable)[142], sino también a aspectos como los relacionados con el porcentaje respecto del salario base global que supone este salario flexible o los relativos a los instrumentos a elegir para su sustitución. Dado que esta cuestión no estaría dentro de las materias de regulación reservada en el art. 84.2 ET, los convenios colectivos de empresa posteriores no estarían capacitados para la regulación de este tipo productos, o, si lo estiman oportuno, proceder a excluir esta posibilidad.

En definitiva, nos encontraríamos ante un curioso supuesto de potenciación de la autonomía individual formalmente bilateral previsto por el propio convenio sectorial en perjuicio de la posible regulación, también colectiva, del convenio de empresa.

[139] Véase al respecto Pedrajas Moreno, A., Pedrajas Quiles, P. y Sala Franco, T., *La retribución flexible. Tratamientos fiscal y laboral,* Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

[140] Resolución de 21 de septiembre de 2017, BOE 7 de octubre.

[141] Véase, la publicidad de una de estas empresas en http://info.sodexobeneficios.es/contrata-retribucion-flexible?gclid=EAIaIQobChMIm-7vocix1wIVxbrACh1oBgd2EAAYASAAEgIJdfD_BwE

[142] Pedrajas Moreno, A., Pedrajas Quiles, P. y Sala Franco, T., *La retribución flexible. Tratamientos fiscal y laboral*, *cit*., Capítulo 2.18.

5.5. Compensación y absorción

La compensación y absorción no requiere, a tenor de la literalidad del art. 26.5 ET, su previsión específica en el convenio colectivo. Sin embargo, a tenor de la más reciente jurisprudencia[143], a falta de acuerdo individual o pacto colectivo que discipline o exceptúe el régimen previsto en el ET, los criterios establecidos para su aplicación quedan considerablemente flexibilizados. En concreto, procederá la aplicación de la compensación y absorción, como decimos salvo que el convenio colectivo establezca una regulación en otro sentido, no sólo respecto de aquellas condiciones de trabajo en las que concurra la hasta ahora necesaria homogeneidad, sino que es suficiente que exista una simple similitud. De este modo, sólo se requiere que pertenezcan las condiciones a compensar y absorber a un mismo grupo de complementos. En el caso de la sentencia citada, se declararon compensables el complemento de antigüedad y la mejora voluntaria.

Por ello, la falta de determinación de mecanismos específicos sobre compensación y absorción, combinada con la imprecisión que en la práctica observamos a la hora determinar los distintos complementos salariales, amplía la posibilidad de hacer desaparecer las mejoras que provengan de diferente fuente de creación[144].

Del análisis realizado de nuestra muestra, se deriva que la práctica totalidad de los convenios consultados contienen algún tipo de cláusula al respecto. No obstante, la mayor parte de ellos se limitan a reproducir lo establecido en el art. 26.5 ET, siendo muy escasos los convenios colectivos que establecen precisiones apropiadas que impidan la aplicación de la nueva línea jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo. Es más, en la mayor parte de las ocasiones esa simple similitud entre los conceptos objeto de la compensación/absorción es facilitada por los propios convenios colectivos al establecer que la misma alcanzará, incluso, a los complementos salariales no homogéneos[145]. Aunque también es cierto que, en algunas ocasiones, se excluye de la aplicación de esta institución a determinados complementos[146], o se exige que sólo puede llevarse a cabo en el marco de los mismos tipos de complementos.

[143] STS 25 de enero de 2017 (RJ 2017/507) y 10 de enero 2017 (RJ 2017/1207).

[144] Gordo González, L., «La regulación de la compensación y absorción en la negociación colectiva a la vista de la última jurisprudencia», *Revista de información laboral*, nº 8, 2017, pp. 207-213.

[145] Art. 3 VI Convenio colectivo de la empresa "Suites Hotels, S.L (BOP Cádiz, 1 de agosto de 2017). Art. CC de empresa Hotel Flamero, S.L. (BOP Huelva 2 de septiembre de 2010); CC Restaurantes McDonald's, S.A.U. (BOP Sevilla, 16 de junio de 2016).

[146] Art. 6 CC para la empresa Mairegui, S.L. (BOP Cádiz de 15 de septiembre de 2016).

6. CONCLUSIONES

Llegados a este punto de nuestro estudio, sólo nos queda realizar una última reflexión sobre la consecución de los objetivos perseguidos al inicio del mismo. Como se recuerda, el análisis de los aspectos salariales de la más reciente experiencia negocial en nuestra Comunidad Autónoma se ha llevado a efecto con la finalidad de detectar si las fuertes expectativas flexibilizadoras puestas por el legislador de la última reforma laboral en la negociación colectiva se han cumplido o no. Por otra parte, hemos tenido la pretensión de constatar si nuestro actual modelo de negociación colectiva está contribuyendo a frenar o potenciar algunos de los caracteres más significativos de nuestra realidad laboral. En concreto, nos hemos detenido, especialmente, a comprobar si cuestiones tales como la desigualdad creciente entre colectivos de trabajadores, la reducción generalizada del poder adquisitivo de los salarios o el sorprendente fenómeno de las derivas salariales negativas tienen su origen en nuestra experiencia negocial.

Respecto al grado de "aprovechamiento" que la negociación colectiva está mostrando de los instrumentos flexibilizadores más destacados de la reforma, nuestro estudio confirma los datos estadísticos hasta ahora publicados. Los convenios colectivos de empresa no se han generalizado, aunque avanzan lentamente. Todavía es porcentualmente muy escaso el número de trabajadores que en nuestra Comunidad Autónoma se encuentran sujetos a un convenio colectivo de empresa. Por el contrario, los convenios colectivos sectoriales provinciales continúan siendo el instrumento preferente de regulación colectiva de las condiciones de trabajo de los trabajadores andaluces y ello a pesar de la clara intención de los convenios colectivos sectoriales nacionales por ocupar este espacio. Del mismo modo, es porcentualmente poco significativo el volumen de inaplicaciones convencionales llevadas a cabo desde la reforma que, además, se han demostrado poco efectivas para alcanzar la pretensión de mejora empresarial perseguida, teóricamente, por la reforma[147]. La misma conclusión hemos alcanzado tras examinar las cláusulas sobre vigencia temporal de los convenios colectivos seleccionados. La práctica totalidad de las mismas excluyen la aplicación de la regulación legal sobre ultraactividad, por lo que no puede afirmarse que el temor al vacío normativo esté obligando a los trabajadores a negociar a la baja sus condiciones de trabajo.

Sin embargo, a pesar de no estar siendo demasiado utilizados los instrumentos flexibilizadores, de los datos estadísticos se desprende que nuestro sistema de relaciones laborales se ha visto sacudido por un fuerte embate precarizador, sobre todo en lo que se refiere a la diferencia de retribución entre trabajadores

[147] Cfr. Rodríguez Gutiérrez, C. y Canal Domínguez, J.F., «Análisis de las inaplicaciones de convenios tras la reforma laboral», *cit.*, pp. 80-81.

cualificados y aquellos que acceden al mercado de trabajo para la realización de trabajos peor valorados. Esta diferencia se incrementa si tomamos también en consideración el elemento del momento de incorporación a la empresa como parámetro de comparación.

El fenómeno del incremento de la brecha salarial sí tiene su reflejo en el ámbito de la negociación colectiva. En concreto, la aprobación de mecanismos de desigualdad salarial puede contribuir a este fenómeno. Sin embargo, no explica su significación social, dado que estas diferencias retributivas suelen estar presentes, especialmente, en los convenios colectivos de empresa que, como hemos afirmado anteriormente, tienen un porcentaje de cobertura reducido si lo comparamos con el que poseen los convenios colectivos sectoriales, donde apenas se detectan las mismas, al menos en lo que se refiere a nuestra selección.

Es decir, que continuamos sin poder determinar cuáles son las razones que explican el descenso del nivel de ingresos de los trabajadores y las crecientes diferencias retributivas entre colectivos laborales. Tampoco contribuye a este objetivo el análisis de las cláusulas convencionales referentes a nuestro objeto de estudio. Puesto que, si bien se detectan ciertos mecanismos que podrían contribuir a provocar dichos fenómenos, no puede afirmarse que existan una línea de tendencia clara en este sentido. Encontrando, por el contrario, una enorme diversidad al respecto.

El aumento del trabajo a tiempo parcial no elegido podría ser una de las explicaciones, pero no es suficiente, sobre todo si lo combinamos con el creciente fenómeno de la deriva salarial. Efectivamente, conforme a los datos manejados, la diferencia entre el salario medio real de los trabajadores y el previsto convencionalmente se ha incrementado desde el inicio de la crisis.

Estamos en condiciones de aventurar una hipótesis que explique esta situación, aunque la misma es de difícil constatación. En concreto, estamos convencidos de que el enorme potencial flexibilizador de los instrumentos introducidos por la reforma de principios de la década se ha convertido en una permanente amenaza para los trabajadores, en especial, en las pequeñas empresas, mayoritarias en nuestra realidad económica. El empresario está consiguiendo reducir las condiciones de trabajo de su empresa a través de instrumentos aformales, ante la amenaza de instrumentos legales que no presentan demasiadas dificultades prácticas para su aplicación[148]. Es decir, el método preferido para

[148] Podríamos citar como ejemplo, expuesto ante nosotros por los trabajadores implicados, la aprobación del último Convenio colectivo sectorial Industrias del Metal de la Provincia de Córdoba (BOP 17 de agosto de 2017). Tras una larga y conflictiva negociación, se consiguió aprobar este convenio colectivo. Pues bien, apenas un mes después, algunas de las empresas del sector han conseguido sendos acuerdos de inaplicación de las partidas salariales previstas en el mismo. Puede

la gestión de la crisis ha sido el incumplimiento de los convenios colectivos en vigor.

Es más, los elevados niveles de desempleo que se produjeron tras el estallido de la burbuja financiera han facilitado que las empresas hayan decidido, directamente, no cumplir con la normativa laboral a través, especialmente, de reducciones de salario o incrementos de jornadas no retribuidas. Esta hipótesis se ve ratificadas si examinados la evolución del volumen de sanciones impuestas por la Inspección de Trabajo ante incumplimientos de la normativa laboral. En concreto, el número de expedientes sancionadores iniciados por este organismo se ha incremento en un 33,09 % en el año 2015 respecto al anterior año. Este dato se hace todavía más significativo si constatamos que, desde el año 2011, en todos los años anteriores el volumen de expedientes se ha ido incrementando por encima del 30 %. El mayor número de estas actuaciones han tenido como objeto incumplimientos relacionados con la jornada de trabajo y los salarios (33,25 %), cuyo crecimiento específico superó el 50 % desde el año 2011[149]. Estos datos explican, desde nuestro punto de vista, el hecho constatado por Fernández Kranz en virtud del cual la mayor parte de la reducción salarial tras la crisis se corresponde con lo que este autor denomina «parte no-explicada» de la diferencia salarial entre 2008 y 2015 y que, por sí misma, implica la reducción de un 9,9 % de los salarios de los trabajadores tras la crisis. Este fenómeno se dispara a partir del año 2011, coincidiendo con la recuperación parcial del empleo[150].

Sólo nos queda advertir que la brecha salarial existente entre las distintas Comunidades Autónomas no ha dejado de crecer. La diferencia de la retribución media entre el País Vasco y nuestra comunidad, que sigue ocupando el cuarto peor puesto pero muy cerca del último ocupado por Extremadura, se ha incrementado considerablemente. En concreto, el salario medio de la comunidad vasca es de 2085,2 € mientras que el de Andalucía sólo asciende a 1686,4 €, lejos, además, de la media nacional que se sitúa en 1878,1 €. Evidentemente, esta situación no

verse, a título de ejemplo, las inaplicaciones aprobadas para las empresas El Arcángel Industriales Metálicas, S.L.; Empresa Ensayos y contraste de Metales preciosos de Córdoba, S.L.; y Empresa Metálica Torrero, S.L. Todas ellas aprobadas el 13 de octubre de 2017. Esta es la posición mantenida por Cruz Villalón, J., Rodríguez-Ramos Velasco, P., Gómez Gordillo, R. y Ferradans Caramés, C., «La reforma de la estructura de la negociación y su incidencia en la segmentación laboral», en Cruz Villalón, J. (dir.), El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 353.

[149] Datos obtenidos del *Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2015*, MESS, 2016.

[150] Véase Fernández Kranz, D., «Los salarios en la recuperación española», *Cuadernos de Información Económica*, nº 260, 2017, p. 7-9; y del mismo, «Ingresos salariales en España durante la crisis económica: ¿ha sido efectiva la reforma de 2012?», *Cuadernos de Información Económica*, nº 246, 2015, pp. 35 y ss.

puede explicarse a través del análisis de la negociación colectiva. Sin embargo, sí hemos podido constatar un hecho significativo. Le tendencia a la centralización de la negociación colectiva, al margen del instrumento previsto en el art. 84.2 ET, no está sirviendo para reducir dichas brechas entre comunidades. Por el contrario, hemos detectado convenios colectivos sectoriales nacionales en los que se crean tablas salariales con fuertes dobles escalas comunitarias[151].

7. BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO MELLADO, C.L., «Salarios y negociación colectiva», en AA.VV., *Estudios sobre el salario*, Bomarzo, Albacete, 2004, pp. 25 y ss.

ALZAGA RUIZ, I., «La retribución variable: especial consideración del *bonus,* la participación en beneficios y la retribución por objetivos», *RGDTSS,* nº 38, 2014.

ARAGÓN GÓMEZ, C., NIETO ROJAS, P. y PÉREZ DEL PRADO, D., «Efectos de la crisis económica en las cláusulas de incremento y salvaguarda salarial», en *Observatorio de la negociación colectiva: revisión e inaplicación de los salarios en la negociación colectiva: efectos derivados de la crisis económica,* Cinca-CCOO, Madrid, 2013, pp. 53 y ss.

ARBULÚ, J., «El Ebitda está de moda», en https://web.archive.org/web/20060409220309/http://www.udep.edu.pe/publicaciones/desdelcampus/art641.html. Consultado el 3 de noviembre de 2017.

BAYLOS GRAU, A. y CABEZA PEREIRO, J., «La lesividad de los convenios de empresa concurentes con los de sector al amparo del art. 84.2 ET», *Revista de Derecho Social,* nº 59, 2012.

BORREGO GUTIÉRREZ, M., «El papel de los convenios colectivos en la articulación de la solución a las discrepancias surgidas en los procedimientos de inaplicación del convenio colectivo», *Derecho de las relaciones laborales*, nº 3, 2016, p. 256.

CALVO GALLEGO, F.J. y GÓMEZ-ÁLVAREZ DÍAZ, M.R., *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo. Concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: El impacto de las últimas reformas legales,* Laborum, Murcia, 2017.

[151] Véase, a este respecto, el CC estatal de restauración colectiva (Resolución de 24 de febrero de 2016. BOE de 22 de marzo). Así, por ejemplo, los salarios previstos en este convenio para la categoría de jefe de recepción oscilan entre los 1595,53 € para Gipuzkoa, en tanto que en Almería sólo alcanza los 1090,59 €.

CASAS BAAMONDE, M.E., «La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa», AA.VV., *Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012,* Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 43-44.

CORREA CARRASCO, M., «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales», *R.D.S.,* nº 59, 2012, p. 37.

COSTA REYES, A., «La nueva estructura del salario en la jurisprudencia y en la negociación colectiva», *R.L.*, nº 7, 1999.

CRUCES AGUILERA, J., «El contenido de los convenios colectivos: retribuciones», en AA.VV., *El impacto de la reforma laboral de 2012 en la negociación colectiva (2013-2015),* Lefbvre, Madrid, 2016, pp. 100 y ss.

CRUZ VILLALÓN, J. (coord.), *La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva*, Madrid, MESS, 2015.

-El impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

CRUZ VILLALÓN, J., «Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011», en *XXX Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y RRLL.*, CARL, Sevilla, 2012, pp. 17-76.

DEL REY GUANTER, S. (coord.), *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del convenio colectivo tras la reforma de 2012,* Madrid, MESS, 2016.

FERNÁNDEZ KRANZ, D., «Los salarios en la recuperación española», *Cuadernos de Información Económica*, nº 260, 2017, p. 7-9.

-«Ingresos salariales en España durante la crisis económica: ¿ha sido efectiva la reforma de 2012?», *Cuadernos de Información Económica*, nº 246, 2015, pp. 35 y ss

FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., «Pobreza y reforma en la negociación colectiva», en Calvo Gallego, F.J. y Gómez-Álvarez Díaz, R. (dir.), *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo: Concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: el impacto de las últimas reformas legales*, Editorial Laborum, 2017, pp. 267-287.

FINA SANGLAS, L., GONZÁLEZ DE LENA, F. y PÉREZ INFANTES, J.I., *Negociación colectiva y salarios en España,* CES, Madrid, 2001, pp.154-155.

GARCÍA QUIÑONES, J.C., «El régimen jurídico de la retribución en el ordenamiento español: herencias y tendencias», *R.L.*, nº 1, 2013

GÓMEZ RUFIÁN, L., «El crecimiento salarial fijado en la negociación colectiva y las "derivas salariales": revisión sectorial a la luz del nuevo "índice de precios del trabajo"», *Revista Información Labora*l, nº 1, 2017.

- «La vinculación entre salarios y productividad: teoría económica y experiencias innovadoras en la negociación», *Revista Información Laboral*, nº 4, 2015, p. 10.

- «Limitaciones a la inaplicación de convenios en la negociación colectiva tras la reforma de 2012», *Revista Información Laboral*, nº 6, 2015.

- «Estimación del salario por trabajador según el "índice de precios del trabajo", *Revista de Información Laboral*, nº 10, 2017, pp. 237-277.

- «La evolución de la desigualdad salarial en España según las características personales y jurídico-laborales de los trabajadores», *Revista Información Laboral*, nº 6, 2017.

GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y ILLUECA BALLESTER, H., *El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo,* Sequitur, Madrid, 2012.

LAGO PEÑAS, M., «Análisis gráfico de la pobreza y la desigualdad salarial», *Cuadernos de acción sindical de CCOO,* 2015, pp. 7-8.

LYON-CAEN, G., *Droit du Travail,* París, Dalloz, 17ª edición, 1994.

LLOMPART BENNÀSAR, M., «Alcance de la reforma laboral en materia de salario», *T.L*., nº 122, 2013.

MERCADER UGUINA, J., «¿Qué fue del convenio colectivo de empresa?: la estructura de la negociación colectiva tras la reforma laboral», en AA.VV., *Cl*áusulas *de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Lex Nova, Madrid, 2015, pp. 83 y ss.

- «Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios colectivos», en *La reforma de la negociación colectiva,* Lex Nova, Valladolid, p. 95.

- «Retribución variable y principios del Derecho del Trabajo», *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 5, p. 201.

MOLINA MARTÍN, A., ESPÍN SAEZ, N. y NIETO ROJAS, P., «Complementos salariales por mayor trabajo realizado y complementos vinculados a resultados de la empresa», en AA.VV., *La negociación colectiva en España: un enfoque interdisciplinar,* Cinca, Madrid, 2008, p. 34.

MUÑOZ RUIZ, A.B., «Cláusulas potestativas de inaplicación del convenio colectivo de sector: flexibilidad normativa versus rigidez convencional», *Revista Información Laboral*, nº 6, 2015.

PEDRAJAS MORENO, A., PEDRAJAS QUILES, P. y SALA FRANCO, T., *La retribución flexible. Tratamientos fiscal y laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

PÉREZ INFANTE, J.I., «La crisis económica, las reformas laborales y la negociación colectiva», *Revista de Economía Labora*l, nº 13 (2), 2016, p. 126.

RODRÍGUEZ GUTIÉRREZ, C. y CANAL DOMÍNGUEZ, J.F., «Análisis de las inaplicaciones de convenios tras la reforma laboral», *Revista de Economía Laboral*, nº 13 (2), 2016, pp. 65-91.

ROLDÁN MARTÍNEZ, A., «El papel emergente de la empresa como ámbito de negociación de los salarios», en Escudero Rodríguez, R. (coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, 2012.

RUIZ CASTILLO, M.M.., «Garantía y tutela de la libertad sindical», en *30 años de la LOLS. Perspectivas y retos (XXXIV Jornadas Andaluzas de DTSS)*, CARL, Sevilla, 2015, pp. 145 y ss.

RUIZ CASTILLO, M.M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, Bomarzo, Albacete, 2013.

SEMPERE NAVARRO, A.V., «El convenio de empresa y la Audiencia Nacional», *A.S.,* Vol. 5, nº 7, 2012, pp. 15-24.

SERRANO ARGÜESO, M., «Flexibilidad salarial interna versus pobreza de los trabajadores», *D.L*., nº 111, 2017, pp. 11-112.

SOLER ARREBOLA, J.A., «Estructura salarial», en AA.VV., *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 353.

TODOLÍ SIGNES, A., «Salario y negociación colectiva: últimas tendencias», AA.VV*., Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Lex Nova, Navarra, 2015, p. 351.

VALDÉS DAL-RÉ, F., «La reforma de 2012 de la negociación colectiva: la irrazonable exacerbación de la función de gestión», *R.L.,* nº 23-24, 2012, pp. 221-257.

-*Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, MTSS, 1994.

VILA TIERNO. F., «Límites de la prioridad aplicativa del convenio colectivo», *Derecho de las RR.LL*., nº 5, 2017, pp. 450-458.

VIVERO SERRANO, J.B., CRUZ VILLALÓN, J., PÉREZ REY, J., SEPÚLVEDA GÓMEZ, M. y MORATO GARCÍA, R., «La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial», en AA.VV., *Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma de 2012*, Lefbvre-El Derecho, Madrid, 2016, pp. 97 y ss.

MODALIDADES DE CONTRATACIÓN Y EMPLEO

FRANCISCO VILA TIERNO

Prof. Titular de Dº del Trabajo y la Seguridad Social

Universidad de Málaga. Magistrado (supl.)

Tribunal Superior de Justicia de Andalucía

EXTRACTO **Palabras clave: negociación colectiva, convenios colectivos, flexibilidad laboral, contratación laboral**

La negociación colectiva se pronuncia con regularidad en materia de contratación laboral. En este sentido, la ley reserva un espacio a este desarrollo convencional. Para ello, partimos de dos formas de ordenación de contenidos: una *articulación general* y *una articulación específica por materias.* Ordenación que es fruto de las reformas laborales del último decenio en busca de flexibilidad. Y, en esta línea, aparece la prioridad aplicativa como elemento referencial. Determinar si el resultado de lo negociado ha incorporado esta tendencia flexibilizadora o la ha corregido, se presenta como un objetivo principal de este trabajo.

ABSTRACT **Keywords: collective bargaining, collective agreements, labour flexibility, hiring**

Collective bargaining is pronounced regularly on matters of labour hiring. In this sense, the law reserves a space for this conventional development. To do this, we start with two forms of organization of contents: a general articulation and a specific articulation by subjects. Ordination that is the result of labour reforms of the last decade in search of flexibility. And, in this line, the priority application appears as a referential element. It is presented as a main objective of this work the fact of determinating if the result of what negotiated has incorporated this flexibilizing tendency or corrected it.

 Recepción del original: 23.11.2017 Aceptación original: 16.12.2017

Índice

1. INTRODUCCIÓN GENERAL
2. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y MODALIDADES DE CONTRATACIÓN. REPARTO DE CONTENIDOS Y ARTICULACIÓN
3. LA RELACIÓN LEY-CONVENIO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. PUNTOS CLAVE
4. EL CONTENIDO CONCRETO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA MÁS RECIENTE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN LABORAL
   - 4.1. Generalidades y remisiones
   - 4.2. Desarrollo de tipos de contratos respecto a duración y condiciones laborales, puestos, tareas, actividades y funciones. Especial atención al fijo de obra
     - 4.2.1. *El contrato por obra o servicio determinado*
     - 4.2.2. *El contrato eventual por circunstancias de la producción*
     - 4.2.3. *Elementos comunes a los contratos temporales*
   - 4.3. Concreción del trabajo a tiempo parcial
   - 4.4. Contratos formativos
     - 4.4.1. *Contrato para la formación y el aprendizaje*
     - 4.4.2. *Contrato en prácticas*
   - 4.5. Priorización del contrato indefinido y vías de conversión. Especial referencia al fijo discontinuo
   - 4.6. Otros contenidos: bolsas de trabajo y período de prueba
     - 4.6.1. *Bolsas de trabajo*
     - 4.6.2. *Período de prueba*
5. UNA BREVE CONCLUSIÓN SOBRE LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. INTRODUCCIÓN GENERAL[1]

En un análisis del contenido de la negociación colectiva que se pretende suficientemente significativo, tres son los elementos que deben actuar como punto de partida: a) las materias a desarrollar; b) el alcance del muestreo y; c) los instrumentos a analizar. No obstante, antes de abordar, al menos de manera breve, cada uno de ellos, es preciso aludir a una característica que, aunque tiende a ser evitada, resulta en parte inevitable –parcialmente- en un trabajo de esta naturaleza: el carácter descriptivo.

En este sentido, para hacer frente a los requerimientos que plantean aquellos tres puntos iniciales de referencia debemos dar una respuesta a un interrogante preliminar: ¿qué objeto se persigue con el análisis formulado?

A estos efectos, no se quiere hacer una mera glosa o reiteración de las cláusulas convencionales que recojan cada una de las materias a tratar –evitando así su carácter meramente descriptivo-, sino que, la finalidad, consiste, en esencia, en comprobar el grado de evolución y desarrollo de tales materias en el seno de

[1] Debe advertirse que la presente introducción general es común para las tres ponencias que integran el apartado del Programa bajo el título "Contenidos de la negociación en el nuevo contexto laboral" y que han sido asumidos, además de por quién suscribe, por los profesores Escribano y De la Flor.

la negociación colectiva con el marco normativo vigente y producto, fundamentalmente, de la reforma laboral del año 2012.

Desde tal premisa, podemos afrontar la relación de los reiterados elementos, si bien, para una explicación más coherente y ordenada debemos comenzar con el último de ellos, esto es, determinar los instrumentos a analizar.

En este punto, lo más importante es una remisión a otro apartado de esta obra, el que se refiere concretamente a la estructura de la negociación colectiva, puesto que ésta resulta determinante a la hora de especificar los contenidos de la misma. De manera más concreta o como conclusión de lo anterior: no podemos saber cuál es el contenido de la negociación colectiva si no sabemos cuáles son los instrumentos o frutos que conforman su estructura. A partir de ahí, será posible centrar el objeto del presente análisis.

Pero al señalar la estructura no basta con relacionar los diferentes productos de la negociación colectiva, sino que es necesario estudiar cómo se relacionan o articulan entre sí y respecto a la ley. Sea como sea, esta es una cuestión ya abordada y que resulta instrumental para enfocar el estudio del contenido de aquella, pero que, sin embargo, resulta determinante, porque, como hemos afirmado, nos sitúa ante uno de los elementos de partida.

De este modo, habremos de recurrir a las ya clásicas teorías de relación entre normas laborales, y retomar, la clasificación entre exclusión, suplementariedad, complementariedad y supletoriedad[2]. Y lo que vienen haciendo las sucesivas reformas laborales es, en aras de la tan cacareada flexibilidad[3], es potenciar la aplicación de la última –supletoridad- respecto de lo regulado en ámbitos inferiores frente a superiores. Esto es, se tratan de romper barreras que han significado un umbral mínimo inderogable para estrados más reducidos, dejando totalmente en manos de las partes negociadoras su regulación. Y ello se consigue a través de tres vías: mediante la reconfiguración de las reglas de articulación y concurrencia generales (art. 84 ET y sus excepciones), fijando reglas de concurrencia específica para materias concretas (v.gr. tiempo de trabajo en el art. 34 ET) y estableciendo mecanismos de revisión o sucesión de convenios que se postulan como dinamizadores del sistema[4].

[2] Vid. el ya clásico Martín Valverde, A. "Estructura y proceso de la negociación colectiva", Economía y sociología del trabajo, nº 18, 1992.

[3] V.gr. Preciado Domènech, C.H. "La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012, de 6 de julio", Temas Laborales núm. 118/2013. Pág. 14. Vid. tb. Vila Tierno, F. "La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales: del RDL. 7/2011 a la Ley 3/2012, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN-e 1696-9626, Nº. 33, 2013.

[4] Vid. de manera global el alcance de la reforma en Rodríguez Piñero, m.; Valdés Dal-Ré, F.

Recordemos, a tal fin, que la reforma laboral de 2012 nos sitúa ante el siguiente panorama respecto a la articulación y concurrencia[5]:

A.- Regla general de no afección art. 84 ET: vigente un convenio colectivo no podrá ser afectado por otro de ámbito distinto[6].

B.- Excepciones a la regla general de concurrencia del art. 84 ET (que se declara supletoria):

- Art. 83.2: Acuerdo Marco o convenio colectivo sectorial. Pueden fijar estructura de negociación colectiva y reglas para resolver concurrencia de convenios

- Art. 84.2: Convenio de empresa (o grupo de empresas), que pueden negociarse en todo momento, aún vigente el convenio sectorial, tiene prioridad aplicativa (no modificable por acuerdos 83.2) para determinadas materias:

- Cuantía Salario Base y complementos salariales

- Abono o compensación horas extra y retribución específica de trabajo a turnos

- Horario y distribución de tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos y planificación anual de vacaciones

- Adaptación a empresa del sistema de clasificación profesional

- Adaptación a empresa de modalidades de contratación

- Conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

- Más lo previsto en acuerdo 83.2 ET que puede añadir

- Art. 84.3 y 4: Convenio de ámbito de CC.AA.

- Puede afectar a uno estatal

- Quorum cualificado

- Reserva de materias:

-Período de prueba

-Modalidades de contratación

y Casas Baamonde, M.E. "La nueva reforma Laboral", Relaciones Laborales, nº 5, 2012.

[5] Vid. Gorelli Hernández, J. "Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, IUSTEL, nº 28, 2012, págs. 24 y ss.

[6] Mercader Uguina, J. "Art. 84. Concurrencia" en AA.VV. (Cruz Villalón, J.; García-Perrote Escartín, I.; Goerlich Peset, J. M., direcc), Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Lex Nova, Valladolid, 2012 (2ª edic).

-Clasificación profesional

-Jornada máxima anual de trabajo

-Régimen disciplinario

-PRL (normas mínimas)

-Movilidad geográfica

-Salvo lo dispuesto por acuerdo art. 83.2

- Art. 41.6 ET: Modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo estatutario: remisión al Art. 82.3 ET: Descuelgue convencional. Precepto que incluye entre sus materias: a) Jornada de trabajo; b) Horario y 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 artículo 39; g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Pero, en cualquier caso, ya hemos advertido que existen una serie de reglas específicas de concurrencia para materias concretas. Esto es, mientras que las anteriormente citadas –generales- disponen cómo será el reparto de contenidos entre convenios y, en su caso, como se configura la remisión legal de materias a la negociación colectiva –esto es, a que convenios atribuye la regulación de materias-, en las segundas –específicas- se establecen formas distintas de relación que se apartan de aquella regulación genérica y que suponen establecer, esencialmente, otras fórmulas de relación entre normas laborales atendiendo a los modelos teóricos enunciados –exclusión, suplementariedad, supletoriedad, complementariedad-.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando se ordena la duración del contrato eventual -art. 15.1b) ET-. En el que se atribuye la posibilidad de modificación, en términos de suplementariedad, exclusivamente a los convenios colectivos sectoriales y con preferencia al que tenga ámbito superior -eliminando, por consiguiente, la prevalencia del convenio de empresa en esta materia-.

Esta configuración de las distintas relaciones ley-convenio obliga, necesariamente, a estudiar, de manera particularizada y respecto a las materias objeto de análisis, los preceptos estatutarios que disponen la referida articulación específica remitiendo a la regulación por convenio colectivo. Y, consecuencia de lo anterior, rastrear estos contenidos en la regulación convencional a la que se haya remitido la ley.

No obstante, ello nos sitúa ante otro horizonte. Pongamos por caso, la referencia del art. 34.2 ET (tiempo de trabajo) al acuerdo de empresa. Si se enfoca de

otro modo o a la inversa, habremos de llegar a la siguiente reflexión: tal acuerdo de empresa, como fruto de la negociación colectiva –que incluye, ciertamente todos los acuerdos entre empleador y representantes de los trabajadores- puede regular, de igual manera, materias específicas, si bien, como es sabido, no hay una concreción mínima del acuerdo de empresa, salvo cuando, como acuerdo de reorganización productiva, se regula, v.gr., en el marco del art. 41 o 51 ET. Lo importante es que aquellos acuerdos constituyen parte de esa negociación colectiva de la que se analiza su contenido.

Por último, respecto a las posibilidades de la negociación colectiva y enlazando con lo anterior, las llamadas a los acuerdos se amplían y son una realidad central en este diseño de flexibilidad negociada cuando se establece la posibilidad de llevar a cabo un descuelgue convencional o un acuerdo que indique el régimen de ultraactividad del convenio. Tanto en uno como en otro, se pueden abordar una serie de materias que, obviamente, puede diferir de su regulación inicial del convenio del que parten, estableciendo, de este modo, una nueva frontera en los contenidos de la negociación colectiva.

Todo ello tiene una razón de ser y que no es otra que la de incrementar la flexibilidad interna[7]. Una flexibilidad interna negociada que quiere dejar en manos de las partes la regulación de aquellas materias, por vía convencional, que supongan una mayor adaptabilidad a las necesidades del mercado[8]. Sin embargo, dicha flexibilidad no tiene un perfil único, sino que se presenta de diferentes modos y que se apoya en la utilización de diferentes medios para alcanzar sus fines. De esta manera, lo que pretende articular es un amplio entramado de frutos de la negociación con el objeto de situar la regulación de cada materia en ámbitos cada vez más reducidos. Concluir si tal intención del legislador se ha conseguido o no, solo es posible sobre la comprobación in situ de la actuación de los agentes sociales en el marco de su autonomía colectiva.

Nos encontramos así con muy diversos instrumentos que pueden conformar el contenido de la negociación colectiva en una materia específica. Tanto de carácter estatutario, como extraestatutario. Desde los Acuerdos Marco y Acuerdos sobre materias concretas, pasando por los convenios de sector y la prioridad de los convenios de empresa, los acuerdos en el marco del descuelgue convencional o los específicos de adaptación para determinadas materias en el caso de ultraactividad o, los acuerdos de empresa en términos generales, e incluyendo,

[7] Valdés Dal-Ré, F. "Hacia un derecho común de la flexibilidad interna", Relaciones Laborales, nº 18, Octubre 2012, Tomo II, Editorial La Ley.

[8] Vila Tierno, F. "La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales: del RDL. 7/2011 a la Ley 3/2012, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ISSN-e 1696-9626, Nº. 33, 2013.

además, los Acuerdos y Pactos cuyos destinatarios son los funcionarios públicos o aquellos de naturaleza mixta aplicables a los empleados públicos en régimen laboral o funcionarial.

Ello nos sitúa ante un horizonte inabarcable e incluso inaccesible por la falta de obligatoriedad, en algunos casos, de una tramitación formal y, por tanto, de registro, de alguno de ellos, lo que los coloca fuera del alcance general. Siendo así conscientes que, de acuerdo a lo ya establecido respecto a la estructura de la negociación colectiva, los márgenes de la misma son extremadamente amplios, resulta conveniente si se quiere analizar el contenido de la negociación colectiva, fijarse unos parámetros de referencia. En este orden, debemos tener presente que en gran cantidad de ocasiones los negociadores, por parte de los trabajadores, son los mismos, o mejor dicho, se integran en las mismas organizaciones sindicales que marcan pautas comunes a la negociación.

Así, por tanto, una finalidad del examen de la negociación colectiva será determinar la existencia de tendencias o líneas de actuación y sus salvedades, si aquellas existen, pero, fundamentalmente si, vía negocial, se ha asumido, o no, la apuesta por la flexibilidad del legislador.

A tal fin, la metodología utilizada será la de realizar un muestreo amplio, en una selección de sectores de actividad muy significativos en cuanto al volumen de ocupación, de manera vertical, de modo que partiendo del ámbito estatal, se compruebe el contenido de Acuerdos Marcos o de materias concretas, convenios estatales o interprovinciales, de comunidad autónoma, provinciales y, si se ha regulado a nivel de empresa con la prioridad aplicativa en determinadas materias. Pero además, se comprobará si en tales instrumentos se ha incluido, de algún modo, la articulación específica que el ET dispone para materias concretas.

Delimitado, por tanto, el objeto de la muestra, las materias asumidas son, sin duda, tres que permiten realizar el análisis en los términos planteados: modalidades de contratación y empleo, tiempo de trabajo y salario. Materias que se repiten tanto en diversas figuras de flexibilidad general –descuelgue, prioridad aplicativa del convenio de empresa-, como específica –v.gr. fijación de la estructura del salario-.

Consecuencia del análisis anterior, será posible concluir si la reforma laboral del año 2012 ha sido –o no- llevada a cabo con éxito y se ha reflejado realmente en el contenido negocial, pero, al tiempo, dibujar las líneas maestras de determinadas condiciones laborales de carácter sustancial para el trabajador de acuerdo con la práctica negocial.

A ello dedicaremos los siguientes epígrafes.

2. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y MODALIDADES DE CONTRATACIÓN. REPARTO DE CONTENIDOS Y ARTICULACIÓN

Cuando se aborda el tema de la contratación laboral, y a la espera de la evolución normativa que se avecina como consecuencia de la cada vez más intensa y relevante jurisprudencia comunitaria, aparecen, casi de manera absoluta, todas las expresiones del concepto de flexibilidad.

Y es que, en primer término, la existencia o introducción de mecanismos ágiles de contratación, se entiende, facilita el acceso al mercado de trabajo, por lo que, de un lado, nos referimos a la flexibilidad de entrada.

En un segundo término, esta flexibilidad de entrada, se encuentra íntimamente relacionada con la flexibilidad interna, puesto que se pretende que las empresas, el mercado en general, adapte las referidas modalidades contractuales a sus necesidades más concretas. Esto es, volvemos al concepto de adaptabilidad. Se consolida así una relación que se retroalimenta entre ambos tipos de flexibilidad –que son dos caras de una misma realidad- puesto que a mayor adaptación a las necesidades de la empresa mediante una regulación convencional ad hoc, mayores serán las posibilidades de generar empleo, siempre y cuando las fórmulas contractuales sean suficientemente flexibles para incorporar ese reiterado grado de adaptabilidad y, en suma, sean capaces de admitir la posibilidad de someter su regulación a escenarios de negociación colectiva de un ámbito reducido. De este modo, encontramos una ordenación flexible de la relación ley-convenio que, en esta materia, deja en manos de los negociadores cerrar determinados aspectos concretos sobre contratación laboral.

Por último, enlazamos con la flexibilidad de salida. En este punto, dos son las líneas que pueden explorarse. De un lado, la posible utilización de modalidades de contratación temporal que admite una salida de personal más fluida y fácil para el entorno empresarial y, de otra, la posible introducción de trabas o barreras, bien sea a la utilización de la misma contratación temporal, bien sea a la facilitación de la extinción mediante el establecimiento de gravámenes o garantías adicionales para los trabajadores.

Sea cuál sea el tipo de flexibilidad al que nos referimos, dos son las cuestiones esenciales que deben resolverse. Así, por una parte, es preciso indicar cuál es el grado de flexibilidad que han introducido las sucesivas reformas laborales y, en particular, la última de ellas y, por otra, que actitud ha adoptado la negociación colectiva en esta materia: ¿ha incidido en la flexibilidad o ha apostado por revertir la misma mediante el establecimiento de una ordenación garantista o en pos del "trabajo decente"?

La crisis económica, acompañada, en primera persona, por la crisis de empleo, ha llevado a ésta a niveles inasumibles por una economía de libre merca-

do. Precisamente la ley de la oferta y la demanda, en un contexto de desempleo generalizado, ha supuesto una evolución a la baja de las condiciones labores y, en este marco, es cuando la legislación puede incidir o favorecer esta rebaja de garantías o, por el contrario, establecer mínimos inderogables recordando aquello que fue el carácter tuitivo del Derecho del Trabajo[9].

Así, como hemos afirmado, las reformas labores sucesivas, con la formulación de una legislación de urgencia, han optado por primar el fomento de la ocupación –otra cosa es que se consiga- a costa de introducir incentivos legales –al margen de los económicos- cuyo principal elemento caracterizador es, como se ha dicho, la adaptabilidad a las necesidades empresariales y, para ello, lo que se ha planteado ha sido que los mismos sujetos que intervienen en las relaciones labores, los mismos protagonistas y, especialmente en el ámbito de la empresa, determinen los rasgos que deben definir la contratación atendiendo a la situación concreta de cada unidad de negociación.

Pero ¿qué han hecho tales negociadores? De las estadísticas oficiales se puede desprender una rebaja en la calidad del empleo, con una reducción de los niveles salariales o de una mayor temporalidad. Las organizaciones sindicales y parte sustancial de la doctrina científica apunta a la incidencia de la reforma laboral del año 2012 en esta tendencia, pero, más allá de señalar esta consecuencia de la acción legislativa ¿ha contribuido la negociación colectiva a ello o se ha utilizado, por el contrario, como mecanismo corrector frente a la reducción de derechos sociales? Y no es baladí esta reflexión, por cuanto que, si se quiere apostar por la calidad en el empleo, ésta debe comenzar a ser garantizada a través de mecanismos negociales, sin que ello suponga una aceptación de la consolidación de la legislación reformista que atendió a una necesidad concreta y coyuntural de carácter económico, pero sin obviar la responsabilidad que los agentes sociales tienen en este campo.

El análisis, por tanto, del contenido de la negociación colectiva resulta esencial, pero no solo para ver la tendencia o los perfiles que ha adoptado la contratación laboral en el seno de la misma, sino para precisar las actuaciones de los negociadores en este ámbito y apuntar, si cabe, nuevas posibilidades al respecto. Pero también para corroborar si la reforma laboral tiene el efecto que se ha señalado y, al tiempo, proponer modificaciones legislativas que corrijan disfunciones, problemas, lagunas o consecuencias indeseadas respecto a los umbrales mínimos en los que debamos situar al denominado "trabajo decente".

[9] Sobre este particular y la evolución más reciente del Derecho del Trabajo y de la protección del trabajo decente, vid. la extraordinaria obra *La Metamorfosis del Derecho del Trabajo* de Monereo Pérez, J.L. Historia y Cultura del Trabajo, Bomarzo, 2017, catalogado como el mejor libro de Derecho laboral del año 2017 (todojuristas.com).

3. LA RELACIÓN LEY-CONVENIO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN. PUNTOS CLAVE

Con carácter previo, en la introducción general, se han presentado dos escenarios posibles que ahora deben reproducirse. Una articulación general y una específica[10].

Respecto a la primera, recuérdese que la regla general del art. 84 ET dispone que, en caso de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, se aplicará el primero en el tiempo –prior in tempore, potior in iure-. De esta forma, si un convenio colectivo entra a regular en materia de contratación o empleo –o cualquier otra-, excluye que otro, con posterioridad -y que de alguna manera pueda invadir el ámbito ya ocupado-, entre a regular esa misma materia. Ello nos lleva, necesariamente, a una primera pregunta: ¿qué pueden regular los convenios colectivos al respecto? Pregunta cuya respuesta se contesta mediante la referencia a la articulación específica a la que ya nos hemos referido y que nosotros vamos a situar –para acotar el debate- en el marco de las remisiones que los arts. 11, 12, 14 y 15 ET, realizan respecto de los contratos formativos y de duración determinada, a la negociación colectiva. Pero no únicamente, por cuento que, bien es cierto que los propios convenios colectivos pueden introducir cláusulas o compromisos de empleo y, en este orden, apuestas por la contratación estable.

De lo anterior puede deducirse, por tanto, que cuando un convenio colectivo dispone una regulación sobre contratación, en los márgenes legales que el legislador le ha concedido, queda excluida cualquier otra posterior durante su período de vigencia como consecuencia de la prohibición de concurrencia. De este modo, lo que interesaría, en tal caso, sería ver a qué tipo de convenio se remite la norma legal –sector, sector estatal, empresa…- y estudiar el modo en el que allí se ha configurado los extremos de la contratación que entran en su ámbito de regulación.

Ello nos situaría ante un escenario plano, complejo respecto a la variedad de instrumentos, pero abarcable por su falta de dinamismo. Bastaría con realizar un recorrido desde una mayor extensión y alcance del convenio hacia ámbitos más reducidos, de manera que fuéramos seleccionando aquellos más antiguos en el tiempo.

Y, de nuevo, se abren dos vías: bien las excepciones a la regla general comentada, bien, las remisiones legales en materia de contratación laboral.

En relación a estas últimas, es posible elaborar el siguiente cuadro general (que pretende ser bastante exhaustivo respecto de lo contemplado en el ET):

[10] Vid. con detalle al respecto: Vila Tierno, F. *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa*, Editorial Comares, 2017.

Tipo de contrato	Remisión	Tipo de convenio	Referencia normativa
Contrato en prácticas	Determinar puestos de trabajo o grupos profesionales objeto de este contrato (adecuados) Complementariedad	Sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior	11.1 a)
	Duración del contrato (con límites de seis meses a dos años) Suplementariedad		11.1 b)
	Duración del período de prueba (en defecto de convenio 1 mes) Supletoriedad	Convenio colectivo en general	11.1 d)
	Retribución (en su defecto se fijan límites) Supletoriedad		11.1 e)
Contrato para la formación y el aprendizaje	Duración del contrato (con topes legales) Suplementariedad	Convenio colectivo en general	11.2 b)
	Experiencia profesional (suplementariredad)	No se especifica[1]	11.2 c)
	Actividad a desarrollar	No se especifica[2]	11.2 d)
	Tiempo de trabajo efectivo Doble posibilidad: márgenes superiores inderogables (suplementariedad) que admite, por tanto, regulación convencional hasta ese tope, en relación a la jornada fijada en convenio colectivo	Convenio colectivo general	11.2 f)
	Salario (suplementariedad)	Convenio colectivo general	11.2 g)
Contrato a tiempo parcial	Trabajador comparable (fijación de jornada a tiempo completo) Complementariedad	Convenio colectivo general	12.1
	Modo de distribución de jornada	Convenio colectivo general	12.4 a)
	Interrupción de la jornada laboral (supletoriedad)	Convenio colectivo general	12.4 b)
	Reconocimiento proporcional de derechos (complementariedad)	Convenio colectivo general	12.4 d)
	Conversión en tiempo parcial o viceversa (complementariedad)	Convenio colectivo general	12.4. e)
	Acceso a formación profesional para el empleo (complementariedad)	Convenio colectivo general	12.4 e)
	Topes de horas complementarias respetando los topes legales -30/60%- (suplementariedad) 15/30% (suplementariedad)	Convenio colectivo general	12.5 c) y g)
	Preaviso para la realización de horas complementarias (supletoriedad)	Convenio colectivo general	12.5 d)
Contrato de relevo	Fomento de la contratación (complementariedad)	Convenio colectivo general	12.7 e)

Período de Prueba	Duración Supletoriedad Para empresas con menos de 25 trabajadores- Suplementariedad Contratos < 6 meses (supletoriedad)	Convenio colectivo general	14.1
Obra o servicio	Duración (suplementariedad)	Convenios sectoriales estales o de ámbito inferior	15.1 a)
	Tareas o trabajos con sustantividad (complementariedad)	Convenios sectoriales estales o de ámbito inferior, incluidos los de empresa	15.1 a)
Eventual	Duración y período de referencia (suplementariedad)	Convenios sectoriales estales o de ámbito inferior	15.1 b)
	Actividades a desarrollar (complementariedad)	Convenio colectivo en general	15.1 b)
	Porcentaje de plantilla eventual (complementariedad)	Convenio colectivo en general	15.1 b)
Conversión en indefinidos	Subrogación, incluye la convencional	Vid. art. 44 ET	15.5
Contratación temporal	Reconocimiento de derechos. Proporcionalidad Mismos términos si es por antig.	Convenio colectivo en general	15.6
	Comunicación de existencia de vacantes indefinidos (complementariedad)	Convenio colectivo en general	15.7
	Criterios objetivos de transformación en indefinidos (complementariedad)		
	Vías de acceso a formación profesional (complementariedad)		
Fijos-discontinuos	Forma y orden de llamada (complementariedad)	Convenio colectivo en general	16.2
	Posibilidad de celebración a tiempo parcial (complementariedad)	Convenio colectivo de ámbito sectorial	16.4
	Conversión de temporales en fijos discontinuos (complementariedad)		

[1] No se remite a ningún tipo de convenio, pero se fija un tope absoluto que debemos entender como margen absoluto, dentro del cual, la negociación colectiva puede fijar un tope distinto.

[2] No se remite a ningún tipo de convenio, pero se determina que la actividad a desarrollar debe estar relacionada con la formación. De este modo, la negociación colectiva puede establecer aquellas tareas, actividades o puestos que son susceptibles de incluirse en este tipo de contrato.

Y ello al margen de otras posibilidades no relacionadas en el ET como el contrato indefinido de apoyo a emprendedores.

En términos generales puede decirse que la norma legal concede un amplio margen de acción a la negociación colectiva, cuestión distinta es que ésta aproveche todo el espacio que se le concede. Además, no tiene porqué limitarse a las remisiones explícitas, sino que otros extremos que no han sido expresamente abordadas en la ley podrían ser directamente abordadas por la normativa convencional. Otra cosa es que lo hagan –objeto de concreción por este estudio-.

Así, de este modo, podemos establecer cuatro grandes grupos de medidas a adoptar:

- determinación de puestos, tareas, actividades o funciones a desarrollar;
- duración y condiciones retributivas del contrato;
- concreción del trabajo a tiempo parcial;
- vías de conversión del contrato en indefinido o acceso a la formación.

Retomando, no obstante, aquella articulación general a la que anteriormente nos hemos referido, las excepciones a la regla general del art. 84 ET -una vez que hemos visto el margen de actuación de los convenios colectivos en relación a esta materia-, la más significativa o relevante –en cuanto a su utilización- es la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Esto es, como es sabido, se abandona el criterio cronológico y se acoge el de especificidad, otorgando siempre prevalencia al de ámbito de empresa por encima de cualquier otro. Se trata de una preferencia absoluta, blindada por la ley frente a cualquier otro instrumento negocial, que rompe con la garantía que en tiempos anteriores a la reforma laboral de 2012 suponían los convenios sectoriales ya negociados, en cuanto barreras infranqueables para los de empresa negociados con posterioridad, por la aplicación del criterio del primero en el tiempo.

Hoy por hoy, dicho umbral ha desaparecido, de manera que prima el de empresa, pero únicamente el de empresa –no los de ámbito inferior- y en los términos exactos que establece el legislador[11], esto es, exclusivamente respecto a las materias del art. 84.2 ET[12], entre las que se encuentra "e) La adaptación de los

[11] STS 4385/2016, de 22 de septiembre de 2016 (Id Cendoj: 28079140012016100710).

[12] Ojeda Avilés, A. "El convenio colectivo de empresa prioritario", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 34 (2013), págs. 496 y ss; Valdés Dal-Ré, F. "La reforma de la negociación colectiva de 2012", Relaciones Laborales, n. 23, 2012, (versión on line); Aragón Gómez, C. "La prioridad aplicativa del convenio de empresa tras el RD-Ley 3/2012. Primeros problemas de aplicación práctica del artículo 84.2 ET". SAN 10 septiembre 2012 (AS 2012, 2514)", Revista Doctrinal Aranzadi Social, paraf.num.87/201311/2013 parte Presentación, Editorial Aran-

aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa".

El precepto, no obstante, es confuso, porque, ¿a qué se limita? ¿a establecer tal prioridad de manera exclusiva a aquellos aspectos que la ley remita expresa y exclusivamente a los convenios de empresa? Dicho de otro modo, cuando la remisión no sea explícita para el convenio de este ámbito –por ejemplo, un reenvío a los convenios colectivos en general- ¿no se sigue reconociendo dicha prevalencia? En cualquier caso, el mismo art. 84.2 ET se abre a nuevos horizontes en el mismo marco de la negociación colectiva, por cuanto que, se posibilita un mayor alcance de materias vía acuerdos o convenios ex art. 83.2 ET.

Sea como sea, ello obliga a situar a los convenios colectivos de empresa en el centro del sistema o, al menos, en un primer nivel de análisis, puesto que si tuvieran una regulación diferenciada respecto al convenio colectivo sectorial primaría aquél frente a éste –bien porque fuera primero en el tiempo por la regla del art. 84.1 ET, bien por la prioridad aplicativa de la regla del art. 84.2 ET respecto a materias como modalidades de contratación-.

En un segundo orden, el art. 82.3 ET regula lo que se ha venido denominado descuelgue convencional. Y que no es otra cosa que la posibilidad de inaplicar el convenio colectivo cuando concurra una causa económica, técnica, organizativa o de producción. En tal caso, mediante un acuerdo de empresa –más exactamente de reorganización productiva, y según los trámites y requisitos establecidos en el art. 41.4 ET, se puede reformular, al menos temporalmente –coincidiendo con la causa que motiva su utilización, si bien no con carácter indefinido- una materia de las que expresamente se incluyen en el listado del precepto citado, sin que entre ellas se incluya referencia alguna a la contratación laboral. Como quiera que el listado es taxativo, no podría, por esta vía, articularse una regulación en paralelo a lo previsto en el convenio colectivo que resulte aplicable a un ámbito concreto. Pero ello no excluye, sin embargo, que aspectos no previstos o regulados en el convenio colectivo y no sometidos a reserva convencional, puedan ser expresamente negociados e incluidos en un acuerdo de empresa con la libertad negocial que tiene esta figura.

Por último, hemos de hacer referencia dos posibilidades distintas: a) la relación entre convenios colectivos de ámbito estatal y autonómico –con indicaciones concretas respecto a contratación laboral- y; b) la posible regulación a través de los acuerdos marco, sobre materias concretas, o convenios colectivos del art. 82.2 y 3 ET.

zadi, S.A.U., Cizur Menor (edición on line BIB 2013\437). Vid. tb. Sempere Navarro, A.V. "El convenio de empresa y la Audiencia Nacional", Revista Doctrinal Aranzadi Social num.7/2012 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2012 (versión on line BIB 2012\3077).

Respecto a éstos últimos, únicamente señalar que la libertad que tienen los negociadores para determinar su contenido y dada la función de los mismos, es posible establecer reglas que, en materia de contratación, establezca las prioridades y forma de regulación en los diferentes niveles de negociación, por lo que, por ejemplo, se podía reservar la negociación de esta materia a un ámbito determinado o, atribuir la prevalencia a otro distinto. Es significativo, por tanto, establecer si, por esta vía, se han producido diferentes niveles de descentralización o se han reducido las posibilidades de adaptación, teniendo presente, no obstante, que no pueden alterar lo previsto respecto a la prevalencia de los convenios colectivos de empresa, pero sí en cuanto a la regla general del ar. 84.1 o de su excepción del art. 84.3 y 4 ET.

Y, precisamente respecto a ésta, como vía para posibilitar una relación entre convenios colectivos estatales y autonómicos, resulta importante destacar como se establece una reserva de materias para los primeros, entre, ellas, de la regulación relativa al período de prueba y a las modalidades de contratación.

4. EL CONTENIDO CONCRETO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA MÁS RECIENTE EN MATERIA DE CONTRATACIÓN LABORAL[13]

4.1. Generalidades y remisiones

Una primera mirada al contenido de la negociación colectiva en relación a contratación laboral, nos lleva a afirmar que, en términos generales, poco establecen, como novedoso o diferencial, los convenios colectivos respecto a esta materia. Independientemente de que nos refiramos al convenio de sector o al de empresa -teniendo presente su prioridad aplicativa-. En este sentido, podríamos decir que no existe, por lo común, un desarrollo que se aparte, sustancialmente, de lo dispone la ley, ni siquiera, en muchos casos, cuando es ésta la que remite a la propia negociación para completar determinados aspectos. Pero, de igual modo, tampoco el convenio de empresa suele incluir una regulación diferente a la del convenio colectivo sectorial (ni mucho menos distinta de la ley). Ello no quiere decir, sin embargo, que no exista una ordenación convencional de la contratación laboral para su ámbito de aplicación, sino que el contenido de la misma, no por ser extenso –en su caso- coincide con el hecho de que sea novedoso –que no lo es en su mayor parte-.

[13] No se incluye el contrato de interinidad porque la negociación colectiva es absolutamente plana respecto a este contrato, sin señalar absolutamente nada que no esté previsto en la normativa vigente.

Sea como fuere, en cualquier caso, aunque el convenio colectivo se limite a reiterar lo que dice la ley, no debe desdeñarse la función pedagógica y de utilidad práctica que tiene esto para el trabajador que, de este modo, no debe enfrentarse a la dispersión normativa, teniendo como referencia fundamental, en tal caso, la norma que le resulta más cercana. Y, en particular respecto a determinados aspectos de relevancia en la relación laboral. Entre ellos, los relativos a la contratación y el empleo. Pero, ciertamente, la relación de materias tratadas puede ser muy amplia, de dónde se deriva la necesidad de acotar el estudio. Esto no significa, sin embargo, excluir temas concretos, sino centrarse en aquellos elementos que, por su ordenación convencional distinta de la ley, merezca un tratamiento particularizado, mientras que, para el resto, nos haremos eco de su reiteración normativa, si es el caso.

Retomando la idea de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, ésta debe ser la primera opción de consulta y análisis. Y recuérdese, en esta línea, las dudas que ya se han manifestado sobre el alcance de tal prioridad por el art. 84.2 ET[14]. Así, por ejemplo, y antes de comenzar directamente con el contenido sobre contratación, es conveniente aludir a determinadas previsiones convencionales sobre las que podrían existir dudas de legalidad. En este orden puede citarse la prioridad absoluta, frente a cualquier convenio y cualquier materia, más allá del art. 84.2 ET que contempla algún convenio colectivo[15] que llega incluso a plantear la inaplicación de cualquier condición que ya estuviera vigente en otro convenio aplicable hasta la entrada en vigor del mismo -*"Altura, Drenajes y Contenciones, S.L."* (BOP Jaén 26/10/2016)[16] o, en los mismos términos *Ursula Consulting,*

[14] Merino Segovia, A. "La reforma de la negociación colectiva en el RDL. 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos", Revista de Derecho Social, nº 57, 2012, págs. 249 y ss; Mercader Uguina, J. "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad" en Reforma Laboral 2012, Lex Nova, 2012, págs. 363 y ss. Cabeza Pereiro, J. "La lesividad de los convenios de empresa concurrentes con los de sector al amparo del art. 84.2 ET", Revista de Derecho Social, nº 59, 2012; Perán Quesada, S. "La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa y sus efectos sobre la estructura de la negociación colectiva", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 33 (2013) pág. 137. Val Tena, A.L. "La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio", Foro, Nueva época, vol. 17, núm. 2 (2014): 437-478 ISSN: 1698-5583, págs. 437-478, especialmente desde pág. 462 y ss. Sempere Navarro, A.V. "El convenio de empresa y la Audiencia Nacional", Revista Doctrinal Aranzadi Social num.7/2012 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2012 (versión on line BIB 2012\3077).

[15] Por entender que es mejor para los trabajadores: Supermercados del Grupo Eroski (BOE 30/5/2013).

[16] Art. 4: "El presente Convenio no podrá ser afectado por otro Convenio de ámbito superior o inferior, que pudiere ser de aplicación a los trabajadores de la Empresa Altura Drenajes Y Contenciones, S.L., teniendo prioridad aplicativa lo pactado en el presente Convenio sobre cualquier otro, especialmente en aquellas materias aludidas en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores.

S.L.U (BOP Jaén 25/10/2016), de dónde se deduce que la coincidencia de ámbito geográfico, funcional y fechas no es casual, sino con identidad de negociadores y plataformas, sino fuera por el hecho de que se reproduce en los mismos términos, por ejemplo, CC de la *Empresa Francisco Salguero, S.L.* con sus trabajadores (BOP Cádiz 22 de marzo de 2016)-. Como tampoco cabe resaltar el carácter prioritario y preferente del convenio de empresa para regular las relaciones laborales con sus trabajadores, declarando supletorio al sectorial, puesto que ello no es posible respecto a todas las materias. Y sin embargo, aparecen convenios con esta formulación[17].

Debemos entender, no obstante, que un convenio colectivo no tiene una libertad absoluta para determinar su contenido y alcance más allá de los parámetros legales y que, para ello, se fijan las normas de articulación y concurrencia de convenios colectivos. En este sentido, el art. 84.2 ET es taxativo al establecer la prioridad aplicativa respecto al listado de materias enumeradas, únicamente ampliable por un convenio colectivo o acuerdo marco al amparo de lo previsto en el art. 83.2 ET. En cualquier otra circunstancia regiría la aplicación de la regla general de concurrencia del 84.1 ET, por lo que para las materias no contempladas en el reiterado art. 84.2 ET o ampliadas por el también citado art. 83.2 ET, rige la sobradamente conocida *prior in tempore, potior in iure*.

Si ello lo llevamos a un plano absolutamente práctico supondría la inaplicación de una clausula convencional que estableciera de manera indistinta y general una aplicación preferente del convenio de empresa, aun por encima de aquello que se hubiera establecido a nivel sectorial con carácter previo. No en el caso en el que se articulara de un modo adecuado las relaciones entre el convenio sectorial y de empresa en torno al art. 84.2 ET y de acuerdo a lo indicado en el párrafo

Las condiciones laborales pactadas en el presente Convenio sustituyen a las condiciones laborales que estaban vigentes para los trabajadores de la Empresa Altura Drenajes Y Contenciones, S. L., hasta la fecha de inicio de la aplicación del presente Convenio, fijada en el artículo 2 del presente Convenio Colectivo de ámbito empresarial, quedando sin efecto las mismas a partir de dicha fecha. No serán de aplicación a los trabajadores afectados por el presente Convenio otras condiciones laborales y económicas que no sean las previstas en el mismo, y que estuvieren vigentes hasta la fecha de inicio de la aplicación del presente Convenio por estar fijadas por el Convenio de aplicación hasta el momento del inicio de la aplicación del presente Convenio, sean tanto beneficiosas como perjudiciales para el personal laboral afectado por el presente Convenio. Si por denuncia expresa entre las partes firmantes o por impugnación de dicho Convenio fuera cual fuese el motivo este perdiera su efecto aplicativo y vigencia, a los trabajadores se les aplicara en ese mismo momento las condiciones que anteriormente a la firma del presente Convenio venían aplicándose". En los mismos términos otros convenios colectivos citados.

[17] Restaurantes Temáticos del Sur, Sociedad Limitada (Málaga 10/11/2015). De igual modo es tampoco es válida la regulación que sitúa como supletorio al convenio de sector en lo no previsto en el de empresa: Rocla Restauración, SLU. (Málaga 26/10/2015).

precedente[18]. Y posibilitaría que, aunque no sea necesario, el convenio de sector pudiera aclarar el correcto reparto de contenidos en función a las materias[19]. Pero sin que pueda excluir, como se hace en algún caso, la prioridad aplicativa del convenio de empresa[20].

Recuérdese, en tal circunstancia, que el precepto estatutario se limita, respecto de la materia que nos ocupa, a "la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa", por lo que, cualquier otra regulación distinta debería atender a lo negociado con carácter previo.

De un modo más concreto podríamos decir que, para entrar a regular por el convenio empresarial cuando rige sobre contratación laboral un convenio de sector, deben concurrir los siguientes parámetros:

- Se trate de una adaptación;

[18] Es modélica, en este sentido, la regulación que realiza el CC de la Empresa Sistemas Tubulares Al Andalus S.L. (BOP Cádiz 2/06/2016): "Artículo 8. Concurrencia de convenios. En virtud de lo dispuesto en el Art. 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, las partes convienen que las normas que recoge el presente convenio, tienen prioridad aplicativa, con respecto a cualquier convenio de ámbito sectorial, sea estatal, autonómico o provincial, con relación a las materias que determina el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores.

En lo no recogido de forma expresa, será de aplicación lo previsto en el Convenio General de Construcción. En el resto de materias en que el convenio de empresa no tiene preferencia aplicativa tal como se recoge en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores, será de aplicación lo previsto en el Convenio General de Construcción, salvo que el convenio de empresa establezca una regulación más favorable".

La misma empresa, en el convenio publicado con carácter previo para la provincia de Huelva (BOP Huelva 6/04/2015), no recoge el último párrafo transcrito, que es clarificador respecto de la prioridad aplicativa para las materias que no están incluidas en el art. 84.2 ET, pero aunque no lo dijera, sería consecuencia directa de la propia Ley. No obstante, la redacción que se incluye en el segundo de los convenios por orden cronológico supone una mejora sobre el anterior, lo que debe valorarse positivamente.

De igual modo, con una regulación correcta: General Óptica, SA. (BOE 4/11/2015).

[19] Convenio Estatal Restauración colectiva (BOE 22/3/2016): "Este Convenio será por tanto el marco de aplicación obligatoria para todas las empresas respecto de aquellas materias que no hayan sido reservadas como prioritarias para el convenio de empresa según el artículo 84.2 ET, o hayan sido remitidas por el propio Convenio Sectorial a la negociación para acuerdo, pacto o convenio en el ámbito de empresa".

[20] Confitería, pastelería, bollería, tortas, mazapanes y otros productos de desayuno (BOP Sevilla 18/4/2016): "Artículo 4. Convenios de ámbito distinto. Tanto la parte empresarial como la social, se comprometen a cumplir en su totalidad el presente Convenio colectivo, quedando prohibida la negociación de Convenios de ámbito distinto al presente. No obstante a lo anterior, podrán una o varias empresas pactar con sus trabajadores Convenios de Empresa o grupos de empresas, cuyas condiciones no podrán ser inferiores en cómputo anual, a las del presente Convenio". No parece que se haya entendido lo que significa el art. 84.2 ET.

- Se refiera a las modalidades de contratación y;
- Se parta de las remisiones que el propio ET hace al convenio colectivo de empresa.

Esta cuestión, que ya fue objeto de una pequeña referencia en un epígrafe anterior, resulta aquí esencial porque sirve para delimitar si lo que han hecho los agentes sociales a la hora de negociar se corresponde o no con lo previsto en el tantas veces mencionado art. 84.2 ET.

Pero para ello debemos plantear varios interrogantes: ¿cuándo estamos exactamente ante una adaptación? ¿Cuándo se alude a las modalidades de contratación se refiere de manera estricta a las modalidades o pueden incluirse los tipos de contratos temporales del art. 15 ET? Por último, *¿las remisiones al convenio colectivo de empresa a las que se refiere el legislador lo son en sentido literal? ¿o se pueden entender también incluidas aquellas hechas a la negociación colectiva en general? (quién puede lo más, puede lo menos). A tal efecto resulta extremadamente útil el cuadro elaborado anteriormente.*

Siguiendo, por tanto, tales planteamientos, debemos partir, de acuerdo a lo anterior -en el sector de la construcción, sin que existan diferencias significativas según el ámbito geográfico en el que se negocie (aunque sí es cierto que no existe una estructura similar de convenios según provincias)- del convenio de empresa, como centro de regulación convencional en materia de contratación. Aunque rápidamente llegamos a una conclusión: respecto a este punto no hay diferencias sustanciales con los convenios de sector, si bien, esta afirmación tiene que ser matizada.

Concretamente, y en primer lugar, por lo dispuesto en los convenios colectivos nacionales de ámbito sectorial. Pongamos como ejemplo el Convenio Colectivo General de la Construcción (BOE 26/09/2017). En el mismo se fija –en su art. 11- la estructura de la negociación colectiva en ese sector. Una estructura que se apoya en tres referencias: el convenio colectivo general, los acuerdos sectoriales y los convenios colectivos provinciales, de Comunidad Autónoma o ámbito inferior. Respecto al primero, "su contenido regula las condiciones generales de trabajo a aplicar en todo el ámbito sectorial *[...]* se establece buscando una homogeneización de las condiciones laborales de los trabajadores". Los terceros, es decir, los de alcance provincial o autonómico, "tienen por objeto desarrollar las materias propias de su respectivo ámbito de negociación así como aplicar en él los contenidos del presente Convenio y, en su caso, de los acuerdos de ámbito sectorial nacional". Tal previsión se completa –a estos efectos- con lo establecido en el art. 12.1 b) del mismo, que dispone la prioridad aplicativa de éste frente a otros de ámbito inferior, salvo para lo fijado en el art. 84.2 ET para los convenios de empresa (art. 12.2 y 12.6 del convenio, así como por la aplicación del princi-

pio de jerarquía contemplado en el art. 13 a)[21], la exclusión de regulación a los convenios colectivos autonómicos vigentes este convenio nacional (art. 12.3) y reservando como materia a los convenios provinciales únicamente la regulación del período de prueba en aquello relativo a contratación laboral (art. 12.4 d). En otros ámbitos, como el Comercio, la compleja estructura de la negociación colectiva del sector, predetermina el reparto de contenidos, con una fuerte presencia (y abundante) de convenios sectoriales frente a los de empresa aunque se reconozca de manera continua la prioridad aplicativa de ésta[22].

Y ello se traduce en dos consecuencias: de un lado que actúa como verdadero homogeneizador de las condiciones laborales[23] y, de otro, que todos los convenios de ámbito más reducido, aún los de empresa con prioridad aplicativa, tienden a reproducir –en algún caso a copiar directamente- lo establecido en tal convenio. Lo que se explica, también porque expresamente aparecen reservas de la regulación de la materia sobre contratación laboral para el convenio estatal[24].

Esto significa que, por lo general, por tanto, se respeta lo establecido en el convenio sectorial, pero también, al objeto del análisis, que una vez visto este

[21] Resulta especialmente interesante lo previsto en el art. 12.2 del convenio: "Las representaciones sindicales y empresariales firmantes expresan su voluntad de que este Convenio General constituya referencia eficaz para establecer las relaciones laborales en todo el sector de la construcción. A tal fin establecen que los ámbitos inferiores al estatal se deberán remitir a este Convenio General en todas las materias aquí reguladas, así como en calidad de derecho supletorio en el caso de que se alcancen convenios o acuerdos de ámbito inferior, conformes a los términos y requisitos del artículo 84.2 del E.T. Y todo ello dado el carácter de norma prevalente dotada de prioridad aplicativa absoluta que las partes le confieren al presente Convenio".

[22] En este punto, y sin querer profundizar en el estudio de una parte que escapa del alcance de este análisis y es objeto de desarrollo en otro apartado, hay que destacar la compleja estructura del Sector en Comercio. Dicha estructura se fija en el Acuerdo Marco Comercio (BOE 20/2/2012), hoy con el Acuerdo de prórroga de ultraactividad (BOE 10/7/2017) en el que se describe en su art. 8.2 que "la estructura de la negociación colectiva en el sector que estará conformada por: el presente Acuerdo Marco de Comercio, los convenios estatales y/o interprovinciales de sectores existentes, los convenios colectivos sectoriales de Comunidad Autónoma y/o provinciales y los convenios colectivos de empresa", para posteriormente, en su apartado 4 vincular la prioridad aplicativa del art. 84.2 ET a la concurrencia de una serie de requisitos (vid. fecha de publicación del Acuerdo), lo que no cabe mantenerse a la luz de la redacción literal del citado precepto que no lo somete a ningún tipo de consideración. Lo relevante es que la estructura definida hace que exista un importante número de convenios sectoriales que predeterminan lo negociado, en este caso, en menor número, en los convenios de empresas que en pocas ocasiones regulan de manera diferente.

[23] Precisamente ese parecía ser el objeto del art. 4 del Convenio Colectivo Estatal de grandes almacenes (BOE 22/4/2013) que, sin embargo, ha sido expresamente calificado como nulo por STS de 05/05/2015 en tanto que excluía cualquier otra unidad de negociación.

[24] Con una estructura compleja, se reserva esta materia, respetando la prioridad aplicativa de los convenios de empresa: v.gr. II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 12/8/2017).

convenio, se ha visto la mayor parte del contenido en materia de contratación en todo el sector[25]. La duda es si al reiterar el convenio sectorial cuando éste alude a materias reservadas a su regulación en términos de suplementariedad, se debe admitir la regulación a nivel de empresa por entenderse ya habilitada, en su caso, por aquélla –sectorial-.

En segundo lugar, en relación a la semejanza de contenidos de convenios sectoriales y empresariales, la matización de tal afirmación también viene dada por el hecho de que la extensión y desarrollo de los convenios de sector es más significativa, mientras que en los convenios de empresa, dado su mayor número, es también mayor la variedad con la que se afronta su contenido. Desde convenios que no incluyen absolutamente nada en materia de contratación a los que planean contenidos que pueden ser de muy diverso alcance y que abarcan desde la reiteración –en gran cantidad de ocasiones- a la regulación adaptada, al menos, parcialmente.

Lo primero que se comprueba, en este punto, es que, de manera frecuente, se incluye una mera remisión a la normativa legal. No obstante, no hay una fórmula única. Encontramos, por una parte, aunque de un modo habitual, el reenvío a la norma legal desprovista de cualquier otra previsión, a modo de una mera alusión[26], con un aporte poco o nada significativo. O dicho de otro modo, tal remisión resulta del todo punto innecesaria. Bien es cierto, como hemos indicado, que es menos habitual y que responde a una mayor frecuencia la que se encuentra acompañada de la regulación de otros aspectos, aunque algunas veces sea algo testimonial o de carácter muy reducido[27].

[25] Hasta tal punto es así que se ha comprobado que es directamente superponible lo establecido en un convenio de empresa o provincial sobre lo que aparece escrito en el nacional, sin que en algunos casos varíe una coma o, cuanto menos se respeta guion y denominación otorgada a cada una de las clausulas convencionales.

[26] V.gr. "La contratación del personal y la organización del trabajo, con sujeción a la legalidad vigente en cada momento, es facultad exclusiva de la empresa" sin que se añada nada más respecto a esta materia en CC Aguas El Ejido -empresa municipal- (BOP Almería 30/01/2017). Vid. tb. CC Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL. (BOE 25/09/2015): Artículo 10. Contratos de trabajo. Modalidades de contratación. La contratación de trabajadores se ajustará a las normas legales generales sobre colocación vigentes en cada momento y a las específicas que figuran en el presente Convenio colectivo, comprometiéndose a la utilización de los distintos modos de contratación previstos en la Ley, de acuerdo con la finalidad de cada uno de los contratos". Vid. tb. Convenio colectivo de Burger King Spain, SLU. (BOE 3/7/2017). Convenio colectivo de Burgercampo, SL. (11 de junio de 2015).

[27] V.gr. respecto a las duraciones de los contratos: Convenio Colectivo Cableven (BOJA 10/05/2016). O previsiones muy concretas pero escasas: Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 16/8/2016); Hotel Don Giovanni, S.L. (BOP Granada 12/2/2016).

Cuando se configura como una introducción para un contenido posterior lo normal es que sirva como preámbulo a un desarrollo posterior más completo de los tipos o modalidades de contratación, lo que se repite en la mayor parte de las ocasiones[28]. Sirve, en este último caso, como declaración de intenciones o programática, que sería innecesaria, por cuanto que no es preciso señalar que se cumplirá la Ley, pero que visualiza la relación ley-convenio que se articula a partir de la primera. No obstante, en algún convenio colectivo encontramos una fórmula mixta, ya que, aunque termina siendo la única previsión al respecto, ésta adopta la forma de declaración general pero con un desglose particularizado de contenidos[29].

[28] En el sector de construcción es muy abundante esta previsión, independientemente de que los convenios de empresa tengan un ámbito geográfico más o menos reducido. Cít. v.gr. Fuertemant, S.L. (BOJA 20/04/2016); Construcciones y Cerámicas Lagos S.L. (BOP Cádiz 11/01/2017); Empresa Gaducon Proyectos y Obras, Sociedad Limitada (BOP Cádiz 25/05/2016); Gibtelenergy SL (BOP Cádiz 14/04/2016); Empresa Sistemas Tubulares Al Andalus S.L. (BOP Cádiz 2/06/2016); Encofrados y Construcciones Vimuz, SL (BOP Córdoba 12/01/2017); Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30/12/2014). No es, sin embargo, exclusiva esta fórmula a dicho sector, sino que también en otros ámbitos distintos como el de la Hostería y restauración, v.gr. III Convenio colectivo del Grupo Zena (BOE 3/32016), Convenio colectivo de Burgercampo, SL. (11/6/2015) o Convenio colectivo de Burger King Spain, SLU. (BOE 3/7/2017); Pastificio Service, SL. (BOE 12 de septiembre de 2014); I Convenio Colectivo Hablacom, S.L. (BOP Cádiz de 31/07/2017); Negocios de Restauración del Sur SL. (BOP Córdoba 16/09/2015); Explotaciones Hoteleras Nazaríes, S.L. (BOP Granada 14/12/2015); "Hotel Bahia Tropical, S.A." (BOP Granada 7/5/2015); Orán Sasso, Sociedad Limitada. (Málaga 21/10/2014); Restaurantes Temáticos Del Sur, Sociedad Limitada (Málaga 10/11/2015); Hostelería Granada (BOP Granada 29/10/2012).

[29] Resulta ilustrativo al respecto el CC Vestas Eólica, SAU. (BOE 12/8/2016) cuando en su art. 13 regula el "sistema de contratación: Principios generales: En el marco de la política de responsabilidad social de Vestas y de los compromisos en materia de igualdad y diversidad, las partes convienen que la política de contratación de personal de las empresas afectadas por el presente convenio se regirá por los siguientes principios:

1. Uso adecuado de las modalidades contractuales previstas en la normativa laboral de forma que las necesidades permanentes de la empresa se atiendan con contratos indefinidos y las necesidades puntuales a través de contratos temporales o a través de contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal.

2. Utilización del contrato a tiempo parcial cuando el trabajador preste sus servicios durante un número determinado de horas al día, a la semana, al mes o al año inferior a la jornada de trabajo ordinaria regulada en el presente convenio, que podrá celebrarse por tiempo indefinido o por duración determinada en función de la necesidad de empleo a la que corresponda y reconocimiento a los trabajadores contratados a tiempo parcial de los mismos derechos laborales que los trabajadores a tiempo completo en relación al acceso a la formación profesional, progresión y movilidad profesional y promoción, sin perjuicio de las peculiaridades propias inherentes al contrato de tiempo parcial.

3. Utilización de los contratos para el aprendizaje y la formación y en prácticas para la promoción del empleo juvenil.

4. Cumplimiento de las obligaciones legales en materia de contratación de personas con discapacidad.

4.2. Desarrollo de tipos de contratos respecto a duración y condiciones laborales, puestos, tareas, actividades y funciones. Especial atención al fijo de obra

No obstante lo señalado en el subepígrafe anterior, hay convenios de empresa que directamente pasan a regular tipos de contrato[30].

La tónica general, sin embargo, es repetir, de manera literal, el contenido del ET, sin modificar ninguno de sus contenidos, por más que se tenga esa posibilidad atendiendo a las relaciones ley-convenio antes descritas. Así, lo más frecuente es que no se haga uso de las posibilidades de flexibilidad que se otorgan por esta vía. Pero ello resulta sorprendente cuando en el propio texto del convenio se señala justo lo contrario, aun cuando existan dudas sobre si su regulación se ha formulado rebasando los límites legales -tal y como hemos señalado respecto al CC de la empresa Altura, Drenajes y Contenciones, S.L[31].-.

No puede, en cualquier caso, generalizarse, por cuanto que se pueden encontrar ejemplos de una regulación en la que realmente se lleva a cabo una adaptación, a este ámbito más reducido de la empresa, de determinadas modalidades de contratación[32]. En esta situación aparece el convenio colectivo de la empresa Construcciones Gallardo Barrera, S.L[33]. En el que se cumplen claramente dos de los tres parámetros que el art. 84.2 ET exige para la prioridad aplicativa de este tipo de convenios.

5. Fomento en la medida de lo posible de la contratación y /o promoción de mujeres en los grupos, niveles o departamentos en los que se encuentren infrarrepresentadas, sin perjuicio de la aplicación de criterios objetivos en los procesos de cobertura de vacantes internas y externas".

[30] Así: CC Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4/5/2016) o Sistemas Tubulares Al-Ándalus, S.L. (BOP Huelva 6/04/2015). No obstante, el primero incluye una declaración de libertad de la empresa para la contratación laboral en los términos que entienda adecuados –aunque entendamos limitados a los parámetros legales-.

[31] Resulta especialmente llamativo por cuanto que, como se adelantó, se declaraba la prioridad aplicativa absoluta del convenio colectivo de empresa respecto de cualquier materia, para con, posterioridad, reiterar el contenido no ya de algún convenio de empresa –esto es, de materia negociada- sino del propio texto del ET, sin que se haga, por otra parte, de un modo completamente actualizado o que contemple todas las posibilidades, v.gr. la contratación para la formación y el aprendizaje con trabajadores de hasta 30 años de acuerdo a la Ley 11/2013.

[32] Aunque sólo sea para potenciar el uso de un tipo contractual frente al resto: "se utilizarán preferentemente los contratos de obra o servicio determinado, según lo previsto por el artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores... La presente inclusión en este Convenio no podrá entenderse en ningún caso como limitación a la modalidad contractual prevista en el referido artículo 15.1 del Estatuto de los Trabajadores. Empresa Electra Conilense, S.L./Romero Abreu Hnos,S.L. (BOP Cádiz 31/05/2017).

[33] BOP Jaén 30/12/2014.

Debemos recordar que, al tiempo, se aludía, a un tercer elemento: la reserva que la ley hacía para los convenios de esta naturaleza. Esto es, que los convenios que se amparen en esa posibilidad lo harán respecto de las materias que correspondan precisamente a los de empresa.

Y aquí, en este punto, encontramos una dificultad añadida: en el convenio de la construcción se configura un tipo o modalidad de contrato –entendiendo modalidad en sentido amplio- que supone una forma de adaptación del contrato por obra o servicio a las características del sector[34]. De esta forma, lo lógico sería respetar lo previsto en tal convenio de ámbito superior, pero, sin embargo, se contempla también en este ámbito de empresa una formulación específica. Es cierto que, no obstante, que cuando se observa el contenido del convenio de empresa respecto del sectorial se observa una reiteración casi absoluta[35]. La discrepancia, al menos en el convenio citado, aparece en relación a un aspecto concreto que, sin embargo, resulta de gran trascendencia: la indemnización por cese[36]. Lo más importante no será la cuantía en la que cambia, sino el propio hecho de variar cuando la determinación de todos los aspectos del contrato parece reservado al convenio de sector.

Precisamente este contrato fijo de obra se presenta como el supuesto de mayor adaptabilidad de la ley a favor del convenio colectivo y a las características de la actividad que el convenio regula[37]. Pero es una flexibilidad que se ordena en torno al convenio de estatal del sector[38]. Y ello es justamente lo que realiza

[34] Tal y como recuerda el Convenio colectivo general para la construcción: "Artículo 24. Contrato fijo de obra.

1. La Disposición Adicional Tercera del 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 y la Ley 32/2006, de 18 de octubre, Reguladora de la Ley de la Subcontratación en el Sector de la Construcción otorga a la negociación colectiva de ámbito estatal la facultad de adaptar al sector de la construcción el contrato de obra o servicio determinado regulado con carácter general en el artículo 15 del E.T."

[35] Así es por lo común, cít. v. gr. Art. 31 CC Empresa Francisco Salguero, S.L. con sus trabajadores (BOP Cádiz 22/3/2016). De igual manera art. 20 CC. Encofrados y Construcciones Vimuz, SL (BOP Córdoba 12/01/2017).

[36] De manera que se separa del porcentaje del 7% sobre los distintos conceptos salariales (con la cuantía mínima asegurada del art. 49.1 c) ET) para establecer una del 1% del Salario Base fijado en las tablas salariales del mismo convenio de empresa (y sin aludir al mínimo legal).

[37] Si bien, en cualquier caso, la doctrina ha señalado las dudas que suscita la regulación del Convenio Colectivo de la Construcción al amparo de la normativa legal por haberse extralimitado respecto a la habilitación legal: Camps Ruiz, L.M. "El contrato de trabajo fijo de obra del sector de la construcción y disposiciones adicionales 1.ª.2 de la Ley 35/2010 y 3.ª de la Ley 23/2006", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 33, 2013.

[38] La Disposición Adicional Tercera ET establece que "Lo dispuesto en el artículo 15.1.a) y 5 y en el artículo 49.1.c) se entiende sin perjuicio de lo que se establece o pueda establecerse sobre la regulación del contrato fijo de obra, incluida su indemnización por cese, en la negociación colectiva de conformidad con la disposición adicional tercera de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción". Y, de manera concreta, ésta dispone que

el convenio colectivo general del sector, de manera que los de ámbito inferior reproducen exactamente su contenido como, por otra parte, no puede ser de ningún otro modo[39].

En este sentido, se ha reservado a la negociación colectiva de ámbito estatal la posibilidad de llevar a cabo esta especial adaptación del contrato de obra o servicio determinado al sector de la construcción, atendiendo a las siguientes características diferenciales[40]:

- Con carácter general se concierta para una sola obra, con independencia de su duración. Sin embargo, sin que salgamos de la esfera de ese mismo contrato, el personal fijo de obra, puede prestar servicios manteniendo su condición:
    - o en distintos centros de trabajo pertenecientes a una misma empresa y provincia,
    - o mediando acuerdo expreso,
    - o durante un período máximo de tres años consecutivos -salvo que los trabajos de su especialidad en la última obra se prolonguen más allá de dicho término,
    - o suscribiendo a tal efecto el correspondiente documento preceptivo y;
    - o teniendo derecho a las compensaciones derivadas de los desplazamientos.
    - Su formalización debe hacerse siempre por escrito.
- La conclusión del contrato se vincula a la finalización de los trabajos del oficio y categoría del trabajador en la obra para la que se contrata. No le será de aplicación los límites máximos de 3 años para adquirir la condición de fijo en plantilla. Ni en los casos de encadenamiento de contratos ni en supuestos de subrogación legal o convencional. Y ello tampoco cuando se utilicen varios contratos de esta naturaleza. A tal efecto debe observarse la existencia

"Con el objetivo de mejorar la calidad en el empleo de los trabajadores que concurren en las obras de construcción y, con ello, mejorar su salud y seguridad laborales, la negociación colectiva de ámbito estatal del sector de la construcción podrá adaptar la modalidad contractual del contrato de obra o servicio determinado prevista con carácter general mediante fórmulas que garanticen mayor estabilidad en el empleo de los trabajadores, en términos análogos a los actualmente regulados en dicho ámbito de negociación".

[39] Así, v.gr. Construcción y Obras Públicas Almería (BOP 29/4/2016), Sector de la Construcción y Obras Públicas de Cádiz (BOP 6/2/2017), Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares Málaga (BOP 27/11/2013).

[40] Art. 24 del convenio.

de puestos de trabajo diferentes cuando se produce la modificación en alguno de los caracteres definidos como básicos por el propio convenio.

- Para el cese de los trabajadores, que consta de un preaviso de 15 días –susceptible de sustitución por una indemnización por los días omitidos- se seguirá como indicativo, la propia evolución de la obra y la reducción de necesidades de personal. La indemnización por cese alcanza el 7% calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del convenio aplicables devengados durante la vigencia del contrato.
- Por último, se establecen una serie de previsiones específicas para los supuestos de paralización temporal de una obra por causa imprevisible, salvo por conflicto laboral.

La sorpresa surge cuando algún convenio de empresa[41] regula el contrato fijo de obra, eliminando cualquier referencia en su articulado a la reserva establecida para el convenio de sector. Y lo que resulta aún más significativo: introduce variables como la reducción del plazo de preaviso –a 5 días- o límites a la indemnización por cese -20 días-. Cuestión que no parece que se resuelva, tampoco, mediante la remisión legal al convenio de sector pero con una función de Derecho supletorio. Una función que se puede otorgar por los negociadores del convenio de empresa[42] al convenio de sector, aunque, en la práctica, la reproducción literal de lo señalado en este último –que le haría perder ese carácter supletorio- podría entenderse equivalente a una remisión al mismo y, por tanto, una aplicación de lo regulado pero en tal convenio sectorial[43].

El convenio de sector, no obstante, no se limita a esta figura, sino que hay un desarrollo completo y extenso de los distintos tipos de contratos, aunque sea, en su mayor parte, para reiterar el contenido legal, si bien, introducen elementos novedosos que van más allá de las remisiones legales que la ley hace respecto a la negociación colectiva. Así, por ejemplo, en el sector de la construcción se fija de manera común a todos los contratos algunos elementos como la determinación de diferentes instrumentos para la vigilancia de la Salud –en consonancia con la LPRL- o la indemnización por fin de contrato que hace extensiva al contrato de interinidad y en una cuantía distinta al ET[44].

[41] Sistemas Tubulares Al-Ándalus, S.L. (BOP Huelva 6/04/2015). Vid. tb. Empresa Sistemas Tubulares Al Andalus S.L. (BOP Cádiz 2/06/2016).

[42] Encofrados y Construcciones Vimuz, SL (BOP Córdoba 12/01/2017).

[43] Aunque en el citado convenio se añade un presupuesto para los contratos de corta duración: "También tendrá derecho a percibir dicha indemnización el trabajador o trabajadora cuando la duración del contrato sea inferior al plazo establecido como período de prueba en el artículo 19 del presente Convenio, siempre que el cese se produzca por terminación de los trabajos o de los servicios contratados".

[44] Vid. por ejemplo, por todos (se reproducen en los mismos términos) el Convenio Colectivo Provincial de Industrias de la Construcción y Obra Pública (BOP Granada 14/5/2014): "Los tra-

4.2.1. El contrato por obra o servicio determinado

Al margen de las adaptaciones que tienen como resultado la configuración del peculiar contrato fijo de obra, existen dos elementos que pueden ser desarrollados por la negociación colectiva respecto a este contrato: la duración y las tareas a desarrollar.

a) La relación de suplementariedad respecto a la duración

Debe tenerse presente que la remisión que realiza el art. 15.1 a) ET, cuando se prevé que la duración pueda ser ampliada hasta los 4 años, es a Convenios sectoriales estales o de ámbito inferior[45]. Pero no contempla que el convenio colectivo de empresa pueda hacerlo. Nada se dice, tampoco, cuando establece los topes legales de entre 6 meses y tres años, por lo que debe entenderse que dentro de tales márgenes sí podría tener cabida la negociación colectiva empresarial. La duda, en un plano teórico actualmente, a la vista de la muestra de convenios vigentes analizados, sería precisar si un convenio colectivo, sea cuál sea su ámbito, puede rebajar la duración máxima del contrato. En este caso podría chocar el interés en limitar el uso de la contratación temporal con el derecho y las políticas de empleo.

En cualquier caso, lo que encontramos es una regulación de sector que, en primer término, en la Construcción no amplía la referida duración del contrato al plazo máximo, pero porque se regula el contrato fijo de obra como adaptación del de obra o servicio para este ámbito. Pero tampoco se hace en otros sectores como el de la restauración en la que se mantiene el tope de tres años[46]. Si bien, nuevamente destaca el hecho -a pesar de lo que ya se ha afirmado sobre la limitación legal al convenio de sector - de que, en el sector de la construcción, son algunos convenios de empresa los que hacen uso de la ampliación de 12 meses, lo que podría interpretarse como una extralimitación[47]. Mientras, en otros sectores dependerá de que haya alguna regulación puntual que lleve hasta los cuatro años[48].

bajadores que formalicen contratos de duración determinada, por circunstancias de la producción, o por interinidad, tendrán derecho, una vez finalizado el contrato correspondiente por expiración del tiempo convenido, a percibir una indemnización de carácter no salarial por cese del 7%, calculada sobre los conceptos salariales de las tablas de convenio aplicable devengados durante la vigencia del contrato".

[45] Sobre la duración máxima y problemas jurídicos: Blasco Pellicer, A. "La duración máxima del contrato para obra o servicio determinado", Actualidad laboral, Nº 2, 2011, pág. 2 o García Ninet, I. y Vicente Palacio, M.A. "El contrato por obra o servicio determinado" en AA.VV. (Monereo Pérez direcc), Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico. Editorial Comares, 2010, págs. 49 a 54.

[46] Convenio Estatal Restauración colectiva (BOE 22/3/2016).

[47] Proyectos y Obras, Sociedad Limitada (BOP Cádiz 25/05/2016) o Cableven (BOJA 10/05/2016).

[48] Como en el caso del Convenio Colectivo Hostelería Sevilla (BOP Sevilla 21/8/2015); Co-

Por otra parte, en la mayoría de los convenios de empresa nada o prácticamente nada se dice respecto a la duración y, cuando lo hace, es como si tampoco hiciera nada[49]. E incluso, se observa que, en alguno de los convenios analizados, se contempla una cuestión fuera de todo debate e innecesaria inclusión: "En ningún caso, el tiempo de contratación empleado bajo la modalidad de obra o servicio determinado será computable a efectos de lo previsto para el contrato eventual por circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, salvo en los supuestos comprendidos en el artículo 15.5 del ET[50].

b) La determinación de las tareas o trabajos con sustantividad propia

Mediante una relación de complementariedad se remite el 15.1 a) ET a los Convenios sectoriales estales o de ámbito inferior, incluidos los de empresa, para articular esta materia. Una llamada que, no es absoluta e ilimitada, sino dotada de una finalidad de concreción[51] y que puede resultar, como ha destaca-

mercio de Alimentación de la Provincia de Huelva (15/10/2013); Comercio Único de la Provincia de Huelva (BOP Huelva 1/12/2014).

[49] Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4/5/2016): "La duración de estos contratos habitualmente, y salvo el supuesto contemplado en el párrafo siguiente, estará en función de la duración de las campañas u obras que lo identifican, pudiendo éstas acumularse y tener diferente duración para cada trabajador contratado en función de las circunstancias concurrentes".

O reitera la duración legal, especialmente en el sector del Comercio: Empresa Electra Conilense, S.L./Romero Abreu Hnos, S.L. (BOP Cádiz 31/05/2017); Supermercados del Grupo Eroski (BOE 30/5/2013); Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016); Lidl Supermercados, SAU. (BOE 8/6/2016); Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL. (BOE 30/1/2014); Convenio Colectivo de Primark Tiendas, SLU. (22/8/2017); Supermercados Sabeco, SA. (BOE 6/6/2014); Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA. (BOE 2/4/2013); Sector Almacenistas y Detallistas de Alimentación (Mayoristas y Minoristas) Sevilla, (BOE 9/11/2013); Dependencia Mercantil Almería (BOP Almería 23/12/2014); Comercio de Materiales de Construcción, de la provincia de Jaén (BOP Jaén 31/7/2013); Convenio Colectivo para el Comercio en General (BOP Jaén 10/2/2017); Comercio Único de la Provincia de Huelva (BOP Huelva 1/12/2014); Convenio Colectivo de ámbito sectorial para el Sector de Actividades (BOP Jaén 31/7/2013).

[50] Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4/5/2016).

[51] Dentro del respeto a las leyes: STS de 4 de octubre de 2007 (rec. 1505/2006): "tal texto legal no ofrece a los negociadores unas facultades omnímodas, puesto que el Convenio Colectivo no es instrumento hábil para alterar los términos legales de la contratación para obra o servicio determinado, de forma que la determinación de los supuestos de la contratación temporal y sus requisitos (art. 15 ET), constituyen un núcleo de derecho necesario indisponible para las partes, con la consecuencia de que la consignación o enumeración convencional de puestos de trabajo susceptibles de contratación temporal para obra o servicio determinado, no resulta vinculante ni obsta el control jurisdiccional sobre la adecuación del contrato a la legalidad (SSTS 07/10/99; y 26/10/99), siendo así que el derecho constitucional a la negociación colectiva únicamente puede ser ejercitado con "respeto a las leyes", como explicita el art. 85.1 ET y que no puede aceptarse que por la vía del art. 15.1.a) ET la norma colectiva introduzca nuevos contratos temporales o modifique sus exigencias (STS 07/03/03 -rco 36/02).

do la doctrina[52], de enorme utilidad para acotar la utilización de este tipo contractual[53].

Lo más habitual, sin embargo, es una determinación vaga o absolutamente reducida, pero sin perder esa vaguedad[54]. Laxitud que tampoco se pierde cuando en algún caso aislado se extiende la definición de tareas pero de un modo vacío: "además de las generales contempladas en la Ley, las correspondientes a las siguientes actividades: Campañas específicas, servicios propios o de terceros, y otras obras y servicios con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la Empresa determinadas e identificadas así por la misma"[55] o que "Dichos contratos podrán cubrir todas aquellas tareas o trabajos suficientemente diferenciados por el volumen adicional de trabajo que representa que, limitados en el tiempo y cuya duración pueda preverse, estén directa o colateralmente relacionados con el proceso productivo de la empresa"[56] o alguna otra precisión que resulta poco inteligible o que en realidad sigue sin suponer una verdadera concreción[57].

A pesar de todo, no puede afirmarse que sea desdeñable el número de los que concretan de manera exacta las tareas o puestos a ocupar en tanto que reúnen el requisito de autonomía y sustantividad propia o los que al menos dan unas pautas para su identificación[58].

[52] García ninet, I. y Vicente Palacio, M.A. "El contrato por obra o servicio determinado" en AA.VV. (Monereo Pérez direcc*), Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*. Op. Cit., pág. 29.

[53] De hecho, para la jurisprudencia la determinación de las tareas es un elementos indispensable: STS 19 de diciembre de 2014 (rec. 1940/2013).

[54] Por ejemplo, en el Convenio de Pontifex Maximus, Sociedad Limitada (BOP Málaga 12/11/2014), se refiere a los contratos del IMSERSO en temporada baja. En los mismos términos: Estructuras Medisd, Sociedad Limitada (BOP Málaga 24/4/2015), Ursula Consulting, S.L.U (BOP Jaén 25/10/2016), Europea de Oleoductos y Gaseoductos, S.L." (BOP Jaén 11/03/2016), "Altura, Drenajes y Contenciones, S.L." (BOP Jaén 26/10/2016); Orán Sasso, Sociedad Limitada. (Málaga 21/10/2014); Supermercados Sabeco, SA. (BOE 6/6/2014); Drosolu, S.L. (BOJA 13/3/2014).

[55] Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4/5/2016). En parecidos términos: Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes (BOE 22/4/2013); Grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA. (BOE 2/9/2016); Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA. (BOE 2/4/2013); 3M España, SA. (BOE 30/7/2013).

[56] Empresa Electra Conilense, S.L./Romero Abreu Hnos,S.L. (BOP Cádiz 31/05/2017).

[57] III Convenio colectivo del Grupo Zena (BOE 3 de marzo de 2016): "Específicamente se define como una obra o servicio propio a realizar en las Empresas aquellas obras o servicios que viniendo determinados por las franquiciadoras de las marcas que explotan y que tengan una duración limitada en el tiempo aunque desconocida y que siendo imprevisibles no constituyan causa de eventualidad". En el convenio colectivo de Explotaciones Hoteleras Nazaríes, S.L. (BOP Granada 14/12/2015) se alude a la figura de los "trabajadores extra" en este marco igual que en el convenio Hostelería Granada (BOP Granada 29/10/2012).

[58] Si bien es cierto que con una cláusula de cierre abierta: Empresa "Mairegui S.L. (BOP Cádiz 15/9/2016): podrán concertarse contratos de esta naturaleza cuando el trabajador vaya a rea-

Bien es cierto, no obstante, que esa determinación de tareas realizada en los convenios colectivos analizados choca, en gran medida, con los más recientes pronunciamientos de la Sala de lo Social del TS. Así, en STS 3687/2017, de 4 de octubre (Id Cendoj: 28079149912017100050), se acuerda la nulidad del art. 9 del Convenio Colectivo de recolección de cítricos de la Comunidad Valenciana (DOGV 26/5/2015) en el que se identificaba "como trabajo o tarea con sustantividad propia, dentro de la actividad normal de las empresas del Sector, que puede cubrirse con contratos para la realización de obras o servicios, las siguientes:

- Apertura de nuevos mercados, o recolección para mercados emergentes, o mercados liberados de bloqueos y/o aislamientos.
- La recolección en comarcas, o zonas concretas y determinadas diferentes de aquellas en las que la empresa desarrolla habitualmente la recolección.
- La recolección para promociones concretas para clientes determinados con especificidades propias en cuanto a la calidad, el calibre, envase, etc.

lizar alguno de los trabajos o tareas que se determinan seguidamente al ostentar éstos autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad habitual de la compañía:

- Rehabilitación o mejora de locales, instalaciones o centros de trabajo.
- Desarrollo de actividades relativas a procesos de carácter organizativo, industrial, comercial, administrativo y de servicio, siempre que tengan sustantividad propia dentro de la actividad propia de la Empresa.
- Implantación, modificación o sustitución de sistemas informáticos, contables, administrativos y de gestión de personal y recursos humanos.

Se considerará como obra o servicio, en todo caso, la contratación para la realización de aquellas funciones que, en el ámbito general de la hostelería, se conocen como "Servicios Extraordinarios".

Vid. tb. Restauración Q&S, S.L. (BOP Granada 26/2/2016) que limita este contrato al desempeño como monitor de comedor escolar; Negocios de Restauración del Sur SL. (BOP Córdoba 16/09/2015): Con la finalidad de ordenar la utilización de los supuestos de contratación temporal previstos en la normativa reguladora de aplicación, se acuerda conforme a lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores identificar como trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa, además de las generales contempladas en la Ley, las correspondientes a las siguientes actividades: Campañas específicas, campañas de navidad, reyes, rebajas, semana santa y verano; ferias, fiestas locales, autonómicas y nacionales; exposiciones, promociones específicas de productos o servicios propios o de terceros, los aniversarios; inventarios y recuentos; y otras obras y servicios con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa determinadas e identificadas así por la misma". De igual modo: Sabor Moreno, S.L. (BOP Córdoba 25/1/2017); Bofrost SAU (BOE 10/2/2015); Cash Converters y sociedades vinculadas (BOE 27/4/2017); Supermercados del Grupo Eroski (BOE 30/5/2013); Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016); Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL. (BOE 30/1/2014); Comercio de Alimentación de la Provincia de Huelva (15/10/2013); Sector Almacenistas y Detallistas de Alimentación (Mayoristas y Minoristas) Sevilla, (BOE 9/11/2013); Dependencia Mercantil Almería (BOP Almería 23/12/2014); Comercio Único de la Provincia de Huelva (BOP Huelva 1/12/2014); Comercio Textil (BOP Almería 19/9/2014); Digital Milenium 2008, S.L. (BOJA 1/4/2016).

- La recolección para iniciativas solidarias, y/o campañas de organismos públicos y privados para la vida saludable.
- La recolección de nuevas variedades de fruta, que no constituyan la que habitualmente viene recogiendo la empresa…"

Entiende la Sala que, al amparo de su reiterada doctrina, recogida en la también reciente STS de 20 de julio de 2017[59], "resulta evidente que carecen de sus-

[59] Y que reproducimos a efectos clarificadores: "La doctrina de la Sala, sobre los contratos para obra o servicio determinado en supuestos en los que los trabajos contratados forman parte de las tareas propias de la empresa contratante, es resumida con detalle por nuestra reciente sentencia de 20 de julio de 2017 (R. 3442/2015) diciendo: «La jurisprudencia de la Sala en orden a las exigencias que la norma impone a los contratos de obra o servicio determinado para que puedan considerarse como tales es antigua y clara. En efecto, la jurisprudencia ya unificada desde antiguo respecto a los contratos temporales para obra o servicio determinado, al hilo de la interpretación que haya de darse al art. 15.1-a) ET, tal como recuerda la STS de 23 de noviembre de 2016 (rcud. 690/2015), tiene dicho que la interpretación de este precepto ha sido unánime en la doctrina de esta Sala. Así la cuestión ha sido ya unificada por la Sala en la STS de 21 de abril de 2010 (rcud. 2526/2009) que siguiendo las SSTS de 21 de enero de 2009 (rcud. 1627/2008) y de 14 de julio de 2009 (rcud. 2811/2008), entre otras, ha recordado que los requisitos para la validez del contrato para obra o servicio determinados han sido examinados por esta Sala, señalando que es aplicable tanto para las empresas privadas como para las públicas e incluso para las propias Administraciones Públicas, lo siguiente: «son requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, que aparece disciplinado en los arts. 15.1.a) ET y 2 RD 2720/1998, de 18 de diciembre los siguientes: a) que la obra o servicio que constituya su objeto, presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa; b) que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta; c) que se especifique e identifique en el contrato, con precisión y claridad, la obra o el servicio que constituye su objeto; y c) que en el desarrollo de la relación laboral, el trabajador sea normalmente ocupado en la ejecución de aquella o en el cumplimiento de éste y no en tareas distintas». Además, esta Sala se ha pronunciado repetidamente sobre la necesidad de que concurran conjuntamente todos requisitos enumerados, para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho [Corroboran lo dicho, las de 26 de marzo de 1996 (rec. 2634/1995), de 20 de febrero de 1997 (rec. 2580/96), de 21 de febrero de 1997 (rec. 1400/96), de 17 de marzo de 1998 (rec. 2484/1997), de 30 de marzo de 1999 (rec. 2594/1998), de 31 de marzo de 2000 (rec. 2908/1999) y de 15 de noviembre de 2000 (rec. 663/2000), entre otras que, aun dictadas en su mayor parte bajo la vigencia de las anteriores normas reglamentarias, contienen doctrina que mantiene su actualidad dada la identidad de regulación, en este punto, de los sucesivos que han regulado la materia].».

« Asimismo la STS de 23 de noviembre de 2016 (rcud. 690/2015) reitera que la doctrina de esta Sala, al delimitar de alguna manera los servicios concertados que pueden justificar esta modalidad contractual, ha establecido la necesidad de que los mismos reúnan consistencia, individualidad y sustantividad propias (SSTS de 21 de febrero de 2008, rcud. 178/2007 y de 5 de abril *[...]* de 2003, rcud. 1906/01 *[...]* sin que resulte idónea la contratación si su objeto es el desarrollo de una actividad normal o permanente de esa administración, aunque los trabajadores afectados no puedan considerarse fijos de plantilla (por todas, SSTS de 20 de octubre de 2010, rcud. 3007/09 , o de 20 de enero de 2011, rcud. 1869/10 , y cuantas en ellas se citan), siendo siempre necesario que el objeto del propio contrato, además de intrínsecamente temporal (STS 4 de 18 de octubre de 1993, rcud. 358/93), se encuentre suficientemente identificado y que, en su ejecución,

tantividad propia las tareas que, a efectos del art. 15-1-a) del ET enumera el art. 9 del Convenio cuestionado, por cuanto todas ellas suponen la realización de labores de recolección de cítricos cualquiera que sea la variedad de los mismos y el destino que les de la empleadora. Es por ello que todas esas tareas se consideran actividad permanente de la empresa "recolectora", sin que ninguna tenga sustantividad propia, pues no responden a una necesidad temporal transitoria, sino a la actividad normal y ordinaria, sin que la acumulación de tareas pueda justificar este tipo de contrato, por cuanto para esa situación ya el art. 15-1-b) del ET tiene previsto el contrato eventual, al igual que el convenio".

4.2.2. El contrato eventual por circunstancias de la producción

a) Duración y período de referencia en régimen de suplementariedad

El art. 15.1 b) ET remite a los convenios colectivos sectoriales estales o de ámbito inferior para poder modificar la duración legal del contrato –así como el período de referencia- y así lo hace, de manera reiterada, un importante número de convenios, hasta la máxima duración permitida por la ley[60]. Sin embargo, no se justifica cuáles son las razones que existen en el sector, ni en qué circunstancias cabe esa ampliación, puesto que una vez declarado el referido aumento de

exista concordancia con lo pactado (SSTS de 5 de diciembre de 1996, rcud. 2045/96 y de 21 de abril de 2010, rcud. 2526/09 , entre otras).».

«Nuestra doctrina viene admitiendo el recurso al contrato temporal de obra o servicio determinado para efectuar trabajos de carácter permanente cuando éstos son objeto de una contrata mercantil de obra o servicio, de una encomienda concreta o de una concesión administrativa *[...]*"

[60] Convenio colectivo general de la Construcción (26/09/2017), Convenio Estatal Restauración colectiva (BOE 22/3/2016) -que además prevé la utilización del contrato con duración no superior a cuatro semanas para cubrir las actividades extraordinarias del sector-, VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 6/7/2017); Comercio de Alimentación de la Provincia de Huelva (15/10/2013); Sector Almacenistas y Detallistas de Alimentación (Mayoristas y Minoristas) Sevilla, (BOE 9/11/2013); Dependencia Mercantil Almería (BOP Almería 23/12/2014); Comercio piel y calzado Cádiz (12/5/2016); Comercio del Calzado, de la provincia de Jaén (31/7/2013); Comercio construcción Cádiz (BOP Cádiz 14/10/2014); Comercio en General Córdoba (21/3/2013); Convenio Colectivo para el Comercio en General (BOP Jaén 10/2/2017); Comercio en general Granada (BOP Granada 28/6/2012); Comercio Único de la Provincia de Huelva (BOP Huelva 1/12/2014); Comercio Textil (BOP Almería 19/9/2014); Convenio Colectivo de Comercio de Tejidos en General, Mercería, Paquetería y Quincalla de la provincia de Cádiz (BOP Cádiz 1/3/2016); Comercio textil Jaén (BOP Jaén 24/7/2013); Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares Málaga (BOP 27/11/2013); Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 16/8/2016),Convenio Colectivo Provincial de Industrias de la Construcción y Obra Pública (BOP Granada 14/5/2014); Hostelería Cádiz (BOP Cádiz 11/8/2017); Hostelería Granada (BOP Granada 29/10/2012), Hostelería Huelva (BOP Huelva 22/09/2014), Hostelería Jaén (BOP Jaén 17/7/2017), Comercio Textil (BOP Almería 19/9/2014), Confitería, pastelería, bollería, tortas, mazapanes y otros productos de desayuno (BOP Sevilla 18/4/2016) que establece 11 meses en un período de referencia de 16 y medio, entre otros.

la duración del contrato, se limita a dar reglas para efectuar su cálculo pero limitándose a concretar el inicio del cómputo desde que se reconoce la existencia de causa para su celebración –simplemente vienen a decir que cuando se incremente el volumen de trabajo o se considere necesario aumentar el número de personas que realicen un determinado trabajo o presten un servicio, o dicho de otro modo, se deja una causa absolutamente abierta-. No aparecen cláusulas que limiten o argumenten la duración del contrato, decantándose la mayoría, como hemos afirmado, por la ampliación de la misma. Si acaso, si aparece como razonable, alguna previsión como en la hostelería, de establecer un doble sistema, uno el ordinario de 12 meses en un período de referencia de 18 y otro para las empresas estacionales o de temporada atendiendo a las distintas características de una y otra[61].

Ya apuntaba, en este sentido, la doctrina desde hace ya largo tiempo, sin embargo, que "aunque debe controlarse por los Tribunales la extensión vía convenio colectivo del contrato eventual, este control debería centrarse en la regulación que aparece de ésta en el mismo ya que solamente debería permitirse en supuestos tasados, cuando el hecho de la continuidad de la relación laboral por encima del plazo legal se estime necesaria «a priori» y evitar, así, que se extienda la duración del contrato de forma masiva, como se ha hecho hasta ahora[62]". Entendiendo que, cuando se superan los topes máximos que permite la norma legal, el contrato se presume fraudulento y la relación laboral deviene en indefinida[63].

Por otra parte, al margen de los convenios de sector, los convenios colectivos de empresa, fundamentalmente por reiteración del sectorial, amplían también la duración del contrato, aun cuando ello, como en el caso del contrato eventual por circunstancias de la producción, está expresamente vedado. Así se manifiesta, v.gr. la STS 18 de noviembre de 2003 [RJ 2004, 504] cuando afirma que la habilitación para tal actuación es exclusivamente para el convenio de sector, no para el de empresa: "el convenio de empresa carecería de competencia para establecer esa remisión *[...]* porque, conforme al artículo 15.1.b) del Estatuto de los Trabajadores, ese convenio no puede entrar en la ampliación de la duración del contrato de eventualidad".

[61] Hostelería Cádiz (BOP Cádiz 11/8/2017)

[62] Ballester Pastor, I. "El contrato eventual por circunstancias de la producción: la necesaria formalización de la causa de la contratación, la naturaleza del contrato como sometido a término cierto y el esfuerzo jurisprudencial por controlar la extensión temporal de la duración máxima operada por vía convencional". Revista Doctrinal Aranzadi Social vol. I parte Presentación. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 1999 (on line)

[63] Ballester Pastor, I. "El contrato eventual por circunstancias de la producción" en AA.VV. (Monereo Pérez direcc*), Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*. Editorial Comares, 2010, pág. 96.

No obstante, se deben distinguir dos supuestos: cuando el convenio de empresa se remita o ampare por el convenio de sector (sea para esta materia o sea con carácter general) y cuando dicha remisión no exista, en cuyo caso no debería admitirse tal regulación[64].

En la negociación colectiva se han visto ejemplos tanto en un sentido como en otro. Pero destaca sobremanera la regulación que, a estos efectos, se hace de la duración sin la habilitación legal para ello y sin que exista la más mínima referencia al convenio de sector[65]. Lo que no es óbice para encontrar ejemplos en los que, en sentido contrario, sí existe un adecuado reparto de contenidos y una llamada al convenio colectivo sectorial[66]. Pero también puede existir una regulación previa, en los mismos términos, en el convenio colectivo sectorial. En esas circunstancias se podría entender la validez de la cláusula convencional del convenio de empresa, pero no como tal, como una ordenación de la duración establecida por el convenio colectivo de empresa, sino que, por coincidir en cuanto al fondo, al limitarse a repetir el contenido de aquél, se produciría un reconocimiento a su validez, por no oponerse a lo regulado por el tipo de convenio colectivo al que la ley remite[67]. No cabría, sin embargo -debemos entender-, ninguna otra regulación

[64] Cítese la misma sentencia: "si la regulación del convenio sectorial fuese una regulación que pudiera tener una aplicación automática en el ámbito de la empresa por tratarse de un convenio estatutario, pues en este caso la remisión sólo estaría aclarando que la norma del convenio sectorial será aplicable, aunque el convenio de empresa tenga garantizada su prioridad aplicativa en virtud del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores".

[65] Así lo hace, por ejemplo, el convenio colectivo de Construcciones y Cerámicas Lagos S.L. (BOP Cádiz 11/01/2017), que primero hace referencia, en cuanto a la naturaleza jurídica del convenio a su regulación de acuerdo a lo previsto en la Ley 3/2012 y, posteriormente, en su art. 7 únicamente cita como derecho supletorio el ET. De acuerdo a la prioridad aplicativa absoluta que se predica en su articulado con carácter previo: Empresa Francisco Salguero, S.L. con sus trabajadores (BOP Cádiz 22/3/2016) o "Altura, Drenajes y Contenciones, S.L." (BOP Jaén 26/10/2016). Sin que se diga absolutamente nada: Gibtelenergy SL (BOP Cádiz 14/04/2016); Empresa Electra Conilense, S.L./Romero Abreu Hnos, S.L. (BOP Cádiz 31/05/2017); Europea de Oleoductos y Gaseoductos, S.L." (BOP Jaén 11/03/2016); Empresa "Mairegui S.L. (BOP Cádiz 15 de septiembre de 2016); Sierra Morata S.L (BOP Cádiz 21/4/2015); Explotaciones Hoteleras Nazaríes, S.L. (BOP Granada 14/12/2015); Orán Sasso, Sociedad Limitada. (Málaga 21/10/2014); Rocla Restauración, SLU. (Málaga 26/10/2015); Convenio Colectivo para la Empresa Almacenes Barragan Espinar, S.L (BOP Granada 21 de enero de 2015); Empresa Francisco Donaire Torres con sus trabajadores (BOP Cádiz 07/08/2015); Grupo Empresarial Innovasur S.L. (BOP Córdoba 5/7/2016); Inverser MJ Córdoba S.L. (BOP Córdoba 25/4/2016); Megaexit, S.L. (BOP Granada 11/2/2015); Ofertel Comunicaciones, S.L. (BOP Córdoba 25/8/2016).

[66] Empresa Sistemas Tubulares Al Andalus S.L. (BOP Cádiz 2/06/2016); Empresa Leasan 2007 S.L. (BOP Cádiz 5/6/2017); Cash Converters y sociedades vinculadas (BOE 27/4/2017); Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) (BOE de 6/9/2016); Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL. (BOE 30/1/2014).

[67] Eso podría ocurrir cuando, por ejemplo, se alude a la aplicación supletoria del Convenio

que se apartara lo más mínimo del convenio de sector –salvo su mejora-, por cuanto que la aplicación de la duración del contrato eventual por encima de los límites legales nunca sería prerrogativa del convenio empresarial en los términos en los que se han expresado los órganos de lo Social[68]. Una fórmula mixta adecuada es la de reproducir la remisión legal, pero remitiéndose a la máxima convencional "si así se prevé en el Convenio Colectivo Sectorial de aplicación"[69].

Prácticamente, por otra parte, no se justifica la ampliación de la duración del contrato y solo en casos aislados –en algunos no se debería haber regulado- se introduce un mínimo razonamiento en el que los rasgos más característicos son la ambigüedad y la generalización: "se considera que se produce la causa que justifica la celebración del citado contrato, en los casos previstos en el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, cuando se incremente el volumen de trabajo, o se considere necesario aumentar el número de personas que realicen un determinado trabajo o presten un servicio"[70].

b) La concreción de las actividades a desarrollar

También este aspecto se plantea como una cuestión cuya regulación es compartida a través de una relación de complementariedad entra la ley y el convenio colectivo en general (15.1 b) ET).

Al respecto, es preciso tener presente que la causa de temporalidad es, justamente, la que diferencia y admite el uso este contrato frente a uno indefinido cuando se cubre una necesidad permanente de la empresa. Ello supone que, obviamente, tiene que existir una relación entre las tareas a desarrollar y la causa de eventualidad, no pudiendo el trabajador realizar unas funciones distintas de aquellas que motivan la propia temporalidad. O dicho de otro modo: la duración determinada del contrato deviene por la prestación específica que se reclama. De esta manera, hay que recordar que los órganos judiciales del Orden Social han venido afirmando que no resulta aceptable una cláusula convencional que tenga por objeto admitir el

Colectivo General de la Construcción aunque, si bien es cierto, se limita a aquellos aspectos no contemplados en el convenio colectivo de empresa. Debería, en consecuencia, entenderse por no puesta la referencia sobre duración del contrato eventual en el convenio de empresa y aplicar directamente el de sector. Así por ejemplo en Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30/12/2014).

[68] Lo que se traduce en respetar literalmente los límites legales: Convenio colectivo de Burger King Spain, SLU. (BOE 3/7/2017) o Restauración Q&S, S.L. (BOP Granada 26/2/2016); Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016); General Óptica, SA. (BOE 4/11/2015); Convenio Colectivo de Primark Tiendas, SLU. (22/8/2017); Adavigal, Sociedad Limitada (BOP Málaga 23/6/2014); Drosolu, S.L. (BOJA 13/3/2014).

[69] Convenio colectivo de Burgercampo, SL. (11 de junio de 2015) o III Convenio colectivo del Grupo Zena (BOE 3/3/2016); Restaurantes Temáticos Del Sur, Sociedad Limitada (Málaga 10/11/2015).

[70] Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30/12/2014).

uso de los contratos sin precisar las razones de la eventualidad, no bastando para ello la simple remisión a la propia regulación convencional que regula dicho tipo contractual[71]. Considerando, además, que la causa de temporalidad, en este sentido, es determinante para la válida celebración de este tipo de contrato[72].

Pero lo cierto es que la negociación colectiva apenas si se dedica e esta cuestión. Lo más que hace es la utilización de una fórmula genérica que aparece en un número reducido de convenios: "podrá concertarse para cubrir puestos en centros de trabajo que no tengan la consideración de obra"[73].

En algún caso, en el que sí hay una mayor especificación, vienen a coincidir en gran medida con las causas que se han utilizado para amparar un contrato por obra o servicio determinado[74] –vid. infra-, si bien, ya se ha advertido por doctrina científica y judicial que no sirve para justificar, por ejemplo, la reiterada causa de eventualidad, las nuevas aperturas o el lanzamiento de un nuevo producto[75]. A pesar de lo que, hay convenios colectivos que siguen insistiendo en esta formulación[76].

[71] SAN 1 de marzo de 2017 [AS 2017, 118].

[72] STS de 9 de marzo de 2010 (rec. 955/2009) que reiterando doctrina anterior afirma que es preciso "que «se concierten para atender las exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, aun tratándose de la actividad normal de la empresa». Y en la configuración de esa eventualidad, se ha dicho que la misma ha de entenderse como un exceso anormal en las necesidades habituales de la empresa, que no puede ser atendido con la plantilla actual y que -por su excepcionalidad- tampoco razonablemente aconseja un aumento de personal fijo (STS 20/03/02 -rcud 1676/01-); que la «temporalidad de este tipo de contratación es causal y contingente, pues en el proceso productivo o en la prestación de servicios se produce de manera transitoria un desajuste entre los trabajadores vinculados a la empresa y la actividad que deben desarrollar, permitiendo la Ley la posibilidad de acudir a la contratación temporal para superar esa necesidad de una mayor actividad, sin incrementar la plantilla más de lo preciso, evitando el inconveniente de una posterior reducción de la misma si, superada la situación legalmente prevista, se produjera un excedente de mano de obra» (STS 21/04/04 -rcud 1678/03-); y que el «contrato eventual está caracterizado por la temporalidad de la causa que lo origina,... evitando con ello que por este procedimiento se lleguen a cubrir necesidades permanentes de las empresas acudiendo a contrataciones de tiempo limitado; la causa radica en las circunstancias del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, es decir, se trata de un contrato caracterizado por la temporalidad de la causa que lo legitima; si la causa no es temporal, la relación se convierte en indefinida» (SSTS 17/01/08 -rcud 1176/07-; y 15/01/09 -rcud 2302/07-).

[73] Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30/12/2014).

[74] Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016): "Campañas o promociones específicas, campaña de Navidad, cobertura de vacaciones, ventas especiales, rebajas, aniversarios y otras tareas comerciales cuando resulte necesario contar con personal efectivo adicional para su puesta en marcha. 2) Así como en todos aquellos otros supuestos legalmente habilitados, y sin perjuicio de otras situaciones no contempladas actualmente que pudieran llegar a regularse en el futuro".

[75] Ballester Pastor, I. "El contrato eventual por circunstancias de la producción" en AA. VV. (Monereo Pérez direcc*), Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico*. Op. Cit., págs. 81 a 83.

[76] V.gr. General Óptica, SA. (BOE 4/11/2015).

c) El Porcentaje de plantilla eventual frente al total de la empresa

A pesar de que nuevamente se dispone una relación de complementariedad con el convenio colectivo en general (art. 15.1 b) ET) para determinar el volumen de plantilla respecto a la total con contratos eventuales, llama la atención como ni un solo convenio del sector de la construcción –o al menos en la extensa muestra analizada- regula esta materia. En la Hostelería se ha encontrado algún ejemplo, pero de manera conjunta al contrato por obra o servicio determinado, estableciendo un porcentaje del 65-35%[77]. Y alguna referencia se puede ver en los ámbitos del Comercio o Alimentación limitando expresamente la utilización de este tipo contractual o, como es bastante reiterado en este sector, haciendo referencia al porcentaje de contratación indefinida frente a los temporales en general, normalmente en el contexto de un compromiso por el empleo estable[78].

4.2.3. Elementos comunes a los contratos temporales

Como primer elemento en común aparecen regulados, aunque de manera aislada, requisitos formales y de fondo que se exigen para todos los contratos de duración determinada, siendo lo más relevante, en este punto, la declaración de la necesaria concreción de la causa de temporalidad, ya que, si no es así, el contrato se convierte en indefinido[79]. Y ello tiene una doble lectura, tanto positiva, como negativa. Decimos positiva, porque acerca la realidad legal a su ámbito de aplicación, en cuanto que traslada los efectos que se prevén en la ley al propio convenio colectivo. Pero, al tiempo, significamos como negativa, porque al no haber provisto un instrumento, medio o procedimiento que prevea como se produce la conversión desde contrato temporal irregular a indefinido, parece abocarse a los mecanismos –esencialmente judiciales- para llegar a ese resultado, sin que aporte nada, por tanto, tal referencia convencional –salvo para la interpretación judicial-.

Por otra parte, un elemento que aparece de manera reiterada es la regulación de indemnizaciones por fin de contrato. Y, a tal efecto, se fijan parámetros de referencia que atienden a conceptos salariales definidos en el convenio[80] o se

[77] Hostelería Cádiz (BOP Cádiz 11/8/2017); Mirang Restauracion S.L.U. (BOP Cádiz 15/3/2016). O en términos similares pero concretando además el modo de cómputo de los trabajadores en el Convenio Colectivo de Rocla Restauración, SLU. (Málaga 26/10/2015). En un porcentaje de indefinidos menor: Hostelería Granada (BOP Granada 29/10/2012) o Hostelería Huelva (BOP Huelva 22/09/2014). Ver para el cómputo: Hostelería Málaga (BOP Málaga 21/4/2015) y porcentajes en función del tamaño de la plantilla.

[78] Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) (BOE de 6/9/2016); Grupo Hermanos Martín (BOJA 29/10/2014); Grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA. (BOE 2/9/2016); Lidl Supermercados, SAU. (BOE 8/6/2016), entre muchas reiteraciones en el sector.

[79] Gibtelenergy SL (BOP Cádiz 14/04/2016).

[80] "Los trabajadores que formalicen contratos de duración determinada, por circunstancias

establece la indemnización legal de 12 días[81] pero extendida a todos los contratos "no indefinidos", por lo que deberíamos entender que incluye también a los formativos[82].

Por último, también ha sido objeto de regulación un sistema que reserva esta cuantía para los contratos de duración superior al año pero con la posibilidad de aumentarse (1 día por mes de trabajo, por lo que si se supera el año de trabajo, obviamente se superará tal cantidad), mientras que los que tienen una duración inferior al año lo que hacen es garantizar la parte proporcional con la fórmula de asegurar 2 días por mes de trabajo[83]. El problema viene por su defectuosa e incomprensible redacción. Así se prevé que es un sistema previsto para los contratos temporales pero, posteriormente, se añade que en este sistema no alcanza ni los contratos fijos, ni los fijos discontinuos, pero tampoco los contratos de hasta un mes. Y es que esta última referencia –la del contrato corta duración inferior al mes- sí sería lógica –al margen de estar o no justificada-, pero respecto a las otras dos -los contratos fijos, ni los fijos discontinuos-, no responde a ninguna lógica porque, como se ha afirmado es un sistema que se reserva para el contrato temporal que, por naturaleza, no puede ser fijo. De este modo, éste –el fijo-, de manera automática quedaría excluido de la aplicación de este mecanismo indemnizatorio, en tanto que está reservado, como ya se define en la primera parte del precepto, a los de dicha naturaleza temporal, sean de duración inferior a uno o dos años, pero no indefinida[84].

de la producción o por interinidad, tendrán derecho, una vez finalizado el contrato correspondiente por expiración del tiempo convenido, a percibir una indemnización de carácter no salarial por cese del 7 por 100 calculada sobre el salario base y el plus de asistencia y actividad devengados durante la vigencia del contrato". Empresa Francisco Salguero, S.L. con sus trabajadores; Construcción y Obras Públicas (BOP Cádiz 22/3/2016). "La indemnización por fin de contrato será del 7 por ciento calculada sobre los conceptos salariales de las tablas del Convenio aplicables devengados durante la vigencia del contrato hasta un máximo de 20 días naturales". Sistemas Tubulares Al-Ándalus, S.L. (BOP Huelva 6/04/2015).

[81] "Hotel Bahía Tropical, S.A." (BOP Granada 7/5/2015); Supermercados Sabeco, SA. (BOE 6/6/2014); Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016); Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) (BOE de 6/9/2016); Convenio Colectivo de Primark Tiendas, SLU. (22/8/2017); Sector Almacenistas y Detallistas de Alimentación (Mayoristas y Minoristas) Sevilla, (BOP 9/11/2013); Adavigal, Sociedad Limitada (BOP Málaga 23/6/2014); Elaboración de Congelados Málaga, Sociedad Anónima (BOP Málaga 30/9/2015).

[82] Convenio Estatal Restauración colectiva (BOE 22/3/2016).

[83] Esta fórmula es parecida a la que se acoge otros Convenios como Confitería, pastelería, bollería, tortas, mazapanes y otros productos de desayuno (BOP Sevilla 18/4/2016) que establece 3 días por mes para los contratos eventuales.

[84] Hostelería Cádiz (BOP Cádiz 11/8/2017): "Se establece, para casos de extinción de contratos temporales, las indemnizaciones siguientes:

- Un día de salario por mes de trabajo para los contratos temporales que sean superior a un año.

4.3. Concreción del trabajo a tiempo parcial

De un lado, se contemplan los convenios colectivos que se limitan a enumerarlos como una posibilidad de contratación, pero remitiéndose a la regulación legal[85] o bien haciendo referencia a sus características generales[86].

Uno de los principales aspectos que se reserva a los negociadores es la determinación de las horas complementarias. Sobre este particular, el ET, en su art. 12.5, distingue, en su apartado c) y g) entre el pacto de horas complementarias en los contratos indefinidos con una jornada no inferior a las 10 horas semanales en cómputo anual y aquellas horas que, aun siendo complementarias, se realizan fuera de aquel pacto. Independientemente de su naturaleza o caracteres, interesa para este análisis, la flexibilidad negocial que existe al respecto. En relación a las primeras, permite el legislador que se estipule, sea cual sea el tipo de convenio, un número de horas complementarias que oscilará entre el 30 y el 60% de las horas ordinarias. Mientras que en el segundo caso, el 15% legal, puede ser ampliado hasta en un 30% de las horas ordinarias (no computando estas últimas para las relacionadas anteriormente).

Y ese es, precisamente, el contenido que se trata, de manera *cuasi* exclusiva, en un número importante de convenios colectivos[87]. Únicamente hay algunas

- Dos días de salario por mes de servicio para los contratos de hasta un año.

Se excluyen de este sistema indemnizatorio los contratos fijos, fijos discontinuos y los contratos estipulados de hasta un mes".

De empresa, en la misma provincia y en los mismos términos: Mirang Restauracion S.L.U. (BOP Cádiz 15/3/2016).

[85] Empresa Gaducon Proyectos y Obras, Sociedad Limitada (BOP Cádiz 25/05/2016). Gibtelenergy SL (BOP Cádiz 14/04/2016).

[86] Vestas Eólica, SAU. (BOE 12/8/2016). En el mismo sentido: "Altura, Drenajes y Contenciones, S.L." (BOP Jaén 26/10/2016), Europea de Oleoductos y Gaseoductos, S.L." (BOP Jaén 11/03/2016), Ursula Consulting, S.L.U (BOP Jaén 25/10/2016), Estructuras Medisd, Sociedad Limitada (BOP Málaga 24/4/2015), Pontifex Maximus, Sociedad Limitada (BOP Málaga 12/11/2014), si bien fijan un mínimo de 2 horas diarias.

[87] Por ejemplo, Fuertemant, S.L. (BOJA 20/04/2016), que distingue entre los contratos que antes hemos señalado en primer término (indefinidos con más de 10 horas/semanales en cómputo anual) para lo que dispone un pacto de horas complementarias que no puede superar el máximo de horas que prevé la ley (60%), y las horas voluntarias, para los contratos que no reúnen aquellos requisitos y cuyo porcentaje eleva también al máximo que le permite la ley (30%), sin que la suma de unos y otros pueda superar el tope del trabajo a tiempo parcial definido en el art. 12.1 ET. Los mismos porcentajes en Negocios de Restauración del Sur SL. (BOP Córdoba 16/09/2015). De ámbito sectorial, el Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 16/8/2016), establece únicamente el parámetro del 60%. O el Convenio Estatal Restauración colectiva (BOE 22/3/2016) fija un solo máximo del 50%, así como la posibilidad de suscribir un período de prueba (¿?). Convenio colectivo de Burger King Spain, SLU. (BOE 3/7/2017) hasta 60%. Pero en este último se establece la preferencia para la cobertura de vacantes, la especificación en los contratos el número de horas al día, a la semana o al año contratadas, la distribución del horario

especificaciones en torno a la exigibilidad de las horas complementarias –cuando concurren una serie de circunstancias[88]- y las causas que motivan la exención de la obligación de cumplimiento del pacto –conciliación de la vida laboral y familiar o concurrencia de otro empleo- además de la distinción entre horas complementarias en el marco del pacto al efecto y las voluntarias realizadas fuera de dicho ámbito, además de la posibilidad de consolidación de las horas[89]. De manera ocasional, no obstante, hay algún convenio que precisamente lo que no hace es determinar el número de horas complementarias, pero sí una regulación más completa de diversos factores que permiten una ordenación adecuada de la prestación en un contexto de parcialidad[90].

realizada por los encargados de cada centro de trabajo y atendiendo a las necesidades del mismo y la imposibilidad de interrumpir la jornada en turnos diarios de prestación de servicios de 3 horas o inferior, repetida en otros convenios pero variando el número de horas mínimo. Empresa "Mairegui S.L. (BOP Cádiz 15/9/2016) aunque realizando con carácter previo una defensa de la utilización y de los beneficios de su uso para determinados colectivos como jóvenes y mujeres en edad madura con responsabilidades familiares (¿?). En los mismos términos exactamente: Sierra Morata S.L (BOP Cádiz 21/4/2015). Vid. tb. Restaurantes Temáticos Del Sur, Sociedad Limitada (Málaga 10/11/2015) o Rocla Restauración, SLU. (Málaga 26/10/2015) también con distinción del máximo del 60% y 30% dependiendo del tipo de horas y características del contrato; Bofrost SAU (BOE 10/2/2015). Vid. tb. Consum Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 15/12/2014); Supermercados del Grupo Eroski (BOE 30/5/2013) en el que se añade el valor económico de la hora complementaria y los requisitos formales para su ejecución; Supermercados Sabeco, SA. (BOE 6/6/2014).

[88] Convenio Colectivo de Primark Tiendas, SLU. (22/8/2017).

[89] Convenio colectivo de Burgercampo, SL. (11/6/2015) que también establece un porcentaje de horas que alcanza el 50% para el pacto y el 30% en el caso de voluntarias. Concretamente respecto a la aceptación de las horas dentro del pacto: "Las horas complementarias solo serán exigibles para su realización cuando vayan unidas al inicio o final de la jornada, o se trate de realizar una jornada un día no programado previamente como de trabajo, preavisándose las mismas con el preaviso contemplado en el artículo 12.5.d), de tres días. El preaviso podrá ser inferior, únicamente en los casos en los que las horas complementarias se realicen al principio o al final de la jornada diaria programada, de conformidad con el mismo artículo estatutario". En los mismos términos: III Convenio colectivo del Grupo Zena (BOE 3/3/2016). Cít. tb. Pastificio Service, SL. (BOE 12 de septiembre de 2014) aunque introduciendo la Franja horaria en la que se pueden prestar servicios por los trabajadores a tiempo parcial. Todos los aspectos y las distinciones según la duración en número de horas de los contratos se incluyen en el Convenio Colectivo Hostelería Jaén (BOP Jaén 17/7/2017) pero añadiéndose, además, algunos aspectos novedosos como la posibilidad de consolidar las horas. En estos mismos términos podemos observar a nivel nacional el VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 6/7/2017); Grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA. (BOE 2/9/2016); de manera clara y completa en el Convenio colectivo de Lidl Supermercados, SAU. (BOE 8/6/2016); Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA. (BOE 2/4/2013); Grupo Hermanos Martín (BOJA 29/10/2014).

[90] Cash Converters y sociedades vinculadas (BOE 27/4/2017): "Se estará a lo regulado en el artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores y las normas que lo desarrollen.

Se especificará en los contratos de trabajo a tiempo parcial el número de horas al día, a la semana, al mes, o al año contratadas, así como su distribución en los términos previstos en el presente convenio.

Del resto de posibilidades que tienen los convenios colectivos, nada se contempla en el marco negocial que sea reseñable puesto que las posibilidades relativas a la determinación de la jornada se solventan, en la mayoría de las ocasiones con una remisión a otra parte del convenio[91] o las interrupciones de aquella suelen venir establecidas en referencia a la duración mínima de la misma (no caben si la jornada no alcanza el mínimo indicado)[92], así como la garantía a una prestación de horas mínimas[93] o la interesante descripción que se hace en la Hostelería en Málaga sobre el trabajador comparable[94].

En el contrato de trabajo, en las ampliaciones temporales y en el pacto de horas complementarias se fijarán las franjas horarias y los días de la semana y períodos en los que es exigible la prestación de trabajo ordinario y, en su caso, las horas complementarias.

Tal fijación deberá permitir identificar con claridad los momentos en los que el trabajador está dispuesto, por su perfil de trabajador a tiempo parcial, a prestar el trabajo contratado.

La identificación genérica o la que conlleve una disponibilidad plena del trabajador incompatible con el trabajo a tiempo parcial dará lugar a la consecuencia prevista en el apartado a) del número cinco del artículo 12 del Estatuto de los Trabajadores.

El tiempo mínimo de contratación a tiempo parcial para aquellos trabajadores que presten sus servicios regularmente más de tres días a la semana será de 16 horas de promedio semanales.

A título indicativo la franja establecida en el contrato con carácter general no podrá ser superior a ocho horas, y a 12 horas en los casos de días o temporadas concretos en los que la jornada deberá ser: o partida, o no inferior al 80% de la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable.

El pacto de horas complementarias podrá alcanzar al 40% de las horas ordinarias contratadas y para que sean exigibles para el trabajador deberán solicitarse por la empresa con el preaviso legal y dentro de las franjas horarias marcadas en el contrato o en el pacto específico de realización de horas complementarias.

Tampoco será exigible la realización de horas complementarias cuando no vaya unida al inicio o fin de la jornada ordinaria, y sólo será posible una interrupción (nunca mayor de cuatro horas) si la jornada efectivamente realizada tal día es superior a cuatro horas.

Sólo será exigible la realización de horas complementarias en días en los que no esté planificada jornada ordinaria para un mínimo de cuatro horas continuadas y siempre dentro de la franja contratada.

El trabajador podrá dejar sin efecto el pacto de horas complementarias por los supuestos establecidos en la ley de conciliación de la vida familiar y laboral". Como el anterior, pero que sí incluye los porcentajes máximos para las horas complementarias: Decathlon España, SA. (BOE 27/3/2017). Y completando otros aspectos diferentes, en el sentido de establecer medidas garantistas para el trabajador a tiempo parcial: Comercio en general Granada (BOP Granada 28/6/2012). En términos parecidos al anterior: Megaexit, S.L. (BOP Granada 11 de febrero de 2015).

[91] V.gr. VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 6/7/2017).

[92] Convenio Colectivo de Comercio de Tejidos en General, Mercería, Paquetería y Quincalla de la Provincia de Cádiz (BOP Cádiz 1/3/2016); Inverser MJ Córdoba S.L. (BOP Córdoba 25/5/2016); Ofertel Comunicaciones, S.L. (BOP Córdoba 25/8/2016).

[93] II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 12/8/2017), en el que se incluye también una cláusula para vincular, vía art. 12.4 ET, esta modalidad con la reducción por guarda legal y el contrato de interinidad; Supermercados del Grupo Eroski (BOE 30/5/2013); Comercio en General Córdoba (21/3/2013).

[94] Hostelería Málaga (BOP Málaga 21/4/2015).

Y si bien, en los convenios analizados –y citados- que contemplan alguna referencia sobre el contrato a tiempo parcial, aparece, de manera conjunta, una remisión o reiteración de lo previsto legalmente para el contrato de relevo, pero sin ofrecer aspecto novedoso alguno[95].

4.4. Contratos formativos

Es absolutamente recurrente la regulación de los contratos formativos a través de cláusulas convencionales, pero ello choca con dos fuertes contradicciones. Por una parte que la mayor parte de su contenido se concreta en repetir lo previsto en la ley[96] y, por otra, que el porcentaje de utilización es escasísimo. La reflexión, por tanto, está servida: es mucho más el reconocimiento formal que el real, el que se hace de unas modalidades contractuales que están infrautilizadas y a las que se les tiene un intenso respeto por lo complejo y extenso de su regulación legal[97]. Hasta tal punto es así, que en los convenios no se hacen –salvo

[95] Para evitar reiteraciones innecesarias, cítense los convenios señalados en las notas anteriores, v.gr. "Altura, Drenajes y Contenciones, S.L." (BOP Jaén 26/10/2016), Europea de Oleoductos y Gaseoductos, S.L." (BOP Jaén 11/03/2016), Ursula Consulting, S.L.U (BOP Jaén 25/10/2016), Estructuras Medisd, Sociedad Limitada (BOP Málaga 24/4/2015), Pontifex Maximus, Sociedad Limitada (BOP Málaga 12/11/2014). Convenio colectivo de Burger King Spain, SLU. (BOE 3/7/2017); Pastificio Service, SL. (BOE 12 de septiembre de 2014); Orán Sasso, Sociedad Limitada. (Málaga 21/10/2014); Rocla Restauración, SLU. (Málaga 26/10/2015); Supermercados Sabeco, SA. (BOE 6/6/2014).

[96] Respecto a los dos contratos: Construcciones y Cerámicas Lagos S.L. (BOP Cádiz 11/01/2017); "Altura, Drenajes y Contenciones, S.L." (BOP Jaén 26/10/2016); Ursula Consulting, S.L.U (BOP Jaén 25/10/2016); Estructuras Medisd, Sociedad Limitada (BOP Málaga 24/4/2015); Pontifex Maximus, Sociedad Limitada (BOP Málaga 12/11/2014); Sierra Morata S.L (BOP Cádiz 21 de abril de 2015); Restauración Q&S, S.L. (BOP Granada 26/2/2016); Orán Sasso, Sociedad Limitada (Málaga 21/10/2014); Rocla Restauración, SLU. (Málaga 26/10/2015) aunque incluyendo una mínima mejora retributiva para el contrato para la formación y el aprendizaje; Hostelería Granada (BOP Granada 29/10/2012); Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes (BOE 22/4/2013); Grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA. (BOE 2/9/2016); Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016); Convenio Colectivo de Primark Tiendas, SLU. (22 de agosto de 2017), con mejora salarial; Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA. (BOE 2/4/2013); Comercio del Metal y la Electricidad de la provincia de Jaén (BOP Jaén 10/8/2017); Adavigal, Sociedad Limitada (BOP Málaga 23 de junio de 2014); Drosolu, S.L. (BOJA 13 de marzo 2014). Respecto al contrato para la formación: Empresa Gaducón PROYECTOS Y OBRAS, Sociedad Limitada (BOP Cádiz 25/05/2016); Convenio Estatal Restauración colectiva (BOE 22/3/2016), si bien remitiendo los salarios a los fijados para los correspondientes oficios o puestos desempeñados, pero en proporción al tiempo de trabajo efectivo. Convenio colectivo de Burgercampo, SL. (11/6/2015); Pastificio Service, SL. (BOE 12/9/2014); Sector Almacenistas y Detallistas de Alimentación (Mayoristas y Minoristas) Sevilla (BOE 9/11/2013); Comercio de Maquinaria Industrial, Agrícola, Material Eléctrico, Aparatos Electrodomésticos, Mobiliario y Material de Oficina de Sevilla (BOP Sevilla 4/12/2014).

[97] Vid. Vila Tierno, F. *El contrato para la formación en el trabajo,* Thomson Reuters-Aranzadi, 2008. ISBN 978-84-8355-594-1.

escasas excepciones[98]- eco de las posibilidades que ofrece para incrementar su utilización[99] la DT 2ª ET en relación a los topes de edad[100] o la Ley 11/2013 respecto a la fecha de obtención del título para el contrato en prácticas[101]. No obstante, veremos una serie de especificaciones sobre los mismos para visualizar los contenidos concretos en la negociación colectiva.

4.4.1. Contrato para la formación y el aprendizaje

Respecto a este contrato, que tanto margen de desarrollo puede encontrar en la negociación colectiva, y en el que pueden concretarse detalles relativos a la función del tutor, a lugar o el modo de impartición de la formación, a la vigilancia del proceso formativo, etc. apenas si, como hemos adelantado, se reitera el tenor legal y acaso, de manera tímida, se alude a algún aspecto de la tutoría o, fundamentalmente del salario[102]. Pese a todo, en los convenios sectoriales, es posible encontrar una regulación es más incisiva. O al menos, se hace indicación de alguna de aquellas cuestiones.

Comenzando por los convenios de empresa, entre ellos, sobresalen diversas estipulaciones significativas como, por ejemplo, mantener una doble escala salarial para los mayores y menores de edad[103] sin que se especifique el motivo para

[98] Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE 26/09/2017) y convenios de empresa como Encofrados y Construcciones Vimuz, SL (BOP Córdoba 12/01/2017) que se comentarán con detalle posteriormente pero, en este último, expresamente se alude a la contratación hasta 30 años en el contrato para la formación y el aprendizaje. Llama la atención, sin embargo, que las referencias no son ni correctas ni actualizadas. I Convenio Colectivo Hablacom, S.L. (BOP Cádiz de 31/07/2017) hace una utilización correcta de la previsión legal referenciándola a un porcentaje de desempleo superior al 15%.

[99] Salvo los que se limitan a hacer una remisión –incompleta y no actualizada- a la legislación que prevé tales posibilidades; Empresa Sistemas Tubulares Al Andalus S.L. (BOP Cádiz 2/06/2016)

[100] "1. Hasta que la tasa de desempleo en nuestro país se sitúe por debajo del quince por ciento podrán realizarse contratos para la formación y el aprendizaje con trabajadores menores de treinta años sin que sea de aplicación el límite máximo de edad establecido en el párrafo primero del artículo 11.2.a)".

[101] Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, art. 13 "Incentivos a los contratos en prácticas. 1. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 11.1 del Estatuto de los Trabajadores podrán celebrarse contratos en prácticas con jóvenes menores de treinta años, aunque hayan transcurrido cinco o más años desde la terminación de los correspondientes estudios". Una excepción es la que hace el I Convenio Colectivo Hablacom, S.L. (BOP Cádiz de 31/07/2017) que sí se acoge a tal posibilidad.

[102] Por ejemplo, Construcciones y Cerámicas Lagos S.L. (BOP Cádiz 11/01/2017) establece un salario de aprendiz en el convenio y determina que el tutor "deberá velar por la adecuada formación del trabajador, así como vigilar todos los riesgos profesionales inherentes al puesto de trabajo".

[103] Empresa Francisco Salguero, S.L. con sus trabajadores Construcción y Obras Públicas (BOP Cádiz 22 de marzo de 2016). En el que se determina también que le corresponden las mismas subidas que al resto de trabajadores, lo que, lógicamente no puede ser de otro modo de acuerdo a la naturaleza laboral de su contrato. O equivalente a aprendices, esto es, que tienen su propia retribu-

dicha diferenciación[104] o vinculando dichas partidas al incremento que recibirán, en su caso, el resto de trabajadores, cuando éstas deban ser revisadas –y como no puede ser de otro modo, de acuerdo a su naturaleza laboral-.

De esta forma, los aspectos salariales son los que tienen una mayor variedad de tratamiento. Lo más usual –en la inmensa mayoría de los convenios- es su acotación mediante el establecimiento de categorías de aprendices o de unas cantidades específicas que mejoran, usualmente la norma legal, sea mediante la asignación de una cantidad concreta, sea mediante su vinculación a un puesto determinado, e incluso fijando una cantidad que puede extenderse durante un cuarto año como incentivo a la contratación indefinida de aquellos[105].

De lectura positiva, por otra parte, debe interpretarse todo aquello que favorezca la naturaleza formativa del contrato, como delimitar los puestos con cualificación que pueden ser objeto del mismo -desdeñando expresamente aquellos otros que no lo son-, prolongar la formación a toda la vida de aquel y comprometer un alto porcentaje de transformaciones en indefinidos, de manera que esta modalidad cumple su misión de inserción estable en el mercado laboral gracias a la formación para el empleo. Esto es, se consigue por esta vía, a través de la negociación, dar cumplimiento a la causa real del contrato[106].

En cuanto a la duración, sin ir más allá de los límites legales, se contemplan regímenes de prórroga distintos al legal, sin que tal modificación se admita, de manera expresa en el art. 11.2 b) ET[107]. En otro orden, es llamativa la regulación de la duración por debajo del límite legal pero con el compromiso expreso de continuidad en otro puesto superior en la empresa o ante la inexistencia de vacante continuando un año más como aprendiz[108].

ción específica: Mirang Restauración S.L.U. (BOP Cádiz 15 de marzo de 2016).

[104] Recuérdese que las diferencias de retribución no se considerarán discriminatorias si responden a una justificación objetiva y razonable, vid. v. gr. STS 19-6-2000 [RJ 2000, 5117]. Para el tratamiento de la ya clásica doctrina constitucional sobre esta materia y su repercusión en el contrato, vid. Vila Tierno, F. "El contrato…" op. Cit.

[105] V.gr. Sabor Moreno, S.L. (BOP Córdoba 25 enero 2017).

[106] Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) (BOE de 6/9/2016).

[107] Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4/5/2016) establece hasta cuatro prórrogas. Igual número de prórrogas en el Convenio Colectivo de Sabor Moreno, S.L. (BOP Córdoba 25 enero 2017). Recogiendo todos los aspectos anteriores, pero de un modo un tanto peculiar encontramos el Convenio Colectivo de Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30/12/2014); Cash Converters y sociedades vinculadas (BOE 27/4/2017); Consum Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 15/12/2014): entre 6 y 18 meses pero ampliable con prórrogas hasta los 3 años; Decathlon España, SA. (BOE 27/3/2017).

[108] Explotaciones Hoteleras Nazaríes, S.L. (BOP Granada 14/12/2015).

Alguna otra referencia aislada se concreta en la salvedad para contratar a menores de edad, únicamente, al amparo de este contrato en un contexto de prohibición de formalizar contratos con menores[109]. Pero en relación también con la edad, llama la atención que se mantengan las establecidas en regulaciones anteriores del contrato, e incluso en algún caso porque se sigue haciendo referencia a normas derogadas, lo que, sin duda, es manifiestamente reprochable y una necesaria mejora para los negociadores[110]. Hecho opuesto a la previsión de aumentar la edad hasta los 30 años mientras que se permita legalmente[111].

No obstante, en la línea señalada con anterioridad, la importancia, al menos en lo formal, que se quiere otorgar a los contratos formativos, se refleja en una descripción amplia y extensa de esta modalidad contractual, principalmente en el ámbito sectorial. Y ello, precisamente vinculado al reconocimiento de esa importancia de manera expresa –"el sector reconoce la importancia que el contrato para la formación puede tener para la incorporación, con adecuada preparación, de determinados colectivos de jóvenes": Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE 26/09/2017) y reproducido por algún convenio colectivo de empresa, en los mismos términos, como Encofrados y Construcciones Vimuz, SL (BOP Córdoba 12/01/2017- y en el que sí aparecen algunos elementos significativos. En primer lugar, se concreta –sin concretar- que la formación se realizará en las "instituciones formativas de que se ha dotado el sector". Y no es que solamente no es que se especifique cuáles son, sino que más adelante, la misma cláusula convencional se remite a los centros formativos señalados en la Ley 5/2002 (no incluyéndose, por tanto, la posibilidad de formación en la misma empresa) sin señalar cuáles son aquellas instituciones formativas del sector a las que se aludía. Reconocimiento que no es tan explícito en otros sectores en los que la regulación es más reducida o cercana a la norma sin introducir cambios sustanciales[112].

[109] Encofrados y Construcciones Vimuz, SL (BOP Córdoba 12/01/2017).

[110] Mirang Restauración S.L.U. (BOP Cádiz 15 de marzo de 2016) hace referencia a la Ley 63/1997 cuando dicho convenio es del año 2016. Vid. tb. Respecto a aquellas edades: Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30/12/2014), con la inclusión de la edad de versiones anteriores del ET (hasta 21 años o 24 en supuestos especiales).

[111] Consum Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 15/12/2014); Decathlon España, SA. (BOE 27/3/2017); Supermercados Sabeco, SA. (BOE 6/6/2014); Convenio Colectivo de Comercio de Tejidos en General, Mercería, Paquetería y Quincalla de la Provincia de Cádiz (BOP Cádiz 1/3/2016); Comercio textil Jaén (BOP Jaén 24/7/2013).

[112] Hostelería Cádiz (BOP Cádiz 11/8/2017) en lo que el único elemento diferencial es el salario establecido expresamente para esta figura. Del mismo modo: Hostelería Jaén (BOP Jaén 17/7/2017). O II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 12/8/2017) en el que se da una pequeña mejora salarial.

En otro orden, del conjunto de apartados que dedican los convenios sectoriales a regular otros caracteres del contrato, habría que limitarse a reproducir los que no suponen una mera reiteración de la ley. En este sentido, conviene destacar la exclusión de determinadas tareas que no encajan con la naturaleza del contrato[113] –que exige un proceso de cualificación- pero incluyendo expresamente otras –limpieza de utensilios-, por la vinculación con un oficio o los puestos a desempeñar[114].

Por su parte, la duración del contrato es acotada a dos años, pero con la posibilidad de ampliar 1 año[115], bien sin justificar, bien en determinados supuestos –necesidades formativas, organizativas de la empresa de acuerdo al propio convenio y para concluir la ESO-. Y es que por convenio se han mantenido dos aspectos derogados en la ley: la vinculación de los estudios para concluir la enseñanza obligatoria a quién carezca de ella y el comienzo de la actividad formativa en el plazo de cuatro meses desde el comienzo del contrato.

Finalmente, en la última parte de la regulación convencional que el convenio sectorial de la construcción[116] dedica a este contrato, es dónde aparecen los elementos más significativos. En primer término, se describe, brevemente, la función del tutor, en lo que lo más notorio es la necesidad de que el mismo preste los servicios en la misma obra o centro que el aprendiz[117]. En segundo término, se fija una tabla retributiva que va referenciada a diferentes colectivos del convenio con distintas tareas. Esto es, que será su prestación real la que determina su remuneración. En materia salarial, además, se dispone tanto una condición más beneficiosa de carácter colectivo, consistente en el mantenimiento de las remuneraciones superiores que el aprendiz viniera percibiendo por la aplicación de otro convenio anterior de distinto ámbito; como el derecho al percibo de plus-

[113] "No podrán ser contratados bajo esta modalidad por razón de edad, los menores de dieciocho años para los oficios de vigilante, pocero y entibador, ni para aquellas tareas o puestos de trabajo que expresamente hayan sido declarados como especialmente tóxicos, penosos, peligrosos e insalubres". O determinados puestos de trabajo: Hostelería Sevilla (BOP Sevilla 21/8/2015).

[114] Comercio de Alimentación de la provincia de Jaén (BOP 24/7/2013); Dependencia Mercantil Almería (BOP Almería 23/12/2014); Comercio Textil (BOP Almería 19/9/2014).

[115] II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 12/8/2017).

[116] En los mismos términos los provinciales, v.gr. Sector Construcción y Obras Públicas Almería (29/4/2016). Sector de la Construcción y Obras Públicas de Cádiz (6/2/2017). Convenio Colectivo Provincial de Industrias de la Construcción y Obra Pública (BOP Granada 14/5/2014); Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares Málaga (BOP 27/11/2013).

[117] "El empresario, en el contrato de trabajo, viene obligado a designar la persona que actuará como tutor del trabajador en formación, que deberá ser aquella que por su oficio o puesto cualificado desarrolle su actividad auxiliada por este y que cuente con la cualificación o experiencia profesional adecuada. El propio empresario podrá asumir esta tarea, siempre que desarrolle su actividad profesional en la misma obra que el trabajador en formación".

es al igual que el resto de trabajadores –atendiendo a la naturaleza de la relación laboral del aprendiz-.

Para la suspensión y cese, se enumeran y distinguen qué causas de suspensión suponen una interrupción en el cómputo de la duración del contrato y se determina el montante de la indemnización en caso de extinción (no prevista legalmente), así como los derechos a la acreditación de la formación y prestación realizada.

Y en el mismo ámbito funcional –el sector- pero en distinta actividad, el VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia[118], además de reflejar la posibilidad de suscribir el contrato por jóvenes de hasta 30 años al amparo de la habilitación legal[119] –al margen de otros aspectos menos relevantes-, añade una serie de garantías para el proceso formativo. Así debe entenderse cuando, en primer lugar, se estipula una jornada de exactamente 30 horas de trabajo efectivo y 10 de formación el primer año, pasando a ser de 34 horas y 6, respectivamente, el segundo año. Y ello se completa con la declaración expresa de que si no se cumplen tales parámetros se entenderá que no ha existido formación. Un proceso de cualificación que tiene que venir, también, completamente delimitado en cuanto a la parte de la jornada en la que se llevará a cabo. Esta regulación merece, tanto ser reflejada, como señalar el acierto de los negociadores por introducir estas precisiones que, sin duda, repercuten de manera positiva en la consecución del fin esencial que caracteriza este contrato.

4.4.2. Contrato en prácticas

Baste una mínima referencia para indicar la ausencia de cambios importantes respecto al tenor legal, si acaso una mínima mejora en las retribuciones salariales[120]. No obstante, en ámbitos elevados de negociación -V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (BOE 21 de mayo de 2015)- si se especifican algunos aspectos más del contrato además de la remisión inicial al art. 11 ET. Así, se concretan los puestos de trabajo que pueden desempeñarse, pero también los que quedan al margen del mismo y, entre otros, se contemplan las prácticas realizadas como méritos para la cobertura de vacantes.

[118] BOE 6/7/2017.

[119] Vid. tb. V.gr. Comercio de Alimentación de la Provincia de Huelva (15/10/2013) con mejora salarial incluida; Comercio del Calzado, de la provincia de Jaén (31/7/2013) y en términos idénticos: Comercio de Materiales de Construcción, de la provincia de Jaén (BOP Jaén 31/7/2013); Convenio Colectivo de ámbito sectorial para el Sector de Actividades (BOP Jaén 31/7/2013) y Convenio Colectivo para el Comercio en General (BOP Jaén 10/2/2017) o Comercio Único de la Provincia de Huelva (BOP Huelva 1/12/2014).

[120] Entre los pocos que lo hacen (hay pocas muestras), pueden citarse: Empresa Leasan 2007 S.L. (BOP Cádiz 5/6/2017); Mirang Restauración S.L.U. (BOP Cádiz 15/3/2016); Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016); Comercio en General Córdoba (21/3/2013).

4.5. Priorización del contrato indefinido y vías de conversión. Especial referencia al fijo discontinuo

El empleo estable y de calidad es una de las aspiraciones que, aunque parece reservado a los intereses de los trabajadores, es una tendencia que transmite la buena marcha de un sector o de la economía en general. Y es que la confianza en el crecimiento económico y en la inversión, se traduce, en gran parte de las ocasiones en una mejora no solo de la cantidad del empleo, sino de la calidad del mismo. Pero es que además, la estabilidad en el empleo es una garantía en el marco de protección de los trabajadores que debe suponer la limitación del uso de la temporalidad[121] y que debe ser objeto de especial atención en tiempos de crisis para evitar la destrucción masiva del empleo de calidad.

Siendo así, no debe extrañar que -unido al hecho de la conveniencia de trasladar al texto convencional un catálogo de buenas intenciones[122]- se refleje en

[121] Cláusula 5 del Acuerdo Marco que figura como Anexo a la Directiva 1999/70/CE sobre trabajo temporal.

[122] El más claro ejemplo de ello es el Convenio Estatal Restauración colectiva (BOE 22/3/2016):

"Principios generales de contratación en el sector:

a) Promocionar la contratación indefinida en el acceso al mercado de trabajo, la transformación de contratos temporales en contratos fijos, el mantenimiento del empleo y la igualdad de oportunidades.

b) Fomentar el uso adecuado de las modalidades contractuales de forma tal que las necesidades permanentes de la empresa se atiendan con contratos indefinidos, las actividades discontinuas o estacionales con contratos fijos discontinuos y las necesidades coyunturales, cuando existan, puedan atenderse con contratos temporales causales, directamente o a través de las empresas de trabajo temporal.

c) Analizar en el ámbito del convenio, y en función de sus características, la posibilidad y conveniencia, o no, de determinar el volumen global de contrataciones temporales, incorporando en su caso definiciones precisas de las referencias, márgenes o límites materiales y temporales para medir su aplicación, lo que conllevaría mayores capacidades de flexibilidad interna en caso de su cumplimiento.

d) Evitar el encadenamiento injustificado de sucesivos contratos temporales para cubrir un mismo puesto de trabajo, con el objetivo de prevenir abusos.

e) La modalidad del contrato a tiempo parcial indefinido puede ser una alternativa a la contratación temporal o a la realización de horas extraordinarias en determinados supuestos.

f) La regulación del periodo de prueba por la negociación colectiva a efectos de facilitar el mutuo conocimiento de las partes contratantes y también la idoneidad del trabajador y sus aptitudes, así como su adecuación a las perspectivas de desarrollo profesional y a la demanda de sus cualificaciones en la organización de la empresa.

g) La jubilación parcial y el contrato de relevo deben seguir siendo un instrumento adecuado para el mantenimiento del empleo y el rejuvenecimiento de plantillas.

h) Fomentar la contratación de los trabajadores con mayores dificultades para su incorporación en el mercado laboral: mayores de 45 años, parados de larga duración y personas con alguna discapacidad, teniendo en cuenta el sistema de bonificaciones a la contratación.

el mismo otra declaración programática en apuesta por el empleo indefinido[123]. Declaración de intenciones que, no obstante, sirve de excusa, en ocasiones, para dar entrada a la justificación para la utilización de la contratación temporal[124]. Es ésta la primera fórmula que podemos encontrar en el sector de la construcción, la hostelería o el comercio y entre los convenios de empresa que optan por decantarse por la contratación estable[125], compartiendo este objetivo, en algún convenio, con el de potenciar el empleo juvenil u otros colectivos con dificultad de acceso al mercado de trabajo[126].

i) Establecer mecanismos de seguimiento y control de la evolución del empleo, y de la contratación en el sector cuando se adopten medidas de empleo, a fin de compartir el resultado de las medidas implementadas de fomento del mismo.

j) Asegurar como mínimo, en este contexto de internacionalización, que se aplica a los trabajadores contratados en el exterior y/o trasladados y/o desplazados a nuestro país, las disposiciones contempladas en el convenio colectivo correspondiente al lugar y centro de empleo en España, ya se trate de acuerdo o convenio colectivo de sector o de empresa, y sea cual sea el ámbito geográfico de aplicación del convenio correspondiente.

k) Las/os trabajadoras/es que sean contratados en más de una ocasión en la misma empresa y en el mismo puesto de trabajo, no tendrán periodo de prueba

l) Las empresas afectadas por el presente convenio se comprometen a respetar los ratios de monitoras, personal de cocina y office, que en cada momento marque el Ministerio de Educación así como las diferentes consejerías de educación de las Comunidades Autónomas.

En sentido similar: II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 12/8/2017).

[123] Convenio colectivo general de la construcción (BOE 26/09/2017); Cash Converters y sociedades vinculadas (BOE 27/4/2017); Supermercados del Grupo Eroski (BOE 30/5/2013); Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016); General Óptica, SA. (BOE 4/11/2015); Lidl Supermercados, SAU. (BOE 8/6/2016); Comercio de Alimentación de la provincia de Jaén (BOP 24/7/2013).; Comercio del Calzado, de la provincia de Jaén (31/7/2013); Convenio Colectivo para el Comercio en General (BOP Jaén 10/2/2017); Comercio del Metal y la Electricidad de la provincia de Jaén (BOP Jaén 10/8/2017); Comercio textil Jaén (BOP Jaén 24/7/2013); Grupo Hermanos Martín (BOJA 29/10/2014); INDALIM, SOC. LIMITADA (BOP Almería 3/3/2015).

[124] Acuerdos de modificación del I Acuerdo Marco de Comercio (31/10/2014); 3M España, SA. (BOE 30/7/2013); Convenio Colectivo de ámbito sectorial para el Sector de Actividades (BOP Jaén 31/7/2013); Elaboración de Congelados Málaga, Sociedad Anónima (BOP Málaga 30/9/2015).

[125] Estructuras Medisd, Sociedad Limitada (BOP Málaga 24/4/2015): "Artículo 34. Contratación.

La contratación de personal se realizará, en la medida de lo posible, bajo la intención y la tendencia de realizar una contratación estable de los trabajadores.

No obstante y con independencia de cualquier otro tipo de contrato laboral tipificado en el Estatuto de los Trabajadores, las empresas, para resolver los altibajos laborales que devienen de la concentración de campañas en fechas determinadas, podrán optar por utilizar alguno de los tipos de contrato que se definen a continuación…". Cít. tb. Gibtelenergy SL (BOP Cádiz 14/04/2016); Bofrost SAU (BOE 10/2/2015).

[126] Empresa "Mairegui S.L. (BOP Cádiz 15 de septiembre de 2016). De manera similar: Sierra Morata S.L (BOP Cádiz 21 de abril de 2015); Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) (BOE de 6 de septiembre de 2016). Comercio de Materiales de Construcción, de la provincia de Jaén (BOP Jaén 31/7/2013); Comer-

Como segunda fórmula, se plantea reforzar el compromiso entre las partes para hacer efectiva la transformación de contratos temporales en indefinidos[127]. Esto es, se trata de una declaración programática blindada, que pretende trasladar el compromiso por la contratación estable, desde lo abstracto de las intenciones a la política de contratación de la empresa, siendo ésta una realidad palpable (aunque ello no suponga renunciar a la contratación temporal y algunas veces apoyada en una legislación desfasada)[128].

La tercera opción consiste en reiterar, de manera exacta, un precepto legal que promociona el fomento de la transformación de contratos en indefinidos. Reiteración, por lo demás, absurda, ya que, en tales casos el precepto estatutario remite a la negociación colectiva para disponer mecanismos de conversión de los contratos en indefinidos y, precisamente el resultado de la negociación no incluye tales compromisos, sino la propia remisión legal[129].

cio en general Granada (BOP Granada 28/6/2012); Comercio de Maquinaria Industrial, Agrícola, Material Eléctrico, Aparatos Electrodomésticos, Mobiliario y Material de Oficina de Sevilla (BOP Sevilla 4/12/2014).

[127] Supermercados Sabeco, SA. (BOE 6/6/2014); Comercio del mueble, antigüedades y objetos de arte. (BOE 4/6/2016); Sector de Comercio del Automóvil, Caravanas, Motocicletas, Bicicletas y sus accesorios de Sevilla (BOP Sevilla 21/10/2015); Adavigal, Sociedad Limitada (BOP Málaga 23 de junio de 2014); Comercio de Materiales de Construcción, de la provincia de Jaén (BOP Jaén 31/7/2013); Comercio en general Granada (BOP Granada 28/6/2012); Comercio de Maquinaria Industrial, Agrícola, Material Eléctrico, Aparatos Electrodomésticos, Mobiliario y Material de Oficina de Sevilla (BOP Sevilla 4/12/2014); Drosolu, S.L. (BOJA 13/3/2014); Megaexit, S.L. (BOP Granada 11/2/2015).

[128] V.gr. Fuertemant, S.L. (BOJA 20/04/2016): "6.2. Fomento de la contratación indefinida.

Las partes negociadoras acuerdan expresamente que durante la vigencia y ultraactividad del presente convenio Fuertemant tendrá la posibilidad de formalizar transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos. Este acuerdo se realiza para que conste que la voluntad de las partes no es solo permitir la posibilidad de formalizar transformaciones de contratos de duración determinada en indefinidos sino para promocionar activamente este tipo de conversiones como parte de la política de contratación laboral de la Empresa". En el art. 6, además se abre la posibilidad de acudir a la contratación temporal y a la posible transformación en indefinidos. En el convenio de Mirang Restauracion S.L.U. (BOP Cádiz 15 de marzo de 2016) se establece también una prioridad por la contratación fija y una política de incentivos, con el único problema que está falta de actualización. Mismo problema que se observa en el I Convenio Colectivo Hablacom, S.L. (BOP Cádiz de 31/07/2017); Hostelería Cádiz (BOP Cádiz 11/8/2017); Hostelería Sevilla (BOP Sevilla 21/8/2015).

[129] El mismo convenio citado en la nota anterior –Fuertemant, SL-, en el mismo artículo, pero respecto a los contratos formativos, al copiar literalmente el art. 11.2 ET establece: "En la negociación colectiva se fijarán…

Asimismo, podrán establecerse compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido". Esto es, que en lugar de establecer los mencionados compromisos como dispone la ley, se limita a repetir lo que puede hacer la negociación colectiva, pero sin hacerlo. En los mismos términos exactamente: Pontifex Maximus, Sociedad Limitada (BOP Málaga 12/11/2014), incluso con el mismo número de artículo y la misma redacción. Lo que denota poca originalidad –o ninguna- por parte de los negociadores.

La técnica más elaborada parece ser, sin embargo, la acogida por algún convenio como el III Convenio colectivo del Grupo Zena[130] o Pastificio Service, SL[131] (algo más breve) en el que a la apuesta por la contratación estable se une todo un protocolo de actuaciones tendentes a garantizar el mantenimiento del empleo. Esto es, introduce una cláusula de garantía del empleo en su Disposición adicional 5ª, en la que se contienen toda una batería de medidas que tienen por objeto proteger la estabilidad laboral. De este modo, puede afirmarse que esta regulación convencional da un paso más en la apuesta por el empleo de calidad, limitando la utilización de mecanismos de flexibilidad por parte de la empresa que puedan socavar las condiciones laborales disfrutadas por los trabajadores, además de establecer mecanismos que favorecen su empleabilidad como el acceso a la formación[132]. Queda por ver si esta regulación tan positiva queda en una

[130] BOE 3 de marzo de 2016.

[131] BOE 12 de septiembre de 2014.

[132] "Disposición adicional quinta. Empleo.

Los firmantes del convenio entienden que el mantenimiento y la recuperación del empleo es un objetivo prioritario de esta negociación colectiva, favoreciendo la estabilidad, sin perjuicio de mantener la referencia de la contratación temporal para permitir responder a las necesidades claramente coyunturales producto de la gran variabilidad, en el tiempo y en la intensidad, de la demanda de nuestros consumidores.

En consecuencia, los firmantes del Convenio, conscientes de la necesidad de conjugar la efectividad de la garantía de empleo en el ámbito del Grupo con las transformaciones y adaptaciones al mercado y a los clientes, convienen en que las empresas afectadas por el Convenio no llevarán a cabo medidas que puedan afectar al empleo en alguno o algunos de los centros afectados por el presente convenio, sin antes haber agotado las previstas en el siguiente protocolo:

1. Cuando las medidas afecten a más de un centro de trabajo el órgano competente para la consulta y deliberación de las mismas, con respeto de la legalidad vigente, será el Comité Intercentros, de conformidad con lo previsto en el artículo 39 de este Convenio, o las representaciones sindicales si así lo decidiesen estas en los términos legales.

2. Como medidas necesarias para evitar o reducir los efectos y atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados será necesario contemplar preferentemente las siguientes:

a) La recolocación interna de los mismos dentro de la misma empresa o, en su caso, en otra del grupo de empresas.

b) Movilidad funcional de los afectados conforme a lo establecido en el artículo 39 del Estatuto de los Trabajadores.

c) Movilidad geográfica conforme a lo establecido en el artículo 40 del Estatuto de los Trabajadores dentro del ámbito de actuación del Grupo.

d) Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo conforme a lo establecido en el artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores.

e) Acciones de formación o reciclaje profesional de los afectados que puedan contribuir a su continuidad en el proyecto empresarial.

f) Cualquier otra medida organizativa, técnica o de producción dirigida a reducir el número de trabajadores afectados.

Como parte integrante del plan de garantía y crecimiento del empleo, y con amparo en la jurisprudencia constitucional, las partes firmantes del presente Convenio, conscientes de que es necesario acometer una política de renovación y reparto o distribución del trabajo, limitándolo a

mera redacción formal o se corresponde con una efectiva aplicación práctica.

En la línea de mantener el empleo estable, la figura del fijo discontinuo se presenta como una realidad frecuente en el marco negocial. Una figura que, se detecta, no se diferencia, con bastante frecuencia, del contrato fijo de carácter periódico en el contexto del contrato a tiempo parcial. Y es que los negociadores llaman, de manera habitual, coloquial e indistinta al contrato como fijo discontinuo[133] aunque de las características descritas pueda deducirse que se trata de una figura incardinable en el art. 12 ET y no en el 16 ET –salvo excepciones[134]-.

un grupo de trabajadores que ya han tenido una larga vida activa en favor de otro grupo que no ha disfrutado de tal situación, establecen la jubilación obligatoria, como causa de extinción de los contratos de trabajo siempre que los trabajadores afectados puedan acceder al 100 por 100 de la pensión de jubilación y sean sustituidos por otro trabajador.

En los casos en que el trabajador no tenga la plenitud de derechos prevista en el párrafo anterior, la jubilación forzosa no se producirá hasta la cobertura de dicho período de carencia.

Esta política de jubilaciones potenciará especialmente el fomento de la contratación indefinida de los trabajadores y trabajadoras contratados al amparo de las modalidades de contrato formativo que hayan agotado la duración máxima legalmente establecida".

[133] Dudas de la redacción por ejemplo, surgen con la lectura del Convenio Colectivo del Hotel Flamero, S. L. (BOP Huelva 2/9/2010) pero que se solventan mediante la regulación separada y distinta de las dos posibilidades, definiendo de manera especialmente clara al fijo de carácter periódico de su artículo 12 (previamente en el 11 se define el fijo discontinuo no de manera tan clara y que puede inducir, por momentos, a error).

[134] Restauración Q&S, S.L. (BOP Granada 26/2/2016). Es muy significativo, sobre el particular, algún convenio que no tiene ninguna otra previsión en materia de contratación, pero que destina una completísima cláusula al fijo discontinuo, dejando claro a que figura se refiere y que consideramos adecuado reproducir como ejemplo: Barnet Hoteles, S.L. (BOP Huelva 17/6/2015) o en términos parecidos "Fundovel S.A." (Hotel Tierra Mar) (BOP Huelva 24/08/2010), citamos el primero de ellos: "Son aquellos trabajadores contratados con tal carácter de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.8 del Estatuto de los Trabajadores o norma vigente en cada momento.

Adquirirán la condición de fijos discontinuos los trabajadores que presten sus servicios durante tres campañas consecutivas mediante alguna modalidad de contratación temporal, cuando alcancen un promedio de 180 días trabajados por temporada, y siempre que no se produzca una interrupción de la relación laboral superior a 30 días en cada una de ellas.

A los efectos del cómputo de las jornadas a que se refiere el párrafo segundo de este artículo, el plazo se computará desde el 1 de abril al 30 de octubre de cada año.

La actividad no tendrá que desarrollarse en todo el período completo, ya que la duración de la campaña dependerá de lo establecido en los párrafos anteriores.

La prestación de servicios, por su naturaleza, puede ser intermitente, ya que dependerá de la demanda de pedidos, circunstancias climatológicas, etc.

La ejecución del trabajo se desarrollará con las intermitencias propias de las actividades cíclicas o periódicas no continuas, y los días de trabajo efectivo durante la campaña dependerán de las circunstancias indicadas en el párrafo anterior.

Este tipo de trabajador deberá ser llamado a partir de adquirir la condición de trabajador fijo discontinuo cada vez que la empresa vaya a realizar la faena o tarea por la que haya adquirido tal condición, teniendo preferencia respecto de los trabajadores eventuales.

La forma de llamamiento se llevará a cabo mediante la publicación de listas en una página

Cierto es que, en ocasiones, como una simple alusión para llamar la atención sobre el posible uso de esta forma de contratación[135].

Sin justificar claramente su uso o los casos en los que se utiliza, también se cita dentro del sistema de contratación, como una posibilidad más, estableciendo los requisitos formales para su utilización –como las características y plazos para los llamamientos[136] o, especialmente, pero de manera puntual, a la transformación de eventuales en fijos discontinuos por la reiteración de llamadas[137]-.

web o tablón de anuncios, que deberá conocer el trabajador bien porque conste la referencia a ellos en el finiquito expedido al final de la anterior campaña, bien mediante comunicación telefónica del trabajador a la empresa a un número facilitado por ésta a tal efecto.

El llamamiento se llevará a efecto por riguroso orden de antigüedad acumulada. El empleador podrá llamar y cesar al número de trabajadores fijos discontinuos que considere pertinente y necesario para la faena a realizar, procurando la máxima equidad, ajustado a las circunstancias climáticas, de mercados y técnicas de las empresas.

Llegado el día de la incorporación al puesto de trabajo, si éste hubiera de ser suspendido por causas climatológicas o causas imprevistas, el preaviso inicial servirá y será suficiente.

En el supuesto en que la actividad laboral se suspenda por causas climatológicas o por otras causas imprevistas, llegado el día de trabajo de la reanudación de la actividad, el trabajador se incorporará a su puesto inmediatamente.

Los ceses serán en orden inverso al llamamiento, teniendo en cuenta entre otros criterios el volumen de actividad de la empresa, criterios técnicos de rendimiento y de producción, factores climatológicos de terminación de campaña, etc.

Si el trabajador no acude al llamamiento y no se incorpora al puesto de trabajo perderá la condición de fijo discontinuo y se considerará baja voluntaria a partir del tercer día. Se perderá igualmente la condición de fijo discontinuo y se extinguirá su contrato, a todos los efectos y por la mismas causas que pierde la condición de fijo, cualquier trabajador que tuviese esa condición.

En los supuestos en los que el llamamiento coincida con una situación de baja médica o de incapacidad temporal del trabajador, la empresa se compromete, una vez causado el alta, a su reincorporación en la siguiente plaza vacante, manteniendo en todo caso la posición que le corresponde por antigüedad".

[135] Por ejemplo, como opción para cubrir los contratos de temporada: Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4/5/2016); Sabor Moreno, S.L. (BOP Córdoba 25/1/2017). Reiterando el tenor legal: Orán Sasso, Sociedad Limitada. (Málaga 21/10/2014); Confitería, pastelería, bollería, tortas, mazapanes y otros productos de desayuno (BOP Sevilla 18/4/2016).

[136] Fórmula utilizada, por ejemplo, en los convenios de empresa del sector de la construcción negociados en la provincia de Jaén: «Altura, Drenajes y Contenciones, S.L.» (BOP Jaén 26/10/2016); Europea de Oleoductos y Gaseoductos, S.L.» (BOP Jaén 11/03/2016); Ursula Consulting, S.L.U (BOP Jaén 25/10/2016); aunque no de manera exclusiva, v.gr. con el mismo esquema de convenio en la provincia de Málaga: Estructuras Medisd, Sociedad Limitada (BOP Málaga 24/4/2015); Pontifex Maximus, Sociedad Limitada (BOP Málaga 12/11/2014). O en otros sectores, como hostelería: III Convenio colectivo del Grupo Zena (BOE 3/3/2016); Explotaciones Hoteleras Nazaríes, S.L. (BOP Granada 14/12/2015); Hostelería Granada (BOP Granada 29/10/2012); Hostelería Huelva (BOP Huelva 22/09/2014).

[137] Mirang Restauración S.L.U. (BOP Cádiz 15/3/2016); Marbella Club Hotel, Sociedad Anónima (Málaga 19/11/2014); Barnet Hoteles, S.L. (BOP Huelva 17/6/2015); "Fundovel S.A." (Hotel Tierra Mar) (BOP Huelva 24/08/2010).

Es, en este sentido, muy pobre su regulación convencional, con excepciones esporádicas en las que se establecen, por ejemplo, el porcentaje de plantilla con este tipo de contrato[138], pero la poca profundización de la regulación convencional es más destacada aun cuando las llamadas a la normativa vigente para este contrato carecen de cualquier tipo de actualización[139].

4.6. Otros contenidos: bolsas de trabajo y período de prueba

4.6.1. Bolsas de trabajo

La bolsa de trabajo se configura como un mecanismo para acceder a la empresa o para la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores de la misma, llegándose a establecer procedimientos complejos de coberturas de vacantes por esta vía como fórmula de acceso a la empresa[140].

4.6.2. Período de prueba

En relación al período de prueba, y atendiendo a la relación de supletoriedad que, para empresas de 25 o más trabajadores establece el ET –suplementariedad para los que no sean técnicos titulados en empresas de menor tamaño- lo más frecuente es encontrar, entre los convenios de empresa, una acotación temporal del mismo. Período que se suspende por la aparición de los arts. 45 y 46 ET. Pero no es igual el modo en el que se enfrenta.

Así, en primer lugar, encontramos repeticiones del contenido del precepto legal sin variar ninguna de sus posibilidades o la remisión a la norma legal[141], lo

[138] Hostelería Sevilla (BOP Sevilla 21/8/2015).

[139] Mirang Restauración S.L.U. (BOP Cádiz 15/3/2016).

[140] Así por ejemplo, en el acta de reunión de la comisión paritaria del convenio colectivo de la UTE Lisan y su personal adscrito al servicio de limpieza del hospital universitario de Jerez de la Frontera (BOP Cádiz 10 agosto 2017), en lo que reproduce el texto del convenio, se establece un procedimiento de cobertura de vacantes en los que se establece unas prioridades: trabajadores nocturnos, a tiempo parcial y nuevas contrataciones, estableciendo, a su vez, un proceso para confeccionar anualmente la bolsa.

[141] Gibtelenergy SL (BOP Cádiz 14/04/2016), si bien especificando que se refiere a titulados universitarios o de grado (¿?) o títulos equivalentes, de un modo similar a la titulación habilitante para el contrato en prácticas. "Altura, Drenajes y Contenciones, S.L." (BOP Jaén 26/10/2016) también repitiendo la fórmula de suplementariedad para empresas de menos de 25 trabajadores cuando lo lógico sería hacer referencia a una sola fórmula atendiendo al número de trabajadores de la empresa que constituye la unidad de negociación. Exactamente igual: Estructuras Medisd, Sociedad Limitada (BOP Málaga 24/4/2015) o Pontifex Maximus, Sociedad Limitada (BOP Málaga 12/11/2014), Europea de Oleoductos y Gaseoductos, S.L." (BOP Jaén 11/03/2016), Ursula Consulting, S.L.U (BOP Jaén 25/10/2016). En Fuertemant, S.L. (BOJA 20/04/2016), además se incluye la referencia del contrato indefinido de apoyo a emprendedores, aunque sea únicamente para hacer la remisión legal. I Convenio Colectivo Hablacom, S.L. (BOP Cádiz de 31/07/2017); Convenio Colectivo para la Empresa Almacenes Barragan Espinar, S.L (BOP Granada 21/1/2015); Megaexit, S.L. (BOP Granada 11/2/2015).

que también entra dentro de las opciones de los negociadores, si bien, en algún caso hay una mínima variación respecto a las duraciones[142]. En otros convenios se distinguen dos topes máximos, uno que se supone que es para los contratos indefinidos y temporales de larga duración (6 meses) y otro para los contratos temporales de duración reducida (1/3 de ésta)[143] o con alguna pequeña variación que tiende a incrementar[144] o reducir[145] la duración de este período.

Se observan también variaciones que afectan únicamente a los trabajadores que no son técnicos titulados, bien rebajando (un mes o 15 días)[146] o aumentando[147] el máximo del período de prueba o aumentándolo (3 meses)[148] o estableciendo una única y reducida duración sea cual sea el colectivo (15 días u otra)[149].

En el menor de los casos, se plantea una regulación completamente diferenciada[150] o novedosa que puede hacer incluir duraciones distintas según los Grupos

[142] Empresa Francisco Donaire Torres con sus trabajadores (BOP Cádiz 07/08/2015); Granada Unión Detallistas Alimentación, SA (BOE 13/6/2013); Sociedad Cooperativa Andaluza Santa María de la Rábida-Fresón de Palos (BOP Huelva 8/11/2016); Empresa Mixta Municipal Mercados Centrales de Abastecimiento de Granada, S.A. (Mercagranada,S.A.) BOP 17/5/2016.

[143] Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL. (BOE 30/1/2014).

[144] Cableven (BOJA 10/05/2016) en el que decimos que se supone porque el primero lo reserva para los contratos indefinidos y los "eventuales" y el segundo para los contratos de duración determinada. De este modo, esa referencia a eventuales, sin duda, se trata de un error conceptual. Sin embargo, en el convenio para la empresa Enercon Windenergy Spain, SL. (BOE 2/2/2016) existe una clara diferenciación de estos períodos para contratos indefinidos y temporales, respectivamente. Negocios de Restauración del Sur SL. (BOP Córdoba 16/09/2015) distingue entre indefinidos (180 días), Temporal de más de seis meses 140 días, Temporal de entre 3 y 6 meses 2/3 partes de la duración del contrato, Temporal de menos de 3 meses 2/3 partes de la duración del contrato. En los mismos términos: Restaurantes Temáticos Del Sur, Sociedad Limitada (Málaga 10/11/2015).

[145] General Óptica, SA. (BOE 4/11/2015); Inverser MJ Córdoba S.L. (BOP Córdoba 25/5/2016).

[146] Empresa Francisco Salguero, S.L. con sus trabajadores (BOP Cádiz 22/3/2016), un mes; Consum Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 15/12/2014), pero en ese caso con 30 días, el 50% de la duración del contrato temporal con un mínimos de 15 días.

[147] Comercio en general Granada (BOP Granada 28/6/2012)

[148] Construcciones y Cerámicas Lagos S.L. (BOP Cádiz 11/01/2017); Empresa Gaducon Proyectos Y Obras, Sociedad Limitada (BOP Cádiz 25/05/2016); Empresa Leasan 2007 S.L. (BOP Cádiz 5/6/2017); Vestas Eólica, SAU. (BOE 12/8/2016) distinguiendo por Grupos Profesionales.

[149] Acta de reunión de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo de la UTE Lisan y su personal adscrito al Servicio de Limpieza del Hospital Universitario de Jerez de la Frontera (BOP Cádiz 10/8/2017). Con la excepción de un grupo concreto al que se le aplica la duración legal. Sin embargo, no se especifica en dicho precepto convencional la justificación para un trato diferente a los mismos. O referida a grupos concretos: Sierra Morata S.L (BOP Cádiz 21/4/2015); Pepsico Foods AIE (BOP Granada 11/2/2015).

[150] Mirang Restauración S.L.U. (BOP Cádiz 15/3/2016).

profesionales[151], y la opción a su utilización o no (voluntariedad que se deja en manos de la empresa y del contrato) o la posibilidad de exigir la realización de pruebas teóricas, prácticas y psicotécnicas para comprobar el grado de preparación del trabajador[152]. O, por ejemplo, establece mecanismos para superponer

[151] Española de Instalaciones de Redes Telefónicas, SAU (BOE 29/06/2017): entre 15 y 180 días. Vid. tb. Explotaciones Hoteleras Nazaríes, S.L. (BOP Granada 14/12/2015). En los mismos términos: Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30/12/2014) pero porque traslada el contenido íntegro del convenio colectivo del sector; Alain Afflelou España, SAU. (BOE 10/5/2013); Bofrost SAU (BOE 10/2/2015) distinguiendo, además, entre indefinidos y temporales; Cash Converters y sociedades vinculadas (BOE 27/4/2017); Consum Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 15/12/2014); Grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA. (BOE 2/9/2016); Supermercados del Grupo Eroski (BOE 30/5/2013) aunque diferenciando únicamente entre 5 y 6 meses y fijando una diferencial del 30% en relación a la duración del contrato temporal; en términos parecidos Lidl Supermercados, SAU. (BOE 8/6/2016); Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016) con una distinción más completa en los supuestos de contratación temporal; Convenio colectivo del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) (BOE de 6/9/2016), en el que se diferencia, a su vez, entre contratos indefinidos (con 120 días, 150 y 180 días según grupo) y temporales (1/2 de la duración del contrato), y todo ello de manera independiente a la regulación inicial, añadiéndose, además, la posibilidad de un nuevo período de prueba si se cambia de grupo; Primark Tiendas, SLU. (BOE 31/102013) también distingüendo entre temporales e indefinidos; 3M España, SA. (BOE 30/7/2013); Comercio del mueble, antigüedades y objetos de arte (BOE 4/6/2016); Comercio de Alimentación de la Provincia de Huelva (BOP 15/10/2013); Comercio Único de la Provincia de Huelva (BOP Huelva 1/12/2014); A3M Auto ID SL (BOP Córdoba 18/1/2016) diferenciando entre titulados de grados superior, medio y otros trabajadores; Adavigal, Sociedad Limitada (BOP Málaga 23/6/2014); en los mismos términos: Drosolu, S.L. (BOJA 13/3/2014); Digital Milenium 2008, S.L. (BOJA 1/4/2016) diferenciando a colectivos por sus funciones; Elaboración de Congelados Málaga, Sociedad Anónima (BOP Málaga 30/9/2015); Empresa Francisco Donaire Torres con sus trabajadores (BOP Cádiz 07/08/2015); Grupo Hermanos Martín (BOJA 29/10/2014); Indalim, Soc. Limitada (BOP Almería 3/3/2015).

[152] A título de ejemplo, una regulación en la que pueden verse los diferentes aspectos comentados, en el convenio colectivo de la empresa Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4/5/2016) establece lo siguiente:

"Artículo 18. Periodo de prueba.

La empresa podrá someter a los aspirantes a las pruebas teóricas, prácticas y psicotécnicas que considere convenientes, para comprobar su grado de preparación.

Las contrataciones del personal se considerarán provisionales durante un período de prueba que, en ningún caso, podrá exceder del que se señala en la siguiente escala:

Grupo I: Seis meses.

Grupo II: Cuatro meses.

Grupo III: Tres meses.

Grupo IV: Dos meses.

Grupo V: Dos meses

Durante este periodo, tanto el trabajador como el empresario, podrán, respectivamente, desistir de la prueba o proceder al despido sin previo aviso, sin que ninguna de las partes tenga por ello derecho a indemnización. En todo caso, el trabajador tendrá derecho al percibo, durante el período de prueba, de la retribución correspondiente a la categoría profesional del trabajo encomendado.

Transcurrido el plazo referido, el trabajador pasará a figurar en la plantilla de la empresa, y

o sumar períodos de prueba en la hipótesis de concatenación de contratos o conversión del temporal en indefinido[153].

En los convenios sectoriales, se crea una plantilla con grupos y períodos de prueba completamente diferenciados con unos márgenes cerrados. Unos topes que, en el sector de la construcción, oscilan entre un mínimo de 15 días y 6 meses[154], estando exentos, de la realización del mismo aquellos trabajadores "titulares de la Tarjeta Profesional de la Construcción expedida por la Fundación Laboral de la Construcción con contrato de fijo de obra u otra modalidad de contrato temporal regulado en el presente Convenio, estarán exentos del período de prueba para los trabajos de su categoría profesional, siempre que conste en su Tarjeta Profesional haber acreditado su cumplimiento en cualquier empresa anterior"[155], pero además, se generaliza la realización de pruebas de aptitud y controles médicos previos a la contratación[156]. A su vez, en el Sector de la Hostelería[157] se conforma un sistema que parte de una primera distinción entre personal directivo y el resto del personal con un contrato indefinido o temporal –ya que las modalidades de contratación (formación y prácticas concretamente) tienen una regulación diferenciada-. En el primer caso se establece una duración de 4 ó 6 meses dependiendo del carácter temporal o no del contrato, mientras que en el segundo caso, habrá que diferenciar entre duración del contrato y grupo profesional y con unos parámetros que van desde los 15 a los 90 días. Además de disponer el efecto de "nulidad" al período de prueba celebrado con un trabajador que con carácter previo haya desempeñado las mismas funciones en la empresa (habiendo superado tal período). Por último, en el sector del Comercio, se observan varias regulaciones que, sin embargo, no resultan muy diferentes entre sí ni respecto de lo ya comentado en otros sectores, estableciéndose duraciones que varían según el grupo profesional (entre 3 y 6 meses)[158].

el tiempo que hubiese servido en período de prueba le será computado a efectos antigüedad en la empresa.

El período de prueba, de que queda hecha la mención, no es de carácter obligatorio y la empresa podrá, en consecuencia, proceder a la admisión del personal con renuncia parcial o total a su utilización.

[153] Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL. (BOE 25/09/2015) –art. 8-.

[154] Convenio colectivo estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 16/8/2016).

[155] Convenio colectivo general de la construcción (BOE 26/09/2017). Construcción y Obras Públicas Almería (29/4/2016). Sector de la Construcción y Obras Públicas de Cádiz (6/2/2017); Convenio Colectivo Provincial de Industrias de la Construcción y Obra Pública (BOP Granada 14/5/2014); Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares Málaga (BOP 27/11/2013).

[156] Vid. nota anterior.

[157] V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (BOE 21/5/2015). Hostelería Granada (BOP Granada 29/10/2012).

[158] Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes (BOE 22/4/2013). En términos simila-

5. UNA BREVE CONCLUSIÓN SOBRE LA CONTRATACIÓN LABORAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

De manera muy breve, quisiéramos, en este último apartado, enumerar, en forma de síntesis, alguna de las conclusiones generales que se pueden extraer de este amplio análisis, teniendo en cuenta que lo que se ha realizado ha sido un muestreo que se ha querido y entendido suficientemente amplio –vid. anexo de convenios consultados- y que muestran una clara tendencia en materia de contratación temporal.

1.- Partimos de una estructura compleja, en la que prima el convenio de empresa con prioridad aplicativa. Sobre este particular debemos decir que se constata la utilización de una prioridad aplicativa mal entendida y que se excede regulando materias que escapan de los límites del art. 84.2 ET o de otros preceptos convencionales. Por ejemplo en la duración del contrato eventual, dado que el precepto citado establece la prioridad respecto a contratación laboral, pero sin eliminar la regulación específica del art. 15.1 b) ET que reserva la ampliación de la duración legal a los convenios sectoriales. Y ello no se respeta. En otros casos, se hace poco uso real de esta prioridad aplicativa de empresa, tendiendo, en la mayor parte de las ocasiones, a reiterar el convenio colectivo de sector y modificando, como mucho, algún aspecto muy concreto. Pero es más lo formal, es decir, la afirmación de que ésta existe, de lo que se produce finalmente.

2.- De ello se deriva que no se hace un uso adecuado de los mecanismos de flexibilidad, particularmente del mencionado en el párrafo precedente, introducidos por la reforma laboral de 2012, dando la sensación que los negociadores no los han entendido en muchos casos, por su incorrecta aplicación, o porque en cuanto al fondo no lo han utilizado en la mayor parte de las ocasiones.

3.- La línea general es la reiteración de contenidos, sin que se aporte mucho más de lo que la ley ya dispone. No obstante, hay algunos elementos en los que se ha puesto mayor interés por los negociadores y que sí han supuesto adaptaciones –en algún caso- de las modalidades al marco negocial, si bien, con mayor o menor acierto –excediendo en ocasiones la habilitación legal. Las posibilidades que se utilizan de flexibilidad se deben a reformas que afectaron a los contratos antes de 2012, especialmente cambios relativos al art. 15 ET de los años 2006 y 2010, pero no en su integridad

res: VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 6/7/2017). En el II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 12/8/2017) sigue la misma estructura pero con períodos más reducidos, contemplándose, además, un ajuste en el caso en el que la duración del contrato coincida con la prevista para el período de prueba fijado para su Grupo Profesional, de forma que entonces se adapta a los 2/3 de éste.

4.- En este sentido, la regulación del período de prueba, con sujeción a los topes legales, es una variable bastante rica en el ámbito negocial, con un enfoque diverso según los sectores y empresas analizados. Pero como regla común es la adaptabilidad con respeto al marco legal.

5.- Respecto a las duraciones de los contratos, no puede decirse lo mismo. Se hace en gran medida reiterando lo establecido en la ley o repitiendo ésta pero de un modo erróneo, con extralimitaciones a su regulación, como en el contrato eventual con una ampliación de los márgenes legales por los convenios de empresa.

6.- No se concretan los aspectos que la ley regula mediante remisiones o llamadas a la ley, por ejemplo, en el art. 15 ET. Y así, en pocas ocasiones –y de manera muy escueta- se determinan puestos a cubrir o tareas a desarrollar con contratos temporales o los porcentajes respecto a la plantilla total. En este último caso se observa, especialmente en Comercio y Alimentación, una inclusión dentro de los compromisos de empleo estable que se adquieren en los convenios. Además, existen dudas razonables, muy razonables, sobre la adecuación legal de preceptos convencionales a los parámetros legales, más aun a raíz de la interpretación judicial que, de manera reiterada, se pronuncia en torno al posible alcance de dichas cláusulas convencionales y la concreción de las tareas a desarrollar en el marco de estos contratos.

7.- Hay contratos, como el de interinidad, que se limitan a reproducir previsiones legales o a citarse a efectos de su utilización.

8.- Sí se pone especial interés en modelos como el contrato fijo de obra o el contrato fijo discontinuo, que sí encuentra un desarrollo respecto a aspectos relevantes del mismo como las llamada, la justificación de su uso, etc. y que debe tener una lectura positiva puesto que su utilización puede significar una reducción del uso masivo y fraudulento de la contratación temporal.

9.- La regulación de los contratos formativos está sobredimensionada, especialmente la del contrato para la formación y el aprendizaje. Y todo para repetir, en la mayor parte de las ocasiones lo expresamente contemplado en el ET. Sin embargo, aquellos aspectos que deben ser desarrollados no lo son (incluso copiando a veces el precepto legal con la llamada a la negociación colectiva, tanto aquí como en otros contratos). Es cierto, no obstante, que hay algunos elementos como la tutoría o garantías del proceso formativo que en algunos convenios –muy escasos- tienen una ordenación o desarrollo muy interesante y que debería extenderse por los negociadores.

10.- El contrato a tiempo parcial es objeto de muy continuas referencias, especialmente en lo relativo a las horas complementarias. Estadísticamente, si

coincidiera con su continua presencia en convenios colectivos, debería señalar un uso frecuente, así como de las horas complementarias. Esta regulación debe servir de guía para comprobar su utilización correcta. En términos generales, obedece a los márgenes legales.

11.- Hay errores tipo que se trasladan de uno a otro convenio en la misma provincia y sector como consecuencia de la identidad en los negociadores. Hasta tal punto hay identidad de negociadores y se trasladan contenidos que, en algún caso la referencia a las campañas del IMSERSO aparecen como justificación para la celebración de contratos de duración determinada en ámbitos que no parecen tener tanto encaje como la construcción, y es porque se regulan exactamente del mismo modo en la hostelería.

12.- Por último, no obstante todo lo anterior, es cierto que se pueden ver líneas diferentes según el sector analizado, por lo que debemos concluir que, a pesar del escaso desarrollo novedoso, hay materias dentro de la contratación laboral que encuentran diferentes modos de adecuación según el ámbito analizado, pero que, en la medida de lo posible, debería apostarse por una mejora, y no ya únicamente respecto a los contenidos, sino a la forma y al conocimiento de la normativa laboral en su conjunto, de dónde debemos extraer una reflexión final: debe abrirse y extenderse la formación a los negociadores puesto que, de este modo, se enriquecería muchos de los contenidos en materia de contratación laboral, más aún porque la ley permite dicho margen. Un margen que significaría, de un lado una adaptabilidad real a los ámbitos que están al alcancen y conocen los negociadores y, de otro, el establecimiento de unas garantías más adecuadas a los derechos de los trabajadores.

Sea como fuere, queda mucho por hacer en el ámbito convencional.

BIBLIOGRAFÍA

- Aragón Gómez, C. "La prioridad aplicativa del convenio de empresa tras el RD-Ley 3/2012. Primeros problemas de aplicación práctica del artículo 84.2 ET". SAN 10 septiembre 2012 (AS 2012, 2514), Revista Doctrinal Aranzadi Social, paraf.num.87/201311/2013 parte Presentación, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor (edición on line BIB 2013\437).
- Ballester Pastor, I. "El contrato eventual por circunstancias de la producción: la necesaria formalización de la causa de la contratación, la naturaleza del contrato como sometido a término cierto y el esfuerzo jurisprudencial por controlar la extensión temporal de la duración máxima operada por vía convencional". Revista Doctrinal Aranzadi Social vol. I parte Presentación. Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor. 1999 (on line)

- Ballester Pastor, I. "El contrato eventual por circunstancias de la producción" en AA.VV. (Monereo Pérez direcc), Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico. Editorial Comares, 2010,
- Blasco Pellicer, A. "La duración máxima del contrato para obra o servicio determinado", Actualidad laboral, Nº 2, 2011
- Cabeza Pereiro, J. "La lesividad de los convenios de empresa concurrentes con los de sector al amparo del art. 84.2 ET", Revista de Derecho Social, nº 59, 2012;
- Camps Ruiz, L.M. "El contrato de trabajo fijo de obra del sector de la construcción y disposiciones adicionales 1.ª.2 de la Ley 35/2010 y 3.ª de la Ley 23/2006", *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº. 33, 2013.
- García Ninet, I. y Vicente Palacio, M.A. "El contrato por obra o servicio determinado" en AA.VV. (Monereo Pérez direcc), Las modalidades de contratación temporal. Estudio técnico de su régimen jurídico. Editorial Comares, 2010.
- Gorelli Hernández, J. "Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, IUSTEL, nº 28, 2012.
- Martín Valverde, A. "Estructura y proceso de la negociación colectiva", Economía y sociología del trabajo, nº 18, 1992.
- Mercader Uguina, J. "Art. 84. Concurrencia" en AA.VV. (Cruz Villalón, J.; García-Perrote Escartín, I.; Goerlich Peset, J. M., direcc), Comentarios al Estatuto de los Trabajadores, Lex Nova, Valladolid, 2012 (2ª edic).
- Mercader Uguina, J. "La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad" en Reforma Laboral 2012, Lex Nova, 2012.
- Merino Segovia, A. "La reforma de la negociación colectiva en el RDL. 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos", Revista de Derecho Social, nº 57, 2012
- Monereo Pérez, J.L, La Metamorfosis del Derecho del Trabajo en Historia y Cultura del Trabajo, Bomarzo, 2017.
- Ojeda Avilés, A. "El convenio colectivo de empresa prioritario", Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 34 (2013).

- Perán Quesada, S. "La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa y sus efectos sobre la estructura de la negociación colectiva", Revista

General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 33 (2013)

- Preciado Domènech, C.H. "La flexibilidad interna tras la Ley 3/2012, de 6 de julio", Temas Laborales núm. 118/2013.
- Rodríguez Piñero, m.; Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M.E. "La nueva reforma Laboral", Relaciones Laborales, nº 5, 2012.
- Sempere Navarro, A.V. "El convenio de empresa y la Audiencia Nacional", Revista Doctrinal Aranzadi Social num.7/2012 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2012 (versión on line BIB 2012\3077).
- Sempere Navarro, A.V. "El convenio de empresa y la Audiencia Nacional", Revista Doctrinal Aranzadi Social num.7/2012 parte Tribuna, Editorial Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, 2012 (versión on line BIB 2012\3077).
- Val Tena, A.L. "La constitucionalidad de la reforma laboral de 2012. Comentario a la STC 119/2014, de 16 de julio", Foro, Nueva época, vol. 17, núm. 2 (2014)
- Valdés Dal-Ré, F. "Hacia un derecho común de la flexibilidad interna", Relaciones Laborales, nº 18, Octubre 2012, Tomo II, Editorial La Ley.
- Valdés Dal-Ré, F. "La reforma de la negociación colectiva de 2012", Relaciones Laborales, n. 23, 2012
- Vila Tierno, F. "La flexibilidad interna a través de la reformulación de la estructura de la negociación colectiva tras las sucesivas reformas laborales: del RDL. 7/2011 a la Ley 3/2012, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Nº. 33, 2013.
- Vila Tierno, F. El contrato para la formación en el trabajo, Thomson Reuters-Aranzadi, 2008. ISBN 978-84-8355-594-1.

Convenios analizados

Ámbito	Construcción	Hostelería y restauración	Comercio y Alimentación	Totales
Sector Estatal	1	2	5	8
Sector provincial	6	9	20	35
Empresa	24	35	42	101
Totales	31	46	67	144

Convenios citados y analizados en detalle por incluir contenido relevante

- 3M España, SA. (BOE 30/7/2013).
- A3M Auto ID SL (BOP Córdoba 18/1/2016)
- Acta de reunión de la Comisión Paritaria del Convenio Colectivo de la UTE Lisan y su personal adscrito al Servicio de Limpieza del Hospital Universitario de Jerez de la Frontera (BOP Cádiz 10/8/2017)
- Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (BOE 21/5/2015).
- Acuerdo Marco Comercio (BOE 20/2/2012), hoy con el Acuerdo de prórroga de ultraactividad (BOE 10/7/2017)
- Acuerdos de modificación del I Acuerdo Marco de Comercio (31/10/2014);
- Adavigal, Sociedad Limitada (BOP Málaga 23/6/2014);
- Aguas El Ejido -empresa municipal- (BOP Almería 30/01/2017).
- Alain Afflelou España, SAU. (BOE 10/5/2013);
- Alimentación de la Provincia de Huelva (15/10/2013);
- Almacenistas y Detallistas de Alimentación (Mayoristas y Minoristas) Sevilla, (BOE 9/11/2013);
- Altura, Drenajes y Contenciones, S.L. (BOP Jaén 26/10/2016)
- Barnet Hoteles, S.L. (BOP Huelva 17/6/2015)
- Bofrost SAU (BOE 10/2/2015).
- Burger King Spain, SLU. (BOE 3/7/2017).
- Burgercampo, SL. (11/6/2015);
- Cableven (BOJA 10/05/2016).
- Cash Converters y sociedades vinculadas (BOE 27/4/2017);
- Comercio construcción Cádiz (BOP Cádiz 14/10/2014);
- Comercio de Alimentación de la Provincia de Huelva (15/10/2013)
- Comercio de Alimentación de la provincia de Jaén (BOP 24/7/2013);
- Comercio de Maquinaria Industrial, Agrícola, Material Eléctrico, Aparatos Electrodomésticos, Mobiliario y Material de Oficina de Sevilla (BOP Sevilla 4/12/2014).
- Comercio de Materiales de Construcción, de la provincia de Jaén (BOP Jaén 31/7/2013);
- Comercio de Tejidos en General, Mercería, Paquetería y Quincalla de la provincia de Cádiz (BOP Cádiz 1/3/2016);

- Comercio del Automóvil, Caravanas, Motocicletas, Bicicletas y sus accesorios de Sevilla (BOP Sevilla 21/10/2015);
- Comercio del Metal y la Electricidad de la provincia de Jaén (BOP Jaén 10/8/2017);
- Comercio del mueble, antigüedades y objetos de arte (BOE 4/6/2016);
- Comercio en General (BOP Jaén 10/2/2017);
- Comercio en General Córdoba (21/3/2013).
- Comercio en general Granada (BOP Granada 28/6/2012);
- Comercio piel y calzado Cádiz (12/5/2016);
- Comercio Textil (BOP Almería 19/9/2014),
- Comercio textil Jaén (BOP Jaén 24/7/2013);
- Comercio Único de la Provincia de Huelva (BOP Huelva 1/12/2014).
- Confitería, pastelería, bollería, tortas, mazapanes y otros productos de desayuno (BOP Sevilla 18/4/2016).
- Construcción y Obras Públicas Almería (29/4/2016).
- Construcción, Obras Públicas y Oficios Auxiliares Málaga (BOP 27/11/2013).
- Construcciones Gallardo Barrera, S.L. (BOP Jaén 30/12/2014).
- Construcciones y Cerámicas Lagos S.L. (BOP Cádiz 11/01/2017)
- Consum Sociedad Cooperativa Valenciana (BOE 15/12/2014),
- Decathlon España, SA. (BOE 27/3/2017).
- Dependencia Mercantil Almería (BOP Almería 23/12/2014);
- Digital Milenium 2008, S.L. (BOJA 1/4/2016)
- Drosolu, S.L. (BOJA 13/3/2014);
- Elaboración de Congelados Málaga, Sociedad Anónima (BOP Málaga 30/9/2015).
- Empresa "Mairegui S.L. (BOP Cádiz 15/9/2016):
- Empresa Almacenes Barragan Espinar, S.L (BOP Granada 21/1/2015);
- Empresa Francisco Donaire Torres con sus trabajadores (BOP Cádiz 07/08/2015);
- Empresa Francisco Salguero, S.L. con sus trabajadores (BOP Cádiz 22/3/2016).
- Empresa Gaducon Proyectos Y Obras, Sociedad Limitada (BOP Cádiz 25/05/2016);
- Empresa Leasan 2007 S.L. (BOP Cádiz 5/6/2017);

- Empresa Mixta Municipal Mercados Centrales de Abastecimiento de Granada, S.A. (Mercagranada,S.A.) BOP 17/5/2016.
- Empresa Sistemas Tubulares Al Andalus S.L. (BOP Huelva 6/04/2015)
- Empresa Sistemas Tubulares Al Andalus S.L. (BOP Cádiz 2/06/2016)
- Encofrados y Construcciones Vimuz, SL (BOP Córdoba 12/01/2017).
- Enercon Windenergy Spain, SL. (BOE 2/2/2016)
- Española de Instalaciones de Redes Telefónicas, SAU (BOE 29/06/2017)
- Estatal de cadenas de tiendas de conveniencia (BOE 6/7/2017);
- Estatal de Grandes Almacenes (BOE 22/4/2013);
- Estatal de tejas, ladrillos y piezas especiales de arcilla cocida (BOE 16/8/2016).
- Estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 12/8/2017).
- Estatal Restauración colectiva (BOE 22/3/2016).
- Estructuras Medisd, Sociedad Limitada (BOP Málaga 24/4/2015)
- Europea de Oleoductos y Gaseoductos, S.L." (BOP Jaén 11/03/2016),
- Explotaciones Hoteleras Nazaríes, S.L. (BOP Granada 14/12/2015)
- Fuertemant, S.L. (BOJA 20/04/2016),
- Fundovel S.A. (Hotel Tierra Mar) (BOP Huelva 24/08/2010).
- Game Stores Iberia, SL. (BOE 16/11/2016);
- General del sector de la construcción (BOE 26/09/2017)
- General Óptica, SA. (BOE 4/11/2015).
- Gibtelenergy SL (BOP Cádiz 14/04/2016);
- Granada Unión Detallistas Alimentación, SA (BOE 13/6/2013);
- Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) (BOE de
- Grupo de empresas Dia SA y Twins Alimentación SA. (BOE 2/9/2016);
- Grupo Empresarial Innovasur S.L. (BOP Córdoba 5/7/2016);
- Grupo Hermanos Martín (BOJA 29/10/2014).
- Grupo Zena (BOE 3/32016),
- Hablacom, S.L. (BOP Cádiz de 31/07/2017)
- Hostelería Cádiz (BOP Cádiz 11/8/2017);
- Hostelería Granada (BOP Granada 29/10/2012);
- Hostelería Huelva (BOP Huelva 22/09/2014)

- Hostelería Jaén (BOP Jaén 17/7/2017).
- Hostelería Málaga (BOP Málaga 21/4/2015)
- Hostelería Sevilla (BOP Sevilla 21/8/2015).
- Hotel Bahía Tropical, S.A. (BOP Granada 7/5/2015);
- Hotel Bahia Tropical, S.A." (BOP Granada 7/5/2015);
- Hotel Don Giovanni, S.L. (BOP Granada 12/2/2016).
- Hotel Flamero, S. L. (BOP Huelva 2/9/2010)
- Indalim, Soc. Limitada (BOP Almería 3/3/2015).
- Industrias de la Construcción y Obra Pública (BOP Granada 14/5/2014);
- Inverser MJ Córdoba S.L. (BOP Córdoba 25/5/2016).
- Lidl Supermercados, SAU. (BOE 8/6/2016);
- Marbella Club Hotel, Sociedad Anónima (Málaga 19/11/2014);
- Megaexit, S.L. (BOP Granada 11 de febrero de 2015).
- Megaexit, S.L. (BOP Granada 11/2/2015).
- Mercadona, SA, Forns Valencians Forva, SAU, Mena Supermercados, SL y Saskibe, SL. (BOE 30/1/2014);
- Mirang Restauracion S.L.U. (BOP Cádiz 15/3/2016).
- Mueble, antigüedades y objetos de arte (BOE 4/6/2016);
- Negocios de Restauración del Sur SL. (BOP Córdoba 16/09/2015)
- Ofertel Comunicaciones, S.L. (BOP Córdoba 25/8/2016).
- Orán Sasso, Sociedad Limitada (Málaga 21/10/2014);
- Pastificio Service, SL. (BOE 12/9/2014);
- Pepsico Foods AIE (BOP Granada 11/2/2015).
- Pontifex Maximus, Sociedad Limitada (BOP Málaga 12/11/2014)
- Primark Tiendas, SLU. (22/8/2017).
- Proesur Obras y Servicios S.L. (BOP Córdoba 4/5/2016)
- Provincial de Industrias de la Construcción y Obra Pública (BOP Granada 14/5/2014)
- Proyectos y Obras, Sociedad Limitada (BOP Cádiz 25/05/2016)
- Restauración colectiva (BOE 22/3/2016)
- Restauración Q&S, S.L. (BOP Granada 26/2/2016)
- Restaurantes Temáticos Del Sur, Sociedad Limitada (Málaga 10/11/2015).
- Restaurantes Temáticos Del Sur, Sociedad Limitada (Málaga 10/11/2015);
- Rocla Restauración, SLU. (Málaga 26/10/2015);

- Sabor Moreno, S.L. (BOP Córdoba 25/1/2017);
- Sector de Actividades (BOP Jaén 31/7/2013)
- Sector de la Construcción y Obras Públicas de Cádiz (6/2/2017).
- Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL. (BOE 25/09/2015)
- Sierra Morata S.L (BOP Cádiz 21/4/2015).
- Sistemas Tubulares Al-Ándalus, S.L. (BOP Huelva 6/04/2015).
- Sociedad Cooperativa Andaluza Santa María de la Rábida-Fresón de Palos (BOP Huelva 8/11/2016);
- Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA. (BOE 2/4/2013);
- Supermercados del Grupo Eroski (BOE 30/5/2013)
- Supermercados Sabeco, SA. (BOE 6/6/2014).
- Ursula Consulting, S.L.U (BOP Jaén 25/10/2016),
- Vestas Eólica, SAU. (BOE 12/8/2016)

CONTENIDOS DE LA NEGOCIACIÓN EN EL NUEVO CONTEXTO LABORAL: EL TIEMPO DE TRABAJO Y LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR DE LA JORNADA

María Luisa De La Flor Fernández

Prfª. TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Cádiz

EXTRACTO **Palabras Clave: Negociación colectiva, tiempo de trabajo, distribución irregular**

Entre las medidas que tienen por objeto la flexibilización del tiempo de trabajo es la distribución irregular el instrumento de flexibilidad ordinario más dúctil y de menor coste económico para la gestión del tiempo de trabajo en el que se detecta una ausencia de mecanismos de control de esta potestad. En la jornada irregular se concitan los intereses contrapuestos de los empresarios y los trabajadores por lo que pese a las últimas reformas en las que se incrementaron las prerrogativas ordinarias del empresario permitiéndole distribuir irregularmente el 10 por ciento de la jornada en defecto de pactos, la negociación colectiva sigue manteniendo un primerísimo papel en la introducción de cláusulas que equilibren de manera satisfactoria los intereses empresariales y personales de los trabajadores.

ABSTRACT **Keywords: Collective bargaining, working hours, irregular distribution**

Among the measures that are aimed at the flexibilisation of working time is the uneven distribution the instrument more ductile ordinary flexibility and lower costs for the management of working time which is detected an absence of mechanisms control of this power. In the irregular day will attract the conflicting interests of employers and workers so that despite the latest reforms that increased the ordinary prerogatives of the entrepreneur allowing him to unevenly distribute 10 per cent of the day in the absence of agreements, collective bargaining continues to maintain a high role in the introduction of clauses that balance business and personal interests of workers in a satisfactory manner.

 Recepción del original: 23.11.2017 Aceptación original: 16.12.2017

Índice

1. LAS FUENTES REGULADORAS DE LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR
2. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA REGULACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR EN LOS CONVENIOS DE SECTOR
3. Las reglas de funcionamiento de la distribución irregular en los convenios colectivos de empresa
   3.1. Consideraciones generales
   3.2. Aspectos cuantitativos de la distribución irregular
   3.3. 3.3 Aspectos cualitativos de la distribución irregular de la jornada
   3.4. La regulación del preaviso
   3.5. La compensación de los excesos y defectos de jornada
   3.6. Jornadas diferenciadas en función de la fecha de ingreso a la empresa
4. LAS CLÁUSULAS DE FLEXIBILIDAD EN ATENCIÓN A CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR

4. LAS CLÁUSULAS DE FLEXIBILIDAD EN ATENCIÓN A CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR

1. Las fuentes reguladoras de la distribución irregular

Unos de los instrumentos más importantes de flexibilidad empresarial es, sin duda alguna, la gestión del tiempo de trabajo, para la cual se arbitran por parte del legislador numerosas medidas. Entre ellas, quizás la más significativa sea la distribución irregular de la jornada establecida en el artículo 34.2 ET, por cuanto incrementa las prerrogativas ordinarias del empresario en la gestión del tiempo de trabajo permitiéndole distribuir irregularmente el 10 por ciento de la jornada en defecto de pactos y sin necesidad de justificación alguna[1]. Las reformas realizadas bajo la premisa de evitar la flexibilidad externa, profundizan en las medidas de flexibilización de esta condición laboral permitiendo la alteración del horario y la distribución del tiempo de trabajo contenidos en acuerdos y convenios colectivos. Así, se modifica el artículo 41 ET en el que se incrementa las posibilidades de modificaciones individuales resultado de una nueva forma de valorar el carácter colectivo o individual en función no de la fuente, sino a través del criterio del número de trabajadores afectados[2] y el artículo 82.3 ET que permite la inaplicación de esta concreta condición de trabajo pactada en el convenio de sector o en el convenio de empresa. Se completan las reformas sobre la distribución irregular y horarios, asegurando el reforzamiento de los poderes del empresario con el establecimiento de la preferencia por la negociación en el ámbito de la empresa mediante el establecimiento en el artículo 84.2 ET del principio de prioridad apli-

[1] J. Gorelli Hernández ""Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo" en XXIX Jornadas de estudios sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, 2016http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/Jornadas/CCNCC_XXIX_Jornadas_2016_Ponencia_JuanGorelli.pdf pág.

[2] F. Valdés Dal-Ré "Hacia un derecho común a la flexibilidad interna" RL 19-20/2012 pág 8.

cativa del convenio colectivo de empresa o grupos de empresa o una pluralidad de empresas en concurrencia conflictiva con otro convenio de ámbito superior y de vigencia anterior, en determinadas materias entre las que se encuentran el horario y la distribución de jornada y las medidas de conciliación[3].

La distribución irregular de la jornada fue introducida por la reforma de 1994 que confiaba a la negociación colectiva la posibilidad de distribución irregular a lo largo del año. Tal regulación, al margen de la introducción realizada por la LO 3/2007 del párrafo 8 del artículo 34 referido a los derechos de adaptación y distribución de jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida, familiar, laboral y personal de los trabajadores, había permanecido invariable desde esa fecha hasta que las reformas de 2011[4], pero sobre todo la de 2012[5] trastocó su contenido y lo que resultó más significativo, la fuente reguladora, por cuanto ya no puede afirmarse que la distribución irregular esté supeditada de forma absoluta a la negociación colectiva, pues en defecto de pacto se atribuye la posibilidad al empresario de distribuir el 10 por ciento de la jornada[6].

Es cierto que el origen de tal porcentaje se encuentra en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014 que señalaba que los "convenios colectivos debieran facilitar que el empresario pudiera distribuir irregularmente un 10% de la jornada anual ordinaria aplicable"[7], pero la reforma avanzó más allá atribuyendo legalmente al empresario tal facultad en defecto de pacto estableciendo una norma supletoria con función de "malla de seguridad"[8] a favor del empresario. Resulta innegable que la nueva articulación de las fuentes para la activación de la jornada irregular unido al principio de prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre esta materia, puede producir desequilibrios en la correlación de fuerzas entre las partes, situando a los negociadores en un escena-

[3] M.E. Casas Baamonde "La prioridad aplicativa de los convenios de empresa" en *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012" Observatorio de la Negociación Colectiva"*, (Coord.. C.L. Alfonso Mellado, M-A. Almendros González, A. Merino Segovia, W. Sanguineti Raymond, J. Bautista Vivero Serrano) CC.OO Lefebvre el derecho, 2016 pág. 65

[4] RDL 7/2011de 10 de junio de Medidas Urgentes para la Negociación Colectiva que amplió el contenido mínimo de los convenios colectivos introduciendo en el artículo 85.3 i) un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año que será del 5 por ciento salvo pacto en contrario

[5] RDL 3/2012 de 10 de febrero posteriormente Ley 3/2012 de 6 de julio de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado de Trabajo

[6] J. Cabeza Pereiro "La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral de 2012" en *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (edit. J.P. Landa) Dykinson,2015 pág. 335 que señalaba que "la parte patronal llega a la mesa de negociación con un 10 por ciento de jornada irregular ganada"

[7] BOE nº 31 de 6 de febrero de 2012

[8] R. Escudero Rodríguez "Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: La Ley 35/2010 y el RD-Ley 7/2011" RL nº 23, 2011, pág. 18

rio de tensión con una posición más debilitada que ante la negativa del empleador de alcanzar acuerdos, los obligaría a rebajar las condiciones ante la posibilidad que abre el artículo 34.2 para el empresario de decidir unilateralmente sobre 10 por ciento de la jornada.

Pese a todo, la negociación colectiva, si bien no constituye ya la "regla de oro"[9] para el establecimiento de la jornada irregular sigue siendo la vía prioritaria, correspondiendo al convenio colectivo con carácter preferente, respecto del acuerdo de empresa y a la decisión unilateral del empresario, el establecimiento de fórmulas de distribución irregular de la jornada.

El artículo 34.2 ET no establece ningún tipo de preferencia por un ámbito negocial concreto, pudiendo por tanto fijarse tanto en el convenio de sector como en el convenio de empresa, siendo muy habitual que aquéllos atribuyan dicha facultad al acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores sin que, en general, ofrezcan una regulación detallada de las mismas. Obviamente, la virtualidad de los convenios de sector puede verse reducida con el establecimiento *ex* artículo 84.2 ET de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en esta materia, ya que un convenio de empresa posterior podrá en cualquier momento regular la jornada irregular sin que en ningún caso se requiera justificación causal. Con todo, lo cierto es que quizás por el tamaño reducido de las empresas que conforman nuestro tejido empresarial o por la falta de voluntad de las empresas en crear unidades de negociación propia, es que los convenios de sector siguen manteniendo su influencia con un porcentaje de afectación muy amplio tanto de trabajadores como de empresas[10] como tendremos ocasión de ver posteriormente.

Con carácter subsidiario al convenio, el artículo 34.2. ET habilita al acuerdo de empresa para la articulación de la jornada irregular, sobre el que no existe la reserva aplicativa establecida en el artículo 84.2 ET, por lo que su regulación deberá respetar lo establecido en el convenio superior ya sea de sector ya de empresa. En sentido contrario, esto es, ante la ausencia de pautas establecidas en los mismos, el acuerdo podrá articular con total libertad las fórmulas de adaptación de la jornada que se consideren más adecuadas a las necesidades productivas de la empresa.

En la muestra no hemos podido integrar ningún acuerdo para su análisis, ni contamos con datos estadísticos sobre la evolución cuantitativa de los mismos y por tanto no conocemos si a través de esta vía se están articulando reglas que de-

[9] M. R. Alarcón Caracuel "La jornada ordinaria de trabajo y su distribución" en *Tiempo de Trabajo*, (Coord J. Aparicio Tovar y J. López Gandía) Bomarzo 2007,pág. 50

[10] Como auguraba J. Cruz Villalón "Hacia una nueva concepción de la legislación laboral" Temas Laborales 115/2012 pág. 41

terminen la distribución irregular. Sin embargo, es cierto, como ya se ha señalado, que es muy frecuente que los convenios colectivos de sector se remitan al acuerdo entre los representantes de los trabajadores y empresa, con lo que es de suponer que sea ésta una de las vías por las que se están estableciendo las reglas de funcionamiento dentro del marco normativo del convenio sectorial. No obstante, es cuestionable que el empresario tenga interés en regular la distribución irregular mediante acuerdo de empresa, ya que la falta de éste supone la total libertad para el empresario de distribuir el 10 por ciento de la jornada, salvo que dicho interés radique en la posibilidad de incrementar el límite de la jornada diaria y descansos siempre que obviamente éste no haya sido determinado en el convenio superior[11].

Respecto del régimen jurídico de la distribución irregular de la jornada ha de destacarse la ausencia de reglas o límites de este importante instrumento de flexibilidad interna que pudieran ser consideradas como contenido mínimo o como dispositivas para la negociación colectiva. Parece que el legislador ha considerado que esta fórmula de gestión flexible del tiempo de trabajo debe quedar dentro del seno de la empresa de forma que se permita ante necesidades imprevisibles de la misma aumentar o disminuir la jornada de forma inmediata sin tener que acudir a mecanismos extraordinarios[12] Concretamente el artículo 34.2 ET solo establece como límites de carácter general los períodos de descanso diario y semanal (acumulables por períodos de 14 días), a los que habrán de añadirse festivos y vacaciones[13], y el límite del preaviso del día y la hora de la prestación de la jornada irregular de 5 días. Junto a éstos, la distribución irregular de la jornada estará limitada por la jornada máxima anual legal o pactada y por las reglas de funcionamiento que determinen los convenios colectivos, siendo muy frecuente como se analizará la ampliación de la jornada máxima diaria o semanal para la aplicación de la distribución irregular. En cuanto al porcentaje de jornada objeto de distribución irregular señalado por la ley, éste solo rige cuando la distribución irregular es aplicada unilateralmente por el empresario en defecto de pacto, por lo que podrá acordarse bien su ampliación o bien su reducción mediante el convenio colectivo[14].

[11] M. J. López Álvarez *Distribución irregular de la jornada de trabajo. Claves prácticas,* Francis Lefebvre, 2015 pág. 18. N.M. Martínez Yáñez "Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales" RL nº5/2013

[12] Sobre el concepto y las diferencias entre distribución irregular de la jornada y la anualización derivada del artículo 34.1 vid J. Gorelli Hernández ""Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo" op. cit. pág. 37

[13] M. R. Alarcón Caracuel "La jornada ordinaria de trabajo y su distribución" op. cit. pág. 53

[14] G. E. Rodríguez Pastor "Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo" RL nº 12/2014 pág. 5

Cuestiones adicionales suscita la compensación de los excesos o defectos de jornada por cuanto la reforma operada en el artículo 34.2 ET por el RDL 16/2013 introdujo una excepción al principio de anualidad de la jornada, módulo sobre el que se sustenta la regulación de esta condición laboral. De acuerdo con el artículo 34.2 ET el período en el que han de regularizarse las diferencias con respecto a la jornada máxima legal o pactada será el acordado en pacto, y en su defecto, será de 12 meses desde que se produzcan. De este modo, la distribución irregular implica el desplazamiento de los excesos o defectos de jornada en relación con la máxima la legal o pactada a la anualidad siguiente[15]. Así, de generarse excesos sobre la jornada máxima ocasionados por la activación de la jornada irregular no podrán ser considerados como horas extraordinarias, ni a los defectos podrá aplicarse el artículo 30 ET[16] con lo que se produce un importante ahorro de costes para el empresario y un defecto de ingresos de cuotas a la Seguridad Social y además un traslado del riesgo de inactividad de la empresa al trabajador[17].

Pues bien en este aspecto, la regulación descrita no se ajusta a lo establecido en la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de noviembre de 2003 relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo[18], cuyo artículo 19 permite a los Estados, siempre que se respeten los principios generales de seguridad y salud, establecer un módulo que puede alcanzar hasta los 12 meses cuando medien razones objetivas, técnicas o de organización del trabajo y siempre que sean los convenios o acuerdos la fuente reguladora de dicho período máximo[19], condiciones que no exige el 34.2 ET que no requiere causa que justifique la aplicación de la jornada irregular, pudiendo además en defecto de pacto, regularizarse en el citado plazo previsto legalmente[20].

Por otro lado, la regulación de la jornada irregular está suponiendo que en su aplicación se estén ocasionando importantes problemas de control y genere

[15] E. Moreal Brigsvaerd "La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo" RL nº 10/2014 págs. 3 ss.

[16] En el que se señala que en los supuestos en los que el trabajador que no pudiera prestar sus servicios por impedimentos imputables al empresario "conservará el derecho a su salario, sin que pueda hacérsele compensar el que perdió con otro trabajo realizado en otro tiempo".

[17] Vid una explicación extensa en J. Gorelli Hernández, "Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo" en XXIX Jornadas de estudios sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, 2016 pág. 40; E. Monreal Bringsvaerd "La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo" RL nº 10/2014, pág. 5

[18] DOUE L 299/9 18.11.2003

[19] A. Pazos Pérez "Algunos puntos críticos de la Directiva 2003/88/CC sobre el tiempo de trabajo" Revista Española de Derecho del Trabajo nº 190/2016 BI 2016/80295

[20] E. Moreal Brigsvaerd "La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo" op. cit. págs. 4-5

permanentes conflictos e incumplimientos. De hecho, en el Informe Anual de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 2015 se pone de manifiesto que en el área de condiciones de trabajo el mayor número de actuaciones se dirige al control del tiempo de trabajo realizándose 21.492 actuaciones de las que se formularon 7073 requerimientos si bien se detectó sólo la comisión de 3.455 infracciones. Igualmente, respecto de las horas extraordinarias se llevaron a cabo 2.847 actuaciones de las que se derivo 690 requerimientos detectándose 552 infracciones, datos de los que se deducen los problemas de control sobre esta condición laboral. Asimismo en 2015 el 46,54 por ciento de los incumplimientos en ésta área se concentran en "tiempo de trabajo, salario y condiciones mínimas" lo que supone un incremento del 50,20 por ciento respecto de 2011 y un aumento del 27,09 por ciento respecto de 2014[21].

La regularización de las diferencias exige reglas de verificación y control de la ejecución de la jornada, sobre todo cuando el empresario además de distribuir irregularmente la jornada emplea otras fórmulas de gestión flexible como las horas extraordinarias. No coadyuva a clarificar, sobre todo por el posible solapamiento entre ambas fórmulas flexibilizadoras, la inexistencia de instrumentos de control y registro de la jornada ordinaria. En efecto, la extensión de los instrumentos de gestión flexible del tiempo de trabajo y muy señaladamente la distribución irregular de la jornada, ha generado un debate sobre la conveniencia de llevar un registro de la jornada diaria en orden al control de la misma y su delimitación cuando concurre junto a las horas extraordinarias, ya que solo el convenio en el que se establece el régimen jurídico de la distribución irregular podrá determinar cuando estamos ante una u otra figura[22]. Como es conocido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2017 desde una interpretación literal y sistemática del artículo 35.5 ET concluye que la obligación de registrar la jornada solo es exigible respecto de las horas extraordinarias sin que pueda extenderse a la jornada ordinaria, ya que de haber sido esta la voluntad del legislador habría incorporado tal previsión en el artículo 34 ET. Mantiene el Tribunal que tal argumento encuentra su sentido y se refuerza si se tiene en cuenta que esta obligación de llevar registro de la jornada se contempla para el trabajo a tiempo parcial y otras actividades como la de los trabajadores móviles, marina mercante y ferroviarios. Así, tras añadir que la normativa española se ajusta a la normativa europea cierra el debate temporalmente, ya que aunque esa obligación no existe

[21] "Informe Anual 2015 de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social" Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Dirección General de Trabajo y Seguridad Social pág.101
http://www.empleo.gob.es/itss/ITSS/ITSS_Descargas/Que_hacemos/Memorias/Memoria_2015_w.pdf

[22] J. Gorelli Hernández "Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo" op. cit. pag. 46

por ahora, "*de lege ferenda"* convendría una reforma legislativa que clarificara la obligación de llevar un registro horario y facilitara al trabajador la prueba de la realización de horas extraordinarias[23].

Pues bien, meses después se registró una proposición de ley que está en fase de tramitación, por la que se modifica el artículo 34 ET en el que se pretende introducir "la obligación de registrar diariamente e incluyendo el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador"[24], y además que se incluya en el artículo 4.2 ET como contrapeso a la distribución irregular establecida en el artículo 34.2 ET, un nuevo apartado, en el que se reconozca a las trabajadoras el derecho "a la distribución irregular de su jornada" por ser un aspecto esencial para garantizar un desarrollo de la actividad laboral compatible con la vida personal y familiar del trabajador.

Como contrapeso a la distribución irregular de la jornada, el ET recoge en el apartado 8 del artículo 34 y 37 una serie de derechos de dimensión constitucional que pretenden la adaptación o la reducción de jornada por responsabilidades familiares, y permiso por lactancia, introduciendo con ello medidas que procuran facilitar a los trabajadores atender a sus responsabilidades familiares[25]. De nuevo el papel de la negociación colectiva en relación a los derechos de conciliación es clave ya que el diseño legal de los derechos de conciliación se realiza sobre la base de su reenvío a la negociación colectiva para la determinación de los términos de su disfrute sobre todo respecto los derechos de adaptación de la jornada reconocido en el artículo 34.8 ET que remite su contenido material a lo que establezca el convenio colectivo o al acuerdo entre las partes[26].

Ciertamente resulta muy significativa la asimetría con la que se reconoce el derecho a la distribución irregular y el derecho a la adaptación de jornada y horario: mientras el primero se concibe como una prerrogativa ordinaria del empresario, el segundo regulado en el artículo 34.8 ET, reenvía a la negociación colectiva los términos de su ejercicio, desvirtuando con ello su contenido[27]. Por

[23] RJ 2017/1174 recurso de casación 81/2016

[24] BOCG Congreso de los Diputados, Serie B, 23 de junio 2017, nº 139-1 "Proposición de Ley por la que se modifica el artículo 34 del RD Legislativo 2/2015, por el que se aprueba el TRLET, para incluir la obligación de registrar diariamente e incluyendo el horario concreto de entrada y salida respecto de cada trabajador", presentada por el Grupo Parlamentario Socialista.

[25] STC 3/2007de 15 de enero a partir de la prohibición de discriminación por razón de sexo, artículo 14 CE implícito en el ejercicio de derechos por motivos familiares artículo 39 CE

[26] M. B Fernández Collados, "Negociación colectiva sobre la adaptación de jornada por razones personales y familiares" Revista Española de Derecho del Trabajo nº 168/2014 pag. 10

[27] T. Pérez del Río "Tiempo de trabajo: una óptica de género" en *Tiempo de trabajo* op. cit. pág. 274; M. A. Ballester Pastor "La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo" Revista de Derecho Social nº 62, 2013, pág. 87

otro lado, la regulación de ambos derecho se realiza de forma aislada sin tener en consideración la interconexión existente entre ambos derechos, renunciando con a la búsqueda de soluciones equilibradas a los intereses del empresario y los trabajadores[28].

Por otro lado, pese a la mayor intensidad en el reconocimiento de los derechos de reducción de jornada y permiso por lactancia dado que se trata de un derecho individual de aplicabilidad directa también puede la negociación colectiva incidir facilitando su ejercicio. Así centrándonos en el actual artículo 37.6 y 7 ET tras las reformas se amplía la edad del menor hasta los 12 años y con el fin de terminar con las controversias jurisprudenciales sobre esta materia y dar certeza al empresario, establece que ésta habrá de realizarse sobre la "jornada diaria" tratando de asegurar con ello que tal derecho no pueda concentrarse en días completos. Tal restricción obviamente, no impide que el trabajador pueda aplicar distintas reducciones a cada una de las jornadas, ni concretar su reducción en un turno diferente al asignado[29], e incluso existe algún pronunciamiento de un Juzgado de lo Social que propone una interpretación de jornada basada en el actual apartado 7 del artículo 37 en el que se mantiene la referencia a la jornada ordinaria[30]. Además en este último párrafo, con el objetivo de establecer reglas homogéneas para el ejercicio del derecho dispone que los convenios colectivos "podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 6, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas"

Partiendo de estas premisas, el presente trabajo trata de explicar desde una perspectiva práctica las tendencias observadas en la negociación colectiva en torno a la distribución irregular de la jornada con el propósito de poner de relieve los problemas aplicativos de las mismas y hasta que punto se equilibran de manera satisfactoria los intereses empresariales y personales de los trabajadores como señalaban los Acuerdos para el empleo AENCs.

Finamente, en cuanto a la muestra de convenios, se han seleccionado tres sectores para su análisis que se corresponde con los de construcción, hostelería y comercio. Existen diversas razones que fundan tal selección: primera, se trata de sectores con un alto volumen de empleo y que además tienen una alta presencia

[28] J. Cruz Villalón "Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España" http://portal.ugt.org/actualidad/2014/julio/boletin18/Ponencia%20Jesus%20Cruz%20Villalon.pdf

[29] STSJ de 5 de abril de 2017 AS 2017/1201, recurso de suplicación 2736/2016

[30] S del Juzgado de lo Social de Barcelona de 23 de abril de 2014 AS 2014/1288, recurso de suplicación 216/2014

en Andalucía; por otro lado, son sectores que están sometidos a los vaivenes del mercado con períodos puntas que exigen la adaptación de la jornada a los mismos; también ha influido en la selección el hecho de que al menos en dos de los sectores, se dan empleo a un alto número de mujeres[31] con lo que presumimos que estos convenios recogerán con mayor frecuencia medias que tengan en cuenta las circunstancias familiares y, en el fondo, para analizar hasta qué punto se equilibran, de manera satisfactoria, los intereses empresariales y los personales de los trabajadores.

2. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA REGULACIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR EN LOS CONVENIOS DE SECTOR

Los convenios de sector estatal abordan con carácter general el contenido de sus cláusulas ordenadoras de la estructura de la negociación colectiva con la voluntad de constituirse en referente eficaz para las relaciones laborales del sector. Obviamente, tal pretensión queda desvirtuada por el principio de prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre las materias enumeradas en el artículo 84.2 ET. Concretamente, y respecto del tiempo de trabajo, el apartado c) reserva al convenio de empresa el horario, y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones y en el apartado f) las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal, lo que supone que en materia de distribución irregular de la jornada y desarrollo de los derechos de conciliación en caso de concurrencia es prevalente el convenio de empresa.

Como no podía ser de otra manera, dado que el artículo 84.2 ET es una norma imperativa, todos los convenios de sector estatal analizados han incluido la prioridad aplicativa del convenio de empresa dentro de las cláusulas dedicadas a la estructura. Así, los distintos convenios consultados, aunque se constituyan como "el marco de aplicación obligatorio para todas las empresas"[32], siendo "prioritario" en las materias tratadas[33], debiendo los ámbitos inferiores remitirse

[31] De acuerdo con los datos del segundo trimestre de 2017 ofrecido por el INE (EPA) en el sector del comercio las mujeres representan el 50 por ciento del total de los trabajadores, mientras que en el sector de la hostelería las mujeres representan un 53,7 por ciento.

[32] Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva BOE nº 70, 22/03/2016; Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015.

[33] Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva BOE nº 70, 22/03/2016; V I Acuerdo Marco del Comercio BOE nº 43, de 20/02/2012; V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la Hostelería BOE nº 121 21/05/2015

al mismo en todas las materias regulada en "calidad de derecho supletorio"[34] o de "mínimo necesario"[35], añaden en todos los casos, con el fin de evitar la nulidad[36], "sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 84.1 y 2 ET". Alguno de estos convenios optan por enumerar expresamente una serie de materias que considera "exclusivas"[37] en atención a su singular naturaleza, entre las que se encuentran la regulación de la jornada máxima y su regulación básica, o descansos, materias, al menos en lo que a la determinación de la jornada máxima y descansos junto con la duración de las vacaciones, que no se encuentra en el listado del artículo 84.2 del ET, ya que como ha confirmado la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2014 la cuantificación de la jornada no puede confundirse con las normas sobre su distribución como tampoco la duración de las vacaciones con la planificación de su disfrute[38].

Dentro de este grupo, destaca el convenio de la construcción general que no se limita a reservar la cuantificación de la jornada máxima y descanso, sino que da un paso más profundizando en la estructura del sector al reservar a la negociación colectiva de ámbito provincial, o en su caso autonómico una serie de materias específicas entre las que se encuentran la distribución de la jornada anual de trabajo efectivo y su regulación en cuanto a horarios y calendarios, señalando la aplicación prevalente de estos convenios sobre los de ámbito inferior, salvaguardando, claro está, lo establecido en el artículo 84.1 y 2 del ET[39].

Frente a esta realidad no hemos encontrado, como era previsible, ningún convenio de sector que hiciera uso de la habilitación realizada en la letra g) del artículo 84.2 ET ampliando el listado de materias en las que rige el principio de prioridad aplicativa del convenio de empresa. Es más, en un intento de soslayar el citado principio y con el fin de que lo acordado en esta unidad de negociación no sea neutralizado, se advierte que la negociación en el ámbito de la empresa no debe utilizarse "como elemento o fórmula para rebajar condiciones laborales" comprometiéndose los firmantes a no fomentar ni admitir prácticas que tengan

[34] Convenio colectivo general del sector de la construcción BOE nº 232, 26/09/2017

[35] CC de recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias BOE nº 230, 23/09/2016

[36] M.E, Casas Bahamonde "La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresas" en *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012"* op. cit. pág 70

[37] Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015; Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas BOE nº 55, 6/03/2017; Convenio colectivo general del sector de la construcción BOE nº 232, 26/09/2017.

[38] SAN (Sala de lo Social, Sección 1ª) num. 190/2014 de 1 diciembre Procedimiento 259/2014 como tampoco lo "está la duración de las vacaciones, que no puede confundirse con la planificación de su disfrute"

[39] Convenio colectivo general del sector de la construcción BOE nº 232, 26/09/2017

"como único propósito rebajar las condiciones laborales sectoriales, en concreto, en las materias en las que el convenio de empresa tiene prioridad aplicativa"[40]. Sin duda, parece aflorar aquí la desconfianza de los negociadores de los convenios sectoriales hacia la fórmula legal y los miedos tanto a la devaluación de condiciones laborales como a la competencia desleal entre empresas.

Finalmente, frente a estos convenios que no renuncian a la regulación de aquellos elementos que no se encuentran en el listado del mentado artículo 84.2 ET, el V Acuerdo Laboral de ámbito Estatal para el Sector de la Hostelería se aleja de esta línea y aunque se reserva una serie de materias que no podrán ser negociadas en ámbitos distintos, no se menciona aspecto alguno referente a la gestión del tiempo de trabajo ni en la disposición dedicada a la estructura, ni posteriormente en el desarrollo del mismo[41], renunciado a la regulación de la cuantificación de la jornada máxima y descanso, omisión que supone dejar en ámbitos negociales inferiores la determinación de su régimen jurídico sin ningún tipo de condicionante[42].

En esta misma línea, el I Acuerdo Marco del Comercio, tanto en la reserva realizada en la cláusula ordenadora de la estructura como en el desarrollo del convenio, omite cualquier referencia al tiempo de trabajo[43]. No obstante, el citado Acuerdo merece ser destacado por cuanto que, refiriéndose a los convenios colectivos de ámbito empresarial que se negocien tras la entrada en vigor del Acuerdo Marco, ordena que únicamente tendrán prioridad aplicativa en las materias relacionadas en el citado precepto cuando se trate de empresas que cuenten con un mínimo de plantilla de 500 trabajadores en el ámbito provincial o autonómico correspondiente y desarrollen su actividad en dos o más Comunidades Autónomas o en más del 50 por ciento de las provincias de una misma Comunidad Autónoma,

[40] Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva BOE nº 70, 22/03/2016

[41] V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la Hostelería BOE nº 121 21/05/2015 las únicas referencias que se hacen en el mismo se dirigen a la regulación de los derechos de conciliación, señalando que son materias reservadas, aunque no reservada en exclusiva, las medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, atribuyendo a los convenios colectivos de ámbito inferior, siempre que las mismas no se negocien y acuerden en el ámbito sectorial estatal la promoción "de medidas de flexibilización de la jornada laboral y horario que faciliten el derecho efectivo a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, fomentando la corresponsabilidad de los trabajadores varones en las labores domésticas y en la atención a la familia"

[42] A. Merino Segovia, C. Aragón Gómez, O. Contreras Hernández, D. Pérez del Prado, F.J. Trillo Párraga "La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo" en *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012" Observatorio de la Negociación Colectiva"*, (Coord.. C.L. Alfonso Mellado, M-A. Almendros González, A. Merino Segovia, W. Sanguineti Raymond, J. Bautista Vivero Serrano) CC.OO Lefebvre el derecho, 2016 op. cit. pág 328

[43] BOE nº 43 20/02/2012

subrayando que en defecto de tales circunstancias "la preferencia aplicativa sobre las mencionadas materias serán las recogidas en el presente acuerdo y las recogidas en los convenios colectivos sectoriales de comunidad autónoma o provinciales que resulten de aplicación", resolviéndose los conflictos de concurrencia mediante la aplicación de la regla contenida en el artículo 84.1 ET, sin hacerse mención a la fórmula de salvaguarda de lo dispuesto en el artículo 84.2 ET. Resulta obvio que tal disposición en la que se ha diseñado un sistema alternativo contraviene de manera flagrante el mandato imperativo del artículo 84.2 ET y por tanto dicha cláusula será considerada nula.

Respecto al ámbito negocial provincial en nuestra Comunidad Autónoma se han analizado 31 convenios provinciales de los cuales 16, se remiten en lo no regulado en los mismos al convenio sectorial estatal correspondiente, 9 a la legislación estatal y 6 no contienen normas al respecto. Si analizamos estos datos diferenciando por sectores, los resultados muestran evidentes diferencias entre los sectores estudiados. En el sector de la hostelería se han analizado 8 convenios de los cuales 7 se remiten al Acuerdo del sector o a algún convenio de sector estatal de la hostelería, y sólo 1 lo hacen al Estatuto de los Trabajadores; similares resultados arroja el sector de la construcción que de los 5 convenios, 4 se remiten al Convenio de sector general de la construcción y 1 de los convenios no contiene cláusula al respecto. Frente a ello, en el sector del comercio, en el que se ha analizado 18 convenios provinciales, las cifras se invierten, ya que sólo 5 se remiten al I Acuerdo Marco de Comercio o algunos de los convenios del sector estatal existentes, aunque también hemos encontrado convenios que se remitía a la derogada ordenanza de trabajo o a su acuerdo de sustitución, siendo mayoritarios, 8 los que se remiten al Estatuto de los Trabajadores, mientras que 5 no contienen referencia alguna.

El tratamiento convencional de la distribución irregular por sectores resulta ineludible, por cuanto existen una multiplicidad de variables derivadas de su actividad productiva. No se pretende, no obstante, realizar un estudio exhaustivo de las cláusulas flexibilizadoras en este ámbito, sino que lo que nos interesa es destacar si se están acogiendo los requerimientos dados por el II y III AIENCs en los que como ya se ha comentado se insta a que sea el ámbito del sector, "especialmente el provincial por su proximidad a la empresa, el que promueva una flexibilidad negociada en este nivel para posteriormente en un segundo momento y, en su caso, ser adaptada en el ámbito de la empresa"[44].

[44] A. Merino Segovia, C. Aragón Gómez, O. Contreras Hernández, D. Pérez del Prado, F.J. Trillo Párraga "La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo" op. cit. pág. 317 señalando que la empresa obtiene importantes concesiones de los AIENCs para gestionar flexiblemente los tiempos de trabajo, siempre que sea colectiva y preferiblemente orientada desde el sector.

Por otro lado, la aproximación al contenido de los convenios del sector provincial en nuestra comunidad autónoma adquiere especial significación ya que resulta patente, atendiendo al grado de afectación personal, la primacía de los convenios sectoriales provinciales, por cuanto que el 94,34 por ciento de trabajadores y el 99,7 por ciento de las empresas están bajo la cobertura de los convenios de sector provincial (Memoria del CARL 2016), cifras que a julio de 2017 se mantienen casi invariables (Memoria parcial julio 2017).

La totalidad de los convenios sectoriales estatales analizados, salvo los ya mencionados Acuerdo Laboral de ámbito Estatal para el Sector de la Hostelería y el I Acuerdo Marco del Comercio, que guardan un completo silencio sobre la regulación del tiempo de trabajo, y un nutrido grupo de los convenios de sector provincial de nuestra Comunidad Autónoma regulan con mayor o menor profundidad alguno de los aspectos de la distribución irregular de la jornada, con el propósito de establecer determinadas reglas básicas o pautas comunes, que sean trasladadas a otros ámbitos de negociación en los que puede que la correlación de fuerzas de las partes no sea tan equilibrada.

En esta línea, en cuanto al contenido concreto, la pauta seguida en los convenios de sector es el reenvío al ámbito de la empresa para que sea ésta la sede en la que se concrete las reglas de funcionamiento de la jornada irregular. Así el sector de la restauración colectiva dispone que la "jornada será flexible", encomendado a las empresas y las representaciones de los trabajadores la posibilidad de establecer la jornada continua y/o distribución irregular, y negociar el descanso mínimo entre jornadas en los términos previstos en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, de jornadas especiales. Igualmente, todos los convenios de sector estatal de los distintos subsectores de comercio, remiten la misma al pacto entre los representantes de los trabajadores y la empresa, si bien en éstos la regulación de la jornada irregular adquiere más concreción[45], siendo usual que se reserve bien un porcentaje de la jornada que coincide con el establecido en el artículo 34.2 ET[46], o se precisa un número de horas flexibles de naturaleza ordinaria que formarán parte del cómputo anual de la jornada[47]. En la mayoría estos convenios se admite de forma generalizada y

[45] Convenio colectivo estatal de grandes almacenes BOE nº 242 7/10/2017; Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015; Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas BOE nº 55, 6/03/2017; VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia BOE nº 160 , 6/07/2017; II Convenio colectivo estatal del comercio de minorista de droguería, herboristería y perfumerías BOE nº 192, 12/08/2017

[46] II Convenio colectivo estatal del comercio de minorista de droguería, herboristería y perfumerías BOE nº 192, 12/08/2017; Convenio colectivo estatal de grandes almacenes BOE nº 242 7/10/2017; VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia BOE nº 160 , 6/07/2017.

[47] Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015

sin ambages la superación de las nueve horas diarias[48], permitiéndose jornadas de hasta diez horas[49] o en caso de inventarios o balances "por el tiempo suficiente"[50]. Por su parte el Convenio General de la Construcción traslada la articulación de la distribución irregular al ámbito convencional de la empresa, si bien de una forma indirecta, ya que prevé, en línea con lo dispuesto en el III Acuerdo para el Empleo, que en su defecto "se observará el calendario establecido en el convenio provincial o, en su caso, autonómico aplicable" pero siempre que no haya regulación sobre esta materia en el convenio de empresa luego, subsidariedad de aquéllos.

Igualmente en lo que atañe al ámbito de negociación provincial de nuestra comunidad autónoma, son mayoritarios los convenios que contienen alguna disposición referida a la distribución flexible de la jornada, si bien hay que advertir que son muy escasos los que ofrecen una regulación pormenorizada, predominando los convenios que contienen cláusulas con una gran pobreza en sus contenidos. En este sentido, la mayoría de los convenios que contienen alguna disposición habitualmente se agota con la reserva incondicionada de esta materia al pacto colectivo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, o directamente con los trabajadores afectados.

Por lo que respecta a los sectores de hostelería y comercio, ha de reseñarse que concretamente dos de los convenios del sector de aquél y nueve de éste no parecen haber considerado la oportunidad de regular un régimen de distribución irregular. El resto de los convenios analizados se remiten mayoritariamente al pacto entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores, admitiéndose en algún caso, que la representación la ostente la comisión mixta constituida de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 41.4 ET[51].

Frente a esta tendencia, en algún caso, se confía al acuerdo entre el trabajador y el empresario[52], o se atribuye esta facultad a la empresa con la sola

[48] Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015

[49] VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia BOE nº 160 , 6/07/2017; Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas BOE nº 55, 6/03/2017 cuando se produzca sobrecarga de trabajo extraordinario

[50] Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015;

[51] CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015 que regula procedimiento completo con un plazo de negociación de 15 días en el que de no alcanzarse acuerdo

[52] CC provincial de Sevilla de panadería y el CC de comercio único de la provincia de Huelva BOP nº 229 1/12/2014; CC para el comercio en general de Jaén que guarda silencio sobre esta cuestión pese a que regula parcialmente la compensación de los excesos. CC para el comercio en general para Granada

obligación de "informar" al comité de empresa o representantes del personal[53], o se reitera lo dispuesto en el artículo 34.2 ET, con el único límite máximo de 9 horas diarias[54]. Merece la pena destacar que en uno de los convenios analizados se regula un procedimiento en el que se establece un plazo de 15 días para llegar a un acuerdo, que de no alcanzarse las partes someterán a la consideración de comisión mixta del convenio provincial[55]. Resulta especialmente relevante que estos convenios incluyan al menos cláusulas de reenvío al acuerdo entre los representantes de los trabajadores y la empresa, ya que en los supuestos en los que no sea posible o no haya voluntad de negociar un convenio, se impide la imposición unilateral del empleador de distribuir irregularmente, ya que como tal la posibilidad es defectiva solo en aquéllos casos en que el pacto no concurre o intentado no se llega a un acuerdo, el empresario puede libremente y de forma unilateral distribuir la jornada de manera irregular, hasta un máximo del 10 por ciento de la jornada de trabajo y con respeto a las condiciones que estipula el propio precepto en su párrafo in fine[56].

En estos sectores, la pauta más generalizada para la aplicación de la distribución de la jornada consiste en el establecimiento de una bolsa de horas para cuya aplicación podrán ampliarse los límites de jornada y semanal en prolongación de jornada (de 9 o 10 horas o 45 o 50 horas semanales), siendo la aplicación de la misma incompatible con las fiestas abonables[57], si bien también existen convenios que optan por su aplicación durante un número máximo de semanas al año[58].

Frente a estos sectores, se distinguen los convenios del sector provincial de la construcción por su gran uniformidad en los contenidos y mimetismo respecto del sector general. En todos los convenios provinciales analizados se establece un calendario laboral en el que por lo general se distribuye regularmente la jornada, disponiéndose en alguno de ellos un límite a la jornada diaria que no podrá ser

[53] Art. 8 del CC provincial para las industrias hosteleras de Huelva BOE nº 180, 22/10/2014

[54] Art. 20 CC de sector de hostelería de la provincia de Cádiz BOP nº 153, 11/08/2017

[55] CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015

[56] STSJ (Castilla-León) de 17 de julio 2013 recurso de suplicación nº 351/2013, AS 2013/2646

[57] Así el CC para la Hostelería de la provincia de Jaén nº 129, 7/072017 que establece una bolsa de 250 horas; CC de Hostelería para la provincia de Málaga BOP nº 208, 31/10/2014 con 64 horas flexibles y el CC del sector hostelería para Sevilla y provincia BOP nº 193, 21/08/2015; CC de confitería, pastelería, bollería, repostería, churrería, fábrica de chocolotes y turrones de Sevilla BOP nº 88 18/04//2016; CC para el comercio de maquinaria industrial, agrícola, material eléctrico, aparatos electrodomésticos, mobiliario y material de oficina de Sevilla BOP 281, 4/12/2014; CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015.

[58] CC de Hostelería de la provincia de Córdoba BOP nº 204, 23/10/2014; CC de comercio de alimentación de la provincia de Huelva BOP nº 198, 15/10/2013

superior a 9 horas[59], fijándose además los períodos en que se realizará jornada continuada[60]. Tal calendario operará siempre que no se pacte entre la empresa y los representantes legales de los trabajadores una readaptación distinta [61], que en su caso, será remitido por la empresa a la comisión paritaria[62], sin que se realicen más precisiones sobre la distribución de jornada. En todos ellos, se traslada de forma mimética las especialidades propias de la actividad reguladas en el sector estatal, respecto de la prolongación de jornada por el tiempo necesario para el personal con funciones de mantenimiento y reparación de instalaciones o maquinarias necesarias para la reanudación o continuidad y la recuperación del 70 por ciento de las horas no trabajadas por interrupción de la actividad, debido a causas de fuerza mayor, accidentes atmosféricos, falta de suministros, o cualquier otra causa no imputable a la empresa.

En segundo lugar, otro de los aspectos a los que se refieren los convenios es el que aborda la compensación de los excesos. En general puede afirmarse que los convenios de sector no suelen detenerse en regular este elemento, salvo en los distintos convenios del sector estatal del comercio en los que es frecuente que contengan una regulación muy detallada[63]. También el convenio de sector estatal de la restauración colectiva establece algunas reglas para la compensación de las diferencias de jornada, si bien se trata solo de un intento ya que en el mismo se recogen todas las normas específicas de las provincias o comunidades autónomas en las que se venía aplicando convenios de hostelería.

Respecto de los convenios de sector provincial son minoritarios los convenios de sector que regulan esta materia[64]. En términos generales, no suelen establecer una regulación detallada y completa sino que solo articulan alguno

[59] CC provincial del sector de la construcción y obras públicas de Cádiz BOP nº 24 06/02/2017

[60] Precisando que en los supuestos en los que la empresa desarrolle su actividad realizando obra pública podrá ser modificada siempre que esté motivada por posibles por posibles incumplimientos de plazos de ejecución CC provincial de industrias de la construcción y obra pública de Granada BOP nº 89 14/05/2014

[61] CC provincial de trabajo de sector construcción y obras públicas Almería BOP nº 81 29/04/2016

[62] CC de construcción y obra pública de Granada BOP nº 89 14/05/2014

[63] Convenio colectivo estatal de grandes almacenes BOE nº 242 7/10/2017; Art. 32 Convenio colectivo de comercio minorista de droguerías, herboristería y perfumerías; Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas BOE nº 55, 6/03/2017; Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015; CC sectorial estatal de Cadena de tiendas de conveniencia BOE 160 6/08/2017

[64] CC de ámbito sectorial para hostelería de la provincia de Jaén; CC de Hostelería para la provincia de Málaga; CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015; CC de comercio único de la provincia de Huelva BOP nº 229, 1/012/2014; CC de comercio de alimentación de Huelva BOP n º299, 1/012/2014

de los elementos de la misma. Así, concretamente se hace referencia: a) a su determinación, que en general confían al mutuo acuerdo entre las partes; b) a las equivalencias y el modo en que se llevará a cabo, decantándose preferentemente por el descanso en jornadas completas; c) también resulta habitual en el sector de hostelería, establecer plazos para su regularización que en general suelen ser muy reducidos y en todo caso dentro del año natural, frente a los convenios del sector del comercio que optan por su regularización dentro del cuatrimestre siguiente a su realización[65], con lo que se admite el traslado de los excesos de jornada al año siguiente.

Poca relevancia merece en la muestra de convenios tanto de sector estatal como provincial, el tratamiento de la compensación de los déficit de jornada omitiéndose esta cuestión en todos los que forman la muestra, salvo en dos convenios ambos del sector comercio[66].

Finalmente, en relación a las cláusulas que implementan los derechos de conciliación, se evidencia que muy limitadamente se tienen en cuenta los intereses específicos de los trabajadores, siendo una gran minoría los convenios que excluyen de la aplicación de la jornada irregular a determinados trabajadores en atención a sus circunstancias familiares, personales o por razones de seguridad y salud[67].

No resulta de interés para los convenios de sector analizados el establecimiento de mecanismos que en cumplimiento del artículo 34.8 ET desarrollen medidas de adaptación de la jornada para hacer efectivo el derecho a la conciliación

[65] CC de comercio único de la provincia de Huelva BOP nº 229, 1/012/2014; CC de comercio de alimentación de Huelva BOP nº 229, 1/012/2014

[66] Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015 en el que se prevé lo que denomina bolsa de "horas flexibles inversa", derivada de una disminución del volumen o carga de trabajo, que se activará como instrumento preferente y previo a la adopción de decisiones que afecten al mantenimiento del empleo y para cuya aplicación se exige acreditar de modo razonable las causas económicas organizativas, previéndose un procedimiento en el que se abrirá un período de consultas con los representantes de los trabajadores; También lo regula el CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015

[67] Convenio colectivo nacional del ciclo de comercio de papel y artes gráficas BOE nº 55, 6/03/2017; Art. 32 Convenio colectivo de comercio minorista de droguerías, herboristería y perfumerías; Convenio colectivo de mayoristas e importadores de productos químicos industriales y de droguería, perfumería y anexos BOE nº 187 6/08/2015; VI Convenio colectivo sectorial estatal de cadenas de tiendas de conveniencia BOE nº 160 , 6/07/2017; CC del sector estatal de grandes almacenes BOE nº 242 7/10/2017; CC para el sector de comercio del automóvil, caravanas, motocicletas, bicicletas y accesorios de Sevilla BOP nº 244 21/10/2015; CC para el comercio de maquinaria industrial y agrícola, material eléctrico, aparatos electrodomésticos, mobiliario y material de oficina de Sevilla BOP nº 281, 4/12/2014 que excluye de la obligación de realizar horas flexibles a los trabajadores que tengan su jornada reducida por guarda legal y lactancia

familiar, laboral y personal de los trabajadores, ni si quiera estableciendo pautas o directrices generales que pudieran servir de modelo en el ámbito de la empresa, sede en la que podría llevarse a cabo la concreción de las mismas a través de un acuerdo con los representantes de los trabajadores, o a través del contrato de trabajo[68]. De esta forma en la negociación colectiva de los sectores estudiados, los derechos de conciliación sólo tienen cabida a través de la reducción de jornada por responsabilidades familiares, cuyo coste es asumido por los trabajadores, mayoritariamente mujeres a través de una minoración de su salario y de una menor proyección de su carrera profesional. Al respecto, ha de señalarse que son mayoritarios los convenios de sector que reproducen lo establecido en el ET respecto del permiso por lactancia y la reducción de jornada, si bien se observa en el sector provincial que pese a la reforma se sigue manteniendo las referencias a la "jornada ordinaria".

3. LAS REGLAS DE FUNCIONAMIENTO DE LA DISTRIBUCIÓN IRREGULAR EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE EMPRESA

En el ámbito de la empresa ha de destacarse que las modificaciones en torno a la distribución irregular junto con el protagonismo otorgado al convenio de empresa en esta materia han generado un creciente interés por parte de los interlocutores sociales por establecer fórmulas que favorezcan la adaptabilidad de la jornada a las especiales características de la empresa. De hecho, de acuerdo con los datos estadísticos, se aprecia una tendencia ascendente que arranca en el año 2009 y que en los años 2012 y 2013 se produce un fuerte impacto en el uso de fórmulas de la distribución irregular de la jornada[69].

En esta línea, en la muestra analizada se aprecia con carácter general, que son mayoritarios los convenios colectivos de empresas y grupos de empresa los que aluden a la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. No obstante, del análisis de los convenios realizado, hay que destacar las diferencias existentes entre los convenios de empresas y grupos de empresas que tienen centros trabajo distribuidos en más de una comunidad autónoma con lo que en principio es de suponer que se tratan de empresas de medianas o grandes dimensiones, de los convenios de empresas con un único centro o varios dentro de la misma provincia

[68] F. Trillo "Tiempos de Trabajo y de vida privada como desafío para la innovación empresarial" en *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (edit. J.P. Landa) Dykinson, 2015 págs 320-321

[69] L. Gómez Rufián "Tendencias de la negociación colectiva en la jornada laboral: crisis y reformas laborales" Revista de Información Laboral, nº 11/2014 y "La flexibilidad interna tras la reforma laboral de 2012 desde un punto de vista cuantitativo de la antigua encuesta de coyuntura laboral a la nueva encuesta anual laboral" pág. 3

o comunidad autónoma, presumiblemente de dimensiones más reducidas, pues mientras los primeros contienen por lo común una regulación prolija, realizando un uso más intenso de las posibilidades que ofrece el artículo 34.2 ET, los segundos se distinguen por contener un tratamiento escueto, genérico y ambiguo, lo que nos lleva a pensar que en estas últimas muy probablemente las adaptaciones de jornadas se lleven a cabo a través a través de vías menos formales.

Realizadas estas matizaciones trataremos de analizar las previsiones convencionales que abordan la distribución irregular de la jornada en los sectores seleccionados. No obstante, debemos advertir que dado el número de convenios analizados y la amplia variedad de las cláusulas convencionales con distintos niveles de complejidad, hacen difícil su sistematización, lo que ha motivado que nuestro propósito sea menos ambicioso focalizando nuestro análisis en identificar algunas de sus claves y líneas de tendencias que se encuentran en la regulación convencional de los sectores estudiados.

3.1. Consideraciones generales

Del análisis del contenido se detecta en primer lugar, que un importante número de los mismos abordan este aspecto del tiempo de trabajo con referencias muy someras, y en ocasiones equívocas. En efecto, una gran parte de los convenios analizados se limitan a enunciar la medida de distribución flexible sin establecer porcentaje de jornada, o fijan el porcentaje o bolsas de hora objeto de distribución irregular, coincidiendo por lo común con el establecido legalmente o incluso se remiten al artículo 34.2 ET[70], sin que se realicen precisiones que desarrollen esta importante facultad o controlen la aplicación de la distribución irregular[71].

[70] En cuyo caso habrá de entenderse que la distribución se realiza de acuerdo con la regulación legal J. Gorelli Hernández "Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo" op. cit pág. 54

[71] Así CC de la empresa Sumayba SL BOP (Granada) nº 9, 16/01/2015; CC de la empresa Franquicias La Bella y la Bestia SL BOP (Granada) nº 25, 7/02/2017; CC de empresa Construcciones Cerámicas Lagos SL BOP (Cádiz) nº 6, 11/01/2017; CC de la empresa A3M auto Id SL BOP (Córdoba) nº 10 18/01/2016; CC de la Sociedad Cooperativa Andaluza Santa María de la Rábida-Fresón de Palos, BOP (Huelva) nº 212, 8/11/2016; CC de empresas Sucesores de Manuel Ruiz García, SL BOP (Cádiz) nº 36 21/02/2014; CC de empresa Barnet Hoteles SL BOP (Huelva) nº 115 17/06/215; CC de empresa Hotel CC de empresa Hotel Zen BOP (Málaga) nº 114, 16/06/2017; CC de empresa AES Externalizaciones FC, SL., BOP (Málaga) nº 8 13/01/2017; CC de empresa Sistemas Tubulares Al Andalus SL BOP (Cádiz), nº 103, 2/06/2016; CC de empresa Sistemas Tubulares Al Andalus, SL BOP (Huelva) nº 64 06/06/2015; CC de Leasan 2007 BOP (Cádiz) nº 104, 5/06/2017; CC Hotel Don Giovanni SL BOP (Granada) nº 29, 12/02/2016; CC de la empresa Hotel Bahía Tropical SA BOP (Granada) nº 85, 7/05/2015.

Parece que los negociadores han admitido que este aspecto de la gestión flexible del tiempo de trabajo queda dentro del ejercicio regular de los poderes de dirección del empresario, entregándole a éste dicho porcentaje que podrá distribuirlo sin más limites que los contenidos en el artículo 34.2 ET en el que no se prevé un contenido mínimo aplicable en defecto de convenio[72]. Igualmente, entendemos aplicable este mismo porcentaje en aquellos convenios en los que no se haya determinado el mismo por referirse a la jornada irregular en términos genéricos[73]. Eso sí, en estos supuestos habrá de respetarse la jornada diaria de 9 horas, y los condicionamientos establecidos en el citado precepto respecto del plazo de preaviso, el período en el que se ha llevar a cabo su regularización y en cuanto a los descanso diario y semanal (que como es sabido podrá acumularse por períodos de 14 días, sin perjuicio de períodos de acumulación superiores de acuerdo con los artículos 6 y 7 del RD 1561/1995, de 21 de septiembre) y, aun cuando no lo establezca, los períodos de vacaciones y festivos. Así, en consecuencia no será posible que la jornada irregular se prolongue más de 9 horas diarias, o afecte a días festivos o a los programados para el descanso[74]. Estas últimas restricciones pueden ser la razón por las que muchas empresas consideren conveniente pactar en convenio colectivo las reglas de funcionamiento de la jornada irregular y que sea uno de los principales argumentos que justifiquen que en empresas de medianas o grandes dimensiones de los sectores del comercio y hostelería en las que es habitual una distribución irregular durante todos los días de la semana, hayan hecho un uso más acentuado de la distribución irregular pactada en un convenio colectivo[75].

Aunque no resulta usual, merece destacar que algunos convenios lo que tratan de asegurar es precisamente lo contrario, esto es, el establecimiento de una distribución de la jornada regular o estable, de forma que se acuerda que cualquier alteración de la misma deberá ser negociada previamente con los re-

[72] J. Gorelli Hernández "Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo" op. cit. pág. 40

[73] En este sentido contrario P. Gimeno Díaz de Atauri "La flexibilidad en el tiempo de trabajo en los más recientes convenios de empresa" en *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual* (Dir I. García-Perrote Escartín, J. Mercarder Uguina), Lex Nova 2015 pag.323

[74] M.J. López Álvarez *Distribución irregular de la jornada de trabajo* Francis Lefebvre, 2015 pág. 57

[75] Así por ejemplo en los CC del Grupo Zena BOE nº 54 3/03/2016; CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) BOE nº 215, 6/09/2016; CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; CC del grupo de empresas VIPS BOE nº 277, 19/11/2015; CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017; CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014; CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016.

presentantes de los trabajadores[76], o de forma más rotunda se suprime la posibilidad de distribución irregular, indicando expresamente que durante la vigencia del convenio no se aplicará la distribución irregular unilateral[77]. En el primero de los casos, se deja la posibilidad abierta de pactar con los representantes de los trabajadores una distribución distinta a la establecida en el convenio, mientras que en los segundos, se prohíbe explícitamente la distribución irregular de la jornada, durante la vigencia del convenio pero en ambos casos, subyace la voluntad expresa de evitar que el silencio del convenio en esta materia, pueda activar las prerrogativas legales defectivas a favor del empresario y en consecuencia ser interpretado como una atribución al empresario para disponer unilateralmente del 10 por ciento de la jornada[78].

Con todo, hay que reseñar la dificultad que entraña el análisis de esta materia ya que en algunas ocasiones no se alude directamente a la distribución irregular sino que por ejemplo, una vez establecido el régimen de trabajo se añade que será decisión unilateral de la empresa el establecimiento de "jornadas especiales" vinculadas al calendario preexistente; en otros, se pacta de forma muy limitada estableciendo la posibilidad de distribución irregular en cada una de las mensualidades, aunque ello se realice sin precisar el porcentaje aplicable[79]. También se detectan convenios que establecen una jornada anual y aunque aparentemente no regulan la distribución irregular, sin embargo a lo largo de su clausulado se encuentran ordenados algunos aspectos de la misma de los que es posible deducir su existencia, con lo que habrá de entenderse que el empresario está facultado para distribuir irregularmente el 10 por ciento de la jornada[80].

En general se observa que en los convenios colectivos, normalmente bajo la rúbrica de distribución de jornada o más genéricamente jornada de trabajo, coexisten distintas fórmulas de distribución irregular y en consecuencia se prevé junto a la llamada distribución irregular estática o programada y vinculada al calendario, la distribución irregular dinámica o sobrevenida. La primera tiene como finalidad la adaptación de la jornada a la distinta intensidad de la carga de trabajo

[76] CC del grupo empresarial Innovasur SL BOP (Córdoba) 5/07/2016; CC de la empresa Ofertel comunicaciones SL BOP (Córdoba) nº 163, 25/08/2016

[77] CC de la empresa Pepsico Foods AIE BOP (Granada) nº 27, 11/02/2015; CC de la empresa Pepsico Foods BOP (Sevilla) nº 161, 13/07/2016

[78] M.J. López Álvarez *Distribución irregular de la jornada de trabajo, Claves prácticas*, op.cit., 2015 pág. 21.

[79] CC de empresa Altura, Drenajes y Contenciones SL., BOP (Jaén) nº 205, 26/10/2016; CC de empresa Ursula Consulting, SLU BOP (Jaén) nº 204, 25/10/2016; CC Pontifex Maximus BOP (Málaga) nº 216 12/11/2014; CC de empresa Estructuras Medisd, SL BOP (Málaga) nº 78 24/04/2015

[80] CC de empresa Mercasevilla BOP (Sevilla) nº 72, 29/03/2017; II CC de la empresa Drosolu, S.L BOJA nº 40 14/03/2014; CC de empresa Adavigal SL BOP (Málaga) nº 118, 23/06/2014.

a lo largo del año, pero tales variaciones se encuentran programadas, mientras que la segunda trata de dar respuestas a circunstancias sobrevenidas y de carácter imprevisible[81].

Del análisis realizado se observa que aun cuando existen convenios colectivos que se refieren a una programación anual[82] o jornada estándar para inmediatamente después establecer el monto de jornada objeto de distribución irregular, existe una tendencia a la inmediatez de la programación de la jornada irregular a lo largo del año. En esta línea, resulta habitual que la planificación se realice con cierta proximidad al momento de la prestación de servicios y así se establezca la programación de la jornada con carácter trimestral[83], mensual[84], e incluso semanal[85], siendo comunicadas individualmente a los trabajadores con una antelación de entre quince y siete días del inicio del trimestre o mes planificado, o incluso con una semana de antelación al momento de la prestación laboral, sin que en muchos casos se prevea participación alguna de los representantes de los trabajadores[86], atribuyéndose dicha facultad a la empresa o al mutuo acuerdo con el empleado[87].

Adviértase que en muchos convenios, señaladamente en el sector de la hostelería y comercio, reconocen que la distribución irregular de la jornada afectará a la totalidad del tiempo de trabajo, que a su vez podrá ser alterada en casos de imprevistos sobrevenidos con la bolsa de horas o porcentaje de jornada reservada al efecto *ex* artículo 34.2. En estos casos, si el convenio no establece reglas básicas para la distribución irregular de la jornada y horario a lo largo del año,

[81] G.E. Rodríguez Pastor "Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo" op. cit. pág. 4

[82] Por ejemplo, CC de Coviran SCA BOE nº 80, 4/04/2017; CC de Granada Unión detallista Alimentación, BOE nº 80, 4/04/2017; CC de General Óptica, BOE nº 264, 4/11/2015

[83] CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017; CC del grupo empresa Dia SA y Twins Alimentación SA BOE nº 212, 2/09/2016; CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL BOE nº 215, 6/09/2016; II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/205; CC de Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA, BOE nº 93, 18/04/2013

[84] CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016; CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014; CC de Primark Tiendas SLU BOE nº 201, 22/08/2017

[85] CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; En similares términos CC de empresa Sierra Morata SL. BOP (Cádiz) nº 74, 21/04/2015; CC de empresa Mirang Restauración SLU BOP (Cádiz) nº 49 15/03/2016; CC de empresa Hotel Zen BOP (Málaga) nº 114, 16/06/2017; CC Rocla Restauración, SLU, BOP (Málaga), nº 205 26/10/2015

[86] III CC del Grupo Zena BOE nº 54, 3/03/2016; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; III CC del Grupo de empresas VIPS, nº 277, 19/11/2015

[87] CC KFC Restaurants Spain, SL BOE nº 137, 6/06/2014

que impida la variabilidad del momento de inicio y terminación de la jornada se estaría asumiendo una indeterminación del objeto del contrato, atribuyendo al empresario facultades en orden a la distribución de horarios[88]. A estos efectos, el artículo 34.6 regula el calendario laboral pero como es sabido, no contiene mandato que obligue al empresario a la fijación individualizada del horario y turnos de trabajo[89]. Precisamente era ésta la forma tradicional de la distribución del horario de trabajo, que venía impuesta en el derogado RD 2001/1983 de 28 de julio, sobre regulación de la jornada de trabajo, jornadas especiales y descansos.

La introducción de mecanismos flexibilizadores como la distribución irregular ya sea programada o sobrevenida, hace necesario que el legislador reflexione sobre la finalidad de esta institución en orden a la necesaria determinación y certeza de esta condición laboral y fije como contenido necesario del calendario laboral los horarios concretos, o cuando menos directrices o criterios legales que controlen en defecto de convenio la actuación del empresario. En tal sentido, refiriéndose al *cuantum* de la jornada, la doctrina ha señalado que de la posibilidad derivada del artículo 34.1 ET de programar la jornada semanal como promedio anual, no puede deducirse una habilitación a favor del empresario para alterar cada semana sin someterme a control alguno[90], ya que supondría en la práctica aplicar al total de la jornada el régimen derivado del artículo 34.2 del ET. La cuestión no deja de ser controvertida por cuanto sobre este tema existen diversos pronunciamientos en los que se ha considerando lícita la cláusula de un convenio que permitía fijar al empresario el momento de la prestación laboral con diez días de antelación, entendiendo que no existe incompatibilidad, sino que la cláusula del convenio responde a la facultad que confiere el artículo 34 ET "pues esta norma, autoriza que el convenio colectivo con los límites que señala, establezca la distribución irregular de la jornada a lo largo del año siempre que respete los períodos mínimos de descanso dispuestos legalmente"[91].

3.2. Aspectos cuantitativos de la distribución irregular

Una primera aproximación al contenido de las cláusulas que regulan esta materia permite apreciar que casi la totalidad de los convenios analizados mantienen el monto de jornada sobre el que se aplica la distribución irregular, estableciéndose idéntico porcentaje que el atribuido en artículo 34.2 ET a favor del

[88] B. Rodríguez Sanz Galdeano *Flexibilidad de la jornada laboral. Mecanismos legales, convencionales y contractuales par la modificación de jornada* Tirant lo blanch, Valencia 2009, pág. 81

[89] SSTS de 18 septiembre 2000 y 20 julio 2015 RJ\2015\4688 y recurso de casación 192/2014 RJ\2000\8297 recurso de casación 4240/1999

[90] J. Gorelli Hernández, "Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo" op. cit" op. cit., pag. 38

[91] STS 15 de diciembre de 1998 RJ 1998/10510 recurso de casación 1162/1998; STS de Madrid de 9 de julio de 2014 JUR 2014/227188 recuro de suplicación 224/2014

empresario en defecto de pacto[92], o su equivalente, reservándose de la jornada máxima anual una bolsa de horas[93] o tiempo ordinario disponible[94]. De hecho, de la muestra de convenios analizada, son una minoría los que opta por su reducción[95] o por su incremento[96], con lo que se evidencia que en la práctica el empresario parte en el proceso de negociación de dicho porcentaje[97].

En segundo lugar, es común en los tres sectores estudiados articular cláusulas que en aplicación de la distribución irregular de la jornada consistentes en prolongaciones de jornadas, permiten superar el tope de jornada máxima diaria o semanal fijada legalmente o la estándar determinada en el convenio, estableciendo límites máximos a la jornada diaria o semanal dentro de los que se puede mover la distribución flexible. La opción más frecuente por la que se decantan los convenios, es permitir jornadas de entre 9[98] y 10[99] horas, pudiendo alcanzar

[92] A la misma conclusión con otra muestra de convenios llegan otros estudios M.J., López Álvarez *Distribución irregular de la jornada de trabajo. Claves prácticas,* op ci., pág. 57

[93] Así por ejemplo CC de la empresa Plataforma comercial Retail BOP (Córdoba) nº 125 4/07/2017 reserva hasta un máximo de 176 horas; CC VG Catering de Artes SLU, BOP (Sevilla) nº 115, 20/05/2016 que establece 150 horas; CC de la empresa Del Mar y Tierra BOP Sevilla nº 156 8/07/2017 reserva 180 horas; CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015

[94] CC de Vestas Eólica, SAU BOE nº194, 12/8/2016

[95] CC de empresa Marbella Hotel SA, BOP (Málaga) nº 22, 19/11/2014 estableciendo sólo un 3,18%; CC de Supermercados Sabeco SA, BOE nº 137, 6/06/2014 reservando un 5%; CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013 que dispone de una bolsa de 80 horas anuales; CC de Primark tiendas, SLU, BOP nº 201, 22/08/2017 que establece una bolsa de 89 horas.

[96] CC de empresa Negocios de Restauración del sur SL BOP (Córdoba) nº 179, 16/09/2015; CC de empresa Restaurantes Temáticos del Sur SL BOP (Málaga) nº 216, 10/11/2015; CC de empresa Rocla restauración SLU BOP (Málaga) nº 205, 26/10/2015 que lo incrementa al 30 por ciento estableciendo distintos porcentajes en función de la jornada contratada; CC de la empresa Deportes Cary SL BOP (Málaga) nº 65 05/04/2017 CC de Vestas Eólica, SAU BOE nº 194, 12/08/2016 que establece 266 horas.

[97] J. Cabeza Pereiro "La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral de 2012" en *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (edit. J.P. Landa) Dykinson,2015 pág. 336

[98] Así por ejemplo CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157,3/07/2017; CC del Grupo Pastificio BOE nº 168, 15/07/2015; III CC del grupo de empresas VIPS, BOE nº 277, 19/11/2015; CC de empresa Mirang Restauración SLU BOP Cádiz nº 49; CC de empresa Barnet Hoteles SL BOP (Huelva) nº 115 17/06/215; CC Rocla Restauración, SLU, BOP (Málaga), nº 205 26/10/2015; CC de Game Stores Iberia SL BOE nº 277, 16/11/2016; CC de Supermercados Sabeco, SA., BOE nº 137, 6/06/2014; En algunos CC se opta por combinar el limite diario y semanal de 9 horas y 45 semanales así los CC Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013; CC de Cash Converters y sociedades vinculadas BOE nº 100, 27/04/2017 y CC de Decathlon España, SA BOE nº 73, 27/03/2017

[99] Así por ejemplo CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016; CC de Vestas Eólica, SAU BOE nº 194, 12/8/2016; CC de empresa Negocios de Restauración del sur SL BOP (Córdoba) nº 179, 16/09/2015CC de la empresa Restaurantes Temáticos del sur SL BOP (Málaga)

puntualmente las 11[100] y hasta las 12 horas[101]. Otros convenios, sin embargo, aunque permiten una jornada superior a 9 horas no concretan la duración máxima que obviamente no podrá ser superior a 12 horas por el obligado descanso entre jornadas[102]. Igualmente, en muchos casos, este límite diario se combina con el semanal[103], o se recurre exclusivamente a este último[104], en cuyo caso el límite de la jornada diaria vendrá determinado por el respeto al descanso entre jornadas de 12 horas.

Relacionada con esta cuestión, es inusual en los tres sectores que el incremento de la jornada máxima diaria o semanal se supedite al cumplimiento de requisitos adiciones. Pese a ser esta la tendencia, se han detectado convenios en los que dicho incremento exige el acuerdo entre los representantes de los trabajadores[105], o de superar 10 horas diarias informe a los responsables de la prevención de riesgos laborales[106]. En otros casos, el convenio fija el número máximo de jornadas que podrán realizarse con horario incrementado al mes, impidiendo que puedan acumularse más de dos días consecutivos[107], con lo que se garantiza mínimamente el descanso de ese alto ritmo de trabajo, tomándose en consideración la posible afectación que el incremento de la jornada tiene en la salud de los trabajadores, sobre todo cuando se tratan de jornadas continuadas, y sus repercusiones en la vida personal y familiar.

nº 216, 10/11/2015; CC de empresa Oshiro Sevilla SL., BOP (Sevilla) nº 117, 23/05/2016; CC VG Catering de Artes SLU, BOP (Sevilla) nº 115, 20/05/2016 ambos 10 horas diarias y 50 semanales; 10 horas los CC Granada Unión Detallista Alimentación BOE nº 141, 13/06/2013; CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014; CC de Primark Tiendas SLU BOE nº 201, 22/08/2017; II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/2015

[100] CC de empresa Hotel Zen BOP (Málaga) nº 114, 16/06/2017

[101] CC de empresa de Cableven SL BOJA nº 87 de 10/05/2016 en el que se señala que de conformidad con el art. 34.3.2 ET del ET en función de las necesidades de la organización del trabajo se podrá realizar una jornada hasta 12 horas diarias, asegurando la alternancia de la plantilla del centro.

[102] CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015

[103] CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013; CC de Cash Converters y sociedades vinculadas BOE nº 100, 27/04/2017 y CC de Decathlon España, SA BOE nº 73, 27/03/2017; CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015

[104] CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016, fijando un mínimo de 4 diarias máximo de 48 semanales éstas últimas de manera excepcional; CC de empresa AES Externalizaciones FC, SL., BOP (Málaga) nº 8 13/01/2017

[105] CC de Construcciones y Cerámicas Lagos SL BOP (Cádiz) nº 6 , 11/01/2017; CC de Leasan 2007 BOP (Cádiz) nº 104, 5/06/2017

[106] CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016; CC de General Óptica, BOE nº 264, 4/11/2015

[107] II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/205 que establece una jornada máxima diaria de 10 horas

3.3 Aspectos cualitativos de la distribución irregular de la jornada

Otras de las claves analizadas aborda la posibilidad de que ante el silencio legal, sea la negociación colectiva la que establezcan determinados lapsos temporales y presupuestos causales para la aplicación de la distribución irregular de la jornada. Tales cláusulas, sin duda, deben ser valoradas muy positivamente, por cuanto, de un lado, conocer los períodos en los que se intensifica la prestación de servicios permite a los trabajadores la ordenación de su tiempo personal y familiar con antelación suficiente y de otro, el fijar los presupuestos causales de su activación, puede coadyuvar a la aceptación de la jornada irregular.

Sin embargo, la determinación del período en el que se va a aplicar la jornada irregular no resulta ser una práctica negocial muy extendida siendo minoritarios los convenios que fijan los períodos en los que se activa la bolsa de horas o porcentaje reservado[108]. En otros, como ocurre en varios convenios del sector de la construcción, no resulta inusual que precisamente se reserven y se programen las horas flexibles para la disponibilidad en fines de semana, atendiendo a que la jornada por lo general se desarrolla de lunes a sábado[109].

Más frecuentes resulta el establecimiento de causas que habiliten la potestad de distribución flexible, y de hecho es una práctica muy extendida. Así, son numerosos los convenios que establecen razones productivas, períodos punta, ausencias imprevistas, balances o inventarios, o causas organizativas como presupuesto para la activación de las horas flexibles[110]. No obstante, como se ya se advirtió por la doctrina, en ocasiones los términos en los que se enuncian son demasiados vagos y

[108] CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013 establece que la bolsa de horas será de aplicación durante los meses mayo, junio, julio, agosto y diciembre; CC de empresa hotel Zen BOP Málaga nº 114 16/06/2017 que concentra la distribución irregular en los períodos de semana santa, verano y desde el 24 de diciembre hasta el día 1 de enero.

[109] CC de Vestas Eólicas, SAU BOE nº 194, 12/08/2016; CC de Fuertemant, SL., BOJA nº 74, 20/04/2016; CC de empresas de Cableven S.L BOJA nº 87, 10/05/2016

[110] Entre otros CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015 "adecuar su capacidad productiva a los imprevisto que se puedan originar" CC de empresa de Cableven SL BOJA nº 87 de 10/05/2016 "Necesidades de la organización del trabajo"; CC de empresa Construcciones Cerámicas Lagos SL BOP (Cádiz) nº 6, 11/01/2017 "por motivos organizativos y en base a la demanda de trabajo o clientes"; CC de empresa Sistemas Tubulares Al Andalus SL BOP (Cádiz), nº 103, 2/06/2016 "según necesidades de cada obra"; CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017 "en atención a la especial actividad de la empresa y a las necesidades derivadas de la carga de trabajo y en aras de una mayor racionalización de los plannings de trabajo"; CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016 "en función de las necesidades de la empresa" CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014 "causas organizativas"; CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) BOE nº 215, 6/09/2016 "a fin de tener en cuenta la mayor intensidad de la actividad comercial en determinados días de la semana o período del año"; CC del grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212, 21/09/2016

genéricos[111], siendo muy recurrente que los convenios hagan referencia, por ejemplo a la especial actividad de la empresa. En este sentido, merece la pena destacar por inusual, que alguno de los convenios analizados requieren de la intervención de los representantes de los trabajadores en la valoración de la medida. En algún caso, la obligación se reduce a la mera información al comité[112], pero en otros, se establecen un procedimiento en el que se requiere que el empresario justifique la concurrencia de las razones productivas y el alcance de las misma[113], con lo que se activa un procedimiento de negociación entre las partes, que puede contribuir a la aceptación o incluso a reducir su impacto. Desde otra perspectiva, cuando se trata de una distribución irregular consecuencia del defecto de jornada por causas no imputables al empresario se justifica la prolongación de la jornada e incluso se atempera. Así, resulta usual en el sector de la construcción establecer cláusulas que prolongan la jornada en los días laborables siguientes para la recuperación del 70 por ciento de las horas no trabajadas por interrupción de la actividad debido a causas de fuerza mayor , accidentes atmosféricos, inclemencias del tiempo, falta de suministros o cualquier otra causa no imputable a la empresa[114].

Otro de los elementos que regulan los convenios hace referencia al cumplimiento obligatorio o voluntario de la distribución irregular. A pesar de que la obligatoriedad es una característica de la distribución irregular y en consecuencia no requiere del acuerdo con los trabajadores afectados por la medida, en algunos convenios de los sectores de comercio y hostelería dejan la decisión de realizar la prestación para la que ha sido requerido a voluntad individual del trabajador, lo que en la práctica en la mayoría de las ocasiones, dado los índices de temporalidad y precariedad existentes en los sectores estudiados, obligará al trabajador a aceptarlas asumiendo las repercusiones que la misma genera en su vida personal y familiares. Así, resulta frecuente que se disponga que las alteraciones en el horario individualmente adjudicado por causas organizativas imprevisibles se efectuará preferentemente con personal voluntario[115]. Eso sí, salvo cuando se trate de

[111] R. Escudero Rodríguez "Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva" RL Tomo II, pág 325

[112] CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014

[113] CC de Sociedad Española de Instalaciones de Redes Telefónicas SAU BOE nº 154 29/06/2017; CC de la empresa Megaexit, SL., BOP Granada nº 27, 11/02/2015.

[114] Así por ejemplo CC de empresa Sistemas Tubulares Al Aldalus, SL BOP (Cádiz) nº 103 2/06/2016; CC de empresa Encofrados y construcciones Vimuz SL BOP (Córdoba) nº 7 12/01/2017; CC Altura, Drenajes y Contenciones SL BOP (Jaén) nº 205 26/10/2016.

[115] CC del Grupo Zena BOE nº 54 3/03/2016; CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; III CC del Grupo de empresas VIPS, nº 277, 19/11/2015; CC Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013; CC de la empresa Plataforma comercial Retail BOP (Córdoba) nº 125 4/07/2017

reparar siniestros o daños extraordinarios y urgentes o se trate de hacer inventarios o balances que son obligatorias en la mayoría de las ocasiones, incluso aun cuando el trabajador se encontrase disfrutando del descanso semanal, en cuyo caso éste se recuperará necesariamente dentro de un período de catorce días[116].

3.4. La regulación del preaviso

En relación a este tema parece que la negociación colectiva asume de forma mayoritaria el plazo de cinco días legamente establecido, ya sea por omisión en su regulación, ya por su trasposición sin modificación en el contenido de los convenios[117]. No obstante, respecto de los plazos hay que apuntar que una parte de los convenios optan por su ampliación hasta 7 días[118] o plazos aún más amplios[119] en beneficio del trabajador. Aun cuando es esta la línea de tendencia, resulta frecuente el establecimiento de cláusulas que eximen al empresario de la obligación de cumplimiento de dicho plazo de preaviso, justificándolo en razones tales como "bajas imprevistas" "operatividad" "necesidad del servicio", "imprevistos del cliente", "retrasos o adelantos en suministros", "fuerza mayor" o "siniestros o daños extraordinarios"[120] fijando en estos casos la comunicación al trabajador con 24 horas de antelación, o en el momento en que la empresa conozca el imprevisto, con lo que se incumple lo establecido legalmente. En consecuencia estas cláusulas no tienen efectos y por tanto son nulas por conculcar lo establecido en el artículo 34.2 ET, norma mínima que podrá ser mejorada por la negociación colectiva estableciendo un plazo superior en beneficio del trabajador, pero no puede ser objeto de minoración por el pacto colectivo[121]. En cuanto a la notificación de la alteración de la jornada, es frecuente la notificación colectiva a través de

[116] CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013; CC de Servicios de Infraestructura Eléctrica de Levante SL BOE nº 230, 25/09/2015; CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017; CC de Burger King, Spain, BOE nº 157, 4/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; CC del Grupo de Empresa Vips, BOE nº 277, 19/11/2015; CC de Dinosol Supermercados SL BOE nº 123, 23/05/2012.

[117] Así por ejemplo los CC de Fuertemant, SL BOJA nº 74, 20/04/2016; ; CC del grupo de empresas VIPS BOE nº 277, 19/11/2015; CC KFC Restaurants Spain, SL BOE nº 137, 6/06/2014; CC de empresa Restaurantes Temáticos del Sur SL BOP (Málaga) nº 216, 10/11/2015.

[118] CC de Cash Converters y sociedades vinculadas BOE nº 100, 27/04/2017 ; CC de empresa Marbella Hotel SA, BOP (Málaga) nº 22, 19/11/2014

[119] Así, por ejemplo el CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013

[120] CC de empresa Cableven SL BOJA nº 87 de 10/05/2016, SL.; CC de empresa Sistemas Tubulares Al Andalus SL BOP (Cádiz), nº 103, 2/06/2016); CC de empresa Sistemas Tubulares Al Andalus, SL BOP (Huelva) nº 64 06/06/2015; CC del Grupo Zena BOE nº 54 3/03/2016; CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; CC de empresa Hotel Zen BOP (Málaga) nº 114, 16/06/2017; CC de Granada Unión detallista Alimentación, BOE nº 80, 4/04/2017; CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016; CC de empresa Marbella Hotel SA, BOP (Málaga) nº 22, 19/11/2014.

[121] STS de 16 de abril 2014, RJ/2014/2633 recurso de casación 182/2013.

la publicación de los cuadrantes en tablones de avisos de los centros de trabajo, práctica que ha sido recientemente declarada nula ya que la comunicación de los horarios de trabajo deben realizarse personalmente al trabajador por pertenecer a las condiciones contractuales de las relaciones individuales de la relación laboral, cuya acreditación corresponde al empresario[122].

3.5. La compensación de los excesos y defectos de jornada

No son mayoritarios los convenios que abordan de manera detallada y completa la compensación de los excesos o defectos, lo cual no deja de ser un resultado esperado ya que resulta coherente con la escasa atención prestada por los convenios a la distribución irregular en entrar a desarrollar las reglas de funcionamiento, puesto que una gran mayoría como señalábamos *supra,* se referían a la distribución irregular de la jornada de forma genérica sin concreción de su régimen jurídico o se remitía a lo dispuesto legalmente. Por tanto, en estos casos, los excesos o defectos de jornada deberán quedar compensados en el plazo de doce meses desde que se produzcan, con lo que se estaría incumpliendo lo establecido en el artículo 19 de la Directiva 2003/88/CE de 4 noviembre, relativa a determinados aspectos de la ordenación de trabajo en el que únicamente se permite dicho plazo, cuando se justifique en razones objetivas, técnicas, o de organización del trabajo y siempre que la ampliación del módulo de referencia se realice mediante convenio o acuerdos celebrados entre lo interlocutores sociales.

En general, los convenios colectivos que realizan una regulación mas detallada de la distribución irregular han asumido la excepción al principio de anualidad establecida en el artículo 34.2 ET, permitiendo el trasvase de los saldos al año siguiente. Con todo, se detectan convenios que optan por la compensación dentro del año natural, de forma que los excesos sobre la jornada anual se abonan como horas extraordinarias[123].

Lógicamente el momento en que ha de llevarse cabo la verificación y control de la ejecución de la jornada coincide en general con la terminación del módulo de cómputo de la jornada máxima, que normalmente se corresponde con el 31 de diciembre, aunque puede establecerse la terminación del módulo anual en fecha distinta[124].

[122] STSJ de Santander de 14 de diciembre 2016 (AS 2016/1789), Procedimiento 605/2016.

[123] CC de la Sociedad Cooperativa Andaluza Santa María de la Rábida- fresón de Palos BOP (Huelva) nº 212, 8/11/2016; CC de Consum sociedad Cooperativa Valenciana BOE nº 302, 15/12/2014; CC de empresa de construcciones y Cerámicas Lagos BOP (Cádiz) nº 6, 11/01/2017;

[124] De la muestra de convenios analizada sólo el CC de empresa Marbella Hotel SA, BOP (Málaga) nº 22, 19/11/2014 establece el cómputo anual no coincidente con el año natural, concretamente el día 31 de mayo

Con el fin de evitar la acumulación de los desfases al término del año natural no es extraño, que los convenios colectivos fijen controles periódicos de carácter trimestral[125] o cuatrimestral[126] o mensuales[127], produciéndose la regularización en el siguiente período, o incluso también se permite que la compensación de los excesos sea previa a que se produzca las jornada de mayor intensidad[128]. En cualquier caso, en todos estos convenios de producirse saldos al término del período de cómputo se dispone de un el lapso temporal variable detectándose cierta tendencia hacia la inmediatez en la compensación, fijándose períodos por lo general breves de tres o cuatro meses o incluso un mes para su liquidación, momento en el que además se determinará la existencia de horas extraordinarias. Así, llegado el término del lapso temporal previsto en el convenio sin que el trabajador haya disfrutado del descanso de las horas de exceso de la jornada máxima anual habrán de ser consideradas horas extraordinarias[129]. Al respecto, ha de destacarse que algún convenio prevé la posibilidad de que la empresa discrecionalmente liquide la totalidad de una parte de las horas pendientes antes de la terminación del plazo establecido para su compensación, abonándolas al precio de la hora ordinaria, respetando, obviamente el número máximo de horas extraordinarias en cómputo anual previsto legalmente. Práctica que ha de ser considerada ilegal por cuanto del juego combinado de ambos instrumentos flexibilizadores se amplia las prerrogativas empresariales, que tendrá la potestad de determinar la naturaleza de las horas de exceso, con el consiguiente ahorro de costes salariales y de seguridad social, dado que el precio de la hora extraordinaria normalmente suele ser superior a la ordinaria, además de mutar la naturaleza de la hora extraordinaria, que a diferencia de la horas flexibles son voluntarias, salvo que se pacte su carácter obligatorio[130].

[125] CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; III CC del Grupo de Empreas VIPS; CC de Decathlon España, SA BOE nº 73, 27/03/2017; CC del grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212, 21/09/2016; CC de Lidl supermercados SAU. Boe nº 138, 8/06/2016;, CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) BOE nº 215, 6/09/2016., II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/2015

[126] ; CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013CC; CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014

[127] CC de empresa Oshiro Sevilla SL BOP (Sevilla) nº 117, 23/05/2016; CC VG Catering de Arte SLU BOP (Sevilla) nº 115, 20/05/2016; CC de empresa Del Mar y Tierra BOP (Sevilla) nº 156, 8/07/2017

[128] CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015 ; CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017

[129] CC de Consum sociedad Cooperativa Valenciana BOE nº 302, 15/12/2014; CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013

[130] CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016, CC de empresa Construcciones Cerámicas Lagos SL BOP (Cádiz) nº 6, 11/01/2017); CC de Leasan 2007 BOP (Cádiz) nº 104, 5/06/2017

Se evidencia en la regulación de la distribución irregular y muy señaladamente en los mecanismos regulados para la compensación de las diferencias de jornadas, que los intereses empresariales se tienen muy presente, echándose en falta cláusulas que regulen el modo de disfrute del descanso compensatorio que interesan a los trabajadores en orden a la reordenación de su tiempo extralaboral. Así, respecto a la fecha concreta de disfrute del descanso la mayoría de los convenios suelen optar bien porque sea la empresa directamente la que lo fije, o bien lo remiten al acuerdo entre la empresa y el trabajador afectado, sin que se prevean fórmulas en caso de desacuerdo, lo que en la práctica no es más que una remisión al poder del empresario, sin que hayamos encontrado convenios en los que claramente se atribuya la prioridad al trabajador en la determinación de estos tiempos de descanso. Tan sólo un convenio de los analizados en un intento de establecer fórmulas que tengan en cuenta las circunstancias personales del trabajador prevé, que cada una de las partes determinen el 50 por ciento, eso si, excluyendo de tal opción las fechas que coincidan con periodos de alta producción previamente fijados por la empresa, reduciendo con ello el margen de discrecionalidad inicialmente otorgado al trabajador[131].

Relacionado con el momento de disfrute, hay que destacar que los convenios normalmente no contienen un plazo de preaviso más allá de la precisión del lapso temporal en el que han de llevarse a cabo. Igualmente, son escasos los convenios que especifican el modo de disfrute, si bien al menos, los convenios del sector comercio se decantan mayoritariamente por el disfrute en jornadas completas, salvo que el trabajador esté interesado en su disfrute mediante la reducción de jornadas[132], acumulándolas por lo general a los períodos de descanso semanal[133]. Finalmente, en cuanto a las equivalencias de las horas flexibles es común la compensación a la par, de manera que cada hora de trabajo le corresponde una de descanso, que se incrementará cuando las horas flexibles coincidan con un día planificado de descanso, festivos o fines de semana[134].

A la vista de la amplia muestra analizada no parece que los sectores estudiados presten interés por la compensación de los saldos negativos de forma expresa, lo que puede deberse a que la regularización de los excesos se realiza en los períodos de menor actividad, o probablemente con un uso intensivo de la contratación temporal y a tiempo parcial, que permiten adaptación cuando disminuye al carga de trabajo. De hecho, solo dos de los convenios se detiene en su regulación

[131] CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015

[132] CC de Consum sociedad Cooperativa Valenciana BOE nº 302, 15/12/2014

[133] Así por ejemplo CC del grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212, 21/09/2016; CC de Alain Afflelou España, SAU BOE nº 112, 10/05/2013

[134] CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014; CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016

indicando el lapso temporal en que se podrá compensar y precisamente en ambos casos, se dispone su uso en caso de cese de la relación laboral. Uno de ellos, indicando que el saldo en contra se podrá compensar hasta el importe máximo de la liquidación[135], otro estableciendo un régimen jurídico diferenciado según ésta sea fruto de un despido individual o colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, o la extinción sea ajena a la causa empresarial. En el primero de los casos no se considera al trabajador deudor del saldo negativo, y en consecuencia la liquidación no se verá reducida, mientras que si la finalización del contrato no responde a causas empresariales por derivar de la llegada del término de la relación laboral, despido disciplinario o desistimiento, las diferencias tanto positivas como negativas se regularizan en el documento del finiquito[136].

3.6. Jornadas diferenciadas en función de la fecha de ingreso a la empresa

Finalmente, al hilo de la distribución irregular y aunque sea un tema tangencial en el que no se analiza los elementos de la jornada irregular, merece la pena detenerse si quiera brevemente, en destacar que algunos convenios como consecuencia de la introducción de mecanismos de flexibilidad o incrementos en la jornadas máximas anuales o la extensión de la jornada de trabajo durante todos los días incluidos fines de semana, se introducen cláusulas que establecen condiciones laborales diferenciadas en función de la fecha de incorporación a la empresa, tema conocido en nuestra disciplina respecto de otra importante condición laboral que dio lugar a un intenso debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la doble escala salarial[137].

Así, por ejemplo se exime de la aplicación de la distribución irregular en domingos y festivos a los trabajadores contratados con anterioridad a la firma del convenio, manteniendo dicho derecho *ad personam*[138]; o también refiriéndose a los descansos en fines de semana se establece que los trabajadores que hubieran optado por un sistema diferente conforme a lo estipulado en el convenio 2006-2009 podrá mantenerlo a "título individual"[139]; o con la misma calificación se observan cláusulas que establecen el mantenimiento de una jornada de trabajo anual inferior a aquellos trabajadores que hubieran ingresado en una determinada

[135] CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015

[136] CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016

[137] A.V. Sempere Navarro "Legitimidad de las dobles escalas salariales en función de la antigüedad o fecha de ingreso a la misma" Revista doctrinal Aranzadi Social, Vol paraf. III, 47 BIB 1997/839 pag. 1; M.A. Purcalla Bonilla "Dobles escalas salarial y fecha de acceso al empleo: una aproximación a sus claves jurisprudenciales" Información Laboral nº 25/2002, BIB 2013/1842 pag. 4

[138] CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017

[139] CC del grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212, 21/09/2016

fecha[140], cláusulas que dan pistas más que evidentes del resultado de la aplicación intensiva de técnicas de gestión flexible del tiempo de trabajo.

Una aproximación a este fenómeno demuestra que la introducción de tales cláusulas obedecen subterfugios negociales en cuyo transfondo se encuentran estrategias entre las partes negociadoras, ofertándose las mismas como contrapartida empresarial a la introducción de diversas medidas como la moderación salarial, o la introducción de mecanismos de distribución irregular hasta el momento inexistentes en la empresa.

La cuestión resulta relevante por cuanto que el Tribunal Supremo en la sentencia de 21 de octubre de 2014 se ha pronunciado al respecto con una solución contraria a la respuesta dada en orden a la vulneración del principio de igualdad respecto del establecimiento de la doble escala salarial en función de la fecha de ingreso, en la que se consideraban justificadas las diferencias derivadas de una condición más beneficiosa para los trabajadores que ingresaron con anterioridad a una determinada fecha[141]. Concretamente en la citada sentencia se dilucidaba si resultaba justificado un trato diferenciado entre los trabajadores más antiguos para los que se consideraba tiempo de trabajo efectivo los 30 minutos de descanso de "bocadillo", frente a los trabajadores contratados con posterioridad, para los que dicho descanso no computaba como tiempo de trabajo efectivo.

La empresa justifica el establecimiento de jornadas diferenciadas en la concurrencia de un derecho adquirido de origen convencional, y como segundo argumento se refiere a la reducción de la actividad, dificultades económica y pérdida de competitividad en el mercado. Pues bien, el Tribunal descarta de forma rotunda que el derecho constituya condición más beneficiosa, porque las condiciones más beneficiosas no pueden derivar, por definición del convenio colectivo, sino de la libre voluntad del empleador[142]. En segundo lugar, respecto de las dificultades económicas aducidas por la empresa, señala que las mismas no pueden justificar el trato discriminatorio a los trabajadores con contratos recientes. En suma, ninguno de los argumentos esgrimidos justifican de manera razonable y objetiva un trato diferenciado a los trabajadores de nueva contratación sin que pueda aceptarse que los trabajadores de nueva contratación sean los soporten el sacrificio derivado de la introducción de medidas de flexibilidad[143].

[140] CC del grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212, 21/09/2016 y CC de Cash Converters y sociedades vinculadas BOE nº 100, 27/04/2017; CC de Burguer King, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; III CC del Grupo de Empresas VIPS BOE nº 277, 19/11/2015; III CC del Grupo Zena, BOE nº 54, 3/03/2016;

[141] STS 7 de julio de 2005 RJ 2005/7327] y 10 de octubre 2006 RJ 2006/10037

[142] STS de 21 de octubre 2014, RJ 2014/6136, que resuelve el recurso de casación 308/2013, contra la Sentencia de la AN de 16 de mayo de 2013 AS 2013/1953, Procedimiento 11/2013

[143] Un comentario a dicha a la citada sentencia A. Todoli Signes, "Aplicación de la doctrina de

4. LA CLÁUSULAS DE FLEXIBILIDAD EN ATENCIÓN A CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR

Es obvio que la distribución irregular de la jornada, dado su carácter imprevisible provoca importantes alteraciones en la vida personal y familiar, mucho más si su regulación legal tiene un carácter unidireccional en el que se refuerzan los poderes de dirección del empresario. Es innegable que tanto las prolongaciones como reducciones de jornadas o la prestación de servicio en los días en principio previstos para el descanso, introducen incertidumbres que rompen con los complejos equilibrios conseguidos entre ambas facetas de la vida de los trabajadores, sobre todo respecto de los que asumen las responsabilidades familiares, mayoritariamente mujeres. Y es que ciertamente la base sobre la que se fundamenta la distribución irregular exige grandes dosis de disponibilidad de los trabajadores y que sean éstos los que adapten a las necesidades de la empresa[144] sin que los convenios hayan formulado mecanismos que atemperen el impacto de la jornada irregular sobre la vida familiar y personal de los trabajadores.

En primer lugar, del análisis de los convenios hay que destacar que una inmensa mayoría hacen referencia a los derechos de conciliación, en muchos casos dedicando un capítulo a su desarrollo, comprometiéndose dentro de la regulación dedicada a la regulación de la igualdad por razón de género a negociar medidas que faciliten los derechos de conciliación de los trabajadores y a la eliminación de discriminaciones por razón de género[145]. Sin embargo, estos reconocimientos y declaraciones tienen más valor programático que práctico puesto que tienen poco reflejo en su clausulado, que frecuentemente reproducen lo establecido en el ET.

Especial relevancia reviste el artículo 34.8 del ET en el que se establece el derecho de los trabajadores a la adaptación y distribución de la jornada reenviando a la negociación colectiva o al acuerdo a que llegue con el empresario respetando en su caso, lo previsto en aquélla. Por su parte, el segundo inciso

la doble escala salarial a la jornada laboral. El no reconocimiento de las mejoras "*Ad personam*", ni los derechos adquiridos, como justificantes de la diferencia de las diferencias en las condicionales laborales" Revista de Información Laboral nº 1/2015 Bib 2015/229

[144] M. A. Ballester Pastor "La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo" op. cit. pág. 56

[145] Así en otros CC del Grupo de empresas Día SA., y Twins Alimentación SA., BOE nº 212 2/09/2016; CC de Vestas Eólica, SAU BOE nº194, 12/8/2016; CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL, BOE nº 230, 25/09/2015 ; CC de Sociedad Española de Instalaciones de Redes Telefónicas SAU BOE nº 154 29/06/2017; CC de Servicios de Infraestructuras Eléctricas de Levante, SL; CC de la empresa Plataforma Comercial Retail, SAU BOP (Córdoba) nº 125, 4/07/2017; CC de empresa Ofertel Comunicaciones BOP (Córdoba) nº 163, 25/08/2016; CC de empresa Pesico Food AIE BOP (Huelva) nº 93, 18/05/2016 ; CC de la Sociedad Cooperativa Andaluza Santa. María de la Rábida-Fresón de Palos, BOP (Huelva) nº 212, 8/11/2016;

introducido por la reforma establece sin determinar a quien se dirige[146], que "se promoverán la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la mejora de la productividad en las empresas". Frente al derecho a la reducción de jornada, el derecho a la adaptación y distribución de jornada presenta la ventaja de permitir al trabajador mantener su actividad laboral sin reducir su salario ni sus expectativas de protección social, a la vez que paralelamente facilita de manera cotidiana a los trabajadores la compatibilidad de la faceta profesional y familiar.

El papel que desempeña la negociación colectiva en la adaptación y distribución de la jornada es crucial ya que como se ha señalado el legislador no lo configura como un derecho individual de aplicabilidad directa sino que condiciona su materialización a lo que disponga el convenio colectivo, o al acuerdo entre los propios interesados[147]. Pues bien, los resultados no son los esperados. Frente a la gran mayoría de convenios que establecen la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada laboral, atribuyendo importantes márgenes de maniobra en la gestión del tiempo de trabajo al empresario, sólo seis de la amplia muestra analizada disponen de algún mecanismos de adaptación, por lo que habrá de estarse al pacto entre el empresario y los trabajadores afectados[148]. Concretamente dos convenios disponen de la jornada continuada como medio de fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar[149]; en uno se establece la posibilidad la posibilidad de no prestar servicios en sábados, domingo y festivos y ser adscritos a un turno de trabajo adaptado al horario de guardería[150]; otro convenio admite en estos supuestos el cambio de turno[151]; y finalmente, sólo uno contempla la jornada flexible con tramos de presencia común y obligatoria y con horas de entrada y salida variables o flexibles[152].

[146] M.E. Casas Baamonde y M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer "Las reformas de la reforma laboral de 2012" RL 15-18/2012 pág. 17

[147] STC 24/2011, de 13 de marzo

[148] Un estudio amplio sobre este derecho en Y. Sánchez-Urán Azaña "Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido (Reflexiones en torno a la STC 24/2011)" Revista Española de Derecho del Trabajo nº 115/2012 Bib 2012/2804

[149] CC de Cosum Sociedad cooperativa Valenciana BOE nº 302 15/12/2014; CC del grupo de empresas VIPS BOE nº 277, 19/11/2015 si bien en este último se hace referencia a la necesidad de que la jornada sea continuada para los supuestos de contrataciones a tiempo parcial con jornadas diarias iguales o inferiores a 4 horas

[150] III CC del Grupo Zena BOE nº 54, 3/03/2016

[151] CC Rocla Restauración, SLU, BOP (Málaga), nº 205 26/10/2015

[152] CC de Vestas Eólica, SAU BOE nº194, 12/8/2016, SAU; CC de Enercon Windnergy Spain, SL, BOE nº 28, 2/02/2016

Nos cuestionamos las razones que explican esta apatía negociadora precisamente en esta materia en la que dado el insuficiente reconocimiento jurídico[153], se requiere para su aplicabilidad inmediata la existencia de convenio colectivo que lo prevea, frente al reconocimiento más categórico realizado por el artículo 34.2 ET a favor de la distribución irregular para atender a las necesidades de la empresa[154]. En este sentido, pueden aducirse que la composición eminentemente masculina de las mesas de negociación no favorece la negociación de estas medidas[155], o que los costes organizativos que exigen su implantación implican mayores dificultades de coordinación en la plantilla de trabajadores, o finalmente que resulta crucial para su establecimiento el tamaño de la empresa y el sector de actividad, siendo más difícil de asumir en las pequeñas y microempresas[156] y en los sectores como el comercio o la hostelería con horarios extensos en los que se requiere una mayor presencia de los trabajadores y en los que el régimen de trabajo a turnos es la forma de organización más habitual.

Frente a la ausencia cuasi total de previsiones convencionales que aborden la adaptación y distribución de la jornada, el permiso por lactancia y la reducción de jornada por responsabilidades familiares y resultan ser, al menos el primero, una de las materias más reguladas en la muestra analizada.

Las previsiones convencionales abordan estas situaciones desde dos perspectivas: la primera hace referencia al alcance de la aplicación de la distribución irregular sobre los trabajadores que están disfrutando de una reducción de jornada por responsabilidades familiares y permiso por lactancia y la segunda relativa a la derecho a la concreción de la reducción de jornada por responsabilidades familiares y a los permisos por lactancia[157].

Respecto de la primera de las perspectivas ha de destacarse que son muy escasos los convenios que contemplan esta posibilidad. Así, algunos convenios excluyen de la aplicación de la distribución irregular de la jornada a los trabajadores afectados por reducción de jornada por guarda legal y además en la mayoría

[153] J. Cruz Villalón "Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España" op. cit. pág14; M. A. Ballester Pastor "La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo" op. cit. pág. 86 califican a este derecho como una regla de baja intensidad o *soft law*

[154] T. Pérez del Río "Tiempo de trabajo: una óptica de género" en *Tiempo de Trabajo* op. cit. 277 señala que el reconocimiento legal del derecho pese a la dimensión constitucional dificulta enormemente la reclamación en vía jurisdiccional.

[155] M. B. Fernández Collados, "Negociación colectiva sobre la adaptación de jornada por razones personales y familiares" op. cit. pag 12

[156] J. Cruz Villalón "Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España" op. cit. 17

[157] M.J. López Álvarez *Distribución irregular de la jornada. Claves prácticas* op. cit., pág 89

de los casos esta exclusión se refiere a la alteración o prolongación de jornada derivada exclusivamente de ventas especiales y balances[158]; puntualmente un convenio exime de la prestación de servicios en domingos y festivos a los trabajadores que estuvieran disfrutando de reducción de jornada[159], y finalmente, de manera más amplia, se dejan al margen de la jornada irregular los trabajadores con hijos menores de ocho años con independencia de si están disfrutando o no de una reducción de jornada[160].

La cuestión que nos surge, más allá de las escasas exclusiones realizadas en los convenios colectivos, es si sería posible la aplicación de la distribución irregular a los trabajadores que tenga reconocida la adaptación o la reducción de su jornada por motivos familiares. Repárese que tanto la adaptación como la reducción de jornada por responsabilidades familiares responde a la finalidad de compatibilizar la actividad profesional con el cuidado del familiar a cargo, con lo que es de suponer que la concreción de la prestación de servicios se haya realizado teniendo presente las obligaciones familiares, adaptándose por ejemplo al horario escolar, o a al horario de la persona que cuida del familiar dependiente, con lo que la alteración de jornada aunque preavisada con cinco días de antelación rompería el equilibrio conseguido con tales derechos, que además, al menos respecto de la reducción de jornada, implica una disminución de salario. En estos casos, habrá de valorarse cada caso concreto, sobre todo cuando se trate de una alteración puntual, pero ante el silencio legal, consideramos que concretada la jornada en función de las necesidades de conciliación y mientras ésta perdura, la activación de la distribución irregular produciría un vaciamiento del fin último que tales derechos persiguen. Así, se considera en relación a la reducción de jornada por responsabilidades, que estas prácticas empresariales son nulas, no sólo por la desnaturalización del derecho a la reducción de jornada, sino además, porque "conculcaría la dimensión constitucional que tiene el derecho a la no discriminación por razón de sexo de las trabajadoras, en la línea marcada por la STC 3/2007, de acuerdo con los intereses y valores familiares a que el mismo responde"[161].

Atendiendo a la segunda de las perspectivas indicadas, resulta muy frecuente que los convenios colectivos no contengan una regulación completa de todos

[158] CC de Alain Afflelou España SAU; CC de Primark Tiendas SLU BOE nº 201, 22/08/2017; CC de Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA, BOE nº 93, 18/04/2013

[159] CC de Lidl Supermercados, SAU BOE nº 138, 8/06/2016.

[160] CC de Decathlon España, BOE nº 73, 27/03/2017; CC de la empresa Plataforma Comercial Reail SAU BOP (Cádiz) nº 68 24/03/2017 que se refiere de manera extensa a las "obligaciones familiares suficientemente acreditadas"

[161] Sentencia del Juzgado de lo Social de Santander de 14 diciembre Procedimiento 605/2016, AS\2016\1789; STSJ de La Rioja, de 10 febrero recurso de suplicación 22/2012, AS\2012\575

los supuestos que generan el derecho a la reducción de jornada derivada de las responsabilidades familiares de los trabajadores.

Como ya adelantábamos la gran mayoría de los convenios aluden a los permisos por lactancia de un menor de mueve meses regulado en el artículo 37.4 ET, en el que se dispone que los trabajadores tendrán derecho a una hora de ausencia del trabajo que podrán dividir en dos fracciones, pudiendo ser sustituida por una reducción en media hora con la misma finalidad, o acumulada en jornadas completas en los términos previstos en la negociación colectiva o en el acuerdo a que llegue con el empresario. En la práctica totalidad de los convenios de la muestra cumpliendo las previsiones legales, se cuantifica el número de jornadas completas acumuladas que en su caso puede disfrutar el trabajador oscilando entre 10 y 30 días, siendo muy usual que la opción por la acumulación se condicione o se amplíe su duración a que su ejercicio se realice se forma sucesiva tras finalizar el período de maternidad[162].

Finalmente, el artículo 37. 6 ET reconoce el derecho a la reducción de jornada con la consiguiente minoración proporcional del salario por cuidado de menores de 12 años, o una persona con discapacidad, cuidado de familiares hasta el segundo grado de consaguinidad o afinidad que no puedan valerse por si mismos y para el cuidado y tratamiento continuado de menor a su cargo afectado por enfermedad grave. Como se ha señalado la reforma llevada a cabo por la Ley 3/2012 modificó el módulo sobre el que se aplica la reducción en los supuestos de guarda legal y cuidado de familiares a cargo, pasando de la referencia genérica de "la jornada ordinaria" a otra más restringida como es "la jornada diaria"[163], además en 2013 se eleva la edad del menor de ocho a doce años. Con la finalidad de incrementar la certeza al empresario y evitar las controversias jurisprudenciales generadas en torno a este derecho, el apartado 7 del citado artículo, dispone que los convenios colectivos "podrán establecer criterios para la concreción horaria de la reducción de jornada a que se refiere el apartado 6, en atención a los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral del trabajador y las necesidades productivas y organizativas de las empresas"

[162] Así por ejemplo los II CC de la empresa Drosolu, S.L BOJA nº 40 14/03/2014, 8 días naturales que se sumarán al período de maternidad CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014 30 días uniéndolo a la baja por maternidad, siendo los más numerosos los que establecen entre 15 y 18 días CC de empresa Megaexit SL. BOP (Granada), nº 27, 11/02/2015; CC del Grupo Zena BOE nº 54 3/03/2016; CC de Dinosol Supermercados SL BOE nº 123, 23/05/2012

[163] M.J. López Álvarez *Distribución irregular de la jornada de trabajo. Claves prácticas* op. cit. pág. 93; C. Jover Ramírez "La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma" Revista doctrinal Aranzadi Social nº 4/2013, BIB 2013/1515

De la muestra analizada ha de destacarse que un nutrido grupo de convenios pese a que ya estaba vigente la reforma cuando se negociaron, mantienen la dicción anterior a la misma y siguen refiriéndose a la reducción de la jornada ordinaria[164], con lo que ha de considerarse que el convenio contiene en esta materia una regulación completa y sin remisión al ET, que mejora la previsión estatutaria siendo por tanto, la jornada ordinaria el módulo sobre el que se practique la reducción de jornada[165]. Otros convenios, sin embargo, sobre todo de empresas con centros de trabajo en más de una comunidad autónoma, han incorporado en su contenido el parámetro diario[166] y ello, en muchos casos, a pesar de que aparece inalterada la edad del menor, que mantienen en 8 años pese a que en la mayoría de los casos su negociación fue posterior a 2013.

Algunos convenios sobre la base del nuevo párrafo del artículo 37.7 ET, articulan los términos del disfrute del derecho a la reducción de jornada, siendo muy escasos los ofrecen modelos homogéneos de disfrute más perfeccionados. De hecho, en algunos convenios más que implementar los términos de la reducción de jornada establecen límites no contemplados en el artículo 37 ET que encorsetan y ahogan el ejercicio del derecho del trabajador. Así, se precisa en algunos convenios que el ejercicio de este derecho implica la reducción de todos los días de prestación de servicio y en la misma proporción, incluyendo fines de semana, evitando en todo caso, reducir días enteros de jornada y debiendo de practicarse dentro del turno que venga realizando[167]. Obviamente, estas cláusulas han de considerarse nulas y así lo ha interpretado el Tribunal Supremo en su sentencia de 21 de marzo de 2011, por cuanto que aunque se reconoce que la negociación

[164] CC de Burger King Spain, SLU, BOE nº 157, 3/07/2017; ; CC del grupo de empresas VIPS BOE nº 277, 19/11/2015

[165] De hecho el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de mayo RJ 2016/3259 ha tenido ocasión de pronunciarse al hilo de la solicitud realizada por una trabajadora que solicitó la concreción horaria de la jornada de acuerdo con los términos contenidos en el convenio colectivo que no establecía el parámetro diario sino que se refería a la jornada ordinaria considerando que los términos empleados son plenamente claros y no ofrecen discusión de lo que puede deducirse la voluntad de los negociadores -sin precisar acudir a otros parámetros hermenéuticos- que la concreción horaria y la determinación del período de disfrute del permiso de lactancia y de la reducción de jornada corresponderán al trabajador dentro de su jornada ordinaria.

198/2015 Tribunal Supremo, en sendas sentencias de 18 de mayo y de 15 de septiembre de 2016, dictadas en los recursos de casación números 198/2015 y 260/2015

[166] CC del Grupo Zena BOE nº 54 3/03/2016; CC del Grupo Patificio, BOE nº 168, 15/07/2015; CC para la empresa Sierra Morata (Cádiz)

[167] Así el CC de Alain Afflelou, España SAU haciendo referencia al cambio de turno y días completos. CC del Grupo Champion (Supermercados Champion, SA y Grupo Supeco-Maxor, SL) BOE nº 215, 6/09/2016; CC de Supercor, SA y Tiendas de Conveniencia, SA, BOE nº 93, 18/04/2013; CC de Coviran SCA BOE nº 80, 4/04/2017; CC de Granada Unión detallista Alimentación, BOE nº 80, 4/04/2017

colectiva puede establecer la forma de efectuar la concreción horaria de la reducción de jornada, ha de tenerse presente "que dicha concreción horaria ha de realizarse ponderándose los intereses en juego, no limitando de forma genérica el derecho del trabajador", por tratarse de un derecho individual de dimensión constitucional, en el que toda limitación ha de obedecer a razones suficientemente justificadas[168].

Son muy escasos los convenios que diseñan reglas o cauces homogéneos más perfeccionadas ofreciendo diversas alternativas de concreción al trabajador. Obviamente el establecimiento de las mismas no impide que el trabajador ejercite su derecho en los términos establecidos en el artículo 37. 5, 6 y 7 sin que pueda oponerse la existencia de estos cauces generales como argumento denegatorio[169]. Partiendo de esta premisa y siendo conscientes de que resulta complejo establecer cauces homogéneos que se adapten a las necesidades de conciliación de cada uno de los trabajadores, la negociación colectiva puede aprovechar esta vía para soslayar algunas de las rigideces que introduce la reforma estableciendo por ejemplo, la posibilidad de acumular días completos, o para establecer modelos en los que se fijaran jornada regulares o estables[170]. Sin embargo, del análisis realizado, y aunque no es una práctica frecuente, no parece que ésta sea la línea seguida hasta el momento en los convenios colectivos que recogen este tipo de cláusulas. En efecto, los modelos que se proponen responden a parámetros basados en "la necesidad de presencia de un mínimo de trabajadores en los centros de trabajo durante la totalidad del horario comercial y la mayor necesidad de mano de obra durante las horas de apertura con mayor índice de venta producida"[171] sin que se aluda a la finalidad esencial de estos derechos. En este contexto, en algunos convenios la alternativa ante la negativa empresarial consiste en el traslado del trabajador a otro centro de trabajo con la franja horaria solicitada, o en la acumulación de la reducción de jornada en meses completos[172], alternativa esta última que supone prolongar la ruptura en la actividad profesional y que no resuelve los problemas del día a día que genera las responsabilidades familiares. Finalmente en otros convenios aunque proponen distintas alternativas en ellas no se contempla por ejemplo una jornada estable o regular, o la exclusión del trabajador del régimen

[168] La STS de 21 de marzo 2011 RJ 2011/3555, recurso de casación 54/2010 consideró nulas las cláusulas de un convenio colectivo que restringía el derecho a la existencia de un determinado volumen trabajadores en plantilla y siempre y cuando el número de personas que ostenten ese derecho no supere el 3 por ciento de total de trabajadores del centro.

[169] STSJ Galicia, 16 de mayo de 2014 AS 2014/1644 recurso de suplicación 1452/2012

[170] M. Azagra Solano "Reducción de la jornada de trabajo diaria por razones de guarda legal" Revista Aranzadi Doctrinal nº 3/2012 BIB 2012/735

[171] Así en este sentido II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/2015

[172] CC de Game Stores Iberia SL BOE nº 277, 16/11/2016

de trabajo a turnos, ni se prevé la acumulación de la reducción en días completos con el fin de no prestar servicios los fines de semanas[173].

BIBLIOGRAFÍA

M. R. ALARCÓN CARACUEL "La jornada ordinaria de trabajo y su distribución" en *Tiempo de Trabajo*, (Coord J. Aparicio Tovar y J. López Gandía) Bomarzo 2007

M. AZAGRA SOLANO "Reducción de la jornada de trabajo diaria por razones de guarda legal" Revista Aranzadi Doctrinal nº 3/2012 BIB 2012/735

M. A. BALLESTER PASTOR "La flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo: jornada y distribución del tiempo de trabajo" Revista de Derecho Social nº 62, 2013

J. CABEZA PEREIRO "La flexibilidad interna y su regulación en España, una reflexión en clave crítica de la Reforma Laboral de 2012" en *Flexibilidad interna e innovación en la empresa* (edit. J.P. Landa) Dykinson, 2015

M.E. CASAS BAAMONDE "La prioridad aplicativa de los convenios de empresa" en *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012" Observatorio de la Negociación Colectiva"*, (Coord.. C.L. Alfonso Mellado, M-A. Almendros González, A. Merino Segovia, W. Sanguineti Raymond, J. Bautista Vivero Serrano) CC.OO Lefebvre el derecho, 2016

M.E. CASAS BAAMONDE Y M. RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO FERRER "Las reformas de la reforma laboral de 2012" RL 15-18/2012

J. CRUZ VILLALÓN "Hacia una nueva concepción de la legislación laboral" Temas Laborales 115/2012

- "Elementos condicionantes para la efectividad de la conciliación laboral en España" http://portal.ugt.org/actualidad/2014/julio/boletin18/Ponencia%20Jesus%20Cruz%20Villalon.pdf

[173] CC de Mercadona SA, Forns Valencians Forva SAU, Mena Supermercados SL y Saskibe SL BOE nº 26, 30/01/2014 propone reducciones de 26,5, 20 o 15 horas semanales dentro de la variedad de horarios existentes en la empresa definidos en las parrillas horarias; CC de Game Stores Iberia SL BOE nº 277, 16/11/2016 que establece un solo modelo en el que se prevé la concreción de la jornada semanal de 20 a 24 horas semanales percibiendo un salario equivalente a seis horas más de la prestación de servicios, en el que al menos una día a la semana lo será en jornada completa que deberá coincidir con el día de mayor actividad. El II CC de Supersol Spain, SLU y Superdistribución Ceuta SLU BOE nº 10, 12/01/2015 establece hasta quince alternativas sin que ninguna de ellas prevea la exclusión de los fines de semana, y en solo tres de las 15 propuestas se prevé un turno fijo.

R. ESCUDERO RODRÍGUEZ "Dos reformas trenzadas de la negociación colectiva: La Ley 35/2010 y el RD-Ley 7/2011" RL nº 23, 2011

- "Significación del tiempo de trabajo, fuentes reguladoras y dinámica de la negociación colectiva" RL Tomo II

M. B. FERNÁNDEZ COLLADOS, "Negociación colectiva sobre la adaptación de jornada por razones personales y familiares" Revista Española de Derecho del Trabajo nº 168/2014

P. GIMENO DÍAZ DE ATAURI "La flexibilidad en el tiempo de trabajo en los más recientes convenios de empresa" en *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual* (Dir I. García-Perrote Escartín, J. Mercarder Uguina), Lex Nova 2015

L. GÓMEZ RUFIÁN "Tendencias de la negociación colectiva en la jornada laboral: crisis y reformas laborales" Revista de Información Laboral, nº 11/2014

- "La flexibilidad interna tras la reforma laboral de 2012 desde un punto de vista cuantitativo de la antigua encuesta de coyuntura laboral a la nueva encuesta anual laboral

J. GORELLI HERNÁNDEZ ""Negociación Colectiva y flexibilidad en la regulación del tiempo de trabajo" en XXIX Jornadas de estudios sobre Negociación Colectiva de la CCNCC, 2016http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/Jornadas/CCNCC_XXIX_Jornadas_2016_Ponencia_JuanGorelli.pdf

C. JOVER RAMÍREZ "La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma" Revista doctrinal Aranzadi Social nº 4/2013, BIB 2013/1515

M. J. LÓPEZ ÁLVAREZ *Distribución irregular de la jornada de trabajo. Claves prácticas,* Francis Lefebvre, 2015

N. M. MARTÍNEZ YÁÑEZ "Las fuentes de la distribución irregular de la jornada tras las sucesivas reformas laborales" RL nº 5/2013

A. MERINO SEGOVIA, C. ARAGÓN GÓMEZ, O. CONTRERAS HERNÁNDEZ, D. PÉREZ DEL PRADO, F.J. TRILLO PÁRRAGA "La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo" en *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012" Observatorio de la Negociación Colectiva"*, (Coord.. C.L. Alfonso Mellado, M. A. Almendros González, A. Merino Segovia, W. Sanguineti Raymond, J. Bautista Vivero Serrano) CC.OO Lefebvre el derecho, 2016

E. MONREAL BRINGSVAERD "La duración de la jornada y los saldos interanuales de horas. A propósito de la última reforma normativa del tiempo de trabajo" RL nº 10/2014

A. PAZOS PÉREZ "Algunos puntos críticos de la Directiva 2003/88/CC sobre el tiempo de trabajo" Revista Española de Derecho del Trabajo nº 190/2016 BI 2016/80295

T. PÉREZ DEL RÍO "Tiempo de trabajo: una óptica de género" en *Tiempo de trabajo* (Coord J. Aparicio Tovar y J. López Gandía) Bomarzo 2007

M. A. PURCALLA BONILLA "Dobles escalas salarial y fecha de acceso al empleo: una aproximación a sus claves jurisprudenciales" Información Laboral nº 25/2002, BIB 2013/1842

G. E. RODRÍGUEZ PASTOR "Hacia una organización más flexible del tiempo de trabajo" RL nº 12/2014

B. RODRÍGUEZ SANZ GALDEANO *Flexibilidad de la jornada laboral. Mecanismos legales, convencionales y contractuales par la modificación de jornada* Tirant lo blanch, Valencia 2009

Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA "Adaptación de la jornada laboral por circunstancias familiares: la familia como bien jurídico protegido (Reflexiones en torno a la STC 24/2011)" Revista Española de Derecho del Trabajo nº 115/2012 Bib 2012/2804

A. V. SEMPERE NAVARRO "Legitimidad de las dobles escalas salariales en función de la antigüedad o fecha de ingreso a la misma" Revista doctrinal Aranzadi Social, Vol paraf. III, 47 BIB 1997/839

A. TODOLI SIGNES, "Aplicación de la doctrina de la doble escala salarial a la jornada laboral. El no reconocimiento de las mejoras "*Ad personam*", ni los derechos adquiridos, como justificantes de la diferencia de las diferencias en las condicionales laborales" Revista de Información Laboral nº 1/2015 BIB 2015/229

F. VALDÉS DAL-RÉ "Hacia un derecho común a la flexibilidad interna" RL 19-20/2012

DESCUELGUE CONVENCIONAL Y ARBITRAJE OBLIGATORIO

CARMEN SÁEZ LARA
Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

ABSTRACT

Tras cinco años de aplicación de la reforma laboral de 2012, el presente trabajo aborda los problemas y las soluciones adoptadas en relación con una de sus regulaciones más discutidas, la contenida en el art. 82.3 ET. Partiendo del significado del actual sistema de "descuelgue convencional" (medida de flexibilidad interna, de descentralización de la negociación colectiva y sobre todo excepción a la fuerza vinculante del Convenio Colectivo) la vigente regulación constituye una "pieza de cierre" del sistema, a través de una intervención heterónoma y obligatoria sustitutiva de la autonomía colectiva. Téngase en cuenta que con independencia del número de inaplicaciones decididas mediante resolución administrativa o laudo arbitral, la previsión normativa de tal posibilidad ha incidido sobre el número de inaplicaciones, acordadas con los representantes de los trabajadores. Pues bien, aún sin compartir la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la admisibilidad de esta figura y, más concretamente, sobre la intervención arbitral obligatoria prevista legalmente, las SSTC 119/2014 y 8/2015 aportan importantes criterios hermenéuticos, sobre la base de los cuales hemos pretendido dar respuesta a los numerosos problemas interpretativos planteados. Así, entre otros muchos, los relativos a la inaplicación de un convenio en situación de ultraactividad, la posibilidad de reiterar la propuesta de inaplicación durante la vigencia del convenio o, por ejemplo, si un laudo arbitral puede resolver la discrepancia en torno a la regularidad del previo procedimiento de consultas con los representantes de los trabajadores. Por lo que respecta a una primera valoración, la aplicación de esta técnica de inaplicación del convenio colectivo por decisiones administrativas, laudos arbitrales y sentencias judiciales ha sido, a nuestro juicio, "restrictiva" y acertada, al tratarse de una medida excepcional.

Palabras clave: Convenio colectivo, inaplicación, régimen jurídico, arbitraje obligatorio

ABSTRACT

After five years of implementation of the labour reform of 2012, this paper deals with the problems and the solutions adopted in relation to one of its most discussed regulations, contained in article 82.3 ET. On the basis of the meaning of the current system of "pick up conventional"(measurement of internal flexibility, decentralization of collective bargaining and especially exception to the binding force of the collective agreement) the existing regulation is one "locking piece" of the system, through a substitute heteronomous and compulsory intervention of collective autonomy. By referring to an initial assessment, the application of this technique of non-application of the collective agreement by administrative decisions, arbitration awards and court judgments has been, in our view, "restrictive" and accurate, it is a measure exceptional

Key Words: Collective agreement, inapplicability, legal system, compulsory arbitration.

 Recepción del original: 23.11.2017 Aceptación original: 16.12.2017

Índice

1. LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO (ART. 82.3 ET)
2. LA ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DEL ART. 82.3 ET
3. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA PREVISTA POR EL ART. 82.3 ET
   3.1. El convenio colectivo afectado por la inaplicación
   3.2. Las materias concernidas por la inaplicación convencional
4. EXIGENCIAS CAUSALES PARA LA INAPLICACIÓN CONVENCIONAL
5. PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN DE CONDICIONES CONVENCIONALES
   5.1. El ámbito de la inaplicación y los sujetos legitimados
   5.2. Marco normativo: regulación legal y regulación convencional
6. FASE INICIAL DEL PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN
   6.1. Comunicación de inicio de la dirección de la empresa
   6.2. Documentación para acreditar la concurrencia de la causa empresarial
   6.3. El periodo de consultas y el deber de negociar de buena fe
7. EL ACUERDO COLECTIVO DE INAPLICACIÓN
   7.1. Contenido y eficacia del acuerdo colectivo de inaplicación
8. 7.2 La impugnación judicial del acuerdo de inaplicación
9. GESTIÓN DEL DESACUERDO ANTE LA COMISIÓN PARITARIA Y ANTE LOS ORGANOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS
   9.1. Gestión del desacuerdo ante la comisión paritaria
   9.2. Gestión del descuerdo ante los órganos de solución autónoma de conflictos
10. LA SOLUCIÓN DE LAS DISCREPANCIAS ANTE LA CCNCC O LOS ÓRGANOS AUTONÓMICOS CORRESPONDIENTES
   10.1. Régimen jurídico: normativa estatal y autonómica
   10.2. Decisión administrativa *versus* laudo arbitral
11. PROCEDIMIENTO ANTE LA CCNCC U ORGANO AUTONÓMICO EQUIVALENTE
   11.1. Plazo y contenido de la solicitud que inicia el procedimiento
   11.2. Contenido de la Decisión o del Laudo Arbitral: La resolución de diversos conflictos colectivos
   11.3. Plazo para emitir la decisión arbitral y eficacia del laudo
12. CONTROL JUDICIAL DE LA DECISIÓN O LAUDO ARBITRAL
   12.1. Doctrina constitucional sobre el control judicial de fondo
   12.2. Impugnación judicial de la decisión o el laudo arbitral

1. LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO (ART. 82.3 ET)

Tras un lustro de aplicación de la reforma laboral de 2012, no es necesario destacar la relevancia del art. 82.3 ET y del régimen de inaplicación convencional por el diseñado para alcanzar los objetivos de flexibilidad en la empresa y de descentralización de la negociación colectiva, perseguidos por aquella reforma estatutaria.

Concebida legalmente como una medida de flexibilidad interna y de descentralización negocial, la inaplicación convencional constituye esencialmente un mecanismo excepcional y temporal de suspensión y sustitución del convenio colectivo. En aras de conseguir una mayor flexibilidad de la regulación convencional, en contextos de crisis económica, las reformas estatutarias de 1994 y, sobre todo, de 2010 y 2012 introdujeron diversas opciones de descuelgue con-

vencional que, finalmente, se han unificado en una técnica compleja y completa de inaplicación del convenio colectivo.

Si la reforma del Estatuto de los Trabajadores de 1994 introdujo la novedad legal del descuelgue salarial[1], fue la reforma laboral de 2010 la que determinó el protagonismo del acuerdo colectivo de inaplicación, introdujo la posibilidad del descuelgue de los convenios colectivos de empresa[2] y facilitó la inaplicación del convenio colectivo en las empresas sin representación de los trabajadores. El procedimiento a seguir ante la falta del acuerdo de descuelgue fue la aportación "estrella" de la reforma de 2012, que recurrió a fórmulas heterónomas y obligatorias de composición del conflicto colectivo, como son la decisión administrativa y el laudo arbitral.

El actual régimen prescinde de las cláusulas de descuelgue de los convenios supraempresariales que habían sido, hasta la reforma de 2010, el instrumento esencial para el descuelgue salarial. Como destacaría la doctrina científica y judicial, en el nuevo sistema de descuelgue, la negociación colectiva supraempresarial pierde el control sobre los procesos de inaplicación salarial a nivel inferior, lo que supone una seria limitación del poder regulador del convenio colectivo en esta materia, constituyendo este cambio una de las claves del vigente sistema de inaplicación[3]. Si desde la reforma de 2010 el acuerdo colectivo es el protagonista de nuestro sistema de descuelgue, a partir de 2012, comparte este papel con una intervención externa a los sujetos negociadores y obligatoria, para una parte a propuesta de la otra, constituyendo otro de los elementos definidores del vigente modelo de inaplicación.

Además, tras la reforma de 2012/2013 se refuerza la consideración del descuelgue convencional como instrumento de flexibilidad interna en la empresa, idea que de forma explícita expresaba la reforma de 2010, en el sentido ya anticipado por la reforma estatutaria de 1994. La inaplicación del convenio mantiene su conexión con instrumentos de flexibilidad interna y con el despido colectivo, significativamente, en la definición de las causas empresariales que la justifican,

[1] Con antecedentes en los pactos de concertación social de la década de los ochenta, que incluyeron cláusulas de descuelgue total o parcial de los incrementos salariales pactados en convenios colectivos para aquellas empresas que acreditasen situaciones deficitarias y de pérdidas.

[2] Si bien en aquel momento sólo en relación con los descuelgues genéricos regulados por el anterior art. 41.6 ET.

[3] F. Durán López, Inaplicación de las condiciones de convenio colectivo: el descuelgue, en Cuaderno de Derecho para Ingenieros (V) Iberdrola, 2013. M.R. Alarcón Caracuel Ponencia «La inaplicación del convenio colectivo», dentro de las Jornadas de estudios jurídicos Nuevas formas de flexibilidad laboral y descentralización empresarial, Albacete 5 y 6 de junio de 2014, Boletín Digital 1º de mayo, junio 2014.M.A. Castro Arguelles, Inaplicación o Descuelgue del Convenio Colectivo, Cívitas, 2013, p. 91. STSJ Madrid de 14/12/2012 (AS 2013\1033).

así como en el procedimiento de consultas y negociación para alcanzar un acuerdo colectivo, al remitir el art. 82.3 ET al art. 41.4 ET.

Al mismo tiempo, la inaplicación del convenio es una medida próxima al convenio colectivo pues el acuerdo de descuelgue es el resultado de un proceso de negociación colectiva, previsto en el marco del Título III ET. La unificación y ubicación de la medida de inaplicación convencional abonan la conexión entre el convenio colectivo y la vía para su inaplicación, siendo un instrumento más de la reforma legal de 2012 dirigido a promocionar la negociación colectiva en la empresa. Sin embargo, desde esta perspectiva, en el Estatuto de los Trabajadores se predisponen otras vías alternativas, que cumplen finalidades semejantes de flexibilidad y adaptabilidad de los convenios colectivos, como son la preferencia aplicativa del convenio de empresa para determinadas materias, regulada por el art. 84.2 ET, o incluso la renegociación o adaptación del convenio colectivo a las nuevas circunstancias surgidas durante la vigencia del convenio colectivo, previstas por el art. 86.1 ET.

La inaplicación convencional se sitúa, en fin, en el marco de un conjunto amplio de medidas dirigidas a igual fin, como pieza de cierre del sistema y elemento "dinamizador" del mismo, a través de su nota distintiva, es decir, una obligatoria intervención heterónoma sustitutiva de la autonomía colectiva. En efecto, el vigente diseño legal del descuelgue se completa con un conjunto de mecanismos dirigidos a resolver las discrepancias surgidas en la fase de consultas. La falta de acuerdo ya no bloquea o impide el descuelgue y en relación con las medidas de gestión del desacuerdo entre empresa y trabajadores se suma al arbitraje voluntario un arbitraje obligatorio, al preverse que, a petición de una de las partes, el asunto se someta a una decisión vinculante ya sea de o en la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC, en adelante), o en órganos similares de las Comunidades Autónomas[4]. La reforma de 2012 refuerza así la tendencia facilitadora de esta medida y aunque el número de inaplicaciones fruto de decisiones y arbitrajes obligatorios no haya sido significativo si ha podido serlo el efecto de la vigente regulación sobre el alto número de los acuerdos colectivos de descuelgue, que muestran los datos de los últimos años[5].

[4] Que asumen una función decisoria y dirimente en materia de inaplicación de conformidad con el art. 82.3 ET, la Disposición Final 2ª ET, apartados 1 c), 2 y 3 del ET. Y en concreto así fue para la CCNCC que hasta entonces era un órgano tripartito de carácter consultivo, v. Art. 16 y ss. del RD 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la CCNCC.

[5] V. Estadística de convenios colectivos. Las inaplicaciones depositadas hasta 31 de diciembre de 2016 en el período enero-diciembre de 2016 fueron 1.326, que afectan a 32.064 trabajadores. La mayoría de las inaplicaciones se realizan en empresas de servicios y en empresas pequeñas, con menos de 50 trabajadores, prácticamente, la totalidad son descuelgues de convenios sectoriales (el 98,3%) y son aprobadas por acuerdo en el período de consultas (el 90,6%). Acerca del contenido

Ahora bien, asumiendo todo lo anterior, la medida de inaplicación del convenio colectivo en el vigente sistema de relaciones laborales sigue conservando un carácter de solución excepcional y temporal pues constituye una excepción a la fuerza normativa y a la eficacia personal general del convenio colectivo. Por ello, los problemas aplicativos del procedimiento de inaplicación convencional deben resolverse sobre la base de criterios hermenéuticos que atiendan a todas estas funciones y caracteres (instrumento de flexibilidad empresarial y de negociación colectiva descentralizada así como excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos).

Los órganos judiciales, los laudos arbitrales y las decisiones administrativas utilizan criterios interpretativos propios de los instrumentos de flexibilidad interna y externa referidos, por ejemplo, a las exigencias causales o al principio de buena fe, al mismo tiempo que apelan a criterios interpretativos propios del convenio colectivo. Pues bien, estos criterios interpretativos deben incardinarse en el marco de una aplicación restrictiva de una figura de naturaleza excepcional. A estos efectos, se analizará a continuación la doctrina constitucional sobre la inaplicación del convenio, en concreto, sobre la admisibilidad, desde la perspectiva de los derechos de negociación colectiva y tutela judicial efectiva, de la decisión o laudo arbitral de suspensión y sustitución del convenio colectivo.

2. LA ADMISIBILIDAD CONSTITUCIONAL DEL ART. 82.3 ET

La STC 119/2014, de 16 de julio y por remisión a su doctrina, la STC 8/2015, de 22 de enero, resolvieron las impugnaciones formuladas frente al art. 82.3 ET por vulneración tanto de los arts. 37,1 CE y 28.1 CE como del art.24.1 CE. En concreto, no se cuestionaba todo el procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo en él previsto, sino tan sólo el párrafo octavo del art. 82.3 LET en el que se atribuye una función decisoria dirimente a la CCNCC u órganos correspondientes de las comunidades autónomas. La inconstitucionalidad de la norma ya se había cuestionado ante la OIT[6] y ante la jurisdicción ordinaria, si

de las inaplicaciones, en el 62,2% de los casos se altera sólo la cuantía salarial, aunque también se modifican otras condiciones de trabajo o una combinación de ellas.

[6] Informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT ratificado por el Consejo de Administración de la OIT (Reunión de los días 13 a 27 de marzo de 2014 (GB.320/INS/12)) en respuestas a las quejas planteadas por los sindicatos más representativos españoles frente a la reforma laboral de 2012. En concreto, la conclusión 464 señala que "la suspensión o derogación – por vía de decreto, sin acuerdo de las partes – de convenciones colectivas pactadas libremente por las mismas, viola el principio de negociación colectiva libre y voluntaria establecida en el art. 4 Convenio núm. 98 OIT.

bien las SSAN de 9/12/2013 y de 11/02/2014[7] rechazaron en dos ocasiones la presentación de cuestión de inconstitucional en relación con el citado párrafo del art. 82.3 ET.

Como punto de partida, es necesario destacar que la STC 119/2014 contiene dos importantes afirmaciones de carácter general, primera, que la regulación contenida en el art. 82.3 LET constituye una excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos regulados en el título III LET, segunda, que desde la perspectiva del art. 37.1 CE y el art. 28.1 CE, la intervención de la CCNCC en el procedimiento previsto por el art. 82.3 LET puede determinar, en efecto, una restricción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

Rechaza, sin embargo, el TC la infracción del derecho a la negociación colectiva y a la fuerza vinculante de los convenios (art. 37.1 CE) y del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 CE) pues considera que la intervención de la CCNCC prevista por el art. 82.3 LET persigue un fin constitucionalmente legítimo, cual es, tanto el de garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE), como la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general (art. 38 CE). En este sentido en primer lugar, se argumenta que al posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias empresariales adversas y sobrevenidas después de la aprobación del convenio, el propósito perseguido por el legislador ha sido facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo (STC 119/2014 FJ 5 A).

Y, en segundo lugar, la STC 8/2015, resumiendo la doctrina de la STC 119/2014, considera que la intervención de la CCNCC u órgano autonómico resulta razonable y proporcionada, teniendo en cuenta que constituye un remedio subsidiario, que en modo alguno desplaza o suplanta a la negociación colectiva y la decisión se atribuye a un órgano colegiado de composición tripartita y paritaria[8]. Por último, también valora el TC que la posibilidad de inaplicación de condiciones de trabajo se encuentre sujeta, tanto a limitaciones causales (concurrencia de razones económicas, técnicas, organizativas y de producción), materiales (al poder afectar en exclusiva a las materias especificadas en el precepto impugnado) y temporales (su duración no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en la empresa afectada), cuanto a un posterior control jurisdiccional[9].

[7] Rec. 339/2013 y Rec. 356/2013, respectivamente.

[8] Que está formado por representantes de la AGE y de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, habiendo establecido la normativa los mecanismos precisos para garantizar su independencia e imparcialidad.

[9] Finalmente se rechaza la aplicación de la doctrina con relación a los arbitrajes públicos obli-

Para salvar la constitucionalidad, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, el TC establece una doctrina interpretativa, pues el art. 82.3 párrafo octavo LET no lesionaría el art. 24.1 CE, "interpretado el precepto", en el sentido de que cabe un control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral (STC 119/2014, FJ 5 A). Esta interpretación resulta obligada pues, según la doctrina constitucional, el arbitraje obligatorio no es conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el control judicial sobre el laudo se limita a las garantías formales o aspectos meramente externos, sin alcanzar al fondo del asunto sometido a la decisión arbitral[10].

Por ello, el control judicial sobre la decisión o el laudo obligatorio de inaplicación convencional no se limita a aspectos externos o procedimentales, es decir, al enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral y sobre el carácter ultra vires de la resolución emitida, sino que se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, es decir, alcanza también a impugnaciones fundadas en la lesividad a terceros y en su ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a esta último motivo impugnatorio. En definitiva, la intervención judicial permite a los tribunales ordinarios efectuar un control pleno sobre la decisión o laudo arbitral, siendo así esta intervención de la CCNCC u órgano autonómico "en cuanto trámite previo al proceso" plenamente compatible con el art. 24.1 CE (STC 8/2015)[11].

gatorios establecida en la STC 11/1981, de 8 de abril, en tanto que la norma impugnada en el presente proceso constitucional presenta sustanciales diferencias respecto a la que en su día fue examinada por aquélla Sentencia.

[10] SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, (FJ 3); y 75/1996, de 30 de abril, (FJ 2). En efecto, la STC (Pleno) 174/1995 declaró por tal causa la inconstitucionalidad y consiguiente nulidad del art. 38.2, párrafo primero de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres. Para el TC se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del demandante de amparo, en cuanto se le ha sometido a un procedimiento arbitral del que se derivó la exclusión del conocimiento del fondo del asunto por parte de los Tribunales ordinarios, sin que haya prestado previamente su consentimiento para ello. Hemos de entender, en cambio, que el arbitraje obligatorio sí resulta compatible con el derecho reconocido en el art. 24.1 CE cuando el control judicial a realizar por los tribunales ordinarios no se restringe a un juicio externo, sino que alcance también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión.

[11] Se trata de un control judicial pleno, que, como aclara el TC, si estaría acotado a "aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional" y dentro de los cuales se desarrollaría el control sobre la concurrencia de las causas y sobre la adecuación a ellas de las medidas adoptadas. Ahora bien, el control judicial no podría alcanzar a aquellos contenidos de la decisión o laudo arbitral que resuelvan conflictos de intereses o económicos y que el TC identifica con los relativos a las concretas condiciones de trabajo establecidas pues la decisión y el Laudo pueden proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad, concretándose en todo caso la duración del período de inaplicación. De esta forma, el Tribunal Constitucional distingue entre los diferentes conflictos jurídicos y económicos que ha de resolver la decisión o laudo arbitral y el correspondiente alcance

Pues bien, desde la perspectiva de nuestro sistema de negociación colectiva, la valoración de estas sentencias conduce a afirmar que la doctrina del TC no resulta ajustada a los parámetros o cánones de control de constitucionalidad aplicables, como de forma extensa ha motivado el voto del Magistrado Valdés Dal-Re. Llama la atención especialmente que las sentencias asuman como premisa una eventual colisión entre el derecho a la negociación colectiva y la libertad de empresa y no analicen el contenido constitucionalmente garantizado por el art. 38 CE. Y, más concretamente, que se llegue a admitir la limitación del derecho a la negociación colectiva por una genérica defensa de la productividad de las empresas, sin que se haya argumentado cómo, en qué medida y por quién la defensa de la productividad empresarial debería ser garantizada, como contenido de la libertad de empresa[12].

No obstante lo anterior y sin perjuicio de la valoración que pueda merecer la fundamentación jurídica de las citadas sentencias constitucionales, es preciso atender a la doctrina por ellas establecida, a los efectos de identificar criterios hermenéuticos para los diversos protagonistas de la inaplicación convencional, sujetos negociadores, órganos administrativos, árbitros y tribunales. Debe recordarse así que la doctrina constitucional define la inaplicación convencional como una excepción y delimita la admisibilidad constitucional de la intervención heterónoma sustitutiva de la autonomía colectiva, atendiendo a su carácter de intervención subsidiaria, desarrollada por un órgano imparcial y sometida a límites causales, sustantivos y temporales. De ello podrían deducirse algunas observaciones.

En primer lugar, debe prevalecer una interpretación restrictiva y literal del art. 82.3 LET por constituir su regulación "una excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos regulados en el título III LET. En segundo lugar, la inaplicación convencional solo puede ser admisible como "medida de adaptación" de las condiciones laborales, ante causas empresariales "adversas" y "sobrevenidas después de la aprobación del convenio", para "facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo" (STC 119/2014, FJ 5 A).La inaplicación convencional no sería

del control judicial sobre las referidas decisiones sobre inaplicación convencional, cuestiones que habrán de ser abordadas más adelante.

[12] El Magistrado Valdés Dal-Re discrepa de lleno "con la atribución de la naturaleza de intereses constitucionalmente protegidos a intereses de matriz exquisitamente privada, como son la competitividad y la viabilidad de cada empresa en particular". Acierta también el voto particular de Valdés Dal-Ré al rechazar la relevancia de las características legales del arbitraje obligatorio (la triple limitación causal, sustantiva y temporal, la subsidiariedad o el control judicial) desde la perspectiva del ajuste constitucional de esta medida pues, como se afirma, evidencia que el canon de proporcionalidad se agota en un juicio de legalidad, que en definitiva "esa razonabilidad se fundamenta en la existencia misma de los límites que legalmente habilitan".

admisible constitucionalmente fuera de tales parámetros, por ello, por ejemplo, el TS sólo admite la inaplicación del convenio en situación de ultraactividad sino lesiona el procedimiento de negociación colectiva[13] o se exige la actualidad y novedad de las causas justificativas de la inaplicación[14].

Y en tercer lugar, la inaplicación del convenio a través de una decisión o laudo, no resulta admisible si no se ha respetado la subsidiariedad de la intervención arbitral. En la aplicación de la doctrina constitucional, el TS ha dado valor sustantivo a la naturaleza subsidiaria de esta intervención, afirmando que sólo es posible cuando fracasa la negociación, lo que sólo acontece si ha existido una verdadera negociación entre las partes. La subsidiariedad, en buena lógica jurídica, exige que los previos escalones o requisitos se hayan superado con suficiencia. Únicamente cabe instar el pronunciamiento de terceros cuando ha fracasado la negociación; y esto último solo ha podido ocurrir cuando haya mediado verdadera negociación colectiva[15]. En definitiva, de la subsidiariedad de la decisión y laudo arbitral se deduce que las irregularidades procedimentales y no sólo la falta de las consultas o del cumplimiento de los trámites preceptivos previos, impedirán también una decisión estimatoria de la inaplicación del convenio colectivo.

3. AMBITO DE APLICACIÓN DE LA MEDIDA PREVISTA POR EL ART. 82.3 ET

El art. 83.2 LET permite inaplicar en la empresa determinadas condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable sea este de sector o de empresa. Para analizar el ámbito de aplicación de esta medida se abordará, en primer lugar, el convenio colectivo objeto de inaplicación, su naturaleza jurídica, ámbito funcional y vigencia. En segundo lugar, se estudiarán las condiciones de trabajo que pueden ser inaplicadas a través de este instrumento. Previamente, hemos de hacer una breve referencia a la aplicación del procedimiento del art. 82.3 ET en el sector público, a la luz de la doctrina jurisprudencial.

Como han aclarado los órganos judiciales, el art. 82.3 ET no resulta aplicable, cuándo la inaplicación convencional opera *ope legis*, derivada de mandato legal, tal y como ha acontecido en relación con las restricciones salariales del personal laboral del Sector Público. En estos casos, la doctrina jurisprudencial ha declarado que los cambios en el contenido del contrato de trabajo que derivan del mandato de una Ley no necesitan implementarse a través del cauce del art.

[13] STS de 23/12/2015 (RJ 2015\6215), (FJ4).

[14] STSJ Cataluña de 13/07/2016 (AS 2016\1514). SAN de 11/02/2014 (Rec. 356/2013) confirmada por STS de 23/09/2015 (Rec. 314/2014).

[15] STS de 15/09/ 2015 (RJ 2015\4734).

41.ET o de la inaplicación de convenio contemplada en el artículo 82.3 ET. En estos casos, en los que existe una norma con rango de Ley que incide sobre el alcance de derechos previamente reconocidos en convenio colectivo, lo que viene a sentarse, con el reiterado aval de la jurisprudencia constitucional, es la necesaria preeminencia de la norma jerárquicamente superior[16].

Ahora bien, tal doctrina no se extendería a la inaplicación de otras regulaciones convencionales sobre derechos económicos, si no existe una norma legal que haya eliminado directa o indirectamente el beneficio económico de que se trate[17]. Esta cuestión hunde sus raíces en los problemas de aplicación del art. 82.3ET en el ámbito del Sector Público, y cuyo estudio desbordaría el objeto del presente trabajo[18]. Como se recordará la previsión del art. 38.8 EBEP sobre suspensión de derechos reconocidos por pactos y acuerdos por razones de interés público se extendería por el RDL 20/2012, de 13 de junio, a los convenios colectivos del personal laboral (art. 32 EBEP). Ahora bien, la anterior solución queda limitada al ámbito de aplicación del EBEP, de ahí la importancia de la doctrina jurisprudencial antes señalada, pues la misma se extiende a todo el personal del sector público estatal.

3.1. El convenio colectivo afectado por la inaplicación

De partida, hemos de precisar en relación con el convenio afectado que a través del procedimiento previsto por el art. 82.3 ET no sería posible inaplicar simultáneamente varios convenios colectivos que eventualmente fueran aplicables en la empresa. La Audiencia Nacional declaró en relación con esta posibilidad que el régimen de inaplicación de convenios, regulado en el art. 82.3ET, no permite la inaplicación simultánea de todos los convenios provinciales aplicables en una empresa, aunque concurra causa y haya conformidad con la mayoría de los representantes unitarios de la empresa, porque la inaplicación del convenio constituye una excepción a la regla de eficacia general del convenio, de manera que su inaplicación solo podrá acordarse con los representantes de los centros de

[16] V. las sentencias citadas por STS de 26/11/2015 (Rec. 347/2014) y STS de 13/05/2015 (Rec. 80/2014).

[17] V. STS de 15/03/2017 (Rec.159/2016) que confirma SAN de 22/03/2016 (Rec. 23/2016) y declara la nulidad de la decisión unilateral de la empresa de no abonar a sus trabajadores, una prestación complementaria en las situaciones de incapacidad temporal, maternidad o riesgo durante el embarazo, por suponer una inaplicación de Convenio sin seguir los trámites establecidos en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores. Como aclara la Sala, ni el RDL 20/2012, ni las Leyes de Presupuestos Generales del Estado han restringido el complemento por IT y la equiparación de restricciones retributivas que se ha producido entre el personal laboral de la Administración General y el del sector público estatal (dentro del cual están los empleados de Ibermutuamur) no debe llevar a la equivocación de extender todas las normas restrictivas.

[18] Sobre el tema, J. Cruz Villalón, El descuelgue de convenios colectivos en el personal laboral al servicio de las administraciones públicas, en Temas laborales, 117/ 2012, pp. 13-56

trabajo, a los que se aplicaba cada uno de los convenios, aplicándose el principio de correspondencia exigido por el art. 41.4ET[19].

Centrando ya nuestra atención en el convenio colectivo afectado, por lo que se refiere a la naturaleza del producto de la negociación colectiva cuya inaplicación se debe sustanciar a través del procedimiento del artículo 82.3 ET, este es exigible sólo e relación con los convenios colectivos estatutarios[20], y no para la modificación de convenios o acuerdos extraestatutarios[21], así por ejemplo se ha afirmado en el supuesto de que el convenio colectivo no hubiera sido registrado y publicado[22].

Ahora bien, dado que el convenio colectivo no es el único producto susceptible de intervenir en la regulación de las condiciones de trabajo en la empresa y el legislador también regula otros productos negociales distintos del convenio colectivo a los que atribuye la misma eficacia que los convenios colectivos del Título III ET, la conclusión a la que ha llegado la doctrina judicial es que su modificación a iniciativa del empresario no puede llevarse a cabo por la vía del art. 41 ET, sino por el cauce previsto en el art. 82.3 ET[23]. Así se ha declarado expresamente que la inaplicación de un acuerdo, pactado en procedimiento de mediación ante el SIMA y publicado en el BOE, sólo puede instrumentarse por el procedimiento de inaplicación de convenio colectivo[24]. Igualmente, el art. 82.3

[19] SAN de 25/09/2014 (AS 2014\2803): En consecuencia, el acuerdo alcanzado es nulo pues ha utilizado fraudulentamente el procedimiento del art. 82.3 ET. Téngase en cuenta que si no se alcanza acuerdo, el paso siguiente de gestión de la discrepancia ante la comisión paritaria habría de resolverse por la comisión paritaria de cada convenio lo que podría dar lugar a resoluciones diversas.

[20] V. Decisión del Pleno de la CCNCC de 1 de agosto de 2013 (ex. 18/2013) que desestima la inaplicación propuesta del Reglamento de Previsión Social al acreditarse en el expediente la naturaleza de acuerdo estatutario. Frente a la pretensión de que tenía naturaleza de acuerdo para materias concretas, la CCNCC entiende que no consta que el Reglamento del Plan de Previsión Social haya sido comunicado a la Autoridad Laboral, registrado ni publicado en Boletín Oficial.

[21] V. Acuerdo CCNCC Pleno extraordinario de 12/09/2012, (ex. 09/2012,), en el que la CCNCC se ha declarado incompetente para conocer de la inaplicación del XVI convenio colectivo de la Industria Química por su carácter de extraestatutario. En el mismo sentido, y también respecto del CC de la Industria Química, vid STSJ Cataluña de 18/12/ 2013 (AS 2014, 1146)

[22] Incluso constando la legitimación plena de las partes negociadoras, v. STS de 22/01/2014 (RJ 2014, 1275) en relación con el «Acuerdo sobre Estructura y Contenidos del Convenio Colectivo Único de Heineken España SA..

[23] Deben ser objeto de inaplicación por el procedimiento del artículo 82.3 ET laudos, acuerdos de mediación y resoluciones de las comisiones paritarias, reguladas en el Título III ET y a las que el legislador reconoce eficacia jurídica de convenio colectivo, V. F. Cavas Martínez, "El descuelgue: problemas prácticos y primeras experiencias" en Aranzadi Social núm. 11/2014. A. Roldán Martínez, M.M. Alarcón Castellanos, "El "descuelgue" y el concepto de convenio colectivo aplicable", en Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 176/2015.

[24] SAN de 31/10/2014 (Rec. 152/2014).

ET establece el procedimiento adecuado para inaplicar laudos dotados de la misma eficacia jurídica[25].

Más concretamente, esta cuestión también se ha suscitado en relación con los acuerdos o los laudos de inaplicación de convenios colectivos, es decir, si sería o no posible su modificación por el procedimiento del art. 41 ET, atendiendo a que el legislador no les atribuye la eficacia de un convenio colectivo estatutario[26]. Sea cual sea la razón para no dotarles de igual eficacia que el legislador otorga a los acuerdos y laudos relativos a la interpretación de los convenios colectivos[27], tal posibilidad debe ser rechazada, a mi juicio, pues, en este caso, la interpretación derivada de la literalidad de la ley conduciría a un resultado contrario a la propia regulación legal, que subvertiría el orden normativo estatutario[28]. El acuerdo y el laudo de inaplicación integran, modificándolo, el convenio colectivo aplicable por lo que su modificación no puede alcanzarse a través de la vía de del art. 41 ET.

Es más, el acuerdo o el laudo de inaplicación tampoco pueden ser nuevamente inaplicados por la vía del art. 82.3 ET, salvo en circunstancias excepcionales, que determinen la concurrencia de nuevas causas no previstas en el anterior procedimiento de inaplicación[29]. Incluso, hemos de aclarar que tampoco puede ser objeto de inaplicación un acuerdo SIMA que ponga fin a un procedimiento de inaplicación convencional, en el que entre otras estipulaciones se haya dejado sin

[25] La SAN de 4/07/2013 (AS 2013, 2940) admite que el proceso del art. 82.3 ET es el adecuado para inaplicar el laudo arbitral dictado en el conflicto planteado entre Iberia LAE, SAU, Operadora, y el Sindicato Español de Pilotos de Líneas Aéreas, que derogó y sustituyó el VII convenio colectivo, ya que tiene la misma eficacia que el convenio colectivo derogado, a tenor con lo dispuesto en el art. 91.2 ET.

[26] SAN de 11/02/2014 (JUR 2014, 48758) niega carácter de convenio colectivo a la decisión dictada por la CCNCC y al laudo arbitral.

[27] Se ha afirmado que el ET no les atribuye igual eficacia que un convenio colectivo, lógicamente, pues se trata de una decisión dirimente resultante del arbitraje obligatorio de órganos con participación de las Administraciones públicas, M.E. Casas Baamonde, Mediación, arbitraje y período de consultas, en Relaciones Laborales, nº. 4/ 2013.

[28] No se comparte así el laudo arbitral recaído en el expediente 10/2013, que para acuerdos de empresa modificativos del convenio de empresa al tener naturaleza de acuerdos de empresa, no procedía la inaplicación por la vía del art. 83.2 sino del 41 ET.

[29] Decisión de la Comisión Permanente de 8/04/2014 (ex. 4/2014), la CCNCC por unanimidad no admitió la apertura de un nuevo procedimiento de inaplicación que pretendía afectar al contenido del laudo arbitral dictado en un procedimiento anterior, porque la empresa no había realizado una actividad probatoria o argumentativa que demostrara que las circunstancias económicas y productivas alegadas hubieran cambiado sustancialmente en los escasos meses transcurridos desde la emisión del Laudo arbitral, que se encontraba vigente hasta el momento en que fuera aplicable un nuevo convenio colectivo.

V. STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734); SAN de 11/02/2014 (Rec. 356/2013) Confirmada por STS de 23/09/2015 (Rec314/2014); SAN de 28/01/2013 (AS 2013\1071) que declaro ajustada a Derecho la decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en relación con la propuesta de inaplicación de la empresa UNIPOST SAU.

efecto la pretensión de inaplicación del convenio colectivo[30]. Este tema, que se ha suscitado en más de una ocasión en la práctica y relacionado con la reiteración de la solicitud de inaplicación se tratará más adelante.

Otra de las cuestiones que han de ser abordadas en este momento se refiere al ámbito del convenio colectivo objeto de inaplicación pues el procedimiento del art. 82.3 ET permite inaplicar en la empresa, el convenio colectivo aplicable, sea de sector o de empresa. Aunque en su configuración teórica la inaplicación convencional aparece vinculada a la imposibilidad de la empresa de asumir regulaciones supraempresariales y en cierta medida en estos términos también se expresa el TC al admitir la constitucionalidad de la misma, la literalidad de la ley no ofrece duda que la empresa puede solicitar la inaplicación del propio convenio y que pueden coincidir las partes del procedimiento de inaplicación con las firmantes del convenio colectivo. El convenio de empresa objeto del procedimiento de inaplicación puede ser además un convenio empresarial de franja como se comprueba en la práctica[31].

Más allá de lo anterior, la doctrina científica se ha planteado la cuestión relativa a la posibilidad de inaplicar otros convenios colectivos, como pudieran ser los convenios de centro de trabajo o los convenios de grupo de empresa.

De partida, debe recordarse, que el art. 82.3 ET debe ser interpretado de forma restrictiva es decir en los propios términos utilizados por el legislador, en cuanto la inaplicación convencional actúa como excepción a la eficacia vinculante del convenio, por lo que debe ser excluida la extensión de tal inaplicación a convenios de ámbito inferior al de empresa. A estos efectos, puede traerse a colación la última jurisprudencia recaída en relación con el art. 84.2 ET que limita la preferencia aplicativa al convenio de empresa sin posibilidad de extensión al convenio de centro de trabajo[32]. En el mismo sentido, puede también alegarse que las referencias de

[30] STS de 28/04/2016 (RJ 2350/2016) que confirma SAN que declara la nulidad del Laudo Arbitral de 3 de julio de 2014, dado que con carácter previo se alcanzó un acuerdo de mediación en el SIMA con fecha de 21/02/2014 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. Tal acuerdo no fue respetado por la mercantil demandada que tampoco lo impugnó. Posteriormente, el proceso de descuelgue se sometió a la comisión paritaria del convenio sectorial que por unanimidad rechazó la pretensión empresarial, no siendo impugnado tampoco dicho acuerdo. La empresa sin embargo 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

[31] STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013) y SAN de 19/06/2013 (Rec. 211/2013) relativo a la inaplicación de condiciones del convenio entre la empresa AIR NOSTRUM y sus trabajadores pilotos.

[32] De conformidad con la doctrina jurisprudencial del TS recaída en relación con el art. 84 ET que niega la preferencia aplicativa a los convenio colectivos de ámbito inferior a la empresa: STS de 9/05/2017 (Rec. 115/2016) y STS de 22/09/2016.

la admisión constitucional de tal medida son siempre a parámetros relativos a una unidad económica empresarial, como la estabilidad, productividad, competitividad y proyecto empresarial[33]. Tanto la literalidad del art. 82.3 ET, como los términos en los que el mismo supera el test de inconstitucionalidad y el propio significado de esta medida, permiten plantear algunas dudas en torno a una interpretación a favor de la inaplicación del convenio colectivo de centro de trabajo[34].

Por el contrario, si sería asumible una interpretación favorable[35] por lo que se refiere a la eventual inaplicación de un convenio supraempresarial distinto del convenio de sector, pues aunque la referida naturaleza excepcional de la norma impone una interpretación estricta, no puede considerarse contrario a la lógica y a los presupuestos causales del art. 82.3 ET, la posibilidad de que una empresa pueda pretender el descuelgue o inaplicación por ejemplo de un convenio de grupo de empresas.

Finalmente, hemos de señalar que en la práctica aplicativa del art. 82.3 ET se ha suscitado la pregunta de si es posible la inaplicación de un convenio colectivo denunciado, en situación de ultraactividad. De conformidad con el citado precepto, el convenio colectivo afectado por la inaplicación será el convenio colectivo aplicable y este es aplicable también durante su vigencia prorrogada y durante la fase de ultraactividad. La respuesta doctrinal a esta cuestión ha sido afirmativa a tenor de la propia literalidad del art. 82.3 ET al referirse al convenio aplicable y al indicar además que el acuerdo de descuelgue no podrá prolongarse más allá de que resulte aplicable el nuevo convenio en la empresa, por lo que se extendería también a la fase de ultractividad del convenio. De esta forma, puede afirmarse que no existiría, en principio, ningún límite temporal inicial ni final para activar la inaplicación del convenio durante su vigencia, aunque algún autor mostraba, acertadamente, cierta estupefacción. tanto en relación con una inaplicación en los momentos iniciales de la vigencia del convenio colectivo como, cuando ya denunciado y en fase de ultractividad, debe renegociarse un nuevo convenio colectivo[36].

[33] Como declararía el TC, el art. 82.3 LET al posibilitar la adaptación por la empresa de las condiciones laborales fijadas por el convenio a las circunstancias sobrevenidas constituye, una excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos regulados en el título III LET, cuya finalidad constitucionalmente legítima sería conjurar el riesgo de que el mantenimiento de tales condiciones pueda poner en peligro la "estabilidad de la empresa", "facilitar la viabilidad del proyecto empresarial·, "la productividad y competitividad empresarial" Sentencia núm. 119/2014 de 16 julio (FJ5).

[34] Para la interpretación amplia seguida por la doctrina, v. E. Castro Marín, El Descuelgue de Convenio Colectivo, Tirant lo Blanch, 2016 p.224.

[35] V. J.M. Goerlich Peset, Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012, Tirant lo Blanch, 2012. p. 81; M.A. Castro Arguelles, op. cit., p. 212.

[36] V. J.M. Goerlich Peset, op. cit., p. 82. En efecto, durante la fase de ultraactividad del con-

En igual sentido la cuestión fue resuelta por la STS de 23/12/2015 que introduce no obstante una importante aclaración[37]. Para el TS es válido el descuelgue respecto del convenio colectivo en ultraactividad, toda vez que promover un proceso de descuelgue no constituye un claro fraude de ley, por cuanto, en todo caso, el descuelgue se produce respecto del convenio que está vigente, y no sustituye, ni limita el procedimiento ordinario de negociación de un nuevo convenio colectivo.

Por ello, aunque sea en principio posible la inaplicación de un convenio denunciado y en fase de ultractividad será preciso valorar si la petición de descuelgue no se alza como un mecanismo de presión empresarial durante el proceso negocial, en claro fraude de ley. Debe tenerse a estos efectos presente los estrictos términos en los que el TC ha formulado la admisibilidad constitucional de la inaplicación convencional, como medida dirigida a la adaptación de las condiciones de trabajo ante causas sobrevenidas.

3.2. Las materias concernidas por la inaplicación convencional

De conformidad con el art. 82.3 ET, la empresa podrá inaplicar las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, que afecten a la jornada de trabajo, al horario y la distribución del tiempo de trabajo, al régimen de trabajo a turnos, al sistema de remuneración y cuantía salarial, al sistema de trabajo y rendimiento, a las funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39ET y a las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social[38].

Como se sabe, la reforma de 2012 culmina un proceso de unificación y ampliación de las materias concernidas por este procedimiento, englobando la cuantía salarial junto a las condiciones de trabajo, que ya incluyen además de las funciones (introducidas por Ley 35/2010) la jornada y las mejoras voluntarias de Seguridad Social. Se trata de un listado amplio aunque cerrado que ha obligado a realizar una delimitación de las materias incluidas en el mismo.

Este listado de materias es un "numerus clausus"[39], pero como ha puesto de manifiesto la doctrina jurisprudencial es susceptible de interpretación extensiva y

venio colectivo, sería aplicable la regulación establecida por el art. 86.3 ET según la cual el mecanismo y los resultados de la negociación son diversos, de forma que podría rechazarse la aplicación del citado art. 82.3 ET, atendiendo al principio de aplicación preferente de la norma especial sobre la general, v ampliamente sobre el tema Laudo Arbitral (Andalucía) de 19/12/2012 (Ex. SNC/47/2012/Desc/01).

[37] RJ 2015, 6215. En igual sentido: STSJ Cataluña de 13/07/2016 (AS 2016\1514).

[38] Donde se incluyen por ejemplo los fondos de ayuda social: SAN 3/04/ 2017 (AS 2017, 560), así como los complementos por incapacidad temporal: SAN 22/03/2016 (AS 2016, 901).

[39] STS de 27/5/2013 (RJ 2013, 5712).

así se ha considerado que las modificaciones convencionales relativas al descanso vacacional tienen cabida en la materia de distribución del tiempo de trabajo, incluida en el apartado b) del art. 82.3ET[40].

Por el contrario, también se ha aclarado, que aun partiendo de tal posibilidad de interpretación extensiva, la fecha de pago de los salarios y de las pagas extraordinarias no son materias susceptibles de incardinarse en el sistema de remuneración, motivo por el cual no caben dentro del mecanismo previsto en el artículo 82.3 ET. Al referirse expresamente el citado precepto al "sistema de remuneración y cuantía salarial" no hay posibilidad descuelgue o inaplicación en aquellas materias retributivas distintas del sistema de remuneración (criterios o reglas que fijan los distintos conceptos retributivos o la estructura salarial y la manera de percibir los mismos) y la cuantía salarial, pues son las únicas a las que se refiere expresamente le norma[41].

De otra parte, el art. 82.3 ET establece que "el acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el Plan de Igualdad aplicable en la empresa". Lo anterior excluye de inaplicación aquellas regulaciones convencionales que aún referidas a cualquiera de las materias listadas, y no sólo a la cuantía salarial, se dirijan a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre las mujeres y los hombres. Esta salvedad a la técnica de inaplicación pese a su importancia no ha tenido transcendencia práctica, pues desde las representaciones sociales que actúan en los mismos no se exige, por ejemplo, a la empresa informe de impacto de género de la inaplicación convencional. Se trata, por lo demás, de una cuestión que, con alguna excepción, se encuentra inédita en la aplicación práctica del art. 82.3ET[42].

[40] SAN de 9/6/2015 (JUR 2015, 157995).

[41] SAN 7/04/2017 (AS 2017\382) (en relación con la solicitud del aplazamiento de la fecha de pago de la paga extraordinaria de Navidad así como del abono del salario pactado) Añade la Sala que en otro caso el legislador habría optado por referir "la fecha de pago del salario y de los demás conceptos retributivos". La percepción puntual de la remuneración pactada o legalmente establecida, no puede tener encaje en dicho precepto ya que se encuentra dentro de los derechos básicos de la relación de trabajo que el artículo 4.2 f) del ET reconoce a los trabajadores. Cuya liquidación y pago no podrá exceder de un mes (art.29 ET) y por lo que se refiere a las pagas extraordinarias, el artículo 31 ET concreta que una de las dos gratificaciones extraordinarias a las que tiene derecho el trabajador es con ocasión de la fiesta de Navidad, pudiéndose prorrateadas las pagas en 12 mensualidades, preceptos acordes con el mandato contenido en el artículo 12 del convenio nº 95 de la OIT.

[42] La cuestión sólo aparece reflejada de forma indirecta en la STSJ Cataluña 13/07/2016 (AS 2016\1514) que conoce la impugnación del laudo arbitral desestimatorio de la petición de inaplicación, entre otras causas, porque no se había acreditado por la empresa el impacto de género que podía tener la implementación de la medida, lo que iba en contra de lo dispuesto en el art. 82.3 ET.

Finalmente, hemos de recordar que el art. 82.3 ET resulta aplicable aun cuando la modificación de la regulación convencional sobre alguna de aquellas materias no sea sustancial. Como se sabe, esta es una de las diferencias existentes entre la modificación sustancial de condiciones de trabajo y la inaplicación de las materias reguladas en convenio colectivo, pues sólo los cambios en las condiciones de trabajo que tengan carácter sustancial quedan sometidos al procedimiento previsto en el art. 41 ET, pero todas las alteraciones de las condiciones de trabajo previstas por el convenio, sean sustanciales o no, deben quedar sometidas al descuelgue[43].

4. EXIGENCIAS CAUSALES PARA LA INAPLICACIÓN CONVENCIONAL

En el régimen unificado de inaplicación convencional, establecido desde 2012, esta medida se encuentra sometida a la concurrencia de causas económicas técnicas organizativas o de producción. La causa económica se identifica con una situación económica negativa, por ejemplo por la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas (si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior). Se entiende que concurren causas técnicas, organizativas o de producción cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción; y en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

En el vigente modelo el cambio en el presupuesto causal de la inaplicación convencional ha sido relevante pues, de conformidad con las previsiones anteriores, el descuelgue salarial del art. 82.3 ET sólo admitía motivación económica y, en las inaplicaciones genéricas del art. 41.6 ET, la exigencia de causa quedaba diluida ante la existencia de acuerdo colectivo. En efecto, en su redacción de 2010 el art. 82.3 ET permitía inaplicar en la empresa el régimen salarial previsto por el convenio de sector "cuando la situación y perspectivas económicas de ésta

Por parte de la empresa se alegó que era incierto y que no había sido alegado por las partes durante las negociaciones previas al sometimiento a arbitraje este motivo. Para la Sala, en este caso y aun siendo cierto lo manifestado por la empresa, que podría tener encaje en la imposibilidad de que el árbitro resuelva sobre puntos no sometidos a su decisión, se puede considerar que se trata de un razonamiento "además de" para denegar el descuelgue, lo que no implica la nulidad del arbitraje sino el no tenerlo en consideración en la resolución del procedimiento.

[43] La STS de 29/06/2017 (RJ 2017,3363) señala que debe seguir el trámite del art. 83.2 del ET, aunque el cambio sea de escasa importancia, como el caso de los límites máximos de las comidas y cenas. V. SSTS de 30/06/2016 (RJ 2016, 3939) y de 17/12/2014 (RJ 2015, 1259).

pudieran verse dañadas como consecuencia de tal aplicación, afectando a las posibilidades de mantenimiento del empleo en la misma". Lo relevante pues no era tanto la concurrencia de la causa cuanto la finalidad alcanzada con la inaplicación del convenio colectivo[44], que era evitar un daño sobre la situación económica de la empresa que pusiera en riesgo el mantenimiento del empleo en la misma. Por su parte, el apartado 6 del art. 41 ET en su redacción de 2010 afirmaba que la modificación de las condiciones establecidas en los convenios colectivos regulados en el Título III del ET se podrá efectuar en todo momento por acuerdo entre la empresa y los representantes legales o sindicales de los trabajadores, en cuyo caso se entenderá que concurren las causas justificativas.

La actual regulación, de un lado, ha flexibilizado la causa económica y ha incluido expresamente causas técnicas organizativas y productivas para justificar la inaplicación de condiciones pactadas en convenio colectivo. Este cambio se inserta en la tendencia general de facilitar las medidas de flexibilidad interna y externa de las empresas pues la exigencia de causas empresariales para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y para los despidos colectivos se han flexibilizado progresivamente, para facilitar su uso por las empresas, a la vez que la regulación legal ha perfeccionado su delimitación para hacer lo más objetivo posible el control judicial de concurrencia de las mismas.

Pero, de otro lado, en el vigente sistema de inaplicación convencional las exigencias causales cobran mayor importancia, al ser posible la inaplicación convencional al margen de acuerdo con los representantes, pues en la práctica jurisprudencial anterior ante la existencia de acuerdo no se desarrollaba un control causal de la inaplicación convencional.

Además, se establece la exigencia causal de forma paralela (y gradualista) con los diversos instrumentos de reordenación y reestructuración de plantilla, modificación sustancial, movilidad geográfica, suspensión, reducción de jornada y despidos objetivos[45]. Pues bien, esta reunificación de las causas de los diversos instrumentos de flexibilidad interna y externa en la empresa en la práctica ha determinado, por la comunicación de la doctrina judicial y jurisprudencial sobre el art. 41 ET y el art. 51 ET, una gran relevancia de la causa de la inaplicación convencional frente al régimen normativo precedente y consiguientemente un control judicial estricto de los presupuestos causales.

[44] F. Valdés Dal-Ré, Hacia un derecho común de la flexibilidad interna, en Relaciones Laborales, 19-20/2012, p. 5.

[45] Por lo que podría sostenerse una cierta gradación entre las diversas medidas, aunque nada impide que puedan utilizarse simultáneamente, medidas de flexibilidad interna, inaplicación convencional y despidos, sin que el legislador haya previsto expresamente articulación alguna entre las mismas.

Ello se comprobará rápidamente al analizar la documentación que el empresario debe aportar, por ejemplo, para acreditar la concurrencia de la causa, en las consultas ante los representantes o posteriormente ante la CCNCC o el órgano autonómico correspondiente. E igualmente se constata al abordar el control del cumplimiento del presupuesto causal tanto por las decisiones administrativas y laudos arbitrales como por los órganos judiciales.

En efecto, del marco normativo aplicable se deduce que la concurrencia de la causa exige acreditar y permite un control (administrativo y judicial) no sólo de la realidad de las causas alegadas por la empresa, sino que también, una vez constatada la concurrencia de causa económica, técnica, organizativa o de producción, debe examinarse si concurren las conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad entre la causa acreditada y la inaplicación convencional pretendida por la empresa[46]. Además, la causa empresarial que justifica la inaplicación del convenio colectivo ha de ser real, actual y sobrevenida a la fecha de la firma del convenio.

En definitiva, el descuelgue convencional se caracteriza por la mayor transcendencia del elemento causal y las exigencias de razonable adecuación entre la causa y la inaplicación pretendida.

Ya hemos adelantado que en la aplicación de esta medida por los órganos judiciales ha cobrado protagonismo su vertiente de instrumento de flexibilidad interna para la empresa, lo que está determinando una importancia creciente del presupuesto causal justificativo del descuelgue del convenio colectivo. Tanto para las decisiones y laudos de inaplicación como para las resoluciones judiciales de control de las mismas, la exigencia causal está siendo un elemento clave para estimar o desestimar la pretensión empresarial de descuelgue. Como se podrá comprobar a lo largo de este trabajo, cuestiones relativas a la reiteración de la propuesta de inaplicación, al tiempo transcurrido desde el inicio del convenio, o incluso del plazo para presentar la solicitud ante la CCNCC, tras el fracaso de las consultas, se resuelven recurriendo al presupuesto causal, a su actualidad, carácter sobrevenido y suficiencia. En definitiva, hemos de adelantar la conclusión de que la estricta exigencia del presupuesto causal, seguida por las decisiones administrativas, los laudos arbitrajes y las decisiones judiciales, está determinando una aplicación restrictiva y, a mi juicio, acertada de una medida excepcional como es la inaplicación del convenio colectivo.

Baste por ahora lo apuntado, en relación con las causas justificativas de la inaplicación de un convenio colectivo, sin perjuicio de que el tema exigirá un tratamiento en otros apartados. La justificación causal del descuelgue propuesto

[46] SSAN de 2/11/2012 (AS 2013\ 5) y 28/01/2013 (AS 2013\1071).

se exige al empresario desde el inicio del procedimiento para la inaplicación convencional y en esa fase inicial será analizado después desde la perspectiva de la obligación de información y documentación exigida al empresario para acreditar la concurrencia de la causa alegada. Más adelante, al estudiar el control por parte de la CCNN o el órgano autonómico correspondiente de la concurrencia de la causa se concretará el contenido y alcance de esta exigencia causal.

5. PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN DE CONDICIONES CONVENCIONALES

La inaplicación de las condiciones de trabajo fijadas por convenio colectivo está sometida a un procedimiento complejo que se estructura en distintas fases confiadas respectivamente, a la autonomía colectiva, a los órganos de solución extrajudicial de conflictos colectivos y finalmente a una intervención heterónoma y obligatoria a propuesta de una de las partes, de la CCNCC o de los órganos autonómicos correspondientes.

El art. 82.3 establece un proceso para la inaplicación del convenio que se inicia con el denominado "periodo de consultas" entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar que puede finalizar con acuerdo. En caso contrario y antes de acudir a la intervención externa y obligatoria se predisponen otras instancias de solución de la discrepancia que ayudan a la admisibilidad de aquella intervención. Se predispone así una doble solución escalonada para la gestión del desacuerdo, en primer lugar la intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo y en segundo lugar, la actuación de los órganos de solución autónoma de conflictos colectivos.

Este "complejo sistema legal para el descuelgue, estructurado en sucesivas etapas"[47], se estudiará, a lo largo de los siguientes epígrafes en tres apartados distintos. En este epígrafe se abordaran cuestiones comunes, relativas al ámbito en el que puede proponerse y por tanto negociarse la inaplicación convencional y los sujetos legitimados para ello, así como al papel que corresponde a los convenios colectivos para completar el procedimiento legal de inaplicación.

Previamente, hemos de aclarar que resulta admisible que un procedimiento de modificación sustancial ex art. 41 ET amplié su objeto, en la fase de consultas, iniciándose la pretensión de inaplicación del convenio colectivo, siempre que se cumplan todas las exigencias procedimentales del art. 82.3 ET[48]. De otra parte, debe también tenerse presente que el procedimiento de despido colectivo es un

[47] STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013).
[48] SAN de 21/09/2012 (Rec. 240/2012)(FJ4).

procedimiento adecuado para incluir propuestas empresariales de inaplicación convencional. Como ha señalado nuestro Tribunal Supremo es lícito negociar dentro de un mismo periodo de consultas medidas de flexibilidad interna y externa[49].

En definitiva, como ha declarado más concretamente el TS, es ajustado a derecho el laudo arbitral sobre inaplicación de condiciones de trabajo por causas económicas suficientemente fundamentado, por estar acreditadas las causas y haber existido negociación de buena fe en el período de consultas, pese a la negociación simultánea de la inaplicación convencional, una modificación sustancial de condiciones y un despido colectivo[50].

5.1. El ámbito de la inaplicación y los sujetos legitimados

El art. 82.3 ET permite inaplicar "en la empresa" condiciones de trabajo previstas en el convenio aplicable. Identificada en principio la empresa como el ámbito natural de la medida de inaplicación, el art. 82.3 ET es preceptivo, fuere cual fuere el número de los trabajadores afectados[51]. Esta afirmación nos conecta directamente con la pregunta de si la medida de inaplicación puede ir referida sólo a parte de la plantilla de la empresa. Esta posibilidad, admisible desde una perspectiva teórica, exige a la empresa, tal y como ha establecido la CCNCC, acreditar que la diferencia de trato entre trabajadores obedece a una justificación objetiva y razonable[52].

En segundo lugar, la cuestión que suscita el ámbito de afectación de la inaplicación del convenio colectivo es si serían admisibles ámbitos inferiores o superiores a la empresa, uno o varios centros de trabajo o un grupo de empresa, por ejemplo. En favor de tal posibilidad se ha argumentado la remisión del art. 82.3 ET al art. 87 ET (para determinar los sujetos legitimados para negociar el acuerdo de descuelgue), precepto que identifica el centro de trabajo y el grupo de empresas como unidades negociales.

Pues bien, partiendo de un interpretación restrictiva acorde con la naturaleza excepcional de esta medida, y a tenor del marco regulador y la remisión al art. 41.4 ET, resulta admisible que la afectación de la medida de inaplicación del convenio quede referida al centro de trabajo. Tanto el art. 82.3 ET, como el RD

[49] Siempre que los sujetos legitimados para componer la comisión negociadora sean los mismos, pues se trata de una misma situación de crisis, lo que no admitiría negociaciones fragmentadas: STS de 16/09/2013 y SSAN de 20/05/2013 y 14/05/2014. A favor de esta posibilidad opera la remisión al art. 41.4 ET que determina un régimen unificado en cuanto a los sujetos legitimados para negociar todas estas medidas.

[50] STS de 23/09/2015 (RJ 2015\5512).

[51] SAN de 9/6/2015 (JUR 2015, 157995).

[52] Expediente Inaplicación 03/2014, Decisión de desestimación por parte de la CCNCC.

1362/2012 por el que se regula la CCNCC hacen referencia a los centros trabajo al referirse al ámbito de afectación de la inaplicación de las condiciones de trabajo. Más claramente el art. 41.4 ET, al determinar los sujetos legitimados en el periodo de consultas, distingue según el procedimiento de modificación afecte a uno o a más centros de trabajo. En definitiva, el principio de correspondencia entre los sujetos legitimados, que son los definidos por el citado art. 41.4 ET, y el ámbito del acuerdo de descuelgue convencional lleva a igual conclusión, la admisión del centro de trabajo como ámbito de afectación de la inaplicación del convenio colectivo.

Ahora bien, la anterior conclusión debe completarse añadiendo, como ha apuntado ya nuestra doctrina, que la selección del ámbito de inaplicación no puede ser una decisión puramente discrecional sino que ha de presentar cierta razonabilidad, pues en caso contrario introduciría diferenciaciones injustificadas entre los trabajadores de una misma empresa. Y a estos efectos, se ha previsto diversa solución en relación con la procedencia del centro de trabajo como ámbito para la inaplicación convencional según se invoque una causa económica, o causas técnicas organizativas o productivas, admitiéndose sólo en este último supuesto[53]. Téngase además presente que la admisión constitucional de esta medida hace referencia a parámetros relativos a la unidad económica empresarial como la estabilidad, productividad, competitividad y proyecto empresarial, que deben estar comprometidos aun cuando la medida afecte a un solo centro de trabajo.

Una consideración separada merece el grupo de empresas, ámbito que es relevante a los efectos de valorar la concurrencia de causa económica que justifique la inaplicación convencional. Ahora bien, que el grupo empresarial pueda ser ámbito de afectación del procedimiento de inaplicación convencional regulado por el art. 82.3 ET, posibilidad también avalada por la doctrina citada, puede suscitar alguna duda. De partida, el supuesto de hecho debe ser que un solo convenio resulte aplicable a todas las empresas del grupo, pues ya hemos hecho referencia a la dificultad del procedimiento del art. 82.3 ET para inaplicar más de un convenio colectivo. Partiendo de tal supuesto, sería preciso superar, en segundo lugar, los problemas derivados de la aplicación del art. 41.4 ET, precepto relativo a los sujetos legitimados y que no prevé tal ámbito de afectación. Finalmente, la interpretación restrictiva de una medida tan excepcional como el descuelgue convencional también abogarían por rechazar la admisión del grupo empresarial como posible ámbito de afectación[54].

[53] J.M. Goerlich Peset, op. cit., p. 67; F. Cavas Martinez, op. cit..

[54] La doctrina jurisprudencial en materia de despidos colectivos sobre grupos de empresa a efectos laborales y la legitimación del grupo empresarial laboral para promover un despido colectivo no resulta a mi juicio aplicable pues responde a una finalidad de tutela de los trabajadores que

Por lo que respecta a los sujetos legitimados en este procedimiento de inaplicación convencional, de una parte, el art. 82.3 ET remite al art. 87.1 ET a los sujetos legitimados para negociar un convenio colectivo, para determinar los sujetos legitimados para la adopción del acuerdo de descuelgue entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Sin embargo y de otra parte, el art. 82.3 ET remite al art. 41.4 ET para identificar, concretamente, a los sujetos legitimados como interlocutores ante la empresa en el procedimiento de consultas dirigido a alcanzar aquel acuerdo. Esta remisión a la regulación común para los procedimientos de consulta, concreta las reglas de determinación de los sujetos legitimados para negociar la inaplicación, esto es para constituir la comisión representativa de los trabajadores. Tal y como acontece en otros ámbitos, se constituirá un única comisión negociadora, si bien de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. Y por lo que respecta a las empresas sin representación, las comisiones ad hoc serán los sujetos legitimados para negociar la inaplicación convencional.

En el tratamiento de los sujetos legitimados para negociar la inaplicación del convenio colectivo, el legislador de 2010 y de 2012 ha primado la perspectiva de instrumento de flexibilización, remitiendo al art. 41.4 ET y olvidando el mandato constitucional de garantizar la eficacia vinculante del convenio colectivo. En este sentido debe destacarse que las exigencias de legitimación negocial son el presupuesto esencial de la negociación colectiva estatutaria. La razón de ser de una normativa específica frente al genérico art. 41 ET, cuando la modificación afecta al convenio colectivo, en relación con su propia ubicación sistemática en el Título III ET, pierde su significado si sujetos no legitimados para negociar un convenio estatutario pueden acordar su inaplicación, especialmente, en una empresa que carezca de representantes de los trabajadores.

A mi juicio, el legislador laboral, de conformidad con el mandato del art. 37.1 CE, debería haber limitado los sujetos legitimados para negociar y acordar la inaplicación de un convenio colectivo a los representantes legales de los trabajadores legitimados para negociar, excluyendo por tanto esta posibilidad excepcional si no existen tales representaciones sindicales. Los acuerdos de inaplicación de un convenio colectivo estatutario alcanzados entre la empresa y las comisiones *ad hoc* están, en la práctica de nuestro sistema de relaciones laborales, lesionando el derecho a la negociación colectiva. No en vano, el TS había afirmado que la negociación de un convenio colectivo y la de su inaplicación poseen regulaciones, objetivos, presupuestos y procedimientos diversos pero comparten exigencias subjetivas (legitimación, representatividad) y conductivas (actuación de buena

no concurre si lo que se pretende es ampliar el ámbito de afectación del descuelgue convencional.

fe)[55], afirmación que sólo se ajusta a la realidad normativa, en relación con las exigencias de buena fe negocial.

5.2. Marco normativo: regulación legal y regulación convencional

Junto con la regulación legal definida por el art. 82.3 ET el procedimiento de inaplicación del convenio colectivo puede estar regulado por la negociación colectiva. Concretamente, el art. 41.4 ET al que remite el citado 82.3 ET, establece las reglas sobre el periodo de consultas "sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva"[56]. Al margen de la fijación en convenio de un procedimiento de inaplicación paralelo al fijado legalmente, la cuestión que abordaremos ahora es la del papel que corresponde al convenio colectivo para modalizar o completar el sistema legal de descuelgue.

A este respecto, el art. 85.3 c) ET dispone que los convenios habrán de expresar como contenido mínimos, los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a las que se refiere el art. 82.3 ET. De esta manera, la citada norma establece una llamada al convenio colectivo referida exclusivamente a los procesos para resolver las discrepancias de la fase de consultas, es decir, paradójicamente para facilitar la inaplicación del convenio colectivo.

La cuestión es pues determinar el ámbito propio del convenio colectivo en el marco del vigente sistema de descuelgue, teniendo en cuenta que, como ya se ha señalado, el mismo significó una reacción a una regulación precedente que otorgaba a los convenios un amplio margen de regulación del régimen de descuelgue salarial, siendo claro el espíritu de la norma de restringir el campo de juego del convenio colectivo[57]. De hecho, el único papel que la ley ha atribuido expresamente a los convenios colectivos en materia de inaplicación es la solución de discrepancias surgidas en los conflictos, es decir, propiciar o facilitar su inaplicación.

Pues bien, sin duda, lo anterior puede servir de argumento para avalar la doctrina judicial que otorgó prevalencia al art. 82.3 ET tras la reforma de 2012 frente a convenios colectivos vigentes, pero pactados con anterioridad, que establecían regulaciones más tuitivas de la intangibilidad del convenio colectivo, una doctrina judicial que permitió así a los empresarios seguir un régimen más fácil de descuelgue[58].

[55] STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

[56] La fijación en convenio colectivo de procedimiento para la inaplicación del convenio alternativo al previsto legalmente está prevista en el V ASAC (7/02/2012) al delimitar su ámbito de aplicación.

[57] F. Navarro Nieto, El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos, en Temas Laborales, 120/2013, p.250.

[58] Para la STSJ Andalucía, Granada, de 22/05/2013 (AS 2013\2006) el procedimiento estable-

Sin embargo, por lo que se refiere a los convenios colectivos posteriores a 2012, y con independencia del espíritu de la reforma legal, estos pueden desarrollar regulaciones sobre inaplicación convencional dentro del espacio vital propio de la autonomía colectiva en nuestro sistema de relaciones laborales. Por tanto, los convenios colectivos podrán desarrollar previsiones sobre la inaplicación del convenio, respetando las garantías fijadas por el art. 82.3 ET, por ejemplo, los mínimos de derecho necesario establecidos en relación con el ámbito de aplicación, las exigencias de legitimación y de adopción de acuerdos en el periodo de consultas, o la remisión a las diversas instancias fijadas para la solución de las discrepancias surgidas.

Consecuentemente, en la medida que el convenio colectivo no puede afectar los mínimos de derecho necesario parece probable que la normativa convencional no pueda por ejemplo restringir el supuesto de hecho del descuelgue, ampliar las materias objeto de inaplicación definidas legalmente o limitar los sujetos legitimados. Por el contrario, si resultan admisibles, dentro del referido espacio natural del convenio, previsiones convencionales que imponen exigencias adicionales de comunicación a la Comisión paritaria del convenio tanto del inicio del procedimiento de inaplicación como de los acuerdos alcanzados; que concreten las causas económicas que justifiquen la solicitud de inaplicación convencional; o que, en relación con la resolución de las discrepancias en las consultas, disponen la preceptiva intervención de la comisión paritaria y, en su caso, el sometimiento a arbitraje vinculante del correspondiente servicio de mediación y arbitraje laboral[59].

Por lo que respecta a la intervención de los convenios colectivos en las exigencias causales, deben ser destacadas aquellas cláusulas convencionales que concreta la situación económica negativa determinante de la causa económica necesaria para la inaplicación del referido convenio[60]. Se trata de una intervención que complementa la regulación legal que es abierta o ejemplificativa en relación con las causas, ("en casos tales como" "entre otros"), y que concretamente en relación con la causa económica establece un numero abierto de ejemplos o supuestos determinantes de una situación económica negativa.

cido en el art. 82.3 ET, según redacción dada en 2012, prevalece sobre las previsiones del convenio colectivo, por lo que no se exigible, en este caso, el acuerdo unánime de la comisión paritaria; es lícita la reducción salarial aceptada por la mayoría de los representantes de los trabajadores, constando las causas económicas concurrentes.

[59] Capítulo III del Título Preliminar y Anexo VIII del VI Convenio General del Sector de la Construcción que remite al procedimiento establecido por el Acuerdo sobre Solución Extrajudicial de Conflictos asumido por este convenio en su art. 116 (art. 17). Lo que significaría la remisión al Capítulo III del V ASAC.

[60] VI Convenio General del Sector de la Construcción, art. 16.

6. FASE INICIAL DEL PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN

Ya se ha afirmado que la inaplicación convencional está sometida legalmente a un procedimiento complejo, que es de naturaleza privada en una primera fase confiada a la autonomía colectiva, la fase de las consultas/negociación dirigidas a obtener un acuerdo colectivo de descuelgue convencional. Dispone el art. 82.3 ET que por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un periodo de consultas en los términos del artículo 41.4ET, a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa.

Como ha destacado nuestro Tribunal Supremo, la negociación de un convenio colectivo y la de su inaplicación poseen regulaciones, objetivos, presupuestos y procedimientos diversos pero comparten exigencias subjetivas (legitimación, representatividad) y conductivas (actuación de buena fe)[61], afirmación, sin embargo, que sólo puede compartirse, como ya hemos señalado, en relación con las exigencias de buena fe negocial.

6.1. Comunicación de inicio de la dirección de la empresa

El procedimiento de inaplicación convencional se iniciará por la dirección de la empresa mediante la comunicación de inicio de las consultas, dirigida a los trabajadores o a sus representantes, de conformidad con el art. 41.4 ET al que remite el art. 82.3 ET. Con carácter previo la dirección de la empresa debe comunicar a los trabajadores o a sus representantes su intención de iniciar el procedimiento de inaplicación, a los efectos de la constitución de la comisión representativa de los trabajadores, que deberá producirse en el plazo de 7 días (o 15 días si alguno de los centros afectados carece de representantes) desde la fecha de la referida comunicación. Una vez constituida la comisión representativa de los trabajadores, o en todo caso transcurrido el plazo para su constitución, la dirección de la empresa comunicará el inicio del periodo de consultas a los representantes de los trabajadores. La facultad de inicio corresponde pues al empresario, aunque de alguna regulación reglamentaria pudiera deducirse la posibilidad de inicio por ambas partes[62].

En esta fase del inicio del procedimiento de inaplicación convencional han surgidos ciertas dudas interpretativas, en relación con la inexistencia de un plazo desde la firma de un convenio colectivo para proponer su inaplicación y en re-

[61] STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

[62] Disposición adicional cuarta 3 a) del RD 713/2010 de 28 de mayo, sobre registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo, al disponer que solicitara el depósito la parte que inicio el procedimiento de inaplicación.

lación con la posibilidad de reiterar este procedimiento a lo largo de la vigencia del convenio.

En efecto, ningún plazo desde el comienzo de la vigencia de un convenio limita la iniciación del procedimiento de descuelgue, pues la regulación legal no indica plazo alguno para que la empresa inicie el periodo de consultas para negociar el descuelgue del convenio aplicable, aunque si existen ejemplos en la práctica negocial anterior que fijaban límites temporales en torno a los 15 a 30 días desde la fecha de publicación del convenio colectivo. Sobre este tema hemos de tener en cuenta, que aunque la inaplicación de un convenio colectivo puede proponerse desde el momento de la firma del mismo, la doctrina judicial ha entendido que la inaplicación no resulta adecuada, por falta de causa, pues dado el poco tiempo transcurrido entre la vigencia del convenio y el inicio del procedimiento para su inaplicación parcial, no concurrían circunstancias sobrevenidas en dicho periodo de tiempo que justificaran el descuelgue[63].

Por lo que respecta a la posibilidad de una nueva propuesta de inaplicación de un convenio colectivo, ésta ha sido una cuestión planteada en la práctica en varias ocasiones. Tanto la CCNCC como los órganos autonómicos correspondientes han desestimado en ocasiones una nueva inaplicación convencional, igualmente por la falta de causa, en concreto, al no haber sido acreditada la concurrencia de causas nuevas y sobrevenidas que la justifiquen[64].

Con más detalle la cuestión ha sido también abordada en sede judicial declarándose que para que la existencia de una medida anterior de inaplicación convencional constituya un obstáculo para poner en marcha otra distinta, en un periodo temporal posterior, es preciso que, en el curso de la negociación de la primera, se haya producido un acuerdo colectivo que excluya tal posibilidad durante un determinado periodo posterior[65]. Además, se ha declarado también que a estos efectos, sería equiparable un acuerdo colectivo de descuelgue que excluya futuros descuelgues como un acuerdo colectivo en el que, entre otras estipulación, se deje sin efecto la pretensión de inaplicación del convenio colectivo[66].

[63] STSJ Cataluña de 13/07/2016 (AS 2016\1514), en un supuesto de inaplicación de parte del Convenio Colectivo de Empresa, basado en causas económicas.

[64] En el expediente 04/2014 la CCNC decidió por unanimidad la desestimación por falta de acreditación de la concurrencia de circunstancias sobrevenidas que justifiquen una nueva reducción (no se acreditaba el empeoramiento de la situación económica de la empresa. El Laudo ICT 4/2014, de 29/01/2015 (Comisión Ejecutiva de CC del CRL de Cataluña) también desestima la solicitud porque no concurren causas nuevas sobrevenidas y diferentes de las anteriores que justifiquen una nueva inaplicación convencional, en este caso una nueva rebaja salarial.

[65] SAN de 11/02/2014 (Rec. 356/2013) confirmada por STS 23/09/2015 (Rec314/2014).

[66] STS 28/04/2016 (RJ 2350/2016) confirma SAN que declara la nulidad del Laudo Arbitral de 3 de julio de 2014, dado que con carácter previo se alcanzó un acuerdo de mediación en el SIMA

Igualmente, en línea con lo afirmado en sede administrativa y arbitral, los órganos judiciales han aclarado que la aplicación de la nueva medida de inaplicación convencional será legítima sólo si se produce una alteración de las circunstancias que se tomaron en consideración en el procedimiento anterior. Y así, por ejemplo, se ha declarado que no es lícita nueva reducción retributiva, 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[67].

Además, la posibilidad de replantear una solicitud de descuelgue ha venido también rechazada por nuestro Tribunal Supremo, desde la perspectiva de la exigencia de buena fe negocial en el procedimiento de inaplicación. El TS ha declarado así que no puede haber buena fe si lo que se hace es replantear una negociación que ya había finalizado, en este caso sería legítima la negativa a negociar de los representantes de los trabajadores, lo que privaría de valor los ulteriores trámites, inclusive la decisión arbitral de la CCNCC (o del órgano autonómico equivalente). Será necesario que se estuviera planteando un problema nuevo en términos absolutos (materia) o relativos (agravamiento) para que sea viable una nueva propuesta de inaplicación convencional[68].

En definitiva, a la luz de la anterior doctrina jurisprudencial, se comprueba que la exclusión (desestimación) de nuevas inaplicaciones se realiza desde la perspectiva de un control de fondo y se fundamenta en la falta de concurrencia de causas que justifiquen la inaplicación del convenio colectivo y en el incumplimiento del deber de buena fe durante las negociaciones para alcanzar un acuerdo, defectos que invalidan el procedimiento de inaplicación convencional.

con fecha de 21/02/2014 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. Tal acuerdo no fue respetado por la mercantil demandada que tampoco lo impugnó. Posteriormente, el proceso de descuelgue se sometió a la comisión paritaria del convenio sectorial que por unanimidad rechazó la pretensión empresarial, no siendo impugnado tampoco dicho acuerdo. La empresa sin embargo 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.

[67] SAN de 28/01/2013 (AS 2013\1071) resultando ajustada a Derecho la decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en relación con la propuesta de inaplicación de la empresa UNIPOST SAU.

[68] STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734). Como señala la Sala, la propuesta inicial era simple repetición de la anterior y así le fue puesto de manifiesto por los sindicatos; su negativa a negociar en ese procedimiento, aunque la empresa les instara a presentar contrapropuestas y en la última reunión incluso rebajara su propuesta, tenía amparo legal y priva de validez a los ulteriores trámites (inclusive la decisión arbitral de la CCNCC). El TS, en esta sentencia de 15/09/2015, recoge su doctrina sobre la buena fe en el caso de reiteración de negociaciones de un Convenio Colectivo (ex art. 89 ET).

6.2. Documentación para acreditar la concurrencia de la causa empresarial

Si bien el art. 82.3 ET no contiene previsión alguna y en esta fase de inicio del procedimiento de inaplicación convencional no resulta aplicable el RD 1483/2012 por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, la doctrina jurisprudencial ha entendido que cabe considerar de obligada presencia tanto aquellos documentos que acrediten la concurrencia de las causas, como los que justifiquen las correspondientes medidas a adoptar y en todo caso, con carácter general, todos aquéllos que permitan cumplir con la finalidad del periodo de consultas

Para nuestro Tribunal Supremo, la cuestión de la entrega de determinada documentación no tiene una configuración formal, sino que ha de ser examinada desde una óptica instrumental, en tanto se trate de garantizar el deber de negociar de buena fe, el cual, a su vez, habrá de exigir la puesta a disposición de la información necesaria que permita una efectiva negociación entre las partes. Es, pues, necesario analizar en cada caso en qué medida la parte social se vio privada de una información o documentación que resultara conveniente para poder formar su opinión y, por ende, diseñar su postura. A estos efectos, afirma que es una guía práctica de interés la que proporcionan los artículos 4 y 5 del R.D. 1483/2012 de 29 de octubre[69].

Con la exigencia documental anterior resulta coherente que el Real Decreto 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la CCNCC, establezca que, en el procedimiento para la solución de discrepancias surgidas en los procedimientos sobre la inaplicación, la solicitud vaya acompañada de la documentación relativa a la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, a cuyos efectos se tomará como referencia la documentación que sea preceptiva en la comunicación de los despidos colectivos[70].

[69] V. STS de 19/04/2016 (Rec. 116/2015) que recoge la doctrina jurisprudencial relativa a la documentación a aportar en un periodo de consultas para la modificación sustancial de condiciones de trabajo. De lo expuesto cabe deducir, que con independencia de que la documentación a aportar esté o no reglamentada para la adopción de una u otra medida de flexibilidad, dado que la aportación, aun cuando esté reglamentada, no se configura como un requisito "*ad solemnitatem*", la omisión de la misma dará lugar a la nulidad de la medida adoptada debida a la omisión de los requisitos del art, 41.4ET cuando, en primer lugar, dicho defecto haya sido denunciado por la parte social, reclamando la documentación en cuestión, y en segundo lugar, dicha omisión frustre las finalidades que son propias del periodo de consultas.

[70] 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 (art. 19 y art. 20 h).

Pues bien, también en materia de descuelgues convencionales la causa económica ha sido la alegada en más ocasiones para fundar y estimar la inaplicación propuesta, por ello resulta de interés destacar que a efectos de acreditar su concurrencia será relevante comprobar si la empresa se integra o no en un grupo de empresas con consecuencias laborales, y así se va a exigir que si lo que los demandantes quieren es defender la existencia de un grupo a efectos laborales, así debiera haberse expresado en la demanda, con aportación de los elementos fácticos en los que se basara tal pretensión[71].

6.3. El periodo de consultas y el deber de negociar de buena fe

La negociación de buena fe es un presupuesto o requisito exigido en la tramitación de las diversas medidas laborales que una empresa puede adoptar ante situaciones de crisis empresarial. Nuestra doctrina judicial y jurisprudencial analiza el comportamiento ex bona fide siempre que el legislador impone ese deber, con los mismos criterios, de modo que la doctrina recaída en pleitos sobre modificación sustancial son traídos a colación en los de despido colectivo o, ahora, la de despidos colectivos para casos de inaplicación convencional. Los criterios vertidos sobre el comportamiento adecuado cuando se negocia un convenio colectivo son también válidos para enjuiciar lo ocurrido si se trata del descuelgue[72].

Sobre la exigencia de la buena fe en los periodos de consulta legalmente establecidos se ha venido señalando, por las Salas de lo Social de nuestros Tribunales, más frecuentemente en relación con la modificación sustancial de condiciones de trabajo o con el despido colectivo, pero con criterios perfectamente trasladables al "descuelgue" que, si bien no cabe hacer formulaciones generales debiendo analizarse cada caso concreto, ha de examinarse el alcance de la posición empresarial y la manera en la que han discurrido esas negociaciones, debiendo excluirse la mala fe en los supuestos en que se acredita que se cumplieron los deberes de información, se producen numerosas reuniones y hay variación sobre las posturas iniciales de la empresa y, por el contrario, puede apreciarse la falta de buena fe cuando se da la doble circunstancia de la falta de información a la parte social y el mantenimiento a ultranza de la posición empresarial desde el inicio[73].

[71] SAN de 11/09/2014 (AS 2014\2636).

[72] STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

[73] STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013) (FJ7). Esta sentencia anula y casa la SAN , de 19/06/2013 (AS 2013\3094) y declara la nulidad de la resolución de la CCNCC por la que se autoriza la inaplicación de determinadas condiciones del Convenio Colectivo de Pilotos, al haberse acreditado que en ningún momento Air Nostrum, SA negoció en el período de consultas las medidas de inaplicación del convenio, que promovió ante la CCNCC, y dicha actuación comporta una quiebra de la buena fe durante la negociación y constituye un fraude de ley.

Más concretamente, por aplicación de los criterios judiciales sobre el deber de buena fe en el supuesto de reiteración de las negociación y como antes se señaló, el TS ha aclarado que no existe deber de negociar en el caso de reiteración de la propuesta de inaplicación, sino concurren causas nuevas que la fundamenten[74].

Pues bien, las consecuencias de la falta de buena fe negocial durante las consultas previas a la decisión administrativa o al laudo arbitral sobre la inaplicación van a ser la nulidad de la resolución administrativa o del laudo arbitral. Dado el carácter subsidiario de esta intervención, la misma no es admisible en el caso de no haberse producido verdaderas consultas y una negociación real, es decir en el supuesto de un cumplimiento meramente formal de esta fase inicial del procedimiento previsto por el art. 82.3 ET. Ello determina, algún interrogante en relación con el ámbito de enjuiciamiento o el contenido de la decisión o del laudo arbitral, que habrá de abordarse más adelante[75].

7. EL ACUERDO COLECTIVO DE INAPLICACIÓN

La fase de consultas y negociación puede culminar con la adopción de un acuerdo colectivo que acepte en iguales o en distintos términos la inaplicación convencional propuesta por la dirección de la empresa. Los sujetos legitimados para la firma del acuerdo colectivo de descuelgue son, como se ha visto, los señalados por el art. 41.4 ET, precepto que también resultaría aplicable para determinar las exigencias de voto para la adopción de este acuerdo. A estos efectos, diferenciando el ámbito de aplicación del artículo 89.3 del E.T, relativo a la negociación del Convenio Colectivo, del que considera propio del artículo 41.4 del E.T, relativo a la modificación sustancial, incluyendo el descuelgue, el acuerdo por el que se pacta el descuelgue del convenio colectivo, requiere que la mayoría de los miembros de la comisión que lo suscribieron, representen a la mayoría de

[74] STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734) que recibe la doctrina del TS sobre buena fe y reiteración de negociaciones que ha venido afirmando "después de intentada y fracasada la negociación de un Convenio Colectivo estatutario con la presencia de todos los legitimados para dicha negociación, la obligación de negociar de buena fe establecida en el art. 89ET no implica el deber de reanudar las negociaciones del convenio fallido, salvo cuando el promotor de la negociación plantea una plataforma negociadora novedosa en el contenido o en el tiempo.

[75] De partida, puede entenderse que el Árbitro en su laudo debe valorar si ha concurrido autentica negociación y en caso contrario desestimar la petición Pero el Árbitro tiene un mandato de arbitraje sometido a un marco normativo que no regula esta posibilidad, por lo que resulta dudoso que tenga competencia para por ejemplo desestimar la petición por irregularidades del procedimiento. Quizás lo más recomendable sea dejar constancia de tales dudas, que habrán de ser resueltas en su caso por el órgano judicial y cumplir el mandato legal de pronunciarse sobre las causas y su razonabilidad.

los representantes unitarios de los trabajadores[76]. La validez del acuerdo también exige acreditar la válida constitución de las comisión ad hoc interna que suscribe el mismo[77].

El acuerdo de descuelgue, firmado por los sujetos legitimados y de conformidad con las exigencias que para su adopción determina el art. 41.4 ET, se ha entendido en alguna ocasión válido, incluso en el supuesto de que el procedimiento seguido no haya sido el previsto por el art. 82.3 ET sino el procedimiento para la modificación sustancial de condiciones del trabajo. El problema ha surgido concretamente cuando el acuerdo que pone fin al período de consultas seguido bajo un único expediente (de modificación sustancial de condiciones) se adopta respecto a materias de contenido diverso en función de su origen (a los efectos de aplicar uno u otro procedimiento (art. 41ET y art. 82.3 ET). A favor de su validez se ha argumentado que una vez alcanzado un acuerdo entre los representantes legales de los trabajadores y la representación empresarial, dicho acuerdo subsana todos aquellos defectos formales de relevancia menor y que no impliquen una clara indefensión de los intereses de alguna de las partes, indefensión que no se puede razonablemente predicar de un supuesto en el que además el acuerdo fue sometido al voto favorable de la Asamblea de trabajadores[78].

[76] STS de 14/05/ 2014 (RJ 2014\3863) declara la nulidad del acuerdo por el que se pacta el descuelgue del convenio colectivo, por no haberse acreditado que la mayoría de los miembros de la comisión que lo suscribieron representen a la mayoría de los representantes unitarios de los trabajadores. Se trata de un acuerdo de descuelgue del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad adoptado entre la FALCON CONTRATAS Y SEGURIDAD S.A y comisión ad hoc externa sindicalizada.

[77] La SJS núm.2 Sevilla de 22/12/2016 (JUR 2017\14107) declara la ineficacia del Acuerdo de descuelgue del convenio estatal de seguridad privada suscrito entre la empresa KAPPA VIGILANCIA Y PROTECCIÓN S.L. y una comisión ad hoc interna, por no haberse acreditado que los miembros de la representación ad hoc hubieran sido elegidos democráticamente.

[78] STSJ de Cataluña de 20/12/2016 (AS 2016\1956). La Sala de lo Social del TSJ de Cataluña estudia para rechazarlo el argumento contrario a la validez del acuerdo de que podría considerarse que la negociación llevada a cabo durante el período de consultas (más allá de su referencial identidad -artículo 82.3 en relación con el 41.4 ET) parte de una posición asimétrica de los negociadores, atendiendo a la unilateral imposición de la medida. Pero para ello sería exigible la introducción de aquellos datos de los que objetivamente poder inferir el apuntado desequilibrio negocial de las partes y que el mismo se hubiera alegado.

Esta sentencia se aparta, dado el carácter no vinculante atribuible a los pronunciamientos *obiter dicta*, de lo afirmado por la SAN de 12/06/2013 (AS 2013, 1614) si "el acuerdo impugnado hubiera supuesto la inaplicación del convenio colectivo debería haberse seguido obligatoriamente el procedimiento regulado en el art. 82.3 ET y no el del art. 41.4 ET, puesto que el acuerdo final no subsanaría la omisión de un procedimiento exigido legalmente, que es objetivamente distinto al previsto en el art. 41.4 ET ". Dicha SAN fue confirmada por la STS de 23/06/2015 sin que en la misma se recoja un razonamiento similar y de análogo carácter.

A continuación, de forma separada, se abordarán las cuestiones relativas al contenido y la eficacia de los acuerdos colectivos y a su impugnación judicial[79].

7.1. Contenido y eficacia del acuerdo colectivo de inaplicación

El acuerdo de descuelgue deberá hoy determinar con exactitud las nuevas condiciones aplicables y su duración. Esta exigencia de contenido determina la posibilidad impugnación del acuerdo de descuelgue, en caso de incumplimiento de la misma.

No han de establecerse pues las causas empresariales que justifican la inaplicación dentro del contenido del acuerdo, lo que es coherente con la presunción de concurrencia de las mismas y sin perjuicio de que sobre las causas hayan debido versar las consultas y así deba resultar acreditado en las actas de las mismas[80]. En relación con el presupuesto causal para la inaplicación de convenio colectivo, cuando se alcanza un acuerdo colectivo, la regulación legal opta por presumir la existencia del mismo y limitar los motivos impugnatorios, tal y como ocurre para la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Cuando el periodo de consultas, señala el art. 82.3 ET, finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas y sólo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Por ello, la doctrina judicial ha excluido, en caso de acuerdo, el control judicial sobre la concurrencia de tal causa, o en otras palabras ha afirmado que obtenido el acuerdo, resultaría inexacta *ex lege* la afirmación judicial sobre la inexistencia de causa[81].

Pues bien, el contenido del acuerdo de descuelgue deberá hoy determinar con exactitud las nuevas condiciones aplicables y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulta aplicable un nuevo convenio. La regulación de 2010, aunque solo concretaba el contenido del acuerdo de descuelgue salarial, era más amplia al exigir que, además de precisar con exactitud la retribución de los trabajadores durante el periodo de descuelgue, se estableciera la programación de la progresiva convergencia hacia la recuperación de las condiciones salariales establecidas afectadas por el descuelgue.

[79] Finalmente, la ley exige el depósito del acuerdo, dando cumplimiento así al requisito previsto en el art. 2.1.h del citado RD 713/2010, pero no exige el registro ni su publicación en diario oficial. Se aparta así de la tramitación de los acuerdos que tengan legalmente reconocida eficacia de convenio colectivo.

[80] A los efectos que de las mismas resulte un cumplimiento real de la fase de consultas, exigible para la intervención de la CCNCC o del órgano autonómico equivalente, que es de carácter subsidiario.

[81] STSJ de Madrid de 28/02/2014 (AS 2014\971) aplicando al art. 82.3 ET doctrina de la STS de 27/05/2013 (RJ 2013, 5712).

Aunque nada diga el legislador, el acuerdo de descuelgue también debe concretar su ámbito de aplicación funcional, personal y temporal. En este último aspecto, si concreta el art. 82.3 ET, que su duración no podrá prolongarse más allá del momento en que resulta aplicable un nuevo convenio. Se disipa así toda duda sobre la posibilidad de que el acuerdo de descuelgue esté vigente también durante la fase de ultractividad del convenio inaplicado o suspendido.

Ahora bien, este sería el ámbito temporal máximo del acuerdo de descuelgue que puede establecer un plazo de duración inferior al de vigencia del convenio afectado, pues el descuelgue podrá estar vinculado a la evolución de las causas que justificaron la adopción de esta medida, también si lo es por acuerdo con los representantes de los trabajadores. En todo caso, debe señalarse que los efectos del acuerdo de descuelgue no podrán extenderse más allá de lo previsto por las partes, pues se trata de un pacto previsto para una situación coyuntural, que no puede extenderse en el tiempo más allá de lo acordado expresamente[82].

En numerosas ocasiones, la cuestión suscitada ha sido si el acuerdo de inaplicación puede establecer su eficacia retroactiva, pues nada dispone el art. 82.3 ET sobre el momento a partir del cual el acuerdo de descuelgue ha de producir sus efectos. Esta cuestión ha recibido una respuesta negativa por parte de nuestros Tribunales. Se ha señalado al respecto que si bien es cierto que el art. 82.3 ET no limita expresamente la posibilidad de dar eficacia retroactiva al pacto modificativo, la existencia de esa restricción legal está implícita en el texto de la norma del que se infiere que esa inaplicación, el descuelgue o apartamiento de lo acordado en convenio sólo puede tener efectos a partir del momento en que se acuerda. El «descuelgue» o apartamiento del convenio colectivo es algo que, como su propio nombre indica, sólo produce efectos desde el momento en que se acuerda la inaplicación de la norma convencional, actúa hacia el futuro[83]. Y así se recuerda que no estamos ante un convenio colectivo negociado con plena libertad y autonomía que fije su vigencia, cual requieren y autorizan los artículos 85.3.a) y 86.1 del ET, sino ante un simple acuerdo, por el que se concierta la inaplicación del ciertas condiciones del convenio colectivo de aplicación, lo que comporta que los efectos temporales del acuerdo, su vigencia, sea distinta por existir limitaciones que los negociadores de ese pacto deben respetar[84].

[82] Expirado el plazo de vigencia fijado en el acuerdo, este no puede entenderse prorrogado durante la fase de ultraactividad del convenio colectivo: STSJ deAndalucía (Sevilla), de 6/04/2017 de 6 abril (AS 2017\120).

[83] STS de 6/05/2015 (Rec 68/2014).

[84] SSTS de 6/05/2015 (RJ 2015, 2411); 7/07/2015 (RJ 2015, 3245); 16/09/2015 (RJ 2015, 4530) y de 23/12/2015 (Rec. 28/2015); STSJ de Madrid, 14/03/2017 (AS 2017\753).

Finalmente, hemos de señalar que una de las cuestiones más debatidas doctrinalmente sigue siendo la de la eficacia de este acuerdo colectivo, toda vez que el art. 82.3 ET no le atribuye la misma eficacia del convenio colectivo que inaplica, es decir, de un convenio colectivo estatutario[85]. La regulación puede resultar incluso incoherente, si se tiene en cuenta que los acuerdos de interpretación y aplicación del convenio colectivo logrados a través de la mediación tienen la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos estatutarios (art. 91.2 ET) así como las resoluciones de la comisión paritaria del convenio colectivo (art. 91.4 ET). Sea cual sea la razón que haya tenido el legislador para no dotarles de la misma eficacia que otorga a los acuerdos relativos a la interpretación de los convenios colectivos, lo cierto es que nuestra doctrina de forma mayoritaria se ha mostrado favorable a considerar que estos acuerdos tengan la misma naturaleza jurídica que el convenio colectivo que modifican pues, en definitiva, una vez acordados, pasarían a integrar el contenido de aquel, estarían vinculados por su propia vigencia temporal, que no pueden sobrepasar, es decir, integrarían el bloque normativo regulador de las condiciones de trabajo en la empresa[86].

7.2 La impugnación judicial del acuerdo de inaplicación

A pesar de la ausencia de previsión normativa específica sobre el procedimiento para su control judicial, este acuerdo colectivo puede ser objeto tanto de impugnación directa como de impugnación indirecta. El procedimiento adecuado para la impugnación directa es, de conformidad con la doctrina jurisprudencial, el procedimiento de impugnación de convenios colectivos previsto en el art. 163 y ss. LRJS[87].

Por lo que respecta a los motivos impugnatorios hemos de recordar que el art. 82.3 ET establece que el acuerdo entre la empresa y la representación de los trabajadores únicamente podrá impugnarse por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho a la hora de concluirlo. Sin embargo y como ha sido matizado por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en supuestos muy similares, lo que esta disposición nos indica es que la ley distingue entre la validez

[85] V.M. Correa Carrasco, Acuerdos de empresa, Francis Lefebvre, 2012.

[86] F. Navarro Nieto, op. cit., p. 276, E. Castro Marín, op. cit., p.69. Como ha señalado el TS "con estos mecanismos jurídicos se produce una función reguladora análoga a la de los convenios colectivos, modificando lo pactado o incorporando nuevas condiciones de trabajo con eficacia general" STS 26/10/2015 (RJ 2015\5443)

[87] SSTS 26/10/2015 (RJ 2015, 5443) y 28/04/2016 (RJ 2016, 2146). Así parece también deducirse del trabajo de R. Bodas Martín, Modalidades procesales, proceso de conflicto colectivo e impugnación de convenio colectivo, en AAVV., Lecciones de Jurisdicción Social, Tirant lo Blanch, 2016, p.508.

Sobre impugnación directa del acuerdo de descuelgue convencional por el procedimiento de conflictos colectivos, por ejemplo, v. STS de 16/09/2015 (RJ 2015,4530).

del acuerdo por vicios en su conclusión y la validez de todas y cada una de las modificaciones convencionales y contractuales que en el se acuerdan, de forma que limita la posibilidad de impugnar el acuerdo por la no concurrencia de las causas que justifican las modificaciones que en el se conciertan, pero no restringe, ni recorta, la posibilidad de impugnar o rebatir la validez de las modificaciones acordadas, así como la de pedir una interpretación de las mismas que se ajuste a lo dispuesto en la Ley[88].

En concreto, el acuerdo colectivo de descuelgue puede ser combatido por vicios procedimentales, así por defectos en la constitución de la comisión representativa de los trabajadores[89], falta de mayoría de representantes para su adopción[90], así como por inexistencia de un proceso negociador real, (atendiendo al número de las reuniones y las posiciones de las partes allí expresadas)[91], o por no respetarse el período de consultas, (no fijar la duración del mismo y no comunicarlo a la Comisión Paritaria)[92].

Sin embargo, sobre la cuestión relativa al control judicial del acuerdo colectivo, desde la perspectiva de los defectos del procedimiento de inaplicación, debe señalarse que existen otros pronunciamientos judiciales en los que el mismo sólo se admitíría en términos relativos, afirmándose así que habría que acoger "una interpretación no formalista del requisito de «consulta previa», atendiendo más al resultado material del acuerdo que a los aspectos escrupulosamente reglados de su desarrollo"[93].

[88] STSJ del País Vasco, de 13/12/2016 (AS 2016\1997) aplicando SSTS de 7/07/2015 (RJ 2015, 3245) y de 16/09/2015 (RJ 2015, 4530). Es preciso destacar que esta sentencia se dicta en un procedimiento individual de modificación sustancial de condiciones de trabajo.

[89] STS de 16/11/2015 (RJ 2015\6256) que confirma la nulidad de acuerdo alcanzado por la falta de representatividad de la comisión negociadora compuesta por el comité de empresa de centros varios que no abarca a la totalidad de los centros afectados en los que algunos cuentan con representantes propios y otros carecen de representantes, por no ser válido el período de consultas y por haberse negociado de mala fe. SJS núm.2 Sevilla de 22/12/2016 (JUR 2017\14107) que declara la ineficacia del Acuerdo de descuelgue del convenio estatal de seguridad privada suscrito entre la empresa KAPPA VIGILANCIA Y PROTECCIÓN S.L. y una comisión ad hoc interna, por no haberse acreditado que los miembros de la representación ad hoc hubieran sido elegidos democráticamente.

[90] STS de 14/05/ 2014 (RJ 2014\3863) declara la nulidad del acuerdo por el que se pacta el descuelgue del convenio colectivo, por no haberse acreditado que la mayoría de los miembros de la comisión que lo suscribieron representen a la mayoría de los representantes unitarios de los trabajadores. Se trata de un acuerdo de descuelgue del Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad adoptado entre la FALCON CONTRATAS Y SEGURIDAD S.A y comisión ad hoc externa sindicalizada.

[91] STSJ de Islas Canarias, (Las Palmas) de 21/06/2016 (AS 2016\1667). En un caso de impugnación directa del acuerdo por el procedimiento de conflictos colectivos se ha declarado su nulidad del acuerdo por tal causa.

[92] STSJ de Galicia, de 29/04/2016 (JUR 2016\120513).

[93] STSJ de Asturias, 28/03/2014 (AS 2014\954) con cita de STS de 27/05/2013 (RJ

Como hemos señalado, el acuerdo puede ser objeto de impugnación directa e indirecta. Además de la impugnación directa del acuerdo por el procedimiento de impugnación de convenio colectivo por los trámites del procedimiento de conflictos colectivos (art. 153.2 LRJS)[94], en muchas ocasiones, los acuerdos son objeto de control a través de impugnaciones individuales de los trabajadores frente a los actos de aplicación, ya sea mediante el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo ex art. 138 LRJS como mediante el procedimiento ordinario.

Como se sabe aunque el legislador, en relación con el acuerdo alcanzado (a diferencia de lo previsto para el caso de las modificaciones sustanciales (art. 41ET y 138 LRJS) o para los despidos colectivos (art. 51ET y 124.13 LRJS) no prevé expresamente la acción individual para impugnar el acuerdo de inaplicación, la doctrina científica y judicial entienden que no existe impedimento para plantear tal pretensión por el cauce del proceso ordinario, pues el régimen aparentemente excluyente que deriva del art. 82.3ET debe entenderse en el sentido de que los trabajadores individualmente considerados carecen de acción directa para impugnar acuerdos de descuelgue o laudos.

Tal regulación no puede impedir, sin embargo, que los actos de ejecución que afecten a cada trabajador puedan ser objeto de cuestionamiento mediante el correspondiente proceso ordinario[95]. Por ejemplo, y más concretamente se ha afirmado la legitimación activa para impugnación judicial individual, por parte del trabajador afectado la inaplicación o descuelgue salarial cuando se alega la ineficacia del acuerdo del descuelgue en materia salarial derivada de la defectuosa constitución de la comisión negociadora «ad hoc», por falta de convocatoria de todos los trabajadores para la elección de la misma, ante la desidia e inoperatividad del delegado de personal[96].

1013/5712). La Sala del TSJ de Asturias afirma en la sentencia (FJ 3) que entre las causas de impugnación, cuando hay acuerdo, no se incluye posibles defectos de procedimiento.

[94] Impugnación directa que también estaría sometida al plazo de prescripción de una año a partir de que las partes legitimadas para efectuarlo tuvieron conocimiento del mismo: STS de 16/09/2015 (RJ 2015,4530) en base la doctrina de la STS 10/03/2003 (RJ 2003, 3570).

V. STS de 7/03/2017 (Rec. 89/2016) sobre el procedimiento de impugnación de convenio colectivo ex art. 163 LRJS como el procedimiento adecuado para impugnar un acuerdo de empresa (con valor de convenio).

[95] STSJ de Andalucía de 3/06/2015 (AS 2015\1669). STSJ de Galicia, de 29/04/2016 (JUR 2016\120513) dictada en procedimiento ordinario por reclamación de cantidad, dado que la trabajadora desconocía la existencia de un acuerdo de descuelgue salarial del que tiene conocimiento en el acto del juicio.

[96] STSJ Islas Canarias (Las Palmas), de 10/02/2017 (AS 2017\737).

Pues bien, el problema interpretativo que ha surgido en más de un supuesto ha sido el relativo a la determinación del plazo y del *dies a quo* del cómputo, para interponer la acción individual. En concreto, se ha rechazado que el ejercicio de tal acción esté sometido preceptivamente al cauce del art. 138 LRJS y la acción al plazo de caducidad previsto en el art. 59.4 del ET. Téngase en cuenta que el propio art. 59.4 ET, en consonancia con el art. 138.1 LRJS, señala que el plazo se computará desde el día siguiente a la fecha de la notificación de la decisión empresarial, notificación que no existe porque no lo impone el legislador, que no prevé de forma expresa la notificación individual a los trabajadores (como sí lo hace en el art. 47 respecto de la suspensión y la reducción de jornada o el artículo 41 respecto de la modificación sustancial de condiciones de trabajo o el art. 51 para el despido colectivo). Finalmente, hemos de señalar que no es equivalente a la notificación individual la presentación y depósito de tal acuerdo ya que tales actos no atribuyen publicidad, la cual solo se obtiene mediante la publicación en el Boletín Oficial correspondiente.

En definitiva, la acción de impugnación individual frente a los actos aplicativos del referido acuerdo de inaplicación convencional estaría sólo limitada por el plazo general de prescripción anual. Así, se ha declarado que la acción de impugnación está sujeta al plazo de prescripción de un año, que se computa desde que los sujetos legitimados para efectuarlo tuvieron conocimiento del acuerdo[97].

Finalmente, en relación con la impugnación individual por los trabajadores afectados, hemos de señalar que no resulta admisible la acción resolutoria ex 41.3 ET o ex art. 50. 1.a) ET. En efecto, no se garantiza a los trabajadores afectados la rescisión indemnizada del contrato de trabajo previsto para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo generadoras de perjuicios, en los supuestos de inaplicación de las condiciones establecidas en convenio colectivo[98].

De hecho, el TS[99] ha identificado como una de las diferencias entre la modificación sustancial de condiciones de trabajo y el descuelgue del convenio que en determinados casos de modificación sustancial el trabajador que resultase perjudicado puede rescindir su contrato percibiendo una indemnización de 20 días de salario por año de servicio prorrateándose por meses los períodos inferiores a un

[97] STS de 16/09/2015 (RJ 2015,4530) admite la posibilidad de aplicar la prescripción de la acción para impugnar el Acuerdo, a partir de que las partes legitimadas para efectuarlo tuvieron conocimiento del mismo, en base la doctrina de la STS 10/03/2003 (RJ 2003, 3570).

[98] STSJ Islas Baleares de 26/02/2015 (AS 2015\904): El descuelgue salarial en aplicación del art. 82.3 ET habiéndose alcanzado acuerdo no es causa que justifique la extinción indemnizada del contrato, teniendo en cuenta además su carácter temporal. STSJ Islas Canarias, (Santa Cruz de Tenerife) de 25/05/2015 (JUR 2015\250724) denegación de la opción por la rescisión indemnizada al tratarse de una modificación establecida en Convenio Colectivo.

[99] SSTS de 30/6/2016 (RJ 2016, 3939) y de 17/12/2014 (RJ 2015, 1259) (FJ4).

año y con un máximo de nueve meses". Aunque alguna sentencia se pronuncie en otro sentido[100] este es el sentir mayoritario de la doctrina judicial[101]. En todo caso no puede dejar de señalarse que en ocasiones la solución es más compleja pues los acuerdos pueden contener tanto una modificación sustancial de condiciones de trabajo como el descuelgue de condiciones fijadas en convenio colectivo[102].

8. GESTIÓN DEL DESACUERDO ANTE LA COMISIÓN PARITARIA Y ANTE LOS ORGANOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS

En caso de no alcanzarse el acuerdo colectivo de inaplicación en la fase de consultas, el 82.3 ET establece que se podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio; de no haberse solicitado la intervención de la comisión o solicitándola no fuese posible el acuerdo deberán las partes acudir a "los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el art. 83 ET, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante". Se predispone así una doble solución escalonada para la gestión del desacuerdo, antes de solicitar la inaplicación a la CCNCC o el órgano autonómico correspondiente, en primer lugar la intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo y en segundo lugar, la actuación de los órganos de solución autónoma de conflictos colectivos.

Por su parte, el art. 85.3 c) ET dispone como contenido mínimo de los convenios colectivos, los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo adaptando, en su caso, los procedimientos que se establezcan a este respecto en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico conforme a lo dispuesto en tal artículo. De esta forma, se completa el sistema de gestión del desacuerdo con los sistemas propios establecidos por el convenio colectivo afec-

[100] STSJ de Andalucía, (Sevilla) de 3/06/2015 (AS 2015\1669) afirma la posibilidad de que el trabajador afectado por el acuerdo de inaplicación del Convenio puede instar la rescisión indemnizada de su contrato de trabajo.

[101] STSJ Navarra de 21/04/2016 (AS 2016\1052): el acuerdo de descuelgue salarial adoptado al amparo del art. 82.3 del ET no otorga el derecho a la extinción indemnizada del contrato del trabajo, dado que, en aplicación de la fuerza vinculante de los Convenios Colectivos, éstos siguen siendo de obligado cumplimiento cuando se modifican a través del procedimiento previsto en el art. 82.3 del ET. Así se han pronunciado sentencias tales como las de la Sala de Social del TSJ de Madrid de 29/09/2014 (JUR 2014, 291175); Canarias 25/05/2015 (JUR 2015, 250724) y 22/06/2015 (Rec. 992/2014); o Extremadura de 18/02/2016 (JUR 2016, 55951).

[102] Como en el supuesto de hecho de la STSJ de Islas Baleares de 2/03/2016 (AS 2016\667).

tado, que también son posibles. Lo anterior sin perjuicio de que esta regulación convencional necesaria sirva para dar cumplimiento a la adhesión expresa que los acuerdos interprofesionales de solución extrajudicial de conflictos establecen[103].

8.1. Gestión del desacuerdo ante la comisión paritaria

Por lo que respecta a la gestión del desacuerdo por la Comisión Paritaria, concluido el periodo de consultas sin acuerdo, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión del convenio, que dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada.

Este trámite no se impone legalmente como obligatorio, aunque es preceptivo a solicitud de una parte, aunque debe tenerse presente que el convenio colectivo de referencia frecuentemente lo establece como un trámite obligatorio, como así también lo prevé expresamente el V ASAC (art. 10)[104]. Al convenio colectivo le corresponderá, cuando prevea la intervención de la comisión paritaria a este respecto, determinar también los términos y condiciones de tal intervención.

Por su parte, de la regulación legal no se deduce claramente el "contenido" de ese "pronunciamiento" sobre la discrepancia que se somete a la comisión paritaria, es decir, si el mismo sería meramente declarativo o sería decisorio de la discrepancia, y por tanto sustitutorio del acuerdo entre las partes, tal y como se deriva de algunos pronunciamientos judiciales. Si el pronunciamiento de la comisión paritaria es favorable a la inaplicación deberá aplicársele las exigencias de contenido, fijadas por el art. 82.3 ET en relación con el acuerdo colectivo alcanzado durante la fase de consultas, y ya abordadas en el epígrafe anterior al que ahora remitimos.

La cuestión que puede suscitarse es la eventual eficacia de un acuerdo desestimatorio de la inaplicación solicitada en el seno de la comisión paritaria, desde la perspectiva de la posible continuidad del procedimiento de inaplicación. Téngase en cuenta que de conformidad con la regulación legal el segundo paso para la gestión de la discrepancia se activaría "*cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o esta no hubiera alcanzado un acuerdo*". El Tribunal Supremo ha dado relevancia al acuerdo de la comisión paritaria del convenio que, por unanimidad, rechazó la pretensión empresarial, a los efectos de considerar que la posterior intervención de la CCNCC, a solicitud de la empresa, se ha-

[103] La decisión al respecto en relación con establecer un sistema propio de resolución de las discrepancias o adherirse a los procedimientos establecidos a nivel autonómico y estatal, corresponderá al convenio colectivo.

[104] V. Resolución de 10 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales.

bría producido careciendo de competencia por razón de los acuerdos alcanzados, nombrando un árbitro cuya decisión por este motivo sería nula[105].

Y también pueden suscitarse dudas interpretativas en relación con la eficacia del acuerdo de la Comisión Paritaria que resuelva a favor de la inaplicación convencional. De una parte, de conformidad con el art. 91.4 ET siendo una resolución sobre aplicación del convenio colectivo tendría la misma eficacia que el convenio colectivo. De otra parte, si entendemos que se trata de una resolución sustitutiva del acuerdo colectivo de descuelgue, lo más coherente sería afirmar que tendría la eficacia propia de estos acuerdos de descuelgue.

8.2. Gestión del desacuerdo ante los órganos de solución autónoma de conflictos

Cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o esta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 ET, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante[106].

No establece la redacción legal ninguna preferencia sobre el procedimiento adecuado y centrando nuestra atención en el sistema estatal, el V ASAC identifica a estos efectos como procedimientos de solución de las discrepancias tanto la mediación como el arbitraje[107], siendo aplicable el diseño procedimental del referido Acuerdo, con las salvedades incluidas en los convenios aplicables, o acordadas por las partes al someterse a los mismos. Para acudir al arbitraje no es preciso haber iniciado procedimiento de mediación, si bien en cualquier momento de la mediación las partes podrán acordar someter la cuestión a arbitraje.

[105] STS de 28/04/2016 (RJ 2350/2016) confirma SAN que declara la nulidad del Laudo Arbitral de 3 de julio de 2014, además porque con carácter previo se alcanzó un acuerdo de mediación en el SIMA, con fecha de 21/02/2014, 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.

[106] Téngase también en cuenta que de conformidad con la disposición adicional 13ª ET desde la fase de consultas podrá someterse la discrepancia a los mecanismos extrajudiciales de mediación y arbitraje voluntario.

[107] De los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por el art. 82.3 ET, para el procedimiento de mediación, v. art. 14 2 (V ASAC). Por su parte, el art. 18 V ASAC dispone que las partes podrán promover el arbitraje sin necesidad de acudir previamente al procedimiento de mediación previsto en el capítulo precedente, o hacerlo con posterioridad a su agotamiento o durante su transcurso, conforme al apartado 6 del artículo 12 y los apartados 3 y 4 del artículo 15. No obstante lo anterior, las partes pueden instar en cualquier momento para que el árbitro desarrolle, previamente a su actuación como tal, funciones de mediador.

El acuerdo conseguido en mediación, siempre que se den los requisitos de legitimación legalmente establecidos, tendrá la misma eficacia que lo pactado en el acuerdo tras el periodo de consultas, por lo que nos remitimos a lo antes señalado para el acuerdo colectivo de descuelgue. Más dudas interpretativas puede suscitar el control judicial de este acuerdo toda vez que el art. 82.3 ET nada dispone y el ASAC prevé que a los efectos de la impugnación del acuerdo de mediación se estará a lo dispuesto en el art. 67 LRJS, según el cual la acción de nulidad[108] caducará a los treinta días hábiles[109].

El art, 82,3 ET dispone que el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 ET[110]. Se trata de una regulación que coincide con lo previsto para la decisión administrativa o el laudo arbitral obligatorio, por lo tanto nos remitimos a lo que después se analizará en cuanto a su eficacia e impugnación judicial. Sin embargo, en cuanto al alcance e intensidad del control judicial, si debe destacarse que no serían aplicables las exigencias que, desde el punto de vista del derecho a la tutela judicial efectiva, rigen sólo en relación con los arbitrajes obligatorios[111].

9. LA SOLUCIÓN DE LAS DISCREPANCIAS ANTE LA CCNCC O LOS ÓRGANOS AUTONÓMICOS CORRESPONDIENTES

La falta de acuerdo no impide la inaplicación del convenio colectivo al establecerse legalmente un arbitraje obligatorio y vinculante ya sea de o en la CCNCC, o en órganos similares de las Comunidades Autónomas. Cuando el periodo de consultas termine sin acuerdo y no fuesen de aplicación los procedimientos autónomos de mediación o arbitraje laboral o estos no hubiesen sido capaces de

[108] Si el acuerdo lo impugnan las partes por las causas que invalidan los contratos o por los posibles perjudicados con fundamento en su ilegalidad o lesividad.

[109] Plazo del que resultarán excluidos los sábados, domingos y festivos, siguientes a aquel en que se adoptó el acuerdo. Para los posibles perjudicados el plazo contará desde que lo pudieran haber conocido.

[110] En parecidos términos, el ASAC dispone en cuanto a la eficacia del laudo que siempre que se den los requisitos de legitimación legalmente establecidos, tendrá la misma eficacia que lo pactado en el acuerdo tras el periodo de consulta (art. 22.1) y que el laudo arbitral sólo podrá ser recurrido en los términos y plazos establecidos en el artículo 65.4 y 163.1 LRJS (art. 22.3). La regulación del art. 82.3ET debe prevalecer como regulación especial para los laudos dictados en el procedimiento de inaplicación convencional.

[111] Como recuerda la SAN de 28/01/2013 (AS 2013\107) la sujeción a la modalidad procesal de convenios colectivos junto con las previsiones del art. 91 del ET supone una restricción de los motivos que pueden fundamentar la impugnación de un laudo arbitral. Por esta razón, los Tribunales laborales han trasladado la doctrina fijada por la jurisprudencia civil de que el recurso ("demanda") de anulación excluye una revisión de la cuestión controvertida de fondo, objeto de arbitraje.

solucionar la discrepancia, podrá cualquiera de las partes, incluso con la oposición de la otra, acudir a la CCNCC, cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos.

Esta última fase del procedimiento de inaplicación introduce un elemento ajeno a la autonomía colectiva, una intervención heterónoma para la solución de conflictos colectivos (aunque alguna doctrina judicial afirme que la negociación colectiva continúa en su seno[112]) y de naturaleza pública. Con independencia de que, tal y como se destaca por la normativa estatutaria y la doctrina constitucional, se trate de órganos tripartitos[113], son "organismos, todos ellos, (que) tienen una indiscutible naturaleza pública, al margen de que entren o no en el catálogo de los organismos administrativos. Pública es su creación; pública es su financiación; público es su sostenimiento y público-institucionales son las funciones que han venido ejerciendo hasta ahora"[114].

Esta intervención pública debe entenderse integrada dentro de un proceso complejo, siendo, en todo caso, una intervención subsidiaria y de último grado. Una subsidiariedad que debe ser real y no sólo formal y que constituye un presupuesto necesario de la competencia de la CCNCC o del órgano autonómico correspondiente. Como se sabe, la intervención de estos órganos tiene carácter subsidiario, de manera que solo procede cuando han fracasado todas las vías previas de negociación y, como ha matizado nuestro TS, siempre que haya mediado buena fe en las mismas. Para la Sala de lo Social del TS la subsidiariedad, en buena lógica jurídica, exige que los previos escalones o requisitos se hayan superado con suficiencia. Únicamente cabe instar el pronunciamiento de terceros cuando ha fracasado la negociación; y esto último solo ha podido ocurrir cuando haya mediado verdadera negociación colectiva[115].

[112] SAN de 9/12/2013 (Rec. 339/2013) confirmada por STS 15/09/2015 (Rec. 218/2014). La AN afirma que la CCNCC interviene cuando fracasa la negociación colectiva, pero la negociación no cesa, sino que continúa dentro de la propia CCNCC que debe buscar el máximo de consenso o, en su caso, negociar entre sus miembros para obtener una mayoría suficiente.

[113] En los que junto con la Administración las asociaciones sindicales y empresariales más representanticas desarrollan funciones de participación institucional. Para un análisis de estos órganos y de su naturaleza jurídica, y su independencia formal y material, v. J.B. Vivero Serrano, op., cit., p. 93.

[114] Voto particular del Magistrado D. Fernando Valdés Dal- Re a la citada STC 119/2014. En definitiva, se concluye en la naturaleza de tales organismos como instituciones públicas, aunque su actuación pueda calificarse como autónoma y aun cuando, se insiste, sean resistentes a ingresar en la órbita de los organismos administrativos. Por tanto, coincide su actuación con el supuesto sustanciado por la STC 11/1981, ya que las dos características esenciales del arbitraje o seudoarbitraje diseñado en el RD-Ley 17/1977 eran su naturaleza pública y obligatoria.

[115] STS de 15 septiembre 2015. RJ 2015\4734 que confirma SAN 219/2013 de 9 diciembre

En definitiva, la existencia de una negociación previa suficiente de buena fe durante el periodo de consultas es un requisito ineludible para que el órgano administrativo (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o el equivalente autonómico) pueda asumir su competencia[116].

9.1. Régimen jurídico: normativa estatal y autonómica

La gestión del desacuerdo por la CCNCC o el órgano autónomo correspondiente tiene junto con el art. 82.3 ET una regulación propia integrada por el RD 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la CCNCC y las correspondientes normas autonómicas[117].

El desarrollo de esta intervención administrativa y arbitral precisa de una gestión institucional que se configura, desde la perspectiva competencial, como una actividad de ejecución de la legislación laboral. La competencia corresponde a las comunidades autónomas, quedando a salvo la competencia ejecutiva estatal para aquellas inaplicaciones cuyo ámbito de afectación se extienda a más de una comunidad autónoma. Por ello, junto con la normativa estatal de aplicación, el citado RD 1362/2012, existen normas autonómicas que regulan la institución en sus respectivos ámbitos territoriales. Ciertamente, debe recordarse que el desarrollo por las comunidades autónomas de sus competencias de ejecución de la normativa laboral en materia de inaplicación de los convenios colectivos precisaría de cierto "impulso" del Estado, en concreto, de la previsión normativa de intervención subsidiaria de la CCNCC, en caso de que la comunidad autónoma no actuase para asumir la referida competencia[118].

Así, a partir de 2013, se dictarán diversas normas autonómicas que desarrollarían los aspectos organizativos, aplicándose en lo no previsto de forma supletoria el RD 1362/2012. Este Real Decreto regula, en efecto, aspectos procedimentales y sustantivos, que podríamos entender desarrollo del art. 82.3 ET y

(AS 2013, 3298), anulando la Decisión dictada por la CCNCC el 28 de junio de 2013. Si no ha existido auténtica negociación directa (en terminología constitucional) entre la empresa y los trabajadores será imposible que entre en juego el mecanismo subsidiario; y si éste se activa de manera indebida se estará desconociendo ese carácter último que posee el arbitraje de la CCNCC.

[116] Consiguientemente, para la SAN de 11/02/2014 la nulidad de la decisión o del laudo resultaría de la falta de competencia del órgano.

[117] V. SSTS (Contencioso-Administrativo) de 19/05/2015 (RJ 2015\1585) 19/05/2015 (RJ 2015, 1584) que desestiman los recursos contencioso-administrativo interpuestos por la Confederación Sindical de CCOO y UGT y por la Confederación Intersindical Galega (CIG) contra el Real Decreto 1362/2012, de 27 septiembre, que regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Las regulaciones aplicables en cada Comunidad Autónoma pueden consultarse en el siguiente enlace webb de la CCNCC: http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/A_Informacion/Inaplicacion/CCAA/index.htm.

[118] V. Disposición Adicional Sexta del RDLey 5/2013, de 15 de marzo.

que constituyen un régimen común para el procedimiento de inaplicación en todo el Estado, no en vano este reglamento invoca como título competencial el art. 149.1.7 CE. Así las regulaciones relativas al objeto (art. 16), ámbito de aplicación (art. 17), legitimación (art. 18), inicio del procedimiento y documentación (arts. 19 y 20), así como al contenido de la decisión o del laudo arbitral (arts. 22 y 24) constituyen un derecho o régimen común aplicable en las inaplicaciones de convenios colectivos, cualquiera que sea su ámbito de afectación.

El análisis de las regulaciones autonómicas confirma esta interpretación pues pone de manifiesto que mayoritariamente estas se limitan a regular los aspectos organizativos y de funcionamiento de los respectivos órganos autonómicos competentes para la inaplicación convencional, remitiendo en buena técnica jurídica a la regulación estatal (País Vasco) o reiterando la normativa estatal en las cuestiones procedimentales y sustantivas (Baleares, Asturias, Madrid)[119].

9.2. Decisión administrativa *versus* laudo arbitral

El art. 82.3 ET establece que la resolución de las discrepancias surgidas en las consultas, en último lugar, corresponde a la CCNCC o al órgano autonómico correspondiente, concretando además que la decisión de estos órganos podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos, con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad.

El RD 1362/2012 afirma establecer dos procedimientos de solución de las discrepancias, el procedimiento en el seno de la propia CCNCC y el procedimiento mediante la designación de un árbitro. El primero finalizará con una decisión administrativa y el segundo con un laudo arbitral. Según esta norma estatal, la elección entre uno u otro corresponderá en principio a las partes en conflicto (art. 16.3). En su defecto, será la Comisión Permanente del CCNCC la que decida sobre el procedimiento a seguir mediante acuerdo por mayoría absoluta. Si no se alcanza tal mayoría la discrepancia se resolverá en el seno de la Comisión mediante decisión administrativa (art. 19.4). Las regulaciones autonómicas, que en términos generales si incorporan una preferencia de las partes del conflicto en cuanto a la elección del procedimiento, no adoptan de forma unánime la solución del art, 19.4 del RD 1362/2012 y algunas optan por establecer el arbitraje externo, cuando no exista acuerdo sobre el procedimiento en el seno del órgano competente[120]. Las regulaciones son diversas a la hora de promocionar la decisión administrativa o el laudo arbitral como instrumentos de solución del conflicto de

[119] Aunque no faltan ejemplos también de regulaciones que se oponen a la regulación estatal, v. ampliamente, sobre este tema, J.B. Vivero Serrano, op. cit., p. 90.

[120] Es el caso del País Vasco, Cataluña, Aragón y Comunidad Valenciana, favoreciendo así el arbitraje externo como destaca J.B. Vivero Serrano, op. cit., p. 105, que analiza detenidamente las regulaciones autonómicas en relación también con los criterios de designación de los árbitros.

inaplicación y también son diversos, entre las comunidades autónomas, los criterios para la designación de árbitros.

Pues bien, uno de los temas que nos suscita el anterior marco normativo es el relativo a la existencia o no de una articulación entre una decisión administrativa por el propio órgano tripartito competente y un laudo arbitral para la resolución de las discrepancias en liza. Y a este respecto ni en la regulación estatal ni en las autonómicas se introduce una articulación funcional entre la decisión administrativa y el laudo arbitral, según que se resuelva o no el fondo del conflicto planteado. Me explico, en el examen de la aplicación práctica, a la vista de los diversos expedientes de inaplicación de convenio tramitados ante la CCNCC y ante los correspondientes órganos autonómicos, se puede apreciar que en ocasiones la resolución final inadmite o desestima la propuesta, por motivos de forma relativos a la fase de consultas, por no cumplir los requisitos legales previos exigidos[121]. Pues bien, esta decisión se encuentra igualmente contenida en laudos desestimatorios, que desestiman o incluso inadmiten la propuesta de inaplicación, sin entrar en el fondo por incumplimiento de las formalidades previstas por el art. 82.3 ET[122].

A mi juicio y como después se analizará, la desestimación de la solicitud de inaplicación por defectos de forma, relativos por ejemplo a la previa fase de consultas, sin analizar el fondo de la discrepancia y sin pronunciamiento por tanto sobre el presupuesto causal, sólo será procedente si se trata de una decisión adoptada por la CCNCC o el órgano equivalente en la comunidad autónoma, pues en estos casos, nuestros tribunales viene afirmando, que cuando no se han cumplido los requisitos formales los referidos órganos carece de competencia para designar un árbitro[123]. Así parece deducirse, por lo demás, de las últimas decisiones de la CCNCC, o de la práctica seguida en alguna Comunidad Autonóma (Castilla-La Mancha).

Como después abordaré en relación con el contenido del laudo arbitral, atendiendo a los términos en los que el encargo se formula al árbitro, que vienen definidos por el marco normativo aplicable, éste debe pronunciarse sobre el fondo de la discrepancia, la concurrencia de causa y su adecuación, pudiendo en otro caso incurrir en incongruencia *extra petita* determinante de nulidad del laudo.

[121] CCNCC: Expedientes de Inaplicación 03/2016 y 09/2014, por ejemplo.

[122] Así en el ámbito territorial del País Vasco, Laudo de 17/02/2016 y de Andalucía, Laudo de 19/12/2012.

[123] STS de 15 septiembre 2015 (RJ 2015\4734) (que confirma SAN 219/2013 de 9 diciembre (AS 2013, 3298), anulando la Decisión dictada por la CCNCC el 28 de junio de 2013); SAN de 11/02/2014 la nulidad de la decisión o del laudo resultaría de la falta de competencia del órgano.

10. PROCEDIMIENTO ANTE LA CCNCC U ORGANO AUTONÓMICO EQUIVALENTE

La regulación reglamentaria estatal predispone los sujetos legitimados para solicitar la actuación de la CCNCC (art. 14) regula el inicio del procedimiento identificando el contenido de la solicitud (art. 19) y el de la documentación que debe acompañarla (art. 20). Precisamente, dado que al procedimiento ante la CCNCC se acude por la no superación de la discrepancia, se exige que la solicitud determine el motivo de la misma (así se desprende del art. 19). Igualmente se regula el procedimiento mediante decisión de la Comisión y el contenido de la misma (arts.21 y 22). Finalmente, el art. 24 regula el procedimiento para la resolución de discrepancias, mediante la designación de un árbitro y el contenido del laudo arbitral. Se trata de una regulación que es derecho común de este fase de la inaplicación, salvo en relación con las cuestiones referidas a la autonomía organizativa del correspondiente órgano de la Comunidad Autónoma, como reglas de adopción de acuerdos, o de designación de los árbitros.

Pues bien, a continuación se abordarán diversas cuestiones planteadas en la aplicación práctica de esta regulación y como consecuencia fundamentalmente de lagunas de la misma. Así algunos interrogantes se han planteado en relación tanto con el plazo como con el contenido de la solicitud de intervención del órgano arbitral. También siguen siendo debatidas cuestiones relativas al contenido o la eficacia de la decisión y del laudo arbitral.

10.1. Plazo y contenido de la solicitud que inicia el procedimiento

En primer lugar, la falta de previsión normativa sobre el plazo para solicitar la inaplicación ante la CCNCC abona la posibilidad de soluciones judiciales diversas, que por el momento no han sido resueltas en unificación por el Tribunal Supremo[124].

En efecto, existen soluciones judiciales diversas pues algunas sentencias afirman que la inexistencia de un plazo en la normativa aplicable para solicitar la intervención del órgano arbitral impide apreciar la extemporaneidad de la solicitud[125]. Por el contrario, también podemos encontrar alguna resolución judicial

[124] Aunque existen sentencias con soluciones diversas, al no concurrir los exigencias legales de la contradicción, pues se habría aportado como sentencia de contraste una sentencia de instancia, la cuestión aún no se ha resuelto en unificación de doctrina, v. STS 10/05/2017 (Rec. 2929/2015).

[125] STSJ Madrid de 18/05/2015 (Rec. 9/2015) considera que la empresa ha seguido todos los trámites legales que rigen el procedimiento, sin que exista un plazo concreto para interesar la decisión del órgano arbitral, por lo que la Comisión debió valorar la cuestión con los datos de que se disponía en el momento que se presentó. En suma, revoca la sentencia de instancia a fin de que la CCNCC se pronuncie sobre el fondo del asunto, pronunciamiento que no puede decirse que sea extemporáneo, por cuanto no existe plazo para ello.

que admite que el órgano arbitral pueda denegar la solicitud, atendiendo al tiempo transcurrido, en concreto, por haber transcurrido casi nueve meses desde la finalización del período de consultas hasta el sometimiento de la cuestión ante la CCNCC[126]. La solución puede venir de la argumentación judicial que ha admitido la posibilidad de desestimar la solicitud dado el tiempo transcurrido, pero no motivándola en el plazo transcurrido, en su extemporaneidad, pues no existe previsión normativa al respecto, sino en la inexistencia de un periodo de consultas válido. Así se ha afirmado que dado el tiempo transcurrido se ha perdido la conexión entre las consultas y la situación existente al someter la cuestión ante la CCNCC, lo que equivale a falta de período de consultas[127].

En segundo lugar, en relación con el contenido de la solicitud, el debate ha girado y los tribunales se han pronunciado sobre a su conexión con el contenido de las consultas, en la medida en que su objeto es la discrepancia surgida en esa fase procedimental. Efectivamente, sobre la relación existente entre la solicitud empresarial presentada ante la CCNCC y lo debatido durante el periodo de consultas, el Tribunal Supremo también se ha pronunciado declarando la necesaria congruencia entre los mismos[128]. Por consiguiente, no sería admisible que en el momento de la solicitud ante la CCNCC la empresa alterara el debate, ni cabría paliar tal defectuoso modo de proceder mediante la audiencia de la parte social. Una alteración de ese tipo supondría, sin duda, una vulneración del deber de buena fe y dejaría sin efecto el periodo de consultas previo, necesario para que pueda iniciarse el cauce decisorio ante la CCNCC.

Como ha indicado la Audiencia Nacional, en tal caso la actuación empresarial habría instrumentado artificiosamente a la CCNCC, entre cuyas funciones no está pronunciarse sobre propuestas empresariales en general, sino sobre las discrepancias surgidas en el desarrollo del período de consultas, lo que exige necesariamente que esas discrepancias se haya producido efectivamente durante dicho período[129]. Sin embargo, el TS ha aclarado que la diferencia ha de darse

[126] STSJ Islas Baleares de 17/12/2013 (AS 2014\314) estudia la impugnación de la resolución de la CCNCC sobre solicitud de inaplicación de algunas normas del convenio colectivo de limpieza de las Islas Baleares. Se denegó la solicitud por haber transcurrido casi nueve meses desde la finalización del período de consultas hasta el sometimiento de la cuestión ante la CCNCC.

[127] STSJ Islas Baleares de 17/12/2013 (AS 2014\314).

[128] STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013). Para el TS, la conformación del complejo sistema legal para el descuelgue, estructurado en sucesivas etapas a las que se llega por la falta de acuerdo en la fase anterior, exige que estemos en todo caso ante una misma pretensión empresarial, la cual, en términos generales, quedará delimitada por la causa invocada, las cláusulas del convenio colectivo cuya inaplicación se persigue y las medidas propuestas, esto es, las nuevas condiciones de trabajo aplicables y su periodo de aplicación.

[129] SAN de 19/06/2013 (AS 2013\3094) que declaró la nulidad de la resolución de la CCNCC por la que se autoriza la inaplicación de determinadas condiciones del Convenio Colectivo

respecto de las causas, las condiciones afectadas o las medidas solicitadas, y que no se aprecia alteración del contenido de lo negociado si la postura empresarial reduce sus postulados iniciales[130].

10.2. Contenido de la Decisión o del Laudo Arbitral: La resolución de diversos conflictos colectivos

De conformidad con los artículos 22 y 24 del citado RD 1362/2012, la decisión de la Comisión o el laudo deberá solucionar la discrepancia, manifestándose sobre la concurrencia de las causas alegadas y, en su caso, sobre la adecuación de la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en la solicitud, bien para aceptarlas en sus propios términos, bien para proponer que las condiciones de trabajo de que se trate se inapliquen en distinto grado de intensidad al solicitado por la empresa.

De partida, como ha señalado la Audiencia Nacional, debe tenerse en cuenta que en la decisión de la Comisión concurren aspectos reglados que, en principio, no pueden ser objeto de negociación, por ejemplo si existe causa económica o no, de aquí la importancia del Informe elaborado por los servicios técnicos de la CCNCC antes de la decisión (art 21.1 Real Decreto 1362/2012) pero la Comisión goza de un amplio margen de discrecionalidad en su decisión, pues apreciada la concurrencia de la causa, debe pronunciarse sobre la adecuación de la medida instada, siendo posible aceptarla en sus propios términos o "proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado e intensidad[131].

La decisión arbitral relativa a la inaplicación de un convenio colectivo debe de pronunciarse no solo sobre la existencia de las causas alegadas por la empresa, sino que también ha de valorar la adecuación de la inaplicación propuesta, en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. Se deberá examinar si concurren las conexiones de funcionalidad, normalidad y proporcionalidad entre la causa acreditada y la medida propuesta por la empresa[132]. Además, los Tribunales exigen que la causa además de real sea actual y sobreve-

de Pilotos, al haberse acreditado que en ningún momento Air Nostrum, SA negoció en el período de consultas las medidas de inaplicación del convenio, que promovió ante la CCNCC, y dicha actuación comporta una quiebra de la buena fe durante la negociación y constituye un fraude de ley.

[130] La empresa retiró de aquella comunicación primigenia algunos de los preceptos del convenio respecto de los que pretendía la inaplicación, reduciendo, asimismo y en beneficio de los trabajadores, su propuesta de rebaja salarial por lo que no hubo merma del deber de buena fe. STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013) FJ 6.

[131] SAN de 9/12/2013 (Rec. 339/2013) Confirmada por STS de 15/09/2015 (Rec. 218/2014).

[132] SAN de 28/01/2013 (Rec. 316/2012) En el caso de UNIPOST, no procede 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.

nida por lo que se valorará el tiempo transcurrido entre la vigencia del convenio y el inicio del procedimiento de inaplicación[133], o desde que se acordó una anterior inaplicación convencional[134].

Finalmente, de superarse aquellos controles sobre la causa, en la decisión o en el laudo arbitral deberá también fijarse las nuevas condiciones de trabajo y su vigencia temporal.

De esta forma, la denominada "discrepancia" surgida en las consultas se integra por varios conflictos de diversa naturaleza, jurídica y económica, que delimitarán el alcance del control judicial sobre el contenido de la decisión o el laudo arbitral.

En efecto, pueden identificarse los siguientes conflictos colectivos, un primer conflicto jurídico relativo a la concurrencia o no de la causa económica técnica organizativa o productiva, un segundo conflicto también jurídico sobre la adecuación entre la causa y las medidas y un tercer conflicto económico o de regulación sobre las nuevas condiciones laborales y su duración[135]. Si sobre la naturaleza jurídica del primer conflicto y la naturaleza económica del tercero no hay duda, la naturaleza del segundo conflicto no estaba tan clara, atendiendo a alguna decisión de la Audiencia Nacional[136], si bien la STC 119/2014 habría clarificado esta cuestión.

[133] STSJ de Cataluña de 13/07/2016 (AS 2016\1514), según la cual no resulta adecuada la inaplicación de parte del Convenio Colectivo de Empresa, basado en causas económicas, por el poco tiempo transcurrido entre la vigencia del convenio de empresa y el inicio del procedimiento para su inaplicación parcial, por no haberse producido circunstancias sobrevenidas en dicho periodo de tiempo que justifiquen el descuelgue y por no haber quedado probada debidamente la conexión de razonabilidad entre las medidas de reducción salarial y la mejora de la situación de la empresa.

[134] La SAN de 28/01/2013 (AS 2013\1071) declara que no es lícita nueva reducción retributiva 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, resultando ajustada a Derecho la decisión de la CCNCC relativa a la inaplicación solicitada por la empresa UNIPOST SAU.

[135] El conflicto relativo al grado de intensidad de la inaplicación de las condiciones de trabajo y la duración del período de inaplicación es para la STC 119/2014 "una controversia que, en principio y dada su finalidad, participa de la naturaleza de los conflictos económicos o de intereses, que sólo pueden ser resueltos en vía extrajudicial".

[136] SAN de 28/01/2013 (AS 2013, 1071). Para la AN el primer pronunciamiento, concurrencia de causas, es propio de un arbitraje jurídico, puesto que tendrá que constatarse si se dan los requisitos exigidos por el art. 82.3ET, mientras que el segundo pronunciamiento, conexiones de funcionalidad, razonabilidad y proporcionalidad, es más identificable con el laudo de equidad, en el que la Comisión y/o el árbitro deben tener un margen más elevado de autonomía, porque si no fuera así, las decisiones y laudos no serían propiamente decisorias, puesto que se condicionarían esencialmente a la intervención jurisdiccional posterior. Con alguna imprecisión parece así identificar como conflicto económico el relativo a la adecuación entre la inaplicación propuesta y las causa acreditadas.

Para la STC 119/2014 la discrepancia en torno a la adecuación entre la causa y la medida de inaplicación propuesta es un conflicto jurídico pues, al delimitar el alcance del control judicial sobre la decisión arbitral, afirma que estaría acotado a "aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional" y dentro de los cuales se desarrollaría el control sobre la concurrencia de las causas y sobre la adecuación a ellas de las medidas adoptadas. Esta es además la tesis seguida, por ejemplo, en materia de despidos colectivos, donde se afirma que compete a los órganos jurisdiccionales no sólo emitir un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la medida acordada[137].

Pues bien, finalmente, hemos de precisar que en la resolución del conflicto de intereses, la decisión o el lauto arbitral sustituyen a los sujetos negociadores fijando las nuevas condiciones de trabajo y su vigencia temporal[138]. La resolución de este conflicto de intereses debe ser también motivada en términos de equidad, atendiendo a las exigencias de imparcialidad de estos órganos o de los árbitros.

Pero junto con esos conflictos colectivos que integran la discrepancia que debe resolverse por la decisión arbitral, atendiendo al marco normativo de referencia, pueden surgir otros conflictos relativos, por ejemplo, a la regularidad del procedimiento de consultas, que en muchas ocasiones es cuestionada por la parte social. La pregunta que surge inmediatamente es si dentro del contenido de la decisión y del laudo arbitral debe existir un control sobre esas fases previas del procedimiento de inaplicación.

La normativa aplicable, como puso de relieve la Audiencia Nacional, no prevé que la Comisión o el Árbitro deban pronunciarse sobre las irregularidades producidas en el período de consultas, lo que provocará, de aplicarse literalmente los preceptos aludidos, un vacío legal importante, puesto que la Comisión o el Árbitro no se pronunciarían sobre la vulneración de derechos fundamentales, que se haya producido en el período de consultas, sobre la insuficiencia de información o sobre la exigencia de buena fe durante el período de consultas, limitándose a realizar un pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, lo que no parece razonable. Para la Audiencia Nacional ello no es razonable, ni puede ser esa la intención del legislador, pues, en el caso por ejemplo, de incumplimiento de las garantías del art. 41.4 ET, la resolución judicial declararía la nulidad de la resolución o del

[137] STS de 26/03/2014. C. Sáez Lara, Reestructuraciones empresariales y despidos colectivos, Tirant lo Blanch, 2015, p. 260.

[138] Como señala J.B. Vivero Serrano, (op. cit., p.171) sobre esta parte de la decisión o del laudo arbitral sólo cabe un control judicial de legalidad o lesividad ex art. 163 LRJS pero no de fondo sobre el acierto o no de la regulación propuesta.

laudo, lo que constituiría se concluye una mala noticia para el funcionamiento de esta institución[139].

Esta sentencia ha determinado una gran influencia en la praxis pues numerosos laudos, tras su cita, han entrado a valorar la regularidad de las fases previas del procedimiento de inaplicación, particularmente del periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Pues bien, aunque es frecuente que el laudo arbitral aborde la regularidad del periodo de consultas también lo es que se alcance la conclusión favorable, controlando después la concurrencia del presupuesto causal.

La pregunta sería si el Árbitro en este control de las fases previas considera que las mismas no se han agotado satisfactoriamente podría, sin entrar a controlar la concurrencia de la causa, desestimar por aquél motivo la solicitud de inaplicación. Como ya se señaló, existen algunos ejemplos de laudos arbitrales que adoptan esta solución aunque ciertamente haya una práctica sobre todo por la CCNCC de adoptar mediante decisión la desestimación de inaplicaciones por defectos procedimentales relativos a la fase de consultas. A mi juicio, si bien es correcto tal proceder cuando se trata de la decisión de la CCNCC o del órgano autonómico equivalente, es dudoso en el supuesto de que la resolución de la discrepancia se haya encomendado a un Árbitro.

En primer lugar, porque el régimen jurídico que delimita el "encargo" o el mandato de arbitraje no deja lugar a dudas, al referirse sólo y en términos imperativos al presupuesto causal. El Árbitro tiene un mandato de arbitraje sometido a un marco normativo que no regula esta posibilidad, por lo que resulta dudoso que este facultado para, por ejemplo, desestimar la petición por irregularidades durante las consultas, incumpliendo el "encargo" recibido[140]. En segundo lugar, porque nuestros tribunales viene afirmando, que cuando no se han cumplido los requisitos formales de las fases previas, la CCNCC, o el órgano equivalente en la comunidad autónoma, carece de competencia para designar un árbitro. Consecuentemente la nulidad del laudo se fundamenta en la falta de competencia del órgano administrativo para designar al árbitro[141].

[139] Porque la intervención de la CCNCC tiene por finalidad cerrar las discrepancias surgidas en el procedimiento de inaplicación de convenio, lo que no sucederá, cuando no se pronuncie sobre vulneraciones relevantes producidas durante el período de consultas, limitándose a constatar si concurre causa y si es adecuada o no con la medida propuesta: SAN de 19/06/2013 (AS 2013\3094).

[140] Ante la inexistencia de compromiso arbitral el ámbito de la actuación del árbitro quedará delimitado por el acuerdo del órgano administrativo que lo nombra que se remite frecuentemente al marco normativo de referencia. Quizás lo más recomendable sea dejar constancia de tales dudas que habrán de ser resueltas en su caso por el órgano judicial con la sanción de nulidad del laudo y cumplir el mandato legal de pronunciarse sobre las causas y su razonabilidad.

[141] STS de 15 septiembre 2015 (RJ 2015\4734) (que confirma SAN 219/2013 de 9 diciembre

Finalmente, por lo que se refiere al contenido de la decisión o del laudo estimatorio del descuelgue, estos deben también determinar, en su caso, la duración temporal de la inaplicación convencional[142]. Al igual que vimos en relación con el acuerdo colectivo de descuelgue, la cuestión debatida ha sido la posibilidad de que el laudo o la decisión acuerden la inaplicación con efectos retroactivos. A este respecto han sido numerosas las sentencias que han declarado que el descuelgue o apartamiento del convenio colectivo sólo produce efectos desde el momento en que se acuerda la inaplicación de la norma convencional sin que pueda tener efectos retroactivos[143].

10.3. Plazo para emitir la decisión arbitral y eficacia del laudo

El art. 82.3 ET determina que la decisión que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos, con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos.

El incumplimiento del plazo determina la nulidad del laudo. El laudo arbitral es nulo, se confirma en sede judicial, porque no se han observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto (art 91.2 del ET) y en concreto porque el laudo se ha dictado una vez transcurrido el plazo de 25 días establecido en el párrafo 8 del art 82.3 del ET[144].

La nulidad del laudo es, a mi juicio, la consecuencia directa de que el mandato de arbitraje fija el ámbito material y temporal del llamado "encargo" por lo que llegado el término final del plazo de 25 días establecido cesa la capacidad del árbitro. Por ello en algunas regulaciones autonómicas el *dies a quo* viene determinado por la fecha de aceptación del árbitro, o la de subsanación de la solicitud. Además debe tenerse presente que el referido plazo, a diferencia de lo que acontece en relación con los arbitrajes voluntarios, no podría ser ampliable por acuerdo de las partes del conflicto pues no ha sido la voluntad de las mismas, vía compromiso arbitral, la "fuente" del mandato arbitral, sino la decisión del órgano competente en materia de inaplicación convencional[145].

(AS 2013, 3298), anulando la Decisión dictada por la CCNCC el 28 de junio de 2013); SAN de 11/02/2014 la nulidad de la decisión o del laudo resultaría de la falta de competencia del órgano.

[142] STSJ Islas Canarias, Santa Cruz de Tenerife) de 30/06/2015 AS 2016\286 En un supuesto de descuelgue salarial declara como efectos derivados de la temporalidad de la medida el derecho al percibo de todos los incrementos retributivos correspondientes al período establecido de la inaplicación o descuelgue salarial, tras la finalización de la medida temporal.

[143] STS 7/07/2015. RJ 2015\3245.

[144] STSJ Andalucía (Granada) de 22/09/2016 (Rec.1564/2016).

[145] Por ello, no se ha declarado la nulidad de un laudo si se ciñó a lo requerido en el compromiso arbitral, aunque se extralimitará en el tiempo legalmente establecido, porque se puso en cono-

En cuanto a su eficacia, dispone el art. 82.3 que tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas. El legislador no les atribuye pues la misma eficacia que a los laudos arbitrales sobre interpretación y aplicación del convenio colectivo a los que el art. 91.2ET confiere la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos estatutarios Sea cual sea la razón que haya tenido el legislador para no dotarles de igual eficacia[146], lo cierto es que tal y como se afirmó en relación con los acuerdos de inaplicación sería coherente que los laudos tuvieran igual eficacia jurídica que el convenio colectivo que modifican pues, en definitiva, como se argumentó una vez acordados, pasarían a integrar el contenido de aquel, estarían vinculados por su propia vigencia temporal, que no pueden sobrepasar, es decir, integrarían el bloque normativo regulador de las condiciones de trabajo en la empresa.

11. CONTROL JUDICIAL DE LA DECISIÓN O LAUDO ARBITRAL

11.1. Doctrina constitucional sobre el control judicial de fondo

Para salvar la constitucionalidad, desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, de esta intervención pública y obligatoria de la CCNCC o de los órganos autonómicos correspondientes, el TC establecería que cabe un control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral (STC 119/2014, FJ 5 A). De conformidad con la doctrina constitucional, el arbitraje obligatorio sólo resulta compatible con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) cuando el control judicial a realizar por los tribunales ordinarios no se restringe a un juicio externo, sino que alcanza también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión[147].

Por ello, el control judicial sobre la decisión o el laudo obligatorio de inaplicación convencional no se limita a aspectos externos o procedimentales, es decir, al enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral y sobre el carácter ultra vires de la resolución emitida, sino que se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, es decir alcanza también a impugnaciones fundadas en la lesividad a terceros y en su ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a este último motivo impugnatorio.

cimiento de las partes, que no se opusieron a la ampliación del plazo, STSJ Galicia de 15/07/2011, (EDJ 2011, 190871).

[146] Se ha afirmado que el ET no les atribuye igual eficacia que un convenio colectivo lógicamente pues se trata de una decisión dirimente resultante del arbitraje obligatorio de órganos con participación de las Administraciones públicas, M.E. Casas Baamonde, op. cit..

[147] SSTC 174/1995, de 23 de noviembre, (FJ 3); y 75/1996, de 30 de abril, (FJ 2).

Se trata de un control judicial pleno sobre la adecuación normativa de la decisión o laudo arbitral, que, como aclara el TC, si estaría acotado a "aquellos aspectos jurídicos que, por su naturaleza, puedan ser objeto de la competencia y conocimiento jurisdiccional" y dentro de los cuales se desarrollaría el control sobre la concurrencia de las causas y sobre la adecuación a ellas de las medidas adoptadas.

Ahora bien, el control judicial no podría alcanzar a aquellos contenidos de la decisión o laudo arbitral que resuelvan conflictos de intereses o económicos, que como señalaría la STC 119/2014 serían los relativos al grado o intensidad de la modificación de las condiciones de trabajo y la duración del período de inaplicación y que sólo pueden ser resueltos en vía extrajudicial. De esta forma, el Tribunal Constitucional distingue entre los diferentes conflictos jurídicos y económicos que ha de resolver la decisión o laudo arbitral y el correspondiente alcance del control judicial sobre la solución arbitral de los mismos.

En base a esta interpretación, el TS distingue, según se trata de arbitraje voluntario u obligatorio, de una parte, las reglas específicas delimitadoras de la *cognitio* de la jurisdicción relativas al control de los requisitos y formalidades de la actuación arbitral y a la incongruencia por exceso del laudo, en el caso de arbitraje voluntario cuando se mantiene en plenitud la intervención de la autonomía colectiva. Y de otra parte, cuando la decisión de la CCNCC actúa como último mecanismo ofrecido por el legislador para dirimir la discrepancia persistente entre las partes, que, en cambio, no supone la exclusión de la jurisdicción y, por ello, la revisión judicial en salvaguarda del derecho a la tutela puede tener unos contornos más amplios[148].

11.2. Impugnación judicial de la decisión o el laudo arbitral

Centrando ya nuestra atención en la regulación legal y la interpretación judicial sobre la misma, hemos de señalar que, de conformidad con el art. 82.3 ET, la decisión o el laudo sólo serán recurribles conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91 ET. La decisión o el laudo serán pues susceptibles de impugnación por los motivos y conforme a los procedimientos previstos para los convenios colectivos (arts. 163 y ss. LRJS). Específicamente cabrá el recurso contra el laudo arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión (art. 91.2 ET).

El cauce adecuado para la impugnación directa por los sujetos legitimados será el de impugnación de convenios colectivos por los trámites del procedi-

[148] STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

miento de conflictos colectivos y el laudo podrá impugnarse por considerar que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros.

Los dos motivos, previstos específicamente para la impugnación del laudo, por el art. 91.2 ET, la infracción de los requisitos y formalidades establecidas para el procedimiento arbitral, infracción que deberá ser esencial[149], y que el laudo resuelva cuestiones no sometidas a su decisión, esto es, que sea "ultra vires" se encuentran también previstos para otros tipos de laudos arbitrales[150]. A los anteriores se añaden los motivos previstos para la impugnación de convenios colectivos (ilegalidad y lesividad para terceros) lo que permite un control judicial de fondo tal y como han interpretado la jurisprudencia constitucional y ordinaria.

La remisión que el art. 82.3 ET hace al art. 91 ET precisa de matices y debe ser integrada con la interpretación constitucional ya transcrita. Las decisiones y laudos, producidos en aplicación del art. 82.3ET, son impugnables por ilegalidad, lesividad y por *ultra vires* y vicios procedimentales. Y, más concretamente, el TS ha declarado que nada hay de anómalo, sino todo lo contrario, en que el control judicial examine las causas del descuelgue (detectando si son novedosas o no), la concurrencia de sus presupuestos (comprobando si se ha negociado o no de buena fe), el alcance de sus medidas (valorando su pertinencia o adecuación) y el ajuste procedimental (tanto en el interior de la empresa cuanto con posterioridad)[151]. Y así, ha afirmado que es propio del control judicial de la decisión de la CCNCC el análisis de la congruencia entre el procedimiento seguido ante ella y el necesario periodo de negociación previo de cuyo fracaso trae causa su intervención[152]. En consecuencia, el Tribunal Supremo ha declarado la nulidad del Laudo cuando la CCNCC nombra arbitró careciendo de competencia, por ejemplo, al haberse alcanzado un acuerdo de mediación que dejaba sin efecto un proceso de descuelgue anterior sobre igual convenio, sin que concurran nuevas causas[153], al existir un acuerdo de la comisión paritaria desestimatorio de la

[149] STSJ Comunidad Valenciana, de 22/01/2008 (AS 2009/369).

[150] La impugnación por *ultra vires* y por vicios *in procedendo* está prevista con carácter general por el art. 41.1 de la Ley 60/2003, de Arbitraje. Para los laudos arbitrales cuyo conocimiento corresponda al orden social que no tengan establecido un procedimiento especial el art. 65.4 LRJS establece que las acciones de impugnación y recursos judiciales de anulación se sustanciarán, a instancia de los interesados, por los trámites del procedimiento ordinario, con fundamento en exceso sobre el arbitraje, haber resuelto aspectos no sometidos a él o que no pudieran ser objeto del mismo, vicio esencial de procedimiento o infracción de normas imperativas. La acción caducará en el plazo de treinta días hábiles, excluidos los sábados, domingos y festivos, desde la notificación del laudo.

[151] STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

[152] STS de 15/07/2015 (Rec. 212/2013).

[153] STS de 28/04/2016 (RJ 2350/2016) confirma SAN que declara la nulidad del laudo arbitral ya que la CCNCC actuó nombrando arbitró, careciendo de competencia por razón de los acuerdos alcanzados (acuerdo de mediación en el SIMA por el que se convino no aplicar las tablas salariales

inaplicación convencional, e igualmente si no han existido verdaderas consultas por faltar el deber de negociar de buena fe[154].

Por lo que se refiere al plazo para recurrir, la exclusión de la normativa sobre impugnación de laudos de la LRJS, en concreto del art. 65.4 impediría aplicar el plazo de caducidad de 30 días que podría ser considerado más adecuado, por lo que las tesis posibles serían aplicar el plazo de prescripción de un año que rige para la impugnación de los acuerdos de descuelgue[155], o afirmar que sería impugnable durante su vigencia[156].A mi juicio, atendiendo que el plazo de prescripción de un año es la solución adoptada por los órganos judiciales para la impugnación de los acuerdos de descuelgue considero preferible tal solución.

En cuanto a la legitimación activa es preciso interpretar las previsiones establecidas para el procedimiento de impugnación de convenios colectivos, de conformidad con el art. 91 ET y el art. 82.3 ET. Se ha venido descartando la demanda de oficio frente a los laudos dictados para la resolución de las discrepancias ex art. 82.3 pues el presupuesto para ello es que el control administrativo se produzca *ex* ante[157]. Si sería posible la impugnación por terceros con base en lesividad, así por ejemplo por la empresa afectada por la inaplicación. Y podrá ser impugnado por los representantes de los trabajadores[158] y por la empresa. En efecto, por lo que se refiere a la legitimación activa, debe permitirse a quien ostenta un interés legítimo (art. 17.1 LRJS) impugnar el laudo por vicios procedimentales y ultra vires, que escapan a los estrictos límites de legitimación activa derivados del art. 165 LRJS, por expresa mención del art. 91 ET, propiciándose así el efectivo control de estas capitales cuestiones por los órganos judiciales[159].

Por lo que respecta a la legitimación pasiva, además de los sujetos previstos en el procedimiento de impugnación de convenio colectivo, la doctrina

de 2014 a cambio de dejar sin efecto los procesos de descuelgue del convenio sectorial promovido por empresas)

[154] STS de 15/09/2015 (RJ 2015\4734).

[155] J.M. Goerlich Peset, op. cit., p. 122.

[156] Para J. B. Vivero Serrano (op. cit., p. 163), no es aplicable pues el art. 65.4 de la LRJS que establece que la acción caducará en el plazo de treinta días hábiles, excluidos los sábados, domingos y festivos, desde la notificación del laudo", y quizás tampoco el plazo de prescripción ex art. 59 ET establecido por los Tribunales para los acuerdos de descuelgue, como aclararía la SAN de 28/01/2013 (Rec. 316/2012).

[157] R. Bodas Martín, op. cit., p. 504.

[158] También por la comisión ad hoc que negoció en las consultas dada la interpretación amplia en legitimación negocial de conformidad con la interpretación constitucional sobre admisión del arbitraje frente al derecho a la tutela judicial ex art. 24.1 CE

[159] SAN de 28/01/2013 (AS 2013\107) A.V. Sempere Navarro, y L. Meléndez Z Morillo-Velarde, El «descuelgue» y otras vías de inaplicación del convenio colectivo, «Francis Lefèbvre», 2014, p 147.

judicial ha declarado que la CCNCC o el órgano autonómico correspondiente están legitimados pasivamente con la consecuencia de que ha de ser llamado a este proceso, normalmente sin responsabilidad alguna, aunque también podría tenerla, por ejemplo, en el supuesto de que la Sala anulase el arbitraje por falta de imparcialidad del árbitro que ha nombrado, en cuyo caso tendría que proceder al nombramiento de un nuevo árbitro que sí lo fuera[160].

Finalmente, el laudo, tal y como afirmamos del acuerdo de descuelgue, también puede ser objeto de impugnación indirecta mediante la acción individual de los trabajadores afectados por los actos de aplicación de la referida decisión o laudo arbitral, por lo que nos remitimos a lo ya dicho.

[160] TSJ Cataluña de 13/07/2016 (AS 2016\1514) sobre la legitimación pasiva de la Comissio de Convenis Collectius del Consell de Relacions Laborals.

LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE COMO VÍAS DE GESTIÓN DE LA CONFLICTIVIDAD LABORAL

Mª Teresa Díaz Aznarte

Profesora T.U. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Granada

EXTRACTO **Palabras clave: flexibilidad; solución autónoma conflictos; mediación; arbitraje; análisis datos estatales y regionales (Andalucía)**

El presente estudio efectúa una aproximación teórico-práctica a la configuración legal e implementación de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos sustentados en la autonomía colectiva, todo ello bajo el prisma de las medidas de flexibilidad interna y externa sensiblemente reforzadas tras la reforma laboral de 2012. Se constata la diferente intensidad que la mediación y el arbitraje (voluntario) despliegan en la gestión de la conflictividad laboral, a pesar de las permanentes alusiones del legislador a la posibilidad de sustituir el período de consultas con la representación de los trabajadores por los procedimientos de solución autónoma de conflictos. Los resultados de este acercamiento empírico a la operatividad de la mediación, que indudablemente ostenta el protagonismo en relación a esta materia, se observan tanto a nivel nacional como autonómico (Andalucía), permitiendo extraer interesantes conclusiones en torno al porcentaje de acuerdos alcanzados y las principales materias abordadas.

ABSTRACT **Keywords: flexibility, autonomous resolution of conflicts, mediation, arbitration, analysis of national and regional data (Andalusia)**

This study carries out an theoretical-practical approximation to the legal regulation and implementation of the procedures on extrajudicial resolution of conflicts based on collective autonomy, taking into account the measures of internal and external flexibility, rather reinforced after the labour reform of 2012. It is verified the different intensity that mediation and (voluntary) arbitration deploy in the management of labour conflicts, in spite of the permanent allusions made by the legislator about the possibility to substitute the period of enquiries with the workers' representatives for procedures of autonomous resolution of conflicts. The results of this empirical approach to the effectiveness of mediation, which undoubtedly holds the prominence in relation with this matter, are observed both at a national and regional level (Andalusia), thus allowing to draw interesting conclusions regarding the percentage of agreements achieved and the main issues addressed.

 Recepción del original: 23.11.2017 Aceptación original: 16.12.2017

Índice:

1. la autocomposición de los conflictos laborales. referencias normativas básicas
1.1. Cuestiones introductorias
1.1.1. El marco legal de los procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales
1.1.1.0.1. La autocomposición de los conflictos laborales en el Título III ET. Una aproximación crítica
1.1.1.0.2. Flexibilidad laboral y autocomposición de los conflictos en la gestión y ejecución de los contratos
2. el acuerdo de solución autónoma de conflictos (asac)
2.1. Nociones previas
2.2. La mediación en los informes de seguimiento de la Fundación SIMA
3. el sistema extrajudicial de resolución de conflictos laborales en andalucía (sercla)
3.1. Configuración general
3.2. La mediación en Andalucía tras la reforma 2012
4. bibliografía

1. LA AUTOCOMPOSICIÓN DE LOS CONFLICTOS LABORALES. REFERENCIAS NORMATIVAS BÁSICAS

1.1. Cuestiones introductorias

La relevancia de los sistemas de solución autónoma de conflictos laborales aparece en la normativa internacional desde hace décadas, como demuestra la Recomendación núm. 92 de la OIT sobre la Conciliación y el Arbitraje voluntarios (1951). Se trata de un texto sumamente interesante, que fija las bases de los mecanismos de autocomposición del conflicto laboral aludiendo a sus objetivos ("contribuir a la prevención y solución de los conflictos de trabajo"), conformación paritaria de los organismos competentes ("representación igual de empleadores y trabajadores"), características del procedimiento ("voluntario, gratuito y expeditivo"), incompatibilidad durante su tramitación con otras medidas de conflicto ("si cuenta con el consentimiento de todas las partes interesadas, debería estimularse a las mismas para que se abstengan de recurrir a huelgas y a *lockouts*"), formalización y eficacia de los acuerdos adoptados o del laudo arbitral ("deberán redactarse por escrito y considerarse equivalentes a los contratos celebrados normalmente")[1].

[1] Más recientemente, en 2013, el Centro Internacional de Formación de la OIT, publicó el documento "Sistemas de resolución de conflictos laborales: Directrices para la mejora del rendimiento", en el que se alude a la conciliación/mediación y al arbitraje perfilando algo más sus contornos, aunque sin definirlos demasiado dado el carácter generalista e internacional de este informe. No obstante, resulta sumamente interesante reparar en las restricciones que se imponen al arbitraje obligatorio, que según este documento no debería imponerse a menos que concurran determinadas (tasadas) circunstancias: que las partes presten servicios esenciales; o que incluyan a oficiales públicos que ejerzan autoridad en representación del Estado, o que hayan acordado someterse a un arbitraje en caso de que la conciliación/mediación fracasara. Págs. 192 y ss. http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/publication/wcms_337941.pdf

También en el ámbito del Derecho Comunitario encontramos relevantes alusiones al tema que nos ocupa. Así, el art. 13 de la Carta Comunitaria de Derechos Sociales Fundamentales (1989), establece que "Para facilitar la resolución de los conflictos laborales, es conveniente favorecer, de conformidad con las prácticas nacionales la creación y utilización, en los niveles apropiados, de procedimientos de conciliación, mediación y arbitraje" [2].

En nuestro Ordenamiento jurídico, el reconocimiento del conflicto preside el modelo constitucional de relaciones laborales, como atestiguan los arts. 7, 28 y 37 CE[3]. El conflicto industrial es inherente al modelo de producción capitalista y en el contexto del Estado social y democrático de Derecho, la consagración de la autonomía colectiva y por ende, el desarrollo del resto de procedimientos para la autocomposición de conflictos, constituyen piezas imprescindibles[4]. Así lo expresó la STC 217/1991 al declarar incluidos en el art. 37.2 CE -"derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo"-, tanto los medios de presión propios como los autónomos, considerando que ello es positivo para las partes, para el sistema de relaciones laborales y para el sistema judicial en su conjunto "que ve aliviada su carga de trabajo".

Como premisa a este estudio, debemos concretar que vamos a ocuparnos únicamente de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos sustentados en el derecho a la autonomía colectiva[5].

¿Qué ha sucedido en la legislación ordinaria? ¿El legislador español ha construido un sistema unitario y coherente en materia de solución autónoma de conflictos laborales?

La respuesta a esta pregunta es negativa. Los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos laborales, encuentran sustento legal principalmente –aunque no exclusivamente- en el Título III del ET, que ha sido el encargado de perfilar los contornos genéricos de la mediación y el arbitraje, con mayor o me-

[2] El primer párrafo del precepto dispone que "El derecho a recurrir, en caso de conflicto de intereses, a acciones colectivas, incluye el derecho a la huelga, sin perjuicio de las obligaciones resultantes de las reglamentaciones nacionales y de los convenios colectivos.

[3] Lantarón Barquín, D. "A vueltas sobre la solución extrajudicial del conflicto laboral", INFORMACIÓN LABORAL, núm. 10, 2003, pág. 2.

[4] Algunos autores han calificado como "patológica" esta circunstancia. *Vid.* Del Rey Guanter, S.: *La resolución extrajudicial de conflictos colectivos laborales,* Sevilla, CARL, 1992, pág. 28.

[5] "No podrán calificarse como autónomos aquellos procedimientos de solución de conflictos que hayan sido diseñados por el poder estatal, aunque la solución también la alcancen las partes mediante negociación directa o asistida". Granados Romera, M.I. "Configuración jurídica de la mediación en los procedimientos de solución extrajudicial de origen convencional", en AA.VV. (Dir. Orozco Pardo, G. y Monereo Pérez, J.L.): *Tratado de mediación en la resolución de conflictos,* Madrid, Tecnos, 2015, pág. 631.

nor fortuna, sin llegar configurar nada siquiera parecido a lo que inicialmente se proyectó en los trabajos de elaboración de este texto normativo, que preveía un Título IV, rubricado "Sobre medios públicos y privados de solución de conflictos" que no llegó a prosperar.

1.2 El marco legal de los procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales

Los medios de autocomposición de los conflictos laborales se incardinan nítidamente en el contexto de la autonomía colectiva pero proyectan su operatividad en diversas direcciones:

1.2.1. La autocomposición de los conflictos laborales en el Título III ET. Una aproximación crítica

El Título III ET, alberga diferentes preceptos que contemplan la posibilidad de acudir a medios de solución autónoma de conflictos, entre los cuales destaca el art. 91 ET, que deriva a la negociación colectiva el establecimiento de procedimientos, como la mediación o el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos, dejando a salvo las competencias de la Comisión paritaria. Lo preceptuado en esta norma, como es sabido, tenemos que interpretarlo conforme a lo establecido en los arts. 83.2 y 3 ET -posibilidad de negociar acuerdos interprofesionales sobre materias concretas y también de incluir en los convenios colectivos o acuerdos sectoriales, cláusulas sobre esta materia- y 85.3 e) –designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras para entender de aquellas cuestiones establecidas en la ley y de cuantas otras le sean atribuidas, así como establecimiento de los procedimientos y plazos de actuación de esta comisión, incluido el sometimiento de las discrepancias producidas en su seno a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83-.

Junto a estas referencias centrales, ocupan igualmente un lugar destacable las previsiones contenidas en los arts. 88.3 ET (reconoce el derecho a la comisión negociadora de contar con asesores en el proceso de elaboración del convenio) y 89.4 ET (posibilita la intervención de un mediador designado por las partes durante las deliberaciones). Sin olvidar naturalmente, ya en el contexto de la consabida flexibilidad interna, lo preceptuado en los arts. 82.3 ET, (habilita el recurso a los procedimientos previstos en los acuerdos interprofesionales para solventar las discrepancias surgidas en los supuestos de inaplicación del convenio colectivo) y 86.3 ET (en el mismo sentido, alude a los mecanismos de solución autónoma de conflictos cuando las discrepancias surgen como consecuencia de la pérdida de vigencia del convenio[6]).

[6] Resulta útil recordar de nuevo en este punto, la relevante STS (Sala 4.ª, Rec. 264/2014) de 22

Evidentemente, no podemos limitarnos a mencionar las referencias que el Título III contiene a los procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales, sin incluir alguna reflexión sobre la reforma cualitativa que el régimen jurídico de la negociación colectiva ha experimentado durante los últimos años, fundamentalmente a través de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. La fuerza vinculante de los convenios que predica el art. 37.1 CE fue reconfigurada por el legislador, esencialmente a través de dos intervenciones trascendentales:

En primer lugar, al redefinir las causas y procedimientos para la inaplicación en la empresa de los convenios colectivos estatutarios o de eficacia normativa vigentes. Naturalmente, nos referimos al denominado "descuelgue" empresarial, en virtud del cual, en las empresas en las que concurran causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1, se podrá proceder, previo desarrollo de un período de consultas (…) a inaplicar en la empresa las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa[7].

Conforme a la actual redacción del art. 83.2 ET cuando la empresa quiera "descolgarse" del contenido normativo de un convenio colectivo estatutario que le resulte de aplicación, será preceptiva la apertura de un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores. Ahora bien, finalizado éste sin acuerdo, cualquiera de las partes está facultada para someter la controversia a la:

de diciembre de 2014: «es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese 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 (...).Desde luego que el convenio colectivo pierde su vigencia y, por ende, dejará de cumplir esa función nomofiláctica que es la propia de nuestro sistema jurídico, que ya hemos descrito. Por consiguiente, esas condiciones contractuales, carentes ya de ese sostén normativo del mínimo convencional, podrán ser modificadas, en su caso, por la vía del art. 41 ET, sin más limitaciones que las de origen legal pues, insistimos, las limitaciones dimanantes del convenio colectivo, si no hay otro superior, han desaparecido. Y, por la misma razón, los trabajadores de nuevo ingreso carecerán de esa malla de protección que brindaba el convenio fenecido. Ello podrá dar lugar ciertamente a problemas de doble escala salarial, de discriminación, y otros que no podemos abordar en este momento».

[7] Ello cuando afecten a las siguientes materias: Jornada de trabajo; Horario y la distribución del tiempo de trabajo; Régimen de trabajo a turnos; Sistema de remuneración y cuantía salarial; Sistema de trabajo y rendimiento.; Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta ley; Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

a) La Comisión paritaria del convenio

b) Si no se solicita la intervención de la Comisión paritaria o ésta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos de solución autónoma de conflictos (previstos en los acuerdos interprofesionales), esto es, mediación o arbitraje.

c) Ante el fracaso de las anteriores medidas, se abre la vía para la actuación de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Órgano colegiado, tripartito, en el que están representadas la Administración General del Estado y las Organizaciones Sindicales y Asociaciones Empresariales más representativas. Esta previsión, que en puridad supone el desbloqueo de la situación a través de un arbitraje obligatorio, planteó serias dudas en torno a su constitucionalidad, ya que la sumisión a este procedimiento y por iniciativa de una sola de las partes a una decisión de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, evoca figuras que ya creíamos desterradas de nuestro Ordenamiento jurídico. No podemos perder de vista que el arbitraje obligatorio tenía cabida en nuestro Ordenamiento sólo en supuestos excepcionales, por razones de salvaguarda de intereses generales (STC 11/1981, de 8 de mayo) [8]. No obstante, como es sabido, nuestro TC ha declarado perfectamente acorde al art. 37.1 CE esta modalidad de arbitraje, en las SSTC 119/2014 de 16 de julio y 8/2015 de 22 de enero[9]. Volveremos sobre esta cuestión en un momento posterior.

En segundo lugar, porque se reconoció prioridad absoluta a los convenios colectivos de empresa sobre los de ámbito superior en relación a determinadas materias[10] (art. 84.2 ET), llevando al extremo la descentralización, lo cual supone

[8] Como es sabido, la STC 11/1981, declaró la inconstitucionalidad de los laudos de obligado cumplimiento regulados en el art. 25 b) del RD-Ley 17/1977, que permitía esta figura en determinados supuestos de huelga. Así, al hilo de la crisis económica, décadas después, se incorpora nuevamente el arbitraje obligatorio como fórmula para resolver las discrepancias surgidas durante el periodo de consultas con los representantes de los trabajadores en el contexto del descuelgue empresarial.

[9] Un análisis de las mencionadas Sentencias y, especialmente, del Voto particular formulado a las mismas, en Díaz Aznarte, M.T. "Cuando la crisis económica se convierte en argumento jurídico", DERECHO DE LAS RELACIONES LABORALES*, núm. 2,* 2015, págs. 195-203. Subraya Valdés Dal Re en su Voto particular, la circunstancia de que el "descuelgue" de una empresa respecto de las condiciones de trabajo fijadas en el convenio colectivo que le resulte de aplicación, no se configure legalmente como una alternativa a las medidas de flexibilidad externa (extinción del contrato). Por el contrario, la reforma permite que las medidas de flexibilidad interna y externa puedan utilizarse sucesiva o simultáneamente. Por ello, considera inaceptable, desde la perspectiva constitucional, "que la elección por cada concreta empresa de aquellas medidas de competitividad y viabilidad que le puedan reportar concretas ventajas económicas puedan terminar erigiéndose en legítima restricción al ejercicio de derechos constitucionales al pretendido amparo de la libertad de empresa".

[10] Recordemos que las materias afectadas son: cuantía del salario base y de los comple-

relegar los convenios colectivos estatales, autonómicos y provinciales a un papel residual. Se ha producido realmente una desestructuración del modelo de negociación colectiva español, en el que la realidad empresarial habla por sí sola (el 99,8 por 100 de las organizaciones productivas tienen menos de 50, y el 95,7 por 100 son microempresas, esto es, cuentan con menos de 9 trabajadores)[11]. En este contexto, la relevancia de la negociación colectiva supraempresarial es innegable[12]. Partiendo de esta realidad, la Ley 3/2012 ha concedido una prioridad aplicativa absoluta a los convenios de empresa en caso de concurrencia con otros de ámbito superior, llegando incluso a prohibir que convenios sectoriales o acuerdos interprofesionales puedan contener pactos en contrario.

Los reproches de constitucionalidad a esta previsión normativa también fueron salvados por el Tribunal Constitucional, argumentando que la Constitución española no contiene un "modelo cerrado de negociación colectiva", ya que se limita a consagrar en el art. 37.1 este derecho, señalando quienes son sus titulares (representantes de trabajadores y empresarios) y reconociendo fuerza vinculante a los convenios colectivos. Partiendo de esta idea, defiende que el legislador dispone "de un amplio margen de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva, aunque esa libertad no sea absoluta". Según el Tribunal Constitucional, "no existe un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva", por lo que "tan legítima resulta desde el punto de vista de su constitucionalidad una política legislativa que se decante por la prioridad del convenio colectivo sectorial o supraempresarial, como aquella que opte por la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, pues uno y otros son producto de la negociación colectiva entre sujetos legitimados para ello". Se concluye así que "la descentralización de la negociación colectiva constituye un objetivo que el legislador puede legítimamente pretender, atendiendo a las consideraciones de política social y económica que estime conveniente" (SSTC 119/2014 de 16 de julio y 8/2015 de 22 de enero)[13].

mentos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa; abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; horario y la distribución del tiempo de trabajo; régimen de trabajo a turnos y planificación anual de las vacaciones; adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores; adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa; y medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

[11] Retrato de las PYME 2016. Subdirección general de apoyo a la PYME. Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, Secretaría General de Industria y de la pequeña y mediana empresa, pág. 1.

[12] Las estadísticas oficiales sobre la estructura de la negociación colectiva española mostraban la preponderancia del convenio colectivo provincial en la mayor parte de los sectores económicos.

[13] En su Voto Particular, Valdés reconoce que, efectivamente, la Constitución española no contiene un modelo cerrado de negociación colectiva. Ahora bien, ello no significa que el legis-

En definitiva, el ET en su Título III contiene todo un elenco de alusiones a los procedimientos de autocomposición de los conflictos laborales que nos indican en qué caso se puede recurrir a los mismos, pero sin concretar su régimen jurídico, cuyo desarrollo se deriva a la propia negociación colectiva.

1.2.2. Flexibilidad laboral y autocomposición de los conflictos en la gestión y ejecución de los contratos

El papel de los procedimientos autónomos de solución de conflictos ha ido más allá, experimentando cambios cualitativos de la mano de las últimas reformas acometidas en el ET. La clara apuesta por la flexibilidad en todas sus acepciones (de entrada[14], interna y de salida o externa), ha incidido de manera relevante en nuestro objeto de estudio.

Por lo que respecta a la definición flexibilidad interna, tomaremos prestadas las palabras del propio legislador quien, en la Exposición de Motivos de Ley 35/2010 de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, expresaba que se trata del "conjunto de medidas que permitan la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de la producción", añadiendo que su objetivo es "el mantenimiento del empleo durante las situaciones de crisis económica, reduciendo el recurso a las extinciones de contratos y ofreciendo mecanismos alternativos más sanos que la contratación temporal para favorecer la adaptabilidad de las empresas". Dicho de otro modo, el contrato de trabajo, en tanto se está ejecutando la prestación de servicios, incrementa su ductilidad, para adaptarse a las necesidades de la organización productiva, lo cual implica que se acepta un mal menor (alterar las condiciones de trabajo en el senti-

lador goce de libertad absoluta en el desarrollo de este derecho, ya que el art. 37.1 CE responde a un "modelo promocional de negociación colectiva", de tal manera que el legislador se encuentra obligado a "adoptar y poner en funcionamiento aquellas medidas que incentiven la actividad contractual colectiva".

[14] No es el momento de ahondar en estas líneas sobre los perfiles de la flexibilidad de entrada. La existencia un amplísimo elenco de modalidades contractuales laborales en nuestro Ordenamiento jurídico es muestra evidente de que, al menos sobre el papel, de nuestro modelo se puede predicar sin lugar a dudas la denominada flexibilidad de entrada. Un intento –fallido- de acometer este proceso de racionalización vino de la mano del RD 16/2013, de 20 de diciembre de 2013, de mejora de la contratación estable y la empleabilidad de los trabajadores, que formalmente redujo el número de contratos de 42 a 4 (indefinido, temporal, en prácticas y formación y aprendizaje). Sin embargo, se ha tratado de una mera simplificación administrativa ya que, realmente, perviven bajo la denominación de "cláusulas contractuales" la totalidad de los contratos existentes con anterioridad a la entrada en vigor de esta norma, por lo que al final, lo que se ha reducido realmente es el número de formularios. Difícilmente esta situación va a contribuir a racionalizar la temporalidad que preside la contratación laboral en España, la cual se sitúa muy por encima de la media de nuestros socios comunitarios. Díaz Aznarte, M.T. "Flexibilidad interna y externa en el modelo de relaciones laborales español ¿Un espacio para la mediación?, en AA.VV. (Dir. Monereo Pérez, J.L. y Orozco Pardo, G.): *Tratado de mediación…* Op.Cit., págs. 562 y 563.

do que concretaremos más adelante) para evitar un desenlace mucho más traumático, como es la extinción del vínculo contractual por causas empresariales. Las principales instituciones que se han visto afectadas por la inclusión de medidas de flexibilidad interna en su normativa reguladora han sido: clasificación profesional (art. 22 ET), jornada de trabajo (distribución irregular de la misma, art. 34 ET), movilidad funcional (art. 39 ET), movilidad geográfica (art. 40 ET) modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET) , y suspensión del contrato y reducción de jornada por causas económicas, técnicas organizativas o de producción (art. 47 ET). En relación a varias de las instituciones mencionadas, aludiremos a la relativización de las causas que deben justificar la adopción de medidas de esta envergadura (arts. 40, 41 y 47 ET), así como a la desaparición del requisito de contar con autorización administrativa para proceder a la suspensión del contrato o a la reducción de jornada por causas económicas, técnicas organizativas o de producción (art. 47 ET).

Por su parte, la flexibilidad externa o de salida, se encuentra vinculada a los mecanismos de extinción del contrato de trabajo. La lógica que subyace tras la defensa de la flexibilización de las herramientas jurídicas que regulan la extinción del contrato, es por todos conocida: facilitando el despido se fomentará la contratación, luego, estas medidas estaban formalmente destinadas a desplegar un efecto directo en la reducción de la tasa de paro de nuestro país[15]. Las fórmulas empleadas para alcanzar este objetivo han sido diversas y son de sobra conocidas: a) Reducción de la cuantía de la indemnización por los despidos calificados como improcedentes por el orden jurisdiccional social (art. 56.1 ET, tras la redacción introducida de la mano de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral); b) Reconfiguración de los salarios de tramitación, a los que el trabajador tendrá derecho únicamente en el caso en el que el empresario opte por la readmisión; c) Redefinición de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción que justifican el recurso por parte de la empresa a la figura del despido por causas objetivas (art. 52 ET) o colectivo (art. 51 ET); d) Modificación del procedimiento reglado para acometer el despido colectivo (art. 51 ET), eliminando la necesidad para la empresa de contar con autorización administrativa en aquellos casos en los que el período de consultas finalice sin acuerdo (en la misma tónica que lo estipulado en el art. 47 ET para la suspensión del contrato o la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción).

El Derecho del Trabajo de la crisis, en este proceso de reforma al que venimos aludiendo, ha incidido simultáneamente en las todas las facetas de la flexibilidad. Seguramente este ha sido uno de los principales errores cometidos por

[15] En el momento de escribir estas líneas, la tasa de desempleo se cifra en el 16,7 %.

el legislador, ya que abordar de manera acumulativa una modificación de la normativa laboral que permite la inclusión y fortalecimiento de medidas flexibilizadoras en las tres vertientes comentadas –contratación, ejecución del contrato y extinción del vínculo contractual- , provoca una alteración en la esencia del modelo de relaciones laborales[16], al ignorar, deliberadamente en función de los intereses creados, la tasa de ocupación se encuentra vinculada a etapas de crecimiento económico[17].

El fortalecimiento de los sistemas de solución autónoma de conflictos en el contexto del proceso reformista de la legislación laboral que estamos abordando, comienza con la entrada en vigor del RDL 10/2010, de 16 de junio y la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. El legislador reparó en los distintos mecanismos para propiciar la flexibilidad interna, llegando incluso a ofrecernos por primera vez una definición de la misma (Exposición de Motivos de la Ley 35/2010) y procediendo a continuación a la modificación de la redacción de los arts. 40.2 ET (movilidad geográfica, concretamente procedimiento para acometer traslados colectivos) y 41.4 ET (modificación sustancial de las condiciones de trabajo). También la flexibilidad externa o de salida se aborda en esta norma, concretamente mediante al modificación del art. 51.4 ET (despidos colectivos por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción). Así, el procedimiento para acometer estas medidas (traslados colectivos, modificación sustancial de las condiciones de trabajo o despidos colectivos por causas empresariales), introduce una novedad, a través de una fórmula que se repite literalmente en cada uno de los preceptos mencionados: "El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas a que se refiere este apartado por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período".

[16] En sendos votos particulares formulados a las SSTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero, Valdés Dal Re destaca que "la reforma permite que las medidas de flexibilidad interna y externa puedan utilizarse sucesiva o simultáneamente". Y añade que resulta inaceptable desde la perspectiva constitucional, "que la elección por cada concreta empresa de aquellas medidas de competitividad y viabilidad que le puedan reportar concretas ventajas económicas puedan terminar erigiéndose en legítima restricción al ejercicio de derechos constitucionales al pretendido amparo de la libertad de empresa".

[17] Con anterioridad a las recientes reformas 2010,2011 y 2012, mantuvimos la tasa de desempleo por debajo del 10 % (según datos del INE, en 2005 fue del 9.2 %, en 2006, del 8.5 % y en 2007 del 8.3%, el nivel más bajo de nuestra historia reciente). La presunta rigidez de la normativa laboral en esos momentos previos a este intenso proceso reformista, no constituyó un obstáculo entonces ni lo será ahora si se dan las circunstancias económicas propicias.

Sólo un año después, el RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, vuelve a incidir en la materia que nos ocupa, produciéndose lo que la doctrina ha denominado la "juridificación" del concepto de flexibilidad interna[18], lo cual se materializó en el art. 85.3 i) del ET al establecer que en el contenido mínimo del convenio colectivo, debían figurar "Medidas para contribuir a la *flexibilidad interna* en la empresa, que favorezcan su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad del empleo en aquélla, y, en particular, las siguientes: 1º Un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año. Salvo pacto en contrario, este porcentaje será de un cinco por ciento; 2º Los procedimientos y los periodos temporales y de referencia para la movilidad funcional en la empresa.». Del mismo modo, el art. 85.3 g) del ET, tras la redacción dada por el RDL 7/2011, exigió que dentro del contenido mínimo del convenio colectivo constase "La adhesión y el sometimiento a los procedimientos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo, siempre que éstos no fueran de aplicación directa".

Estas referencias expresas a la flexibilidad interna negociada han desaparecido de la redacción actual del art. 85 ET reguladora del contenido mínimo del convenio colectivo. Como acertadamente ha señalado la doctrina, la orientación político-jurídica de la reforma 2012 revirtió el proceso iniciado en el período 2010-2011 mediante el cual se incentivaba el recurso a los medios de solución extrajudicial de conflictos como manifestación de la autonomía colectiva[19].

Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral introdujo notables novedades en relación a la materia que nos ocupa. Si nos detenemos en el tenor literal de los distintos preceptos implicados, observamos que efectivamente, continúa inalterada la referencia a la posibilidad de sustituir el período de consultas por la mediación o el arbitraje en todos aquellos supuestos que hemos incardinado en el concepto de "flexibilidad interna". Los arts. 40.2,41.4 y 47.1 ET disponen que "El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período

[18] Valdés Dal Re, F. "La juridificación del concepto de flexibilidad interna", RELACIONES LABORALES, 2011-II, pág. 103.

[19] *Vid.* Valdés Dal Re, F. "Hacia un derecho común de la flexibilidad interna", *Relaciones Laborales,* núms. 19-20, 2012, pág. 5. En el mismo sentido, Miñarro Yanini, M., "El impulso oscilante a los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales efectuado por las últimas reformas laborales" ACTUALIDAD LABORAL**,** núm. 19, Sección Estudios, Noviembre 2012, tomo 2, pág. 8.

de consultas a que se refiere este apartado por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período", de manera que, aparentemente, la apuesta por el recurso a los medios de solución autónoma o extrajudicial de conflictos continúa vigente.

Sin embargo, estos preceptos han experimentado relevantes modificaciones. El legislador, en aras a la consecución de una mayor flexibilidad laboral, alteró su redacción propiciando que el procedimiento para acometer medidas de un más que considerable calado (esencialmente movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y suspensión o reducción de jornada por causas técnicas, económicas, organizativas o de producción) resultase mucho más dúctil para el empresario. Dicho en otras palabras, la Ley 35/2010 y el RD 7/2011 avanzaban en materia de flexibilidad, si bien la ubicaban en el marco de actuación de la autonomía colectiva. Las medidas flexibilizadoras eran posibles siempre y cuando fuesen negociadas. Por el contrario, la Ley 3/2012 de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo, supuso un notable fortalecimiento del poder de dirección empresarial, ya que como veremos a continuación, desde su entrada en vigor para la organización productiva resulta mucho más fácil implementar estas medidas sin que la decisión esté supeditada a la consecución de un acuerdo. Como ha señalado la doctrina, hasta 2011, la legislación laboral aludía a la flexibilidad interna como una flexibilidad negociada. Tras la reforma de 2012, se ha dado un paso adelante "en la desposesión de los agentes sociales de su papel en este campo"[20].

Puede resultar útil, llegados a este punto, efectuar un análisis panorámico de las medidas concretas de flexibilidad interna que contiene la legislación laboral vigente, para a continuación determinar qué papel pueden desempeñar la mediación y el arbitraje en la implementación de cada una de ellas:

A) Distribución irregular de la jornada

El art. 34.2 ET dispone que "Mediante convenio colectivo o, en su defecto, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, se podrá establecer la distribución irregular de la jornada a lo largo del año. En defecto de pacto, la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo. Dicha distribución deberá respetar en todo caso los períodos mínimos de descanso diario y semanal previstos en la Ley y el trabajador deberá conocer con un preaviso mínimo de cinco días el día y la hora de la prestación de trabajo resultante de aquella ". Este precepto, hasta llegar a

[20] Igartua Miró, M.T. "Los nuevos perfiles de la flexibilidad interna: algunos interrogantes tras la Ley 3/2012, de 6 de julio", ARANZADI DOCTRINAL, *núm. 6,* 2012, pág. 6.

su redacción actual, experimentó diferentes modificaciones en su redacción de la mano de distintas disposiciones normativas (RD 7/2011, RD 3/2012, la Ley 3/2012 y del RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores).

La posibilidad de distribuir irregularmente la jornada de nuevo es un claro ejemplo de flexibilización en el sentido que antes hemos apuntado: fortalecimiento del poder unilateral del empresario. No podemos perder de vista el hecho de que, en defecto de pacto –es decir, con carácter subsidiario a los instrumentos de la autonomía colectiva- la empresa podrá proceder a implementar esta medida, teniendo como único límite cuantitativo el expresado en el precepto, esto es, el 10 por 100 de la jornada.

B) Movilidad geográfica

El art. 40 ET contiene el régimen jurídico de desplazamientos y traslados, figuras ambas que implican para el trabajador un cambio de residencia. Prevé la legislación laboral que la empresa, siempre y cuando concurran razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen, la empresa pueda proceder al desplazamiento (temporal) o traslado de los trabajadores. Añadiendo que "Se consideraran tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa, así como las contrataciones referidas a la actividad empresarial".

La reforma de 2012 también modificó el régimen jurídico de la movilidad geográfica, dando una redacción mucho más flexible a las causas que justifican el traslado (ha desaparecido la referencia a la necesidad de que la medida contribuya a mejorar la situación de la empresa a través de una más adecuada organización de sus recursos que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda).

El período de consultas se restringe al traslado colectivo, y el propio legislador concreta, en el art. 40.2 ET el deber de las partes de negociar de buena fe, con vistas a la consecución de un acuerdo, el cual "requerirá la conformidad de la mayoría de los representantes legales de los trabajadores o, en su caso, de la mayoría de los miembros de la comisión representativa de los trabajadores siempre que, en ambos casos, representen a la mayoría de los trabajadores del centro o centros de trabajo afectados". Y es en este contexto en el que la mediación y el arbitraje pueden desempeñar un relevante papel, teniendo en cuenta que el propio art. 40.2 ET prevé que "El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas a que se refiere este apartado por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período".

La mediación, si las partes optan por recurrir a este procedimiento de solución autónoma de conflictos para solventar las discrepancias que surjan durante el período de consultas, puede resultar de enorme utilidad a la hora de concretar las causas que justifican el traslado, intentar reducir el número de trabajadores afectados por la medida, especificar cuando la medida implica realmente un cambio de residencia o determinar el orden de prioridad de permanencia de los colectivos titulares de este derecho - trabajadores con cargas familiares, mayores de determinada edad o personas con discapacidad, art. 40.5 ET[21].

C) Modificación sustancial de las condiciones de trabajo

El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo es sumamente complejo y se encuentra plagado problemas interpretativos que han sido objeto de un intenso tratamiento tanto en la doctrina científica como en la jurisprudencial. Las características de esta obra nos obligan a efectuar un somero análisis de las principales previsiones normativas contenidas en este precepto, esencialmente en lo referido a nuestro objeto de estudio: la posibilidad de que la mediación y/o el arbitraje puedan ocupar un lugar en el procedimiento arbitrado en el art. 41 ET.

El procedimiento para acometer la modificación sustancial de las condiciones de trabajo prevista en el art. 41 ET, guarda importantes similitudes con el previsto en el art. 40 para la movilidad geográfica. Así, la modificación sustancial puede ser individual/plural o colectiva, en función del número de trabajadores que se vean afectados por la medida en un período de 90 días. La normativa vigente no prevé la apertura de período de consultas cuando la modificación sustancial de las condiciones de trabajo es individual o plural. En este caso, la decisión empresarial deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de 15 días a la fecha de su efectividad.

Si la modificación sustancial de las condiciones de trabajo reviste carácter colectivo, la decisión empresarial debe ir necesariamente precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, cuya duración no será superior a 15 días.

De nuevo, el legislador contempla de manera expresa la posibilidad de sustituir el período de consultas "por la aplicación del procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período" (art. 41.4 T).

[21] Del Rey Guanter, S. "Flexibilidad interna y negociación colectiva en la Ley 3/2012 y el Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales", http://fsima.es/wp-content/uploads/FLEXIBILIDAD-INTERNA-NC-Y-MEDIOS-EXTRAJUDICIALES.pdf, 2013, págs. 7-8.

Resulta indudable que en el contexto de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, son múltiples y de diverso calado las cuestiones que podrían componerse a través del recurso a los procedimientos de autocomposición de los conflictos. Así, cabría resolver en este ámbito las discrepancias surgidas en torno a la consideración como sustancial o accidental de la condición que se pretenda alterar, incluso cuando afecte a alguna de las materias expresamente recogidas en el art. 41.1 ET. También se ha señalado que la solución autónoma de conflictos podría contribuir a determinar si la modificación de una materia, aun no estando incluida en el tenor literal del precepto, puede considerarse sustancial de cara a la aplicabilidad del procedimiento previsto en el mismo –se alude en este sentido a la figura de los beneficios sociales "a veces difíciles de conceptuar como condiciones de trabajo"[22].

D) Suspensión del contrato de trabajo o reducción de la jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción

Aunque esta medida de flexibilidad interna era contemplada por nuestra legislación laboral desde hace tiempo, lo cierto es que se ha visto redimensionada a través de la Leyes 35/2010 y 3/2012. Una de las principales novedades, introducida en 2012, reside en el hecho de que se ha eliminado el requisito de la autorización administrativa previa. Debemos destacar que se ha incidido en esta faceta temporal y revocable de flexibilidad interna insistiendo en su configuración como una alternativa a la flexibilidad externa e incluso como una salida menos dañosa para los trabajadores que la modificación sustancial de las condiciones de trabajo prevista en el art. 41 ET, que revestiría carácter permanente y estaría sujeta a un procedimiento bien distinto, como hemos tenido ocasión de esbozar. El art. 47 ET contempla dos medidas -suspensión del contrato y reducción de jornada- ambas coyunturales –limitadas en el tiempo- y que se presentan como una alternativa a la extinción definitiva del contrato de trabajo. En ambos supuestos, se requiere la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, definidas por el art. 47.1 ET en el sentido que ya conocemos.

La empresa, acreditando la concurrencia de las causas indicadas, podrá suspender los contratos de trabajo o reducir la jornada laboral. En este último caso, la disminución temporal de la jornada que contempla el art. 47.2 ET es aquella que oscila entre un 10 y un 70 por ciento de la jornada de trabajo computada sobre la base de una jornada diaria, semanal, mensual o anual. Tanto en el caso de suspensión como en el de reducción de jornada, habrá que respetar el procedimiento previsto en el art. 47.1 ET, que será de aplicación con independencia del número de trabajadores de la empresa y del número de afectados por esta medida de flexibilidad interna. El mencionado procedimiento se iniciará mediante comu-

[22] Del Rey Guanter, S., Op.Cit., pág. 10.

nicación a la autoridad laboral competente y la apertura simultánea de un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores de duración no superior a quince días.

Durante la suspensión de los contratos, los trabajadores no tienen derecho a salario ni a indemnizaciones, pero pueden acceder a prestaciones de desempleo si reúnen las condiciones legalmente exigidas para ello. En los supuestos de reducción temporal de la jornada, el trabajador estará en situación legal de desempleo (artículo 267.1.b) de la Ley General de Seguridad Social) y podrá acceder a la prestación de desempleo parcial, cuyo consumo se producirá por horas y no por días. El porcentaje consumido será equivalente al de reducción de jornada autorizada. Ello significa que en el caso de reducción de jornada, el trabajador percibirá la parte proporcional del salario, que compatibilizará con la cuantía correspondiente de la prestación de desempleo parcial.

Una vez finalizado el período de consultas, "el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión que surtirá efectos a partir de la fecha de su comunicación a la autoridad laboral, salvo que en ella se contemple una posterior. La autoridad laboral comunicará la decisión empresarial a la entidad gestora de la prestación de desempleo". Y de nuevo, el legislador recurre a la fórmula que ya ha utilizado en los arts. 40 y 41 y reitera en el art. 47.1 ET : "El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período". Insiste en este particular el art. 28 del RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada, que remite expresamente a los procedimientos "regulados en los acuerdos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales de nivel estatal o autonómico".

También en sede de **flexibilidad externa**, encontramos referencias expresas a los medios de solución autónoma de conflictos. El procedimiento para acometer un despido colectivo por causas empresariales, se encuentra en el art. 51 ET y en el RD 1483/2012, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de despido colectivo y de suspensión de contratos y reducción de jornada. Una de las principales novedades que introdujo la reforma de 2012 fue la supresión de la autorización administrativa que debía obtener la empresa para proceder a la extinción de los contratos en aquellos casos en los que el período de consultas finalizase sin acuerdo (al igual que ha sucedido en relación al art. 47 ET, que contiene el régimen jurídico de la suspensión del contrato o la reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción). El art. 51.2 ET establece que el despido colectivo ha de ir precedido por un período

de consultas con los representantes de los trabajadores, de una duración máxima de 30 o 15 días, en función del tamaño de la empresa, superior o inferior a 50 trabajadores, respectivamente.

De nuevo, en el art. 51.2 ET, el legislador repite la fórmula que conocemos y que abre un espacio a la mediación laboral: "El empresario y la representación de los trabajadores podrán acordar en cualquier momento la sustitución del período de consultas por el procedimiento de mediación o arbitraje que sea de aplicación en el ámbito de la empresa, que deberá desarrollarse dentro del plazo máximo señalado para dicho período".

2. EL ACUERDO DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS (ASAC)

2.1. Nociones previas

El V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (Sistema Extrajudicial), firmado el 7 de febrero de 2012 (BOE de 23 de febrero de 2012), incorpora en relación a la materia que nos ocupa algunas novedades relevantes si lo comparamos con su antecesor, el ASEC IV.

El primer acuerdo de ámbito estatal (ASEC 1996), fruto de la negociación colectiva, se ocupo de regular los concretos procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, si bien también procedió a configurar la institución sobre la cual recaerían las funciones de gestión y organización de los mismos (Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje, SIMA)[23]. Desde 1996 hasta la actualidad, se han sucedido cinco Acuerdos estatales de este tipo, en los cuales se puede apreciar un proceso evolutivo bastante significativo, especialmente en lo tocante a su naturaleza jurídica. Con acierto ha señalado la doctrina que es necesario analizar pausadamente si nos encontramos ante Acuerdos que despliegan eficacia general (sobre materias concretas en sentido propio), o más bien serían Acuerdos marco (que requieren de un desarrollo posterior también en el contexto de la negociación colectiva en ámbitos inferiores) o se trataría de Acuerdos de los que únicamente puede predicarse su eficacia obligacional (ello sucedería en el caso de que vinculasen únicamente a los sujetos firmantes, requiriendo adhesión posterior por parte de los sectores o empresas que deseen que les resulte de aplicación). De cara a la atribución de eficacia jurídica, compartimos la tesis que defiende que independientemente de lo que los mismos estipulen, si necesitan ratificación o adhesión, se inscribirían en la categoría de los Acuerdos marco, y

[23] *Vid.* Dueñas Guerrero, L.: "Algunas sedes donde negociar el conflicto laboral: el espacio SIMA y el paritarismo convencional autocomponedor", INFORMACIÓN LABORAL*, núm. 7*, 2015, pág. 19.

no en la de Acuerdos sobre materias concretas (estos últimos dotados de eficacia *erga omnes*) [24].

Desde esta óptica debemos analizar el ASAC V, de 7 de febrero de 2012[25], por lo que a su eficacia respecta. Efectivamente, su tenor literal establece que "Al versar sobre una materia concreta cual es la solución autónoma de los conflictos colectivos laborales, constituye uno de los acuerdos previstos por el artículo 83.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y está dotado, en consecuencia, de la naturaleza jurídica y eficacia que la Ley atribuye a los mismos, siendo de aplicación general y directa (…)" (art. 3.2). Sin embargo, inmediatamente después el precepto dispone que el ASAC V será de aplicación a las partes que se hubiesen adherido al anterior ASEC IV, dejando abierta la posibilidad de que tanto las partes adheridas al anterior ASEC IV, como aquellas que no lo estuvieran, comuniquen en el plazo de tres meses al SIMA su deseo de que no les resulte de aplicación el nuevo Acuerdo. Y añade, en el art. 3.3. que "Las partes legitimadas que hubieran adoptado (…) sistemas propios de solución de conflictos, podrán adherirse en cualquier momento al presente Acuerdo, a través de los instrumentos de ratificación o adhesión". Tras esta lectura de conjunto e integrada de los preceptos involucrados en la identificación del ASAC en orden a su eficacia, a pesar del tenor literal del art. 3.2, no parece que sea predicable de estos acuerdos sobre materias concretas su eficacia *erga omnes*.

En relación a la materia que estamos abordando, debemos detenernos específicamente en el ámbito objetivo del ASAC V, para delimitar en qué tipos de conflictos laborales tienen cabida los procedimientos de solución autónoma de conflictos.

El texto actualmente vigente de manera expresa alude a la ampliación de los conflictos colectivos en los que la solución extrajudicial está llamada a desempeñar sus funciones. La primera cuestión reseñable reside en el hecho de que el ASAC no contempla la posibilidad de recurrir a la autocomposición de conflictos individuales (art. 4.3 "El presente Acuerdo no incluye la solución de conflictos

[24] Un análisis comparativo pormenorizado sobre la naturaleza jurídica de los sucesivos Acuerdos estatales y autonómicos, en Granados Romera, M.I.: *La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2009. De la misma autora, "Configuración jurídica de la mediación…" Op.Cit. pág. 637.

[25] El ASAC V (2012), vigente en la actualidad (aunque denunciado), fue modificado por la Resolución por la que se registra y publica la modificación del V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales, que proporciona una nueva redacción al párrafo tercero del art. 2.2: "(…) Producida la denuncia del Acuerdo, éste extenderá su vigencia durante el tiempo que se desarrollen las negociaciones y, en todo caso, hasta que se alcance un nuevo acuerdo. Durante este período, las partes signatarias se comprometen a negociar con vistas a renovar el mismo y, en caso de bloqueo en el proceso negociador, a someter sus discrepancias a los procedimientos de solución de conflictos estipulados en el presente Acuerdo».

individuales"). Por tanto, a través de la mediación y el arbitraje, se intentará la resolución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo, que versen tanto sobre derechos como sobre intereses.

De acuerdo con el art. 4 del ASAC, los conflictos laborales susceptibles de someterse a los procedimientos previstos en este Acuerdo son:

a) Los conflictos colectivos de interpretación y aplicación definidos de conformidad con lo establecido en el artículo 153 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y sin perjuicio de la intervención de las comisiones paritarias a la que se refieren los artículos 85.3 h) 1o y 91.3 de la LET en los conflictos de interpretación y aplicación de convenios colectivos.

b) Las controversias en las comisiones paritarias de los convenios colectivos que conlleven el bloqueo en la adopción de acuerdos, para la resolución de las funciones que legal o convencionalmente tengan atribuidas. La iniciativa de sometimiento a los procedimientos previstos en este Acuerdo deberá instarse por quien se disponga en el convenio colectivo o, en su defecto, por la mayoría de ambas representaciones.

c) Los conflictos surgidos durante la negociación de un convenio colectivo que conlleven su bloqueo.

No será preciso el transcurso de plazo alguno para someterse a los procedimientos previstos en este Acuerdo, cuando sea solicitado conjuntamente por quienes tengan capacidad para suscribir el Convenio con eficacia general.

Si el bloqueo se produce transcurrido cinco meses desde la constitución de la mesa negociadora, podrá solicitar la mediación, tanto la representación de empresarios como de los trabajadores que participen en la correspondiente negociación, no obstante deberá contar con la mayoría de dicha representación. No se exigirá la mayoría, si así está previsto en el convenio colectivo, cuando se hayan superados los plazos máximos de negociación previstos en el artículo 85.3 f) del texto refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores o en el convenio que se esté renovando.

En cualquiera de los casos, se deberán manifestar las diferencias sustanciales que han provocado el bloqueo de la negociación.

d) Los conflictos surgidos durante la negociación de un acuerdo o pacto colectivo, que conlleven el bloqueo de la negociación correspondiente, por un período de tres meses a contar desde la constitución de la mesa negociadora, salvo que se trate de la renovación de un acuerdo o pacto que contemple un periodo distinto al precedente, en cuyo caso se estará a lo dispuesto en el mismo.

En este supuesto podrá solicitar la mediación, tanto la representación de empresarios como de trabajadores que participen en la correspondiente negociación, no obstante deberá contar con la mayoría de dicha representación.

No será preciso el transcurso de este período cuando la mediación sea solicitada conjuntamente por ambas representaciones.

En cualquiera de los casos, se deberán manifestar las diferencias sustanciales que han provocado el bloqueo de la negociación.

e) Los conflictos derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los artículos 40, 41,47, 51 y 82. 3, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

f) Los conflictos derivados de las discrepancias surgidas en el periodo de consultas exigido por el artículo 44.9 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, que no se refieran a traslados colectivos o a modificación sustancial de las condiciones de trabajo de carácter colectivo.

g) Los conflictos que motiven la impugnación de convenios colectivos, de forma previa al inicio de la vía judicial.

h) La sustitución del período de consultas, acordada por el juez, por la mediación y el arbitraje, a instancia de la administración concursal o de la representación legal de los trabajadores, en los supuestos del Art. 64.5 párrafo último de la Ley Concursal.

i) Los conflictos derivados de las discrepancias surgidas durante la negociación entre empresa y representación legal de los trabajadores, de acuerdos de inaplicación de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos sectoriales, cuando dichos convenios contemplen su inaplicación negociada.

j) Los conflictos en caso de desacuerdo entre la representación legal de los trabajadores y la empresa, en los supuestos de flexibilidad extraordinaria temporal prevista en los convenios colectivos.

k) Los conflictos que den lugar a la convocatoria de huelga o que se susciten sobre la determinación de los servicios de seguridad y mantenimiento en caso de huelga.

Observamos que, por lo que respecta a los vínculos con las medidas de flexibilidad interna, el art. 4.1 e) del ASAC incluye, entre los conflictos afectados, "los derivados de discrepancias surgidas en el período de consultas exigido por los artículos 40, 41,47, 51 y 82. 3, del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores". Asimismo, el art. 4.1 j) alude a "Los conflictos en caso de desacuerdo entre la representación legal de los trabajadores y la empresa, en los

supuestos de flexibilidad extraordinaria temporal prevista en los convenios colectivos".

La implementación de medidas de flexibilidad -interna y externa- ha estado muy presente tanto en las modificaciones operadas en la normativa reguladora de las instituciones afectadas como en la redacción del Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales de 2012, y ello a pesar de que, como ha señalado la doctrina, resulta llamativo que en ningún momento exista en el Estatuto de los Trabajadores ninguna referencia explícita a este Acuerdo, por lo que se ha considerado que el RDL 3/2012, la Ley 3/2012 y el ASAC, "han desarrollado vidas paralelas"[26]. Una interpretación integradora de lo dispuesto por el Estatuto de los Trabajadores y el ASAC, nos permite realizar las siguientes consideraciones:

- En el contexto de las medidas de flexibilidad interna, nos encontramos en primer término con una serie de instituciones en las que, si bien la mediación no está excluida, difícilmente encontrará un espacio de actuación. Ello acontecerá en relación a la clasificación profesional (art. 22 ET), la movilidad funcional ordinaria (art. 39.1 ET) y la distribución irregular de la jornada (art. 34.2 ET). Ni el Estatuto de los Trabajadores ni el ASAC, prevén que en estos casos se recurra a procedimientos como la mediación o el arbitraje. Ello no significa en absoluto que el recurso a los procedimientos de autocomposición de conflictos tenga que encontrarse de manera expresa en los preceptos reguladores de las instituciones jurídico-laborales. Podría incardinarse, perfectamente, en el contexto de la negociación colectiva y las discrepancias que surjan durante la misma vinculadas a estas materias. Ahora bien, siendo realistas, no parece demasiado plausible que en supuestos como los analizados –esencialmente los arts. 39.1 y 34.2 ET-, la mediación vaya a desplegar una actividad significativa y ello, en primer lugar, porque ni la movilidad funcional ordinaria ni la distribución irregular de la jornada son medidas que requieran a la empresa la justificación de causa alguna; por otro lado, y en lo tocante a la distribución irregular de la jornada, no podemos obviar el hecho de que, en defecto de convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y la representación legal de los trabajadores, la decisión podrá adoptarla unilateralmente el empresario. En definitiva, que la mediación encuentre un espacio de actuación en estos casos se ha dejado a la voluntad del empresario.

- En cuanto a la movilidad funcional extraordinaria (art. 39.2 ET), habría que efectuar algunas precisiones. Ciertamente el art. 39.2 ET en ningún momento efectúa un llamamiento a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos para resolver las discrepancias que puedan surgir cuando la empresa encomienda al trabajador la realización de funciones de un grupos profesional superior o inferior a aquel en el que estaba originariamente encuadrado. Sin embargo,

[26] Del Rey Guanter, S. , Op. Cit., 2013, p. 3.

el ASAC, en su art. art. 4.1 j) alude a "Los conflictos en caso de desacuerdo entre la representación legal de los trabajadores y la empresa, en los supuestos de flexibilidad extraordinaria temporal prevista en los convenios colectivos". Indudablemente, en el ámbito de la movilidad funcional extraordinaria, causal y temporal, aunque no se prevé período de consultas con la representación legal de los trabajadores –bastará con informarles-, nada impediría que la mediación actuase para resolver controversias que plantee esta institución.

- Respecto a instituciones como la movilidad geográfica (art. 40 ET), modificación sustancial de las condiciones de trabajo (art. 41 ET), suspensión del contrato de trabajo o reducción de jornada por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (art. 47 ET), existe un llamamiento expreso a la autocomposición del conflicto, reiterado por el art. 4.1 e) ASAC, ya que en cualquier momento del periodo de consultas, las partes pueden acordar su sustitución por un procedimiento de mediación o arbitraje. Esta previsión no está exenta de problemas, ya que el legislador ordena que el procedimiento de solución autónoma de conflictos se desarrolle dentro del plazo máximo señalado para el período de consultas el cual, como hemos señalado, ya se ha visto considerablemente reducido tras la modificación de los preceptos aludidos. La labor del mediador evidentemente se dificulta si éste se incorpora cuando ya se ha consumido una parte importante del período de consultas. Idénticas reflexiones cabe efectuar sobre el supuesto de flexibilidad externa en el que tiene cabida la mediación: el despido colectivo regulado en el art. 51 ET, cuyo procedimiento, como hemos reiterado, contempla también la posibilidad para los sujetos negociadores de sustituir el periodo de consultas por la mediación o el arbitraje.

2.2. La mediación en los Informes de seguimiento de la Fundación SIMA[27]

Una interesante herramienta para proceder a un análisis empírico de la efectividad del ASAC lo constituyen los diferentes informes de seguimiento que anualmente publica la Fundación SIMA. Dadas las dimensiones de este estudio, hemos considerado conveniente centrarnos en los resultados disponibles relativos al procedimiento de mediación desde 2013 (tras la reforma 2012) hasta la actua-

[27] De acuerdo con los diferentes Informes de seguimiento SIMA, en el total de los años analizados, el número de arbitrajes voluntarios fue bastante reducido. Los datos son abrumadores, ya que en 2013 y 2014 sólo el 1% de los procedimientos se sometieron a arbitraje (4 y 5 laudos respectivamente), en 2015 el 100% se tramitaron a través de la mediación (ningún laudo arbitral) y en 2016, únicamente un 0,5 % de tales procedimientos se sustanciaron en el SIMA mediante el arbitraje.

Así, en 2013, se dictaron únicamente 4 laudos arbitrales; en 2014 el número se reduce a 3; no hay información detallada disponible sobre los años 2015 y 2016, ya que la última actualización data del 25 de abril de 2015.

lidad. Algunas de las conclusiones que podemos extraer tras la lectura de estos documentos son las siguientes:

◆**Año 2013**:

a) Clasificación de procedimientos según el resultado:

- En 2013, finalizaron con acuerdo el 24% de los procedimientos[28].

b) Por lo que respecta a los procedimientos según el tipo de conflictos, como datos destacables subrayamos los siguientes: el 70,2 % (interpretación y a aplicación de convenios), 19 % (huelga o servicios de seguridad y mantenimiento), 4,5 % (discrepancias durante el periodo de consultas, arts. 40,41,47, 51 y 82.3 ET), 3,4 % (bloqueo en la negociación del convenio), 1,7 % (inaplicación de convenio colectivo sectorial), 1 % (impugnación convenio colectivo), 0,2 % (bloqueo en la comisión paritaria).

◆**Año 2014**

a) Clasificación de procedimientos según el tipo de conflicto:

- En 2014, finalizaron con acuerdo el 27 % de los procedimientos[29].

b) Según el tipo de conflicto, los resultados fueron. 72 % (interpretación y aplicación de convenios), 20% (huelga), 4% (discrepancias durante el periodo de consultas), 1 % (impugnación de convenios colectivos), 1% (bloqueo de negociación de acuerdos o pactos), 1% (inaplicación de convenio colectivo sectorial).

c) En 2014, el 95% de los desacuerdos en los procedimientos de mediación se produjeron en convenios de empresa (continua la tendencia ascendente, ha que en 2013 este porcentaje fue del 91%)[30].

◆**Año 2015**

a) Clasificación de procedimientos según el resultado: en 2015, finalizaron con acuerdo el 38,3 % [31].

[28] Se produjeron 531 mediaciones, 127 finalizaron con acuerdo, 332 sin acuerdo, 45 fueron intentadas sin efectos y 27 quedaron archivadas. Fundación SIMA. *Informe de seguimiento de los procedimientos tramitados en 2013. Principales resultados*, 30 de diciembre de 2014.

[29] Informe de Seguimiento de los Procedimientos tramitados en 2014. Principales resultados. 15 de septiembre de 2015. El número de mediaciones ascendió a 383, de las cuales 105 finalizaron con acuerdo, 240 sin acuerdo, 26 fueron intentadas sin efecto y 12 quedaron archivadas.

[30] En 2012, fue del 90%, en 2011, del 86% y en 2010 del 85 %.

[31] De las 422 mediaciones computadas, 110 finalizaron con acuerdo, 296 sin acuerdo, 25 fueron intentadas sin efecto y 18 quedaron archivadas. Informe de seguimiento de los procedimientos tramitados en 2015. Principales resultados. 27 de septiembre de 2016.

b) La clasificación de los procedimientos según el tipo de conflicto, arroja los siguiente datos: 73% (interpretación y aplicación de convenios), 20% (huelga), 1% (discrepancias durante el periodo de consultas), 2% (impugnación de convenios colectivos), 1% (bloqueo negociación acuerdo o pacto), 2% (bloqueo negociación de convenio), 1% (inaplicación de convenio colectivo sectorial).

◆Año 2016

a) Clasificación de los procedimientos según el resultado: durante 2016 el porcentaje de conflictos solucionados se situó en un 26%[32].

b) Según el tipo de conflicto, la distribución porcentual fue la siguiente: 78,1 % (aplicación e interpretación de convenios), 18 % (huelga), 2% impugnación de convenios colectivos; 0,8 % bloqueo en la negociación; 0,5% periodo de consultas; 0,3 % inaplicación convenios/descuelgue; 0,3 %, bloqueo en la negociación de acuerdo o pacto.

Las conclusiones que extraemos del estudio conjunto de los mencionados informes del SIMA, son las siguientes:

- En primer lugar, constatamos una evidente infrautilización de los procedimientos de solución autónoma de conflictos colectivos de trabajo. El ASAC prevé once posibilidades de implementación, y solo siete de ellas se han actuado en estos años.

- Por otra parte, a pesar del tiempo transcurrido desde el primer Acuerdo estatal de resolución extrajudicial de conflictos colectivos, resulta llamativo que el número de procedimientos tramitados en el SIMA no experimente una evolución al alza. La secuencia desde 2013 hasta 2016 es oscilante, si bien no podemos dejar de resaltar el notable descenso experimentado desde 2013 (531) hasta 2016 (357).

- En paralelo, debemos subrayar el absoluto protagonismo de los procedimientos que versan sobre aplicación e interpretación de convenios colectivos. En todos los años analizados, el porcentaje supera el 70 %. Es igualmente una constante, que el segundo puesto lo ocupen los procedimientos relativos a la huelga (oscila en torno al 20 %).

- Finalmente, tampoco los resultados en relación al porcentaje de acuerdos alcanzados es excesivamente halagüeño: solo en 2015, el porcentaje de acuerdos alcanzados se acercó al 40 % (concretamente 38,3 %). Los restantes años, no se alcanzó el 30 %. Otro aspecto mejorable en relación al tema que nos ocupa.

[32] Del total de procedimientos tramitados (357), 93 se resolvieron con acuerdo y 264 se cerraron sin acuerdo. Fundación SIMA. Memoria de actividades 2016 (marzo 2017).

3. EL SISTEMA EXTRAJUDICIAL DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS LABORALES EN ANDALUCÍA (SERCLA)

3.1. Configuración general

El Acuerdo sobre Sistema de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales de Andalucía vigente en la actualidad, se firmó el 7 de enero de 2015[33]. Una de las principales características del SERCLA (tras la reforma operada en 2009[34]), es la inclusión en su ámbito funcional tanto de los conflictos colectivos como de los individuales (art. 4 del Reglamento).

El SERCLA, en su Estipulación Tercera, número 3, concreta el ámbito funcional, declarándose de aplicación a los siguientes conflictos laborales:

1. Conflictos colectivos. Su contenido coincide básicamente con lo preceptuado en el art. ASAC

2. Conflictos individuales. Concretamente, el precepto alude a:

   a) Conflictos en materia de clasificación profesional, movilidad funcional trabajos de superior o inferior categoría.

   b) Conflictos en materia de licencias, permisos y reducciones de jornada.

   c) Conflictos en materia de determinación del período de disfrute de las vacaciones; movilidad geográfica; modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo; licencias, permisos y reducciones de jornadas vinculadas con el cuidado de hijos y familiares.

En el procedimiento ante el SERCLA se podrán resolver asimismo las reclamaciones económicas derivadas de las pretensiones relativas a las materias señaladas en los tres apartados anteriores.

[33] Resolución de 30 de enero de 2015, de la Dirección General de Relaciones Laborales, por la que se ordena la inscripción, depósito y publicación del Acuerdo Interprofesional sobre Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía (BOJA de 9 de febrero de 2015). Desarrollado por el Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del Sistema Extrajudicial de Resolución de Conflictos Laborales de Andalucía por el que se aprueba el Reglamento de funcionamiento y procedimiento del SERCLA (BOJA de 25 de abril de 2016).

[34] Será a partir del 16 de junio de 2009, cuando se extienda el ámbito de aplicación del SERCLA a los conflictos individuales para toda la Comunidad Autónoma Andaluza. *Vid.* GRANADOS ROMERA, M.I., "Configuración jurídica…", *Op.Cit.,* págs.. 656-657.

3.2. La mediación en Andalucía tras la reforma 2012[35]

Al igual que sucede en el SIMA, respecto al ASAC, el SERCLA publica anualmente una memoria que nos ofrece interesantes datos que nos ayudan a perfilar los contornos de su implementación y aplicación en Andalucía. Al igual que hicimos en un momento anterior respecto al ASAC, nos detendremos en el estudio de los procedimientos de mediación en los últimos años, de 2013 a 2016.

◆ **Año 2013**[36]

a) Conflictos tramitados que finalizaron en acuerdo: 48,08 % (colectivos) y 38% (individuales)

b) Procedimientos según el tipo de conflictos[37]. En materia de conflictos colectivos: 34% por la aplicación e interpretación de convenios; 17% impago de salarios; 15% derivados de interpretación y aplicación de normas; 13% relativos a la impugnación de modificaciones de condiciones de trabajo; 13 % por bloqueos en la negociación colectiva; 3% motivados por procedimientos de despido colectivo y plural.

En cuanto a los conflictos individuales, los expedientes se refirieron, por este orden a: Modificación sustancial condiciones de trabajo (216), Reducción de Jornada (51), Clasificación profesional (47), Traslados y desplazamientos (29), Vacaciones (17), Licencias y Permisos (10), Movilidad funcional (10) y Trabajos de superior o inferior categoría (3).

◆**Año 2014**[38]

a) Conflictos tramitados que finalizaron en acuerdo: 44,6% (colectivos) y 36,43 % (individuales).

b) Procedimientos según el tipo de conflictos colectivos: 44,77% relativos a la aplicación e interpretación de convenios; 15,11% derivados de la aplicación e interpretación de normas; 11,02 % ocasionados por impago de salarios;

[35] En Andalucía, los datos reflejan algo muy similar a lo que acaece a nivel nacional. La mediación en el ámbito de aplicación del SERCLA ostenta un protagonismo indudable. Así, en los años analizados, el número de laudos arbitrales es muy reducido, aunque ligeramente superior al que observamos a nivel nacional (SIMA). Concretamente, las cifras serían las siguientes: 2013 (3 laudos), 2014 (4), 2015 (5) y 2016 (3). Porcentualmente, respecto al total de procedimientos tramitados en el SERCLA, la prevalencia de la mediación es indiscutible, algo absolutamente lógico dadas las características diversas de ambos mecanismos de solución autónoma de conflictos.

[36] *Memoria actuaciones SERCLA 2013. Soluciones dialogadas a los conflictos laborales.*

[37] Se celebraron 1315 sesiones de mediación, que fructificaron en 450 acuerdos.

[38] *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Memoria 2014*, págs. 65 y ss. En 2014 se registraron en el SERCLA 880 expedientes. El dato llamativo es el descenso en un 22% del número de conflictos colectivos respecto al año 2013. Sin embargo, el número de solicitudes de mediación registradas relativas a conflictos individuales, experimentó un ligero incremento (50 asuntos más).

10,68 % referidos a la impugnación de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo; 10,45 %, sobre bloqueos en la negociación colectiva.

Por lo que respecta a los conflictos individuales, la mayor parte de los asuntos versaron sobre: modificación sustancial de las condiciones de trabajo (246), reducción de jornada (55), clasificación profesional (44), traslados y desplazamientos (25), vacaciones (24), licencias y permisos (10), movilidad funcional (6) y trabajos de superior o inferior categoría (8).

◆**Año 2015**[39]

a) Conflictos tramitados que finalizaron en acuerdo: 39,66 % (colectivos) y 31,31 % (individuales).

b) Modalidades procedimentales. Por lo que respecta a los conflictos colectivos, los datos serían los siguientes[40]: 42,1 % relativos a la aplicación e interpretación de convenios; 20,31 % derivados de la aplicación e interpretación de normas; 10,87% ocasionados por impago de salarios; 8,36% motivados por impugnación de modificaciones de condiciones de trabajo; 1,31 % relativos a despidos colectivos y plurales.

Los conflictos individuales registrados se refirieron, por este orden a: modificación sustancial de las condiciones de trabajo (236), reducción de jornada (50), clasificación profesional (91), movilidad geográfica (7), vacaciones (13), licencias y permisos (22), movilidad funcional (7) y trabajos de superior o inferior categoría (8).

◆**Año 2016**[41]

a) Conflictos tramitados que finalizaron en acuerdo: 40 % (colectivos) y 34,77 % (individuales)

b) La modalidades procedimentales. En materia de conflictos colectivos: 47,47 % relativos a procedimientos por la aplicación e interpretación de convenios; 27,42% derivados de la interpretación y aplicación de normas; 8,54 % ocasionados por impago de salarios; 10,90 % referidos a bloqueos durante la negociación de convenio; 2,02 % fueron procedimientos motivados por despidos colectivos y plurales.

Los conflictos individuales[42] versaron sobre modificación sustancial condi-

[39] *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Memoria 2015*, págs. 65 y ss.

[40] En 2015 se aprecia un ligero descenso en el número de expedientes de conflicto colectivo (se registraron 856).

[41] *Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Memoria 2016,* págs. 57 y ss.

[42] En 2016 el SERCLA registró un total 482 solicitudes de mediación en conflictos laborales de carácter individual, lo que supone 22 asuntos más que el año 2015.

ciones de trabajo (237), reducción de Jornada (56), clasificación profesional (94), traslados y desplazamientos (18), vacaciones (21), licencias y permisos (13), movilidad funcional (8) y trabajos de superior o inferior categoría (11).

Del estudio de las sucesivas memorias elaboradas en el seno del SERCLA, podemos extraer algunas conclusiones:

- El número de procedimientos de conflicto colectivo tramitados en el SERCLA, experimentó un descenso considerable del año 2013 (1315) al 2014 (880). A partir de esta fecha, se ha mantenido por debajo de los 900 asuntos, con ligeras oscilaciones.

- En relación a los procedimientos que han finalizado con acuerdo, en los años 2012 a 2016, los resultados son sensiblemente mejores a los constatados en el SIMA (si bien en este caso sólo se comprenden los relativos a conflictos colectivos). En Andalucía, el porcentaje de procedimientos que concluyeron con acuerdo se sitúa ligeramente por encima del 40 % (la media de los años analizados se sitúa en el 42,75 %). Los procedimientos relativos a conflictos individuales, ofrecen resultados más modestos, ya que la media de expedientes en los que se logró un acuerdo sería del 35,1%.

- También en este caso, se aprecia una infrautilización de los procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales previstos en el SERCLA. En relación a los conflictos colectivos, de las nueve modalidades recogidas en la Estipulación Tercera, núm. 3 del Acuerdo, sin lugar a dudas ostentan el protagonismo, año tras año, los procedimientos relativos a interpretación y aplicación de convenios colectivos, seguidos por los derivados de la aplicación e interpretación de normas, el impago de salarios, la impugnación de modificaciones sustanciales de trabajo y los despidos colectivos y plurales.

- En cuanto a los procedimientos para la resolución autónoma de conflictos individuales, el mayor número de asuntos versa, de manera recurrente sobre modificación sustancial de las condiciones de trabajo; a mucha distancia, se posicionan los derivados de clasificación profesional y reducción de jornada.

4. BIBLIOGRAFÍA

DEL REY GUANTER, S. “Flexibilidad interna y negociación colectiva en la Ley 3/2012 y el Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales”, http://fsima.es/wp-content/uploads/FLEXIBILIDAD-INTERNA-NC-Y-MEDIOS-EXTRAJUDICIALES.pdf) .

DÍAZ AZNARTE, M.T. "La utraactividad del convenio colectivo a la luz de las últimas intervenciones legislativas. ¿Un sendero hacia la reactivación y el recrudecimiento de las medidas de conflicto colectivo?, *Temas Laborales,* núm. 123, 2014, pp. 13-38).

DIAZ AZNARTE, M.T. "Cuando la crisis económica se convierte en argumento jurídico", *RDRL, núm. 2,* 2015.

DÍAZ AZNARTE, M.T. "Flexibilidad interna y externa en el modelo de relaciones laborales español ¿Un espacio para la mediación?, en AA.VV. (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L. y OROZCO PARDO, G.: *Tratado de mediación en la resolución de conflictos,* Madrid, Tecnos, 2015.

DUEÑAS GUERRERO, L.: "Algunas sedes donde negociar el conflicto laboral: el espacio SIMA y el paritarismo convencional autocomponedor", *Revista Información Laboral,* núm. 7, 2015,

GÁRATE CASTRO, F.J., "Las medidas de flexibilidad interna en la reforma laboral de 2012, en especial las relacionadas con la clasificación profesional, la determinación del contenido de la prestación de trabajo objeto del contrato y la movilidad funcional", *Revista Doctrinal Aranzadi Social,* núm. 8, 2013.

GRANADOS ROMERA, M.I. : *La solución de conflictos colectivos laborales: especial referencia a los sistemas autónomos,* Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

GRANADOS ROMERA, M.I. "Configuración jurídica de la mediación en los procedimientos de solución extrajudicial de origen convencional", en AA. VV. (Dir. OROZCO PARDO, G. Y MONEREO PÉREZ, J.L.): *Tratado de mediación en la resolución de conflictos,* Madrid, Tecnos, 2015.

IGARTUA MIRÓ, M.T. "Los nuevos perfiles de la flexibilidad interna: algunos interrogantes tras la Ley 3/2012, de 6 de julio", Revista Aranzadi Doctrinal, núm. 6 de 2012).

LANTARÓN BARQUÍN, D. "A vueltas sobre la solución extrajudicial del conflicto laboral", *Revista Información Laboral,* núm. 10, 2003.

MIÑARRO YANINI, M., "El impulso oscilante a los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales efectuado por las últimas reformas laborales" *Actualidad Laboral***,** núm. 19, Sección Estudios, Noviembre 2012, tomo 2).

VALDÉS DAL RE, F. "Hacia un derecho común de la flexibilidad interna", *Relaciones Laborales,* núms. 19-20, 2012.

VALDÉS DAL RE, F. "La juridificación del concepto de flexibilidad interna", *Relaciones Laborales*, II, 2011.

VV.AA. *Instrumentos de flexibilidad interna en la negociación colectiva,* Dir. RUESGA BENITO, S., Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012, págs. 49.

LOS MEDIOS DE SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE CONFLICTOS LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO: PROBLEMÁTICA

Mª Luisa Pérez Guerrero

Profesora TU de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Huelva*

EXTRACTO **PALABRAS CLAVE: conflicto colectivo, Sector Público, Administraciones Públicas, solución de conflictos**

La conflictividad laboral en el Sector Público presenta características especiales precisamente por la convivencia en este sector de dos tipos de trabajadores, los funcionarios públicos y el personal laboral al servicio del mismo. A pesar de que el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP, en adelante), desde sus inicios, trató de establecer un régimen jurídico laboral unitario para ambos colectivos de trabajadores, en lo referente a la negociación colectiva y, por ende, la solución de conflictos, separa dichos regímenes, regulando tan sólo lo relativo al personal funcionario y estableciendo, por tanto, la regla de la aplicación de la legislación laboral al personal en régimen laboral.

Sin embargo, los límites que el citado Estatuto impone a los Pactos y Acuerdos adoptados en el ámbito de la negociación colectiva de los funcionarios se extienden, por imperativo legal, al resto de los empleados públicos, generando importantes dudas sobre el régimen jurídico aplicable, especialmente, al personal laboral.

ABSTRACT **KEY WORDS: collective conflict, Public Sector, Public administration, conflict solution**

Labor conflicts in the Public Sector presents special characteristics precisely because of the coexistence in this sector of two types of workers, civil servants and the labor contract workers. Although the Basic Statute of the Public Employee tried to establish an unitary labor legal regime for both groups of workers, in terms of collective bargaining and, therefore, the solution of conflicts, separates these regimes, regulating only what is related to the civil servant staff and establishing the rule of the application of the labor legislation to the workers in labor regime.

However, the limits that the Statute imposes to the Agreements adopted in the area of the civil servants collective bargaining, by legal imperative, are extended to the rest of the public employees, generating important doubts about the legal regime applicable, especially, to the staff.

* Grupo de investigación PAI SEJ-322. Este trabajo es el resultado científico del proyecto de investigación DER2015-64752-P, "Sostenibilidad y Responsabilidad en el ámbito deportivo: análisis jurídico y propuestas de reforma normativa ante los retos fiscales y laborales de los deportistas".

 Recepción del original: 23.11.2017 Aceptación original: 16.12.2017

Índice

1. PRESENTACIÓN
2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE SECTOR PÚBLICO
3. LA CONFLICTIVIDAD LABORAL Y EL SECTOR PÚBLICO: PROBLEMAS Y VÍAS DE SOLUCIÓN
   3.1. El reconocimiento constitucional del conflicto colectivo y sus medios de solución en el Sector Público
   3.2. Régimen jurídico de la solución extrajudicial de conflictos en el sector público: la dualidad de regímenes
   3.3. La tipología de los conflictos contemplados en el EBEP (artículo 45.2)
   3.4. La organización territorial de los sistemas de solución de conflictos basados en la negociación: la regulación autonómica
4. LOS PRINCIPALES PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS: LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE
   4.1. La mediación en los conflictos en el Estatuto Básico del Empleado Público
   4.2. El arbitraje como procedimiento voluntario
5. LA EFICACIA DE LOS ACUERDOS Y LAUDOS: LÍMITES Y PROBLEMAS
6. CONCLUSIONES

1. PRESENTACIÓN

Probablemente una de las cuestiones que ha suscitado importantes dudas en el ámbito laboral haya sido la implantación de los medios de solución extrajudicial de conflictos en el Sector Público. La diferente tipología que presenta el personal al servicio del mismo, dividido entre personal funcionario y personal laboral, así como los diferentes regímenes jurídicos a que se encuentran sometidos, hace que sea aún más complejo el establecimiento de procedimientos de solución autónoma de conflictos laborales.

Partiendo, por tanto, de la peculiaridad del empleador y de los empleados, consideramos interesante analizar el régimen jurídico de la solución de conflictos en el Sector Público, así como clarificar las posibles dudas jurídicas que surgen de la aplicación del mismo.

No podemos negar las ventajas de que proporcionan los medios de solución extrajudicial de conflictos en cuanto a rapidez, flexibilidad, disminución de costes económicos y eficacia, entre otras, por lo que no podemos tampoco obviar su importancia en el ámbito de la conflictividad en el Sector Público. Los conflictos laborales reclaman, en definitiva, la misma solución; la equiparación salarial, la determinación del tiempo de trabajo o de las condiciones de trabajo en general[1] son problemas comunes que requieren un tratamiento semejante. Sin embargo, ni el sistema de negociación ni, por tanto, el de solución de conflictos sigue las mismas reglas. La implantación de sistemas de solución extrajudicial de conflic-

[1] Vid. Rodríguez-Piñero Royo, M., "Gestión privada, contratación temporal y calidad en el empleo", en *Temas Laborales*, nº 135, 2016, pág. 113.

tos tiene que superar, como veremos, importantes obstáculos jurídicos para poder llegar al nivel de los sistemas en el sector privado.

2. DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE SECTOR PÚBLICO

Al tratarse de un concepto importado del ordenamiento administrativo sin que exista norma alguna en el ordenamiento laboral que defina qué hemos de entender por Sector Público, consideramos relevante comenzar por definir su ámbito subjetivo de aplicación en relación con las personas que prestan servicios en el mismo, para poder delimitar el objeto de nuestro estudio[2].

El texto de referencia para determinar el régimen jurídico de las personas que prestan servicios en la Administración Pública ha de ser el Estatuto Básico del Empleado Público[3] (EBEP en adelante), sin embargo, nada dice este Real Decreto Legislativo de qué hayamos de entender por Sector Público, limitándose a indicar qué tipo de trabajadores encontraremos en el mismo.

No obstante, esta norma, fue alabada por la mayoría de la doctrina, desde su aprobación en 2007[4], precisamente por su carácter universalista, es decir, por incluir la voluntad del legislador de establecer unas reglas comunes para todos los empleados públicos, independientemente de la naturaleza jurídica del vínculo que le uniera a la Administración o a cualquiera de los entes y entidades que conforman el Sector Público[5]. Partiendo del principio constitucional de que el régimen general del empleo público en nuestro país es funcionarial, reconoce la dimensión que ha adquirido la contratación de naturaleza laboral en el ámbito de

[2] Vid. el interesante estudio de delimitación de este concepto, desde la perspectiva del proceso de reestructuración del mismo, vivido en los últimos años, en De Soto Rioja, S., *La reestructuración del empleo en el Sector Público. La difícil armonización de los postulados del Derecho del Trabajo, el Derecho Administrativo y los imperativos de naturaleza económica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 2012, págs. 47 y ss.

[3] Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

[4] El Estatuto Básico del Empleado Público fue aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en cumplimiento del mandato constitucional establecido en el artículo 103.3.

[5] Así lo ponen de manifiesto, entre otros Cantero Martínez, J., "Ámbito de aplicación y clases de personal al servicio de las Administraciones Públicas", en el libro colectivo *Estatuto Básico del Empleado Público,* Ortega Álvarez (Dir.), La Ley, 2007, p. 45, para quien el EBEP tiene una vocación de "aplicación global", "se trata de que estas mínimas reglas comunes sean aplicables, en principio, a todo el personal que preste sus servicios ya no sólo en la Administración, sino en la totalidad de lo que se denomina sector público". Vid. también Sánchez Morón, M., en el libro colectivo *Comentarios a la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público,* Lex Nova, 2008 (2ª edición), pág. 45, Palomar Olmeda, A., en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público,* Palomar Olmeda y Sempere Navarro (Dirs.), Aranzadi, 2008, pág. 22.

las Administraciones Públicas, para determinadas tareas, y la integra en su articulado[6], tratando de establecer un régimen jurídico único y homogéneo, al menos en lo que se refiere a los principios de actuación y en los derechos y deberes de los mismos[7].

Así, el artículo primero de esta norma establece que el EBEP será de aplicación a los "funcionarios públicos" incluidos en su ámbito de aplicación, aunque también aclara que "tiene por objeto determinar las normas aplicables al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas". Acuña para ello el término empleado público, donde incluye ambos tipos de relaciones jurídicas, funcionarial y laboral[8].

Es pues su ámbito de aplicación, tal como indica el artículo segundo, tanto el personal funcionario como el laboral, "en lo que proceda", al servicio de las siguientes Administraciones Públicas:

a) Administración General del Estado.

b) Administraciones de las comunidades autónomas y de las ciudades de Ceuta y Melilla.

c) Las Administraciones de las entidades locales.

d) Los organismos públicos, agencias y demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas.

e) Las Universidades Públicas.

[6] De nuevo Palomar Olmeda, A., op. cit. pág. 23. Vid. también la Exposición de Motivos de la Ley 7/2007, conforme a la cual la norma "reconoce e integra la evidencia del papel creciente que en el conjunto de las Administraciones Públicas viene desempeñando la contratación de personal conforme a la legislación laboral para el desempeño de determinadas tareas".

[7] Recordemos, como lo hace Sánchez Morón, op. cit. pág. 47, que no era la intención del legislador "diluir la relación estatutaria y la relación laboral de empleo público en un régimen único, sino que el Estatuto Básico incluyera unos mismos principios y valores esenciales para el conjunto de los profesionales y trabajadores del sector público y unos mismos derechos y deberes básicos asimismo comunes, sin perjuicio de las normas específicas aplicables al personal funcionarios o al personal laboral que, justificadamente proceda mantener".

[8] Resulta interesante recoger las palabras de Sánchez Morón, M., op. cit. págs. 46 y 47, cuando, refiriéndose al Informe de la Comisión de expertos, señala que "tanto los funcionarios como el personal contratado por las Administraciones Públicas forman parte del empleo público y la naturaleza de este comporta exigencias que lo diferencian del empleo en el sector privado, sea porque la Administración no es una empleadora semejante a un empresario privado, porque la función de todo aquel personal es, en último extremo, de servicio a los intereses generales o porque todos ellos son retribuidos con fondos públicos… no implica privar de su condición de funcionario a nadie que la tenga adquirida ni significa tampoco convertir en funcionario por ministerio de la ley a quienes no lo son".

E incluye una referencia al personal investigador y al personal docente y estatutario de los Servicios de Salud, siendo para éstos últimos, de aplicación además la legislación específica dictada por el Estado y por las comunidades autónomas, en algunos aspectos. Concluyendo, finalmente, que será de aplicación supletoria a todo el personal de las Administraciones Públicas que no se incluya en su ámbito de aplicación.

Esa referencia a "en lo que proceda", respecto del personal laboral, se concreta aún más en su artículo 7º, que reconoce que el personal laboral al servicio de las Administraciones públicas se rige, además de por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables, por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan[9]. De este modo, el EBEP reconoce la existencia de lo que algunos han venido a denominar "proceso de laboralización del empleo público"[10] o, si se quiere, más concretamente, "huida del derecho administrativo", aceptando que hay materias donde las diferencias entre ambos empleados públicos no son tales y puede establecerse un régimen jurídico homogéneo, que evite la "rigidez" de las normas que rigen la función pública[11].

Así, encontraremos en el EBEP normas que serán de aplicación a todos los empleados públicos, otras que lo sean en exclusiva a los funcionarios públicos y, por último, establecerá normas de exclusiva aplicación al personal laboral[12]. E incluso, en ocasiones, remite sin más a la regulación del Estatuto de los Tra-

[9] Es preciso aclarar que la redacción inicial no incluía esa referencia a "en lo que proceda", siendo introducida por una enmienda del Grupo Popular en el Congreso, como tampoco lo era el orden de prelación que aparece en la actualidad. La redacción inicial era "El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y del sector público se rige por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan, por la legislación laboral y por las demás normas convencionalmente aplicables". BOCG- Congreso de los Diputados - núm. 94-9, de 24 de noviembre de 2006. En relación con los efectos de ese cambio en la redacción del precepto vid. Sempere Navarro, A.V Y Hierro Hierro, F.J, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público,* Palomar Olmeda Y Sempere Navarro (Dirs.), op. cit. pág. 67 a 69.

[10] Vid. Sempere Navarro, A.V. y Hierro Hierro, F.J, en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público,* Palomar Olmeda y Sempere Navarro (Dirs.), op. cit. pág. 65.

[11] Es lo que Cavas Martínez, F., "Propuestas para un Estatuto Básico del Empleado Público", en Aranzadi Social, nº 5, 2005 (BIB 2005/1143), versión electrónica, pág. 4, denomina "amplias zonas de intersección" entre el Derecho del Trabajo y el Derecho Administrativo, afirmando que "la exclusión constitutiva del ámbito laboral que pesa sobre los funcionarios públicos y el personal a él equiparado, sólo es plena con relación a la legislación laboral individual…, pero parcial respecto del conjunto del Derecho del Trabajo, de manera que normas típicamente laborales como la Ley Orgánica de Libertad Sindical o la Ley de Prevención de Riesgos Laborales se aplican indistintamente a funcionarios y trabajadores, con las singularidades o adaptaciones exigidas en cada caso por el marco en que se desarrolla la prestación de servicios".

[12] Vid. de nuevo Sánchez Morón, M., op. cit. pág. 47.

bajadores o a los convenios colectivos, en lo que se refiere a ciertas materias[13]. De forma que la normativa laboral común se aplicará con las matizaciones que incluya el Estatuto[14].

Lo que sí parece claro es que la aplicación de la normativa laboral o convencional debe indicarse expresamente en el precepto correspondiente del EBEP. Así lo expresa el artículo 7º cuando dice que "el personal laboral de las Administraciones Públicas se rige… por los preceptos de este Estatuto que así lo dispongan"[15]. Eso sí, como también se ha indicado, esta referencia a las normas convencionales ha de considerarse declarativa y no constitutiva[16], en cuanto que se encuentra dentro del cuadro de fuentes del Derecho del Trabajo y, por ello, de la relación de trabajo. Pero es evidente que el EBEP, con su referencia a los Pactos y Acuerdos colectivos, consagra la negociación colectiva como fuente del derecho, con plena eficacia normativa[17].

No obstante, en este aspecto el Estatuto no ha estado exento de críticas, precisamente por la falta de determinación que en ocasiones refleja, a la hora de señalar qué reglas han de aplicarse preferentemente en algunos supuestos a los colectivos que integran el concepto de empleados públicos[18]. Lo cual no casa muy bien con el objetivo de claridad y seguridad jurídica que pretendía aportar la Ley del Estatuto, primero, y el Texto Refundido después.

Es por ello que debemos aclarar llegados a este punto, como lo han hecho otros autores, que esta vocación universalista o global del EBEP en relación con su ámbito subjetivo de aplicación, no implica, en ningún caso, que se produzca una equiparación total del régimen jurídico de los dos tipos de personal – funcionarios y personal laboral – ya que esta norma marca claramente las fronteras entre los mismos[19]. Aunque debe reconocerse la influencia o el efecto contagio que re-

[13] Por ejemplo en materia de promoción profesional del personal laboral (artículo 19), retribuciones del personal laboral (artículo 27) o clasificación profesional (artículo 77).

[14] Vid. Del Rey Guanter, S., "Empleo público…", op. cit. pág. 105.

[15] Vid. en este mismo sentido Sempere Navarro y Hierro Hierro, en el comentario al artículo 7º del EBEP contenido en libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público,* Palomar Olmeda y Sempere Navarro (Dirs.), op. cit. pág. 71.

[16] Vid. de nuevo Sempere Navarro y Hierro Hierro, op. cit. pág. 73.

[17] Vid. Del Rey Guanter, S., "Empleo público y empleo privado: reflexiones a la luz del Estatuto Básico", en el libro colectivo *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público,* Del Rey Guanter (dir.), La Ley 2008, pág. 103.

[18] Vid. Del Rey Guanter, S., "Empleo público y empleo privado…", op. cit. pág. 100.

[19] En este sentido se expresa, Del Rey Guanter, S., op. cit. pág. 99. Fronteras y diferencia de trato que algunos autores no han considerado necesariamente obligadas por el mandato constitucional, como Cavas Martínez, F., "Propuestas para un Estatuto Básico del Empleado Público", op. cit. pág. 2, para quien "la Constitución estaría limitándose a constatar una realidad – la existencia de funcionarios públicos – pidiendo su regulación, pero no estaría obligando a mantener la comentada

presenta la aplicación de ciertas condiciones laborales de unos y otros empleados públicos[20], es decir, el progresivo acercamiento entre el ámbito laboral y el de los funcionarios públicos en lo que a condiciones de trabajo se refiere[21].

Esta delimitación del ámbito subjetivo de aplicación del EBEP también fue objeto de algunas críticas desde sus inicios, precisamente por dejar fuera del mismo al personal al servicio de entes que sí conforman el Sector Público, pero no se encuentran en dicha exhaustiva enumeración del Título I, como las sociedades o fundaciones constituidas al amparo del derecho civil o mercantil[22]. Aunque, como veremos más adelante, la exclusión no es absoluta.

Tampoco regula ni aborda supuestos de enorme transcendencia y habitual recurso en el Sector Público, cual es la externalización de servicios en régimen de subcontratación, o, el más debatido recurso a las Empresas de Trabajo Temporal[23]. Supuestos en los que habremos de aplicar la normativa laboral con ayuda de la interpretación que de estas normas ha realizado la jurisprudencia.

Así, pues, tenemos claro qué habremos de entender por personal al servicio de las Administraciones Públicas. Lo que no podemos afirmar de forma tan tajante es que esta identificación de Administraciones Públicas, que lleva a cabo el EBEP, pueda asimilarse al concepto de Sector Público.

dualidad de regímenes… nuestra Norma Suprema no impide una labor de unificación o uniformización del régimen jurídico de todas las personas que trabajan en el seno de la Administración".

[20] Vid De La Villa Gil, L.E., "El Estatuto Básico del Empleado Público. Comentarios de urgencia a los aspectos laborales de la Ley 7/2007, de 12 de abril", en *Revista General de Derecho de Trabajo y Seguridad Social*, Iustel, versión electrónica, pág. 3; para quien "progresivamente está produciéndose un doble fenómeno de interinfluencia por el cual instituciones clásicas de la relación funcionarial se aplican a los trabajadores (algunos principios como los de mérito y capacidad en el acceso… vienen siendo de aplicación común al personal estatutario y laboral…) e instituciones clásicas de la relación laboral se aplican a los funcionarios (la negociación colectiva del personal al servicio de las Administraciones Públicas aunque separada para uno y otro tipo de personal hasta el momento ha tenido como consecuencia una aproximación de las condiciones de empleo que les afectan)".

[21] Vid. Cavas Martínez, F., "Propuestas para un Estatuto Básico del Empleado Público", en *Aranzadi Social*, nº 5, 2005 (BIB 2005/1143), versión electrónica, pág. 3, quien habla también de cierta "convergencia" e incluso "ósmosis" entre el campo laboral y el de la función pública.

[22] Vid. por ejemplo, *De Soto Rioja*, S., *La reestructuración del empleo…,* op. cit. p. 41, para quien "una de las grandes carencias del nuevo modelo será la del silencio casi absoluto que guardará sobre determinadas fórmulas organizativas bajo las que se amparan ciertas ramificaciones del denominado sector público, como son las que representan sobre todo las fundaciones y las sociedades de carácter mercantil, en cuanto que formas de personificación del Derecho privado".

[23] Vid. Del Rey Guanter, S., "Empleo público y empleo privado…", op. cit. pág. 102. En relación con las Empresas de Trabajo Temporal, señala el autor que "tal utilización está excluida con ciertas excepciones desde que hace años, y con origen en normativas autonómicas, empezaron a aparecer prohibiciones cuyo fundamento, al parecer, era la consideración de que tales Empresas podían estar en el origen o contribuir a la alta tasa de temporalidad en las Administraciones Públicas".

La determinación de qué hayamos de entender por Sector Público es crucial para delimitar nuestro objeto de estudio y hemos de considerar a priori que es un concepto más amplio que el de administración pública. Ya que el objeto de nuestro estudio es analizar la conflictividad de este sector, una vez identificada la parte trabajadora, a la que hemos denominado empleado público, nos unimos a quienes consideran que la otra parte del conflicto (o de la relación de trabajo o de servicio) puede denominarse más correctamente "empleador público"[24].

Podemos traer a colación aquí algunas normas del ordenamiento jurídico administrativo que vienen a definir el Sector Público de forma amplia, a efectos de aplicación del régimen jurídico administrativo.

La primera de ellas es la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público[25], que en su artículo segundo enumera qué entidades comprenden el Sector Público, dividiéndolo en cuatro grupos:

a) La Administración General del Estado.

b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.

c) Las Entidades que integran la Administración Local.

d) El sector público institucional.

Y, añade que integran el Sector público institucional las siguientes:

a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público, vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas (que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas).

c) Las Universidades públicas que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de esta Ley.

No obstante, es interesante resaltar que, de todas ellas, sólo tendrán la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público recogidos en la letra a) anterior.

La segunda, algo más exhaustiva, es la Ley de Contratos del Sector Públi-

[24] Vid. de nuevo, Del Rey Guanter, S., "Empleo público y empleo privado…", op. cit. pág. 97.
[25] Ley 40/2015, de 1 de octubre, BOE de 2 de octubre.

co[26], si bien, contiene una enumeración de entes, organismos y entidades a los que considera parte de lo que hemos denominado Sector Público, a efectos de aplicarles las normas nacionales y comunitarias sobre contratación pública[27]. Así, dentro de su ámbito de aplicación incluye a los siguientes:

a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.

b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.

c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.

d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera.

e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:

1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.

f) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

g) Las Entidades Públicas Empresariales a las que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo.

[26] Ley 9/2017, de 8 de noviembre (BOE de 9).

[27] La reciente reforma de esta norma se ha debido fundamentalmente a la necesidad de transponer a nuestro ordenamiento las Directivas 2014/24/UE sobre contratación pública, la Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y la Directiva 2'14/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

h) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

i) Los fondos sin personalidad jurídica.

j) Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

k) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

l) A los efectos de esta Ley, se entiende que también forman parte del sector público las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.

Por tanto, es fácilmente constatable que el concepto de Sector Público es mucho más amplio que el de Administraciones Públicas que define el EBEP, por lo que no sólo habremos de centrarnos en el estudio de la solución de conflictos desde el punto de vista de este texto normativo, con el análisis de su articulado, sino también de la normativa y acuerdos interprofesionales que resulten de aplicación al resto de entes y entidades que conformen el Sector Público.

Por otro lado, el EBEP excluye de su ámbito de aplicación algunos colectivos de funcionarios o personal estatutario que normalmente hemos de incluir en el Sector Público. A éstos no les serán de aplicación las normas contenidas en el mismo, debiendo regirse por su propio Estatuto o norma específica que regule su relación con la Administración o Entidad empleadora. Exclusión que, en el fondo, es relativa, ya que indica una salvedad; que su legislación específica indique otra cosa[28]. Estos colectivos son los siguientes:

[28] Esta exclusión viene determinada en la mayoría de los casos por la dificultad que resultaría de aplicar el EBEP, ya que poseen regímenes jurídicos de prestación de servicios muy específicos a los que resulta de difícil o imposible aplicación un régimen estatutario común como el que diseña el Estatuto. Es el caso del personal militar de las Fuerzas Armadas, del CNI, del personal retribuido por arancel y del personal del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito. Por otro lado, están también excluidos aquellos colectivos cuyo estatuto se encuentra regulado mediante Ley orgánica (Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, Jueces, Magistrados, Fiscales

a) Personal funcionario de las Cortes Generales y de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas.

b) Personal funcionario de los demás Órganos Constitucionales del Estado y de los órganos estatutarios de las comunidades autónomas.

c) Jueces, Magistrados y Fiscales y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia.

d) Personal militar de las Fuerzas Armadas.

e) Personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

f) Personal retribuido por arancel.

g) Personal del Centro Nacional de Inteligencia.

h) Personal del Banco de España y del Fondo de Garantía de Depósitos de Entidades de Crédito.

En cuanto a las entidades locales y a la Policía local, el artículo 3º también aclara que sus funcionarios se regirán por la legislación Estatal, incluido el EBEP, y las de las comunidades autónomas, con respecto a la autonomía local. La Policía Local deberá además excepcionar de la aplicación de las anteriores normas, aquello que se especifique en la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (Ley 2/1986, de 13 de marzo).

Para finalizar, se hace mención especial al Personal funcionario de la Sociedad Estatal

Correos y Telégrafos, que se regirá por sus normas específicas y supletoriamente por lo dispuesto en el EBEP. Su personal laboral, en cambio, se regirá por la legislación laboral y demás normas convencionalmente aplicables.

Junto a ellos deberemos considerar las entidades que, con forma societaria mercantil o fundacional, son financiadas con cargo a presupuestos públicos y que, como hemos advertido anteriormente, no están incluidas en el ámbito de aplicación del EBEP, pese a formar parte del denominado Sector Público. En este punto, podemos constatar que la recomendación de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del EBEP fue justamente la contraria. La Comisión propuso que se aplicasen las normas comunes del EBEP "a las relaciones de personal de todas las Administraciones, organismos y entidades dependientes de

y demás personal funcionario al servicio de la Administración de Justicia, así como el Personal funcionario de los demás órganos constitucionales del Estado y los órganos estatutarios de las comunidades autónomas. Vid. en este sentido Azemar I Mallard, L., "Objeto, ámbito de aplicación y leyes de desarrollo", en el libro colectivo *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público,* Del Rey Guanter (dir.), La Ley 2008, pág. 148.

una Administración o Ente Público creadas por ellos para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y que se financien mayoritariamente con fondos públicos, así como a entidades y organismos públicos dotados de autonomía o independencia funcional, sin perjuicio de las Leyes y normas especiales que, en el marco del Estatuto Básico, pueden aprobarse en cada caso"[29]. Aunque es cierto que se mencionan las normas comunes del EBEP como aquellas que deben extender su aplicación al conjunto de los empleados públicos.

Sin embargo, como ya hemos advertido, la exclusión no es total o absoluta. La Disposición Adicional Primera indica que a estas entidades le son aplicables los principios contenidos en los artículos 52 (Código de conducta), 53 (principios éticos), 54 (principios de conducta), 55 (principios rectores del acceso al empleo público) y 59 (personas con discapacidad).

En conclusión, el ámbito de nuestro estudio no se reducirá al análisis tan sólo de la conflictividad en las Administraciones Públicas, sino que trataremos de ampliar y abarcar el estudio de la conflictividad y sus vías de solución del más amplio Sector Público[30].

3. LA CONFLICTIVIDAD LABORAL Y EL SECTOR PÚBLICO: PROBLEMAS Y VÍAS DE SOLUCIÓN.

La conflictividad laboral y el Derecho del Trabajo han caminado irremediablemente unidos[31], aunque, visto desde una perspectiva optimista, el conflicto es, sin duda, "una amenaza para toda organización, pero también un instrumento que, adecuadamente gestionado, puede conducir al avance y a la mejora de las personas y de los entes sociales"[32]. Es evidente que la conflictividad en el Sector

[29] Informe de la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del Estatuto Básico del Empleado Público. Ministerio de Administraciones Públicas. 25 de abril de 2005, apartado 7 *in fine,* página 31.

[30] En relación con el ámbito de este "conjunto o superestructura que conforma el sector público" vid. De Soto Rioja, S., "Los despidos colectivos en el ámbito del Sector Público. Balance de aplicación tras casi tres años desde su reforma", en el libro colectivo *Reforma de las administraciones públicas y empleo público*, Gómez Muñoz, J.M. (coord...), Mergablum, 2015, págs. 401 y ss. Así como el estudio del mismo autor *La reestructuración del empleo… op. cit.*

[31] Vid. De Soto Rioja, S.: La reestructuración del empleo en el sector público, op. cit. p. 15.

[32] Gamero Casado, E. y Rodríguez-Piñero Royo, M.: "La mediación como estrategia de Resolución de Conflictos", en el libro colectivo *Mediación para la Resolución de conflictos del Personal en las Administraciones Públicas,* Gamero Casado y Rodríguez-Piñero Royo (coords.), Mergablum, 2006, p.9. También la Comisión de Expertos para el estudio y preparación del EBEP destacó su carácter de norma de mínimos en su Informe: "el Estatuto Básico del Empleado Público y, en concreto, los preceptos del mismo que se refieran por igual a funcionarios y contratados

Público también existe. Es posible comprobar cómo en los últimos años, la mayoría de estos conflictos han venido determinados por las medidas de reestructuración y contención del gasto, a su vez causadas por razones económicas, llevadas a cabo en la práctica totalidad del Sector Público[33].

Nadie duda, en la actualidad, de la existencia del derecho de los empleados públicos a plantear conflictos de carácter colectivo, y así lo establece el artículo 15 del EBEP[34] si bien, podemos distinguir el anclaje constitucional de éste, de aquel otro que identifica el derecho constitucional al conflicto de los "trabajadores" o empleados del sector privado o empresarial[35].Pues, como veremos, el derecho al planteamiento de conflictos de carácter colectivo está inexorablemente unido al derecho a la negociación colectiva, y éste último no siempre estuvo claramente considerado por la doctrina para los funcionarios públicos[36]. De hecho, la Constitución señaló preceptos distintos para referirse a los trabajadores (art. 35 y 149.1.7) y a los funcionarios (art. 103 y 149.1.18), y, por ende, para el reconocimiento de los Estatutos que debían regular las relaciones de trabajo de unos y otros; considerándose, por tanto, una diferencia básica entre la relación laboral y la relación estatutaria[37]. Diferencia que el EBEP ha tratado de suavizar para lograr un tratamiento común de ciertos principios y derechos para unos y otros[38].

laborales, debe ser un Estatuto "de mínimos", esto es, una norma breve, que afirme con claridad la vigencia de los principios constitucionales en todo el espectro del empleo que materialmente debe considerarse público, que adopte las garantías necesarias para su cumplimiento y que establezca líneas de modernización de las relaciones de empleo público en su conjunto, pero que deje un margen suficiente para la adaptación de ese núcleo común a las muy diferentes realidades a las que ha de aplicarse" (punto 7, página 30).

[33] Vid. los grandes ejes de conflicto señalados por el Profesor De Soto Rioja, S., "Los despidos colectivos en ámbito del Sector Público…", op. cit. pág. 413. Vid. también el análisis de los problemas que realiza Goerlich Peset, J.M., "Despido colectivo en el sector público: problemas comunes y especialidades", *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5/2013 (BIB 2013/1676). Si bien, la mayor parte de estos conflictos fueron sustanciados por los Tribunales de Justicia.

[34] El artículo 15 del EBEP se titula "derechos individuales ejercidos colectivamente" y reconoce en la letra e) el derecho a "planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, de acuerdo con la legislación aplicable en cada caso".

[35] Vid. sobre el tema García Murcia, J., "Derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo", en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 108, 2014, págs. 275 y ss.

[36] Vid. López Gandía, J., "La negociación colectiva de los funcionarios públicos tras el Estatuto Básico", en el libro colectivo *El Estatuto Básico del Empleado Público,* op. cit. pág. 549.

[37] Vid. de nuevo López Gandía, J, *ibídem*, para quien "esta laguna constitucional, la expresión peculiaridades del artículo 28, y los citados artículos 103 y 149.1.18, utilizados a la contra de la idea de negociación han impedido la configuración constitucional de un derecho de negociación colectiva de los funcionarios públicos".

[38] Vid. De Soto Rioja, S., *La reestructuración del empleo…,* op. cit. p. 37, para quien el EBEP constituye "una ley de mínimos destinada en principio a la totalidad de los funcionarios y los trabajadores que prestan servicios para el entero sector público, aunque con notorias excepciones de aplicación en algunas de sus fórmulas organizativas, y con la que se otorgará carta definitiva

Por otro lado, la introducción de mecanismos de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito del derecho administrativo no ha estado exenta de inconvenientes. El sometimiento de la Administración Pública a principios como el de legalidad, el necesario servicio a los intereses generales y el preceptivo control jurisdiccional de su actuación han actuado como límites a la búsqueda de soluciones alternativas al proceso jurisdiccional[39]. Sin embargo, también se ha apoyado esta opción como necesaria, dada la lentitud y el atasco que sufren los órganos jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo, y el argumento que ha cobrado mayor fuerza ha sido precisamente el del principio de eficacia de la actuación de las Administraciones Públicas[40].

3.1. El reconocimiento constitucional del conflicto colectivo y sus medios de solución en el Sector Público

Podemos afirmar que, en relación a los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales, la opción del constituyente fue más bien "aséptica"[41], a diferencia de lo que sucede con otros derechos colectivos como la negociación colectiva o la huelga, dejando un amplio margen al legislador para establecer el modelo que estimara conveniente. El artículo 37.2 CE reconoce "el derecho de los trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo", encomendando al legislador la regulación del ejercicio de este derecho y sus limitaciones. Dos son las cuestiones que habremos de tener en cuenta en relación con su aplicación al ámbito del Sector Publico. Una, la conexión entre el reconocimiento constitucional del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo y los medios extrajudiciales de solución de conflictos, que ha sido aceptada por el Tribunal Constitucional, refiriéndose, por tanto, en el contenido del derecho a la articulación del conflicto, incluyendo los medios extrajudiciales para su solución[42]. Así,

de naturaleza a una modelo dual y casi indistinto de empleo público. Pues no existirá fijación de porcentaje mínimo o tope máximo para cada una de estas categorías, resultando en la práctica ordinaria una materia casi disponible por completo en cada Administración a la hora de diseñar su estructura interna".

[39] Vid. Escartín Escudé, V., "El arbitraje y otros medios alternativos de resolución de conflictos en el Derecho Administrativo", en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 39-40, pág. 104.

[40] De nuevo Escartín Escudé, V., *ibídem*, y Rosa Moreno, J., "Encuadre jurídico-administrativo de la mediación como técnica alternativa de resolución de conflictos", en el libro colectivo, *Mediación para la Resolución de conflictos del Personal en las Administraciones Públicas,* op. cit. pág. 107.

[41] Vid. Del Rey Guanter, S., La resolución extrajudicial de conflictos colectivos laborales, CARL, 1992, pág. 81.

[42] La conexión entre el reconocimiento constitucional de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos y el artículo 37.2 CE fue aceptada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 217/1991, de 14 de noviembre y 37/1983, de 11 de mayo.

el Alto Tribunal viene declarando que la Constitución reconoce a los representantes de los trabajadores y los empresarios "un poder de regulación y ordenación de las relaciones laborales en su conjunto"[43]. Poder que "actúa en un sistema de negociación colectiva a través de la representación institucional que ostentan los sindicatos y las asociaciones empresariales y que, consagrado en el artículo 37.2 de la Constitución, lleva implícito el de establecer medios autónomos de solución de los conflictos de trabajo, especialmente en relación con las controversias que tengan su origen en la interpretación y aplicación del convenio". Por tanto, podemos apreciar que en el contenido del artículo 37.2 se encuentra tanto el derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo, diferentes de la huelga, como los procedimientos de solución de los mismos[44]. Y, de este modo, podemos afirmar que existe una clara conexión no sólo ya entre el reconocimiento del derecho a la adopción de medidas de conflicto colectivo y el establecimiento de medios autónomos de solución de conflictos, sino entre la negociación colectiva y los mismos, en la medida en que aquellos proceden de esta.

No obstante, hemos de aclarar desde este momento que, mientras que en el ámbito de las relaciones laborales en el sector privado, el Tribunal Constitucional ha venido reconociendo la conexión entre el derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE) y el derecho de huelga (28.2 CE), el de negociación colectiva (art. 37.1 CE) y el de adopción de medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE)[45], no sucede lo mismo en el ámbito de la función pública, donde este Tribunal ha venido negando que todos estos derechos formen parte, del mismo modo o con la misma intensidad, del núcleo duro de la libertad sindical de los funcionarios públicos[46]. Así, según el Alto Tribunal, "el derecho de negociación colectiva no es de por sí

[43] STC 217/1991, fundamento 6.

[44] Cruz Villalón, J., "La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública", op. cit. pág. 36.

[45] E incluso con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 CE. Vid. Martin Valverde, A, "Medios no judiciales de solución de los conflictos laborales: caracterización general", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* nº 123, 2016, pág. 21, para quien "los distintos medios no judiciales de solución de los conflictos de trabajo se desenvuelven en un campo normativo bastante problemático, en el que están sometidos al influjo de fuerzas magnéticas muy poderosas. La designación de tales fuerzas se puede hacer en términos de derechos constitucionales. Uno de ellos es el derecho a la negociación colectiva laboral (art. 37.1 CE); otro, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE); otro, el derecho de huelga de los trabajadores (art. 28.2 CE); y otro, en fin, el derecho de trabajadores y empresarios a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE). El área del ordenamiento donde se ubican los medios no judiciales de solución de los conflictos de trabajo es aquélla en que se conectan y se entrecruzan todos estos derechos constitucionales".

[46] Vid. Rivero Lamas, J. y De Val Tena, A.L., "El derecho a la negociación colectiva de los funcionarios públicos", en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº 68, 2007, pág. 19.

y aisladamente considerado un derecho fundamental tutelable en amparo, dada su sede sistemática en la Constitución, al no estar incluido en la sección 1 del capítulo 2 del título 1 (artículos 14 a 28 CE: SSTC 118/1983, de 13 de diciembre, f.3; 45/1984, de 27 de marzo, f.1; 98/1985, de 29 de julio, f.3; 208/1993, de 28 de junio, f.2). Pero cuando se trata del derecho de negociación colectiva de los sindicatos se integra en el de libertad sindical, como una de sus facultades de acción sindical, y como contenido de dicha libertad, en los términos en que tal facultad de negociación les sea otorgada por la normativa vigente (STC 80/2000, de 27 de marzo, f. 5). Asimismo hemos declarado que, aun cuando en el ámbito funcionarial tengamos dicho (STC 57/1982, de 27 de julio, f.9) que, por las peculiaridades de derecho de sindicación de los funcionarios públicos (art. 28.1 CE), no deriva del mismo, como consecuencia necesaria, la negociación colectiva, en la medida en que una ley establece el derecho de los sindicatos a la negociación colectiva en ese ámbito, tal derecho se integra como contenido *adicional* del de libertad sindical, por el mismo mecanismo general de integración de aquel derecho en el contenido de éste, bien que con la configuración que le de la Ley reguladora del derecho a la negociación colectiva (art. 6.3 b) y c) LOLS)"[47].

De este modo, el Tribunal Constitucional, aplicando una doctrina no exenta de críticas, no reconoce a los funcionarios un derecho constitucional a la negociación colectiva, si bien no impide que legalmente se pueda reconocer este derecho en el ámbito de la función pública. Aunque deja claro que la negociación colectiva de los funcionarios ni forma parte del contenido esencial[48]– constitucionalmente protegido – de la libertad sindical de estos, relegándolo al denominado "contenido adicional", ni tiene reconocida la fuerza vinculante en los términos del 37.1 CE; y marca, con ello, una clara diferencia entre la negociación colectiva de los trabajadores con contrato de trabajo y la de los funcionarios públicos[49].

[47] SSTC 80/2000, de 27 de marzo, f.5, 222/2005, de 12 de septiembre, f.3 y, más recientemente, 118/2012, de 4 de junio, f. 4.

[48] Ya que reconoce que el legislador puede regular especialidades para el ejercicio de este derecho por los funcionarios, si bien, esta especialidades solamente pueden afectar al contenido no esencial de ese derecho de libertad sindical (STC 57, 1982, de 27 de julio).

[49] Vid. Rivero Lamas y De Val Tena, "El derecho a la negociación colectiva…", op. cit. pág. 19. En contra se pronunciaban algunos autores con carácter previo a dicha sentencia, vid. por todos Roqueta Buj, R., *La negociación colectiva en la función pública*, Universidad de Valencia, 1996, pág. 42. Vid. también un resumen de las posiciones doctrinales hasta la actualidad y una crítica de la doctrina constitucional contenida en la STC 80/2000 en Goerlich Peset, J.M., "La negociación colectiva en la Constitución, una mirada crítica", en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, nº 108, 2014, págs. 260 a 262, para quien "No se acaba de ver, en este sentido, que la negociación de funcionarios y asimilados sea únicamente contenido adicional del derecho de libertad sindical… No parece razonable pensar en un contenido esencial del derecho a la negociación colectiva diferente en función de la calificación como laboral o funcionarial de las correspondientes relaciones de servicios". En el mismo sentido se pronuncia Monereo Pérez, J.L., "El derecho a la

Y la segunda cuestión, derivada de lo anterior, tiene que ver con la titularidad del citado derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo, pues el artículo 37.2 CE reconoce este derecho sólo a "empresarios y trabajadores", sin que en tal expresión puedan entenderse incluidos los funcionarios públicos[50]. Lo cual, nos deja un claro interrogante sobre lo que haya de ocurrir con los empleados públicos con contrato laboral. Aun cuando, como se ha dicho, no parece razonable establecer límites a los funcionarios públicos y no extenderlos a quienes prestan servicios también para la misma Administración en régimen laboral[51], lo cierto es que la solución a la que nos lleva la doctrina constitucional antes expuesta, nos obliga a tener que considerar las opciones del legislador, que es quien tiene encomendado el mandato constitucional de desarrollar dichos límites. Y estas singularidades podrán afectar tanto a los funcionarios como a los trabajadores contratados por ella[52].

El legislador está legitimado, por tanto, para ampliar este derecho al ámbito de la función pública[53], como, de hecho, lo hace a través del EBEP. Quienes prestan servicios para una Administración Pública con la condición legal de funcionario público, encuentran ciertas especialidades y peculiaridades o, si se quiere, límites, tanto en el reconocimiento de la libertad sindical recogido en el artículo 28.1 CE, como en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva (ex artículo 103.3 CE), remitiendo en ambos casos la Constitución a lo que establezca el legislador ordinario, que deberá desarrollar el ejercicio de ambos derechos. Y remitiéndonos, por tanto, al modelo de negociación colectiva que diseñe la Ley que regule el Estatuto de los funcionarios públicos[54], que nos es otro que el EBEP.

negociación colectiva", en Monereo, Molina Y Moreno, *Comentarios a la Constitución socioeconómica de España,* Granada, Comares, 2002, pág. 625..

[50] Vid. Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública,* op. cit. pág. 74; también Cruz Villalón, J., "La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública", op. cit. págs. 37 y 38.

[51] Vid. García Murcia, J., "Derecho a adoptar medidas…", op. cit. pág. 289, quien lo justifica añadiendo que "pese a su incongruencia notoria, la separación formal entre uno y otro grupo de empleados públicos es aún la línea de regulación de nuestro sistema legal e incluso de nuestro sistema constitucional ".

[52] Vid. Goerlich Peset, J.M., "La negociación colectiva en la Constitución...", op. cit. pág. 262, para quien "lo hemos visto en el pasado en las SSTC referidas a los topes presupuestarios en materia de retribución del personal al servicio del sector público (por todas STC 24/2002, de 31 de enero)".

[53] Vid. García Murcia, J., "Derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo", *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, nº 108, pág. 289.

[54] Vid. STC 85/2001, de 26 de marzo. Vid. también Cruz Villalón, J., "La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública", op. cit. pág. 38, para quien tiene lugar un "engarce de la negociación colectiva funcionarial a través de su regulación por medio de una legislación ordinaria que no encuentra condicionantes constitucionales directos".

En este marco, como se ha dicho, los sindicatos en la función pública gozarán del derecho a la negociación colectiva en los términos establecidos en la Ley, no existiendo un derecho a negociar al margen de los órganos y sistemas previstos por el legislador[55].Se puede entender, así, la regulación legal tanto de un modelo de negociación colectiva, como de un sistema de solución de extrajudicial de conflictos en el ámbito del sector público, aplicables a los funcionarios públicos. Sin olvidar, eso sí, que se trata de una norma de carácter básico que podrá ser, por tanto, desarrollada convenientemente.

No podemos decir que el precepto constitucional indique, a través de qué institución se podrá ejercer (colectivamente) el citado derecho, ni que precise quiénes pueden ejercer dicha representación, remitiendo, como hemos advertido ya, a la regulación legal. Desde el prisma constitucional, en principio, tanto los sindicatos, como las secciones sindicales o los representantes unitarios podrán plantear medidas de este tipo, quedando abierta dicha posibilidad, en principio, a cualquier otra forma de representación colectiva de los trabajadores[56].

No obstante, como hemos dicho, el legislador, con el aval que le proporciona el propio artículo 37.2 CE, podrá establecer límites a este derecho en función de sus peculiaridades. Por ello, cuando nos encontramos con el personal al servicio de las Administraciones Públicas, sobre la base de lo establecido en el artículo 103.3 CE, será el legislador el que haya de establecer los límites propios de dichos empleados. En este caso, al igual que en relación con el ejercicio del derecho de huelga o la negociación colectiva, se podrán hacer distinciones respecto de los "trabajadores por cuenta ajena" propiamente dichos, en el ámbito del sector privado, lo que nos lleva a concluir, como ha defendido la doctrina, que el artículo 37.2 CE, al incluir la expresión "trabajadores y empresarios" se refiere a los trabajadores que prestan servicios en base a un contrato laboral.

Correspondería, pues, al legislador el establecimiento de los límites que afectarán a los empleados públicos. Eso sí, se podrá admitir, respecto de estos últimos, sin que ello colisione con los preceptos constitucionales, que el recurso a estos medios se encuentre recogido como una obligación o requisito previo a la adopción de otras medidas, en la propia negociación colectiva[57]. Hasta el

[55] Vid. Mauri Majós, J., "Los derechos colectivos en el nuevo Estatuto Básico del Empleado Público", en *Estatuto Básico del Empleado Público,* Ortega Álvarez, L, (dir.), La Ley, 2007, pág. 300.

[56] Vid. García Murcia, J., "Derecho a…", op. cit. pág. 288.

[57] Así lo expresa la STC 217/1991, de 11 de noviembre, en relación con la previsión del Convenio colectivo de acudir a la Comisión Paritaria con carácter previo a la vía jurisdicción. Afirma el Tribunal que "si un sindicato plantea el conflicto directamente ante los Tribunales, omitiendo el anterior requisito, dicho sindicato no habría actuado conforme a los establecido en las normas aplicables las cuales exigen la intervención de la comisión paritaria, ...Y, en tal caso, no puede entenderse vulnerado el derecho de libertad sindical, porque éste sólo habría resultado lesionado si, al plantear el

punto en que el Tribunal Constitucional, tratando de resolver las objeciones de constitucionalidad opuestas a estos acuerdos, ha admitido que, el establecimiento de trámites preprocesales, siembre que sean razonables y proporcionados, y no impidan el recurso final a la vía judicial, son admisibles y no colisionan con el derecho a la tutela judicial efectiva[58].

3.2. Régimen jurídico de la solución extrajudicial de conflictos en el sector público: La dualidad de regímenes

Una vez analizada la aceptación constitucional del establecimiento de sistemas autónomos de solución extrajudicial de conflictos en este ámbito, incluso como requisitos preprocesales, y aclarado que se trata de un derecho que reside en el reconocimiento legal y no en un derecho constitucional expresamente reconocido en la Norma Fundamental, es preciso analizar esa regulación que las leyes contienen respecto del Sector Publico.

En primer lugar, deberemos referirnos al reconocimiento en el artículo 15 del EBEP del derecho al planteamiento de conflictos colectivos de trabajo, como derecho individual que deba ser ejercido colectivamente. En este caso, el EBEP ha optado por configurar el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo como un derecho de todos los empleados públicos, sin distinguir entre funcionarios públicos y laborales. Además, lo configura como una derecho individual de ejercicio colectivo – tal y como se especifica en el título del precepto – y lo subordina a la "legislación aplicable en cada caso", con lo que se evidencia que el legislador requiere que los trabajadores actúen a través de sus representantes[59].

conflicto, el sindicato hubiera acomodado su conducta a lo previsto en las normas correspondientes".

[58] Lo vuelve a decir el TC en la misma Sentencia 217/1991, fundamento 5, cuando recuerda que "la necesidad de plantear la cuestión previamente ante la comisión paritaria del convenio colectivo, no excluye ni cierra el posterior paso a las vías jurisdiccionales. El interesado, si no queda satisfecho con la intervención de la comisión, puede acudir posteriormente, en todo caso, a los tribunales. Pero es que, además, es un trámite que, como hemos visto, encuentra una plena justificación toda vez que tiene por objeto, no solo los fines generales expuestos de la conciliación o de reclamación previa, sino también procurar una solución de la controversia por medios autónomos, propios de la autonomía colectiva y no jurisdiccional… La intervención de la comisión paritaria del convenio colectivo es, pues, una manifestación del principio de autonomía colectiva, y, más concretamente, del derecho de negociación colectiva (art. 37.1 CE) y del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo (art. 37.2 CE) entre las que se encuentran no sólo el planteamiento del conflicto, sino también las de crear medios propios y autónomos para solventarlo". Vid. también Sáez Lara, C., "Administración pública y procedimientos de solución de conflictos laborales", en *Temas Laborales*, nº 125/2014, pág. 404, para quien "la interpretación de un derecho absoluto de acceso a la tutela judicial contenido en el artículo 24 CE… ha ido progresivamente cediendo, en la doctrina científica y constitucional, a favor de conformar el arbitraje como un "equivalente jurisdiccional". De esta forma, se abre la puerta para transitar desde un modelo de dependencia a un posible modelo de autonomía funcional.

[59] "Aunque el texto constitucional no tome nota de ello", tal y como indica García Murcia, J., "Derecho a adoptar…", op. cit. pág. 288.

Este precepto se completa con la regulación en el artículo 45 del miso texto normativo de la posibilidad de "crear, configurar y desarrollar sistemas de solución extrajudicial de conflictos, por acuerdo entre las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales"[60], reconociendo, por tanto, la capacidad de ambas partes para, de forma autónoma, configurar un sistema de solución de conflictos en el marco del empleo público.

Ahora bien, lo primero que llama nuestra atención es que, mientras el artículo 15 resulta de aplicación a todos los empleados públicos, el artículo 45, en cambio, resulta de aplicación solo y exclusivamente a los funcionarios públicos[61], debiendo acudir al Estatuto de los Trabajadores y a las normas convencionales para determinar el régimen jurídico aplicable al personal laboral que presta sus servicios en el ámbito del Sector Público[62]. En este punto no podremos gozar de una regulación homogénea, apartándose, por tanto, el EBEP de su objetivo inicial[63] y generando con ello una cierta confusión en relación al régimen jurídico que hayamos de aplicar al personal laboral. En vista de dicha regulación y considerando que nada más se especifica en el EBEP, habremos de suponer que la opción del legislador es, como lo hace con la negociación colectiva del personal laboral (artículo 32), que el recurso a los medios extrajudiciales de solución de conflictos por los empleados públicos y sus representantes se regirán por la legislación laboral.

Las razones que nos llevan a sostener que el artículo 45 sólo resulta de aplicación a los funcionarios públicos se centran fundamentalmente en el contexto legal en el que se enmarca el precepto. Se trata del capítulo destinado a la negociación colectiva, donde, como sabemos, la diferenciación entre el régimen jurídico aplicable a los funcionarios y el del resto de los empleados públicos se

[60] Vid. Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales…*, op. cit. pág. 64, para quien este reconocimiento tiene dos consecuencias de interés: "junto a la limitación de la potestad unilateral de la Administración en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios, el reconocimiento de áreas de conflicto potencial entre éstos y aquélla, especialmente conectados con la relación de servicio que les une, de forma que posibilita el que se aplique también en este ámbito funcionarial las técnicas de solución extrajudicial de conflicto".

[61] Vid. Gala Durán, C., "La nueva regulación de la solución extrajudicial de conflictos", op. cit. pág. 673, Quintanilla Navarro, Y., "Comentario al artículo 45", en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007…,* op. cit. pág. 359, SALA FRANCO, T., "Los derechos colectivos de los empleados públicos", en *Comentarios a la Ley del Estatuto…,* Sánchez Morón (Dir.), op. cit. pág. 316.

[62] Así, el personal laboral al servicio de las administraciones públicas, así como el resto de los trabajadores del sector público, con contrato laboral, estarían bajo el paraguas de la normativa laboral general y de los Acuerdos interconfederales de solución extrajudicial de conflictos colectivos, firmados entre los interlocutores sociales, como veremos más adelante.

[63] Vid. Fernández Domínguez, J.J., "Artículo 15", en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007…",* op. cit. pág. 161, para quien "existe un listado único de derechos, aun cuando su aplicación, dadas las variadas fuentes normativas y las numerosas limitaciones y excepciones, dista mucho de ser común y homogénea".

justifica por el mandato constitucional del artículo 103.1 CE[64]. En efecto, dentro de este capítulo, que conforman los artículos 31 a 46 del Texto Refundido del EBEP, el artículo 32 se refiere expresamente a la negociación colectiva, representación y participación del personal laboral, remitiendo a la legislación laboral en su regulación, "sin perjuicio de los preceptos de este capítulo que expresamente le son de aplicación". Por ello, para que un precepto de este capítulo sea de aplicación a los empleados públicos con contrato laboral, será preciso que lo indique expresamente el mismo precepto. Y a ello añadiremos que el propio artículo 45 se refiere a los "Pactos y Acuerdos" y a las "Administraciones Públicas", lo que nos tiene que llevar necesariamente a descartar su aplicación al personal laboral[65].

Esto deja al personal laboral en una situación altamente complicada por cuanto se regirá por la legislación laboral, si bien habrá de sortear las limitaciones que impone el EBEP, en ocasiones, difíciles de conciliar con el ejercicio del derecho, y que tendremos ocasión de analizar más adelante. No obstante, hemos de decir en favor del legislador que, a pesar de establecer un régimen diferente al de la legislación laboral, acerca bastante ambos sistemas, permitiendo una progresión en la homogeneización y fusión de los regímenes, con clara influencia del laboral sobre el administrativo[66].

El artículo 45 del EBEP tiene una antecedente claro en el artículo 38 de la Ley de órganos de representación, determinación de condiciones de trabajo y participación del personal al servicio de las Administraciones Públicas (LORAP, en adelante)[67]; aunque con intención de mejorarlo[68]. Así, la LORAP, en su redacción originaria, incluía, por un lado, la posibilidad de crear comisiones de seguimiento de los Pactos y Acuerdos de la negociación colectiva funcionarial[69] y, por otro, un procedimiento de mediación para resolver "los conflictos surgidos

[64] Estas diferencias han venido siendo aceptadas y justificadas por la jurisprudencia y por la mayoría de la doctrina administrativista. Vid. STC 222/2005, de 12 de septiembre.

[65] Lo cual, según Sala Franco, T, "Los derechos colectivos…", op. cit. pág. 315, resulta criticable "por cuanto, de una parte, el personal laboral no tiene ni mucho menos resuelta la aplicación de los procedimientos extrajudiciales acordados para el sector privado y, de otra, parecería más lógico que ambos tipos de personal que comparten un mismo empresario (la Administración Pública), pese a su distinto régimen jurídico, compartieran también los mismos procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos colectivos, aunque no compartan hoy por hoy, esto es cierto, los mismos procedimientos judiciales y la misma jurisdicción".

[66] Vid. Quintanilla Navarro, Y., "Artículo 45", op. cit .pág. 357.

[67] Ley 9/1987, de 12 de junio (BOE del 17).

[68] Vid. Gala Durán, C., "La nueva regulación de la solución extrajudicial de conflictos", op. cit. pág. 672. En relación con el artículo 38 de la LORAP, vid. los estudios de Cruz Villalón, J., "La mediación en la solución de conflictos…", op. cit. págs. 43 y ss.; Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública*, op. cit. págs. 75 y ss.; Roqueta Buj, R., *La negociación colectiva en la función pública*, op. cit. págs. 456 y 457.

[69] Artículo 35 de la LORAP.

en la determinación de las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos o los incumplimientos de los Pactos o Acuerdos"[70]. Modificada la norma, a través de la Ley 7/1990, de 19 de junio, se trató de mejorar su regulación, constituyendo un importante precedente al incluir la solución de los conflictos que resultaran de la interpretación de Pactos y Acuerdos, o de posibles bloqueos negociales, remitiendo además a un sistema de mediación que debía ser desarrollado reglamentariamente, si bien, eso nunca llegó a suceder[71].

Sin embargo, la misma crítica que en su redacción originaria recibió la regulación de la LORAP, puede ser reproducida en la actualidad. Consideramos que resulta extraño que un tema de tanta importancia reciba un tratamiento tan escueto en un solo precepto[72], lo que sólo se entiende por la presunción de una intención del legislador de dejar en manos de los negociadores la creación de un sistema de solución extrajudicial de conflictos para el sector. Pero, en esta línea, tampoco podemos decir que se establezcan mecanismos claros que permitan promover la aplicación de las medidas de solución, dejando en manos de la capacidad negociadora de las partes, esto es, de las organizaciones sindicales y las administraciones públicas, la "creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos", sin añadir nada más.

Por otro lado, ya se señalaba tras la Ley de 1990 que la clave para el funcionamiento "racional" del proceso negocial y la contención de las medidas de presión estaba en la "articulación del proceso de negociación colectiva con los medios de solución de conflictos y de ambos con el posible ejercicio del derecho de huelga"[73]. Por el contrario, esa falta de integración entre el proceso de nego-

[70] Siendo este aspecto bastante criticado, precisamente por mencionar sólo la mediación y no dejando abierta la posibilidad a otros medios de solución de conflictos. Vid. en este sentido Del Rey Guanter, *Los medios extrajudiciales de solución...*, op. cit. pág. 83; y Gala Durán, C., "La solución extrajudicial de conflictos colectivos", en *Comentarios al Estatuto Básico del Empleado Público,* Del Rey Guanter (Dir.), La Ley, 2008, pág. 500.

[71] Dicha norma surgió de un acuerdo entre el Gobierno y las Centrales Sindicales más representativas a nivel estatal, en el marco del diálogo social. Fruto de este acuerdo se modificó el Capítulo III de la LORAP, incluyendo, por tanto, el artículo 38 que quedaba redactado del siguiente modo: "1. Las Administraciones Públicas y los Sindicatos a que se refieren los artículos 30 y 31.2 podrán nombrar de mutuo acuerdo un mediador o mediadores cuando no resulte posible llegar a acuerdo en la negociación o surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos. 2. La mediación se efectuará conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine. 3. Las propuestas del mediador y la oposición de las partes, en su caso, deberán hacerse públicas de inmediato".

[72] Vid. en relación con la LORAP, Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública,* op. cit. pág. 76, para quien el marco jurídico estatal tenía dos notas esenciales, "su simplicidad y su falta de coordinación". También se pronuncia en este sentido Cruz Villalón, J., "La mediación en la solución…", op. cit. pág. 44.

[73] Vid. Del Rey Guanter, S., Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública, op. cit. pág. 79.

ciación, la solución y las posibles medidas de conflicto, traía como consecuencia que la mediación apareciese como algo marginal, desintegrado del proceso que facilitaba, de este modo, la imposición unilateral de las condiciones de trabajo por parte de la Administración por la aplicación del art. 37.2 de la misma norma[74].

E incluso se ha criticado que dicha regulación, prevista en la LORAP, no cumplía con las exigencias del Convenio nº 151 de la OIT, sobre protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en las Administraciones Públicas, ratificado por el Estado Español, que exigiría una mediación de carácter obligatoria y no voluntaria[75]. Al menos, la expresión del artículo 8 del citado Convenio indica que la solución de los conflictos que se planteen con motivo de la determinación de las condiciones de trabajo [de los empleados públicos] "se deberá tratar de lograr" por medio de la negociación entre las partes o mediante procedimientos como la mediación, la conciliación y el arbitraje. Por lo que, independientemente de cómo se interprete esa obligatoriedad o intencionalidad del precepto, lo cierto es que da normalidad al establecimiento de sistemas de solución extrajudicial de conflictos o basados en la negociación, en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Cuando se elabora el Estatuto Básico del Empleado Público en 2007, ya existía en el ámbito laboral un sistema bastante completo, y avanzado en su implantación, de solución extrajudicial de conflictos laborales, creado a partir de la negociación colectiva. Acuerdos interconfederales, como el Acuerdo de Solución Extrajudicial de Conflictos Laborales (ASEC)[76], completados con algunos de ámbito autonómico, habían permitido poner en marcha un sistema de solución extrajudicial de conflictos de trabajo basado en la mediación y el arbitraje. Si bien, como regla general, excluían de su ámbito de aplicación los conflictos en los que

[74] "Corresponderá al Gobierno, en los términos del artículo 3.2 b) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, y a los órganos de gobierno de las demás Administraciones Públicas en sus respectivos ámbitos, establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios públicos en los caos en que no se produzca acuerdo en sus negociación o no se alcance la aprobación expresa y formal a que alude el artículo 35".

[75] Vid. Sala Franco, T., "Los derechos colectivos de los empleados públicos", op. cit. pág. 316. No se muestra en cambio tan crítico Cruz Villalón, J., en la interpretación de este Convenio, "La mediación en la solución…", op. cit. pág. 42, al considerar que el Convenio es lo suficientemente impreciso al utilizar la expresión "se deberá tratar de lograr", que concede una "amplísima libertad de articulación de los mecanismos más idóneos". En este mismo sentido, destacando la "timidez" con la que se expresa la norma internacional, vid. Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución…,* op. cit. pág. 74.

[76] Denominado en la actualidad Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos (ASAC). Vid. V Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos, publicado por Resolución de 10 de febrero de 2012, de la Dirección General de Empleo (BOE nº 46 de 23 de febrero de 2012), modificado por Resolución de 8 de julio de 2016, de la Dirección General de Empleo (BOE nº 175, de 21 de julio de 2016), donde consta la denuncia del mismo por las partes de forma conjunta.

fueran parte las Administraciones Públicas, Comunidades Autónomas, Entidades Locales o entes que conforman el Sector Público. Dejando, por tanto, en tierra de nadie al personal laboral al servicio de los mismos[77].Esta estructura presentaba tres niveles, el interconfederal – en el que hemos mencionado el ASEC –, el de Comunidad Autónoma – donde podían encontrarse bastantes sistemas de solución de conflictos fruto de la concertación social – y el nivel sectorial o empresarial. En todos ellos era posible encontrar acuerdos donde se excluía expresamente de su ámbito de aplicación a las Administraciones Públicas, otros donde se guardaba silencio y otros donde se permitía la adhesión de las entidades del sector público mediante acuerdo entre las partes negociadoras o incluso preveían su aplicación al personal laboral de las mismas[78].

En este marco, la regulación del EBEP, como veremos, logra superar muchas de las críticas que se hacían a la anterior redacción de la LORAP[79], aunque mantiene algunas. Coincidimos, por ejemplo, con quienes consideran que la nueva redacción del artículo 45 EBEP recuerda mucho la del artículo 91 del Estatuto de los Trabajadores[80]. Precisamente en el establecimiento de dos procedimientos diferenciados, de organización similar a las del ET. Uno, encomendado a las Comisiones Paritarias previstas en el artículo 38.5, que se reserva para la resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos que se recogen en el artículo 38[81]. Y un segundo procedimiento que podrá emanar de los acuerdos a que lleguen las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales, a través de los que podrán crear, configurar y desarrollar sistemas de solución extrajudicial de conflictos[82]. Llegando a mencionar en

[77] Vid. Sala Franco, T., "Los derechos colectivos…", op. cit. pág. 316.

[78] Vid. de nuevo Sala Franco, T., *ibídem.*

[79] Vid. Gala Durán, C., "La solución extrajudicial de conflictos colectivos…", op. cit. pág. 301, quien menciona algunas de éstas: "prevé la mediación y el arbitraje como mecanismos de actuación abriendo – aunque no del todo – el abanico de posibilidades de solución; conforme a los dispuesto en el artículo 38.7 del EBEP, se incardinan los medios extrajudiciales dentro del proceso de negociación colectiva; y se abandona el modelo de mediación intervencionista y publicado".

[80] Vid. Quintanilla Navarro, Y., en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007...,* Aranzadi, pág. 359.

[81] Este precepto guarda una gran similitud con el recogido en el artículo 91.1 del Estatuto de los Trabajadores: "… el conocimiento y resolución de las cuestiones derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos corresponderá a la comisión paritaria de los mismos".

[82] Similar también a la redacción del artículo 91.2: "No obstante lo establecido en el apartado anterior, en los convenios colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 83.2 y 3 se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos". Es interesante esa referencia a las organizaciones sindicales, en cuanto representación de los trabajadores, del ejercicio de este derecho, dejando fuera de dicho ejercicio, por tanto, a los representantes unitarios de los funcionarios públicos. Vid. García Murcia, J., "Derecho a adoptar medidas de conflicto…", op. cit. pág. 289.

particular los procedimientos de mediación y arbitraje[83]. Sin embargo, también somos afines a quienes se preguntan si no hubiera resultado más acertado dejar a la autonomía colectiva, única y exclusivamente, la creación de los medios de solución sin ningún tipo de directrices legales[84].

Sin duda, el artículo 45 del EBEP establece una complementariedad entre lo regulado en la norma y la negociación colectiva, e incluso nada impide que las Comunidades Autónomas puedan desarrollar, dentro de su ámbito de competencias, lo regulado en el mismo. Precisamente en eso consiste su reconocimiento como norma básica[85]. Sobre el ámbito territorial autonómico volveremos más adelante pero lo cierto es que son pocos los acuerdos de las Mesas de Negociación que han tratado de desarrollar estos procedimientos[86].

3. 3. La tipología de los conflictos contemplados en el EBEP (artículo 45.2)

En cuanto a la tipología de los conflictos que podrán ser objeto de tratamiento para su solución a través de procedimientos de solución extrajudicial de conflictos, podemos partir de la tradicional distinción entre conflictos individuales, colectivos y plurales; y entre los conflictos de intereses o económicos y los jurídicos[87].

a) Conflictos individuales, colectivos o plurales.

En cuanto al primer tipo de conflictos: hemos de distinguir entre individuales, colectivos o plurales. La jurisprudencia ha ayudado de delimitar el concepto

[83] Vid. artículo 45.3 EBEB: "los sistemas podrán estar integrados por procedimientos de mediación y arbitraje".

[84] Vid. Gala Durán, C., "La solución extrajudicial de conflictos…", op. cit. pág. 502.

[85] Vid. Palomar Olmeda, A., en el libro colectivo *Comentarios a la Ley 7/2007, de 12 de abril del Estatuto Básico del Empleado Público,* Palomar Olmeda y Sempere Navarro (Dirs.), op. cit. pág. 23. En este mismo sentido se pronuncia Del Rey Guanter, S., "Empleo público y empleo privado…", op. cit. p. 101, para quien el calificativo de básico del Estatuto ha de considerarse que tiene tres sentidos, siendo el primero de ellos el que nos recuerda la propia Exposición de Motivos: "esta norma ha de tener en cuenta el amplio proceso de descentralización administrativa que ha tenido lugar en las últimas décadas" y que lleva a que las Disposiciones finales sitúen a este Estatuto en relación a las competencias de esas otras Administraciones distintas a la central… y muy especialmente respecto a las de las Comunidades Autónomas.

[86] Por el momento y salvo error u omisión, podemos mencionar el Acuerdo publicado en el BOE a través de la Resolución de 30 de junio de 2017, de la Secretaría de Estado de Función Pública, por la que se aprueba y publica el Acuerdo de las Mesas Generales de Negociación de la Administración General del Estado de 30 de mayo de 2017, por el que se modifica el Acuerdo de 29 de octubre de 2012, sobre asignación de recursos y racionalización de las estructuras de negociación y participación, en cuyo punto 19 se establece un acuerdo para agotar las vías de solución de conflictos recogidas en el EBEP.

[87] Vid. Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución*…, op. cit. pág. 42 y ss.

de conflicto colectivo, indicando que tienen este carácter "los que afectan a intereses generales de un grupo genérico de trabajadores", lo que indica "la existencia de un grupo homogéneo definido por caracteres objetivos que lo configuran y, por otro lado, la presencia de un interés general que reside en el grupo"[88]. Una doctrina ésta que el Tribunal Supremo ha mantenido constante hasta nuestros días, añadiendo que "las pretensiones propias del proceso de conflicto colectivo se definen por dos elementos:

1) Uno subjetivo, integrado por la referencia a la afectación de un grupo genérico de trabajadores "entendiendo por tal no la mera pluralidad, suma o agregado de trabajadores singularmente considerados, sino un conjunto estructurado a partir de un elemento de homogeneidad; y

2) otro elemento objetivo, consistente en la presencia de un interés general que es el que se actúa a través del conflicto y que se define como un interés indivisible correspondiente al grupo en su conjunto y, por tanto, no susceptible de fraccionamiento entre sus miembros o como un interés que, aunque pueda ser divisible, lo es de manera refleja en sus consecuencias, que ha de ser objeto de la oportuna individualización, pero no en su propia configuración general".

Por su parte, como hemos podido advertir, el artículo 45 de conflictos recogidas en el TRdas jurdel empleador y de los empleados, establecer un rcies, los funcioarios EBEP sólo se refiere a conflictos colectivos, siendo la solución de conflictos individuales o plurales, según puede deducirse del propio texto legal, de resolución exclusivamente judicial[89], mediante los procedimientos previstos en la Ley de la Jurisdicción Social. Algo que parece deducirse fácilmente de la regulación contenida en el EBEP. Así, como se ha dicho, las reclamaciones judiciales vinculadas a condiciones de trabajo se dan con más frecuencia en el ámbito individual, mientras que la puesta en práctica de las experiencias de mediación y arbitraje suele arrancar de fórmulas enfocadas hacia los conflictos de naturaleza colectiva[90].

La definición de que haya de entenderse por conflictos individuales y plurales, en contraposición a los conflictos colectivos, identificables conforme a la jurisprudencia que acabamos de mencionar, la encontramos en diferentes estudios

[88] Vid. por todas, STS de 18 de octubre de 2016 (rec. 57/2015) y SSTS de 9 de mayo de 1991 (RJ 1991, 3796) y de 24 de febrero (RJ 1992/1145).

[89] Vid. Gala Durán, C, "La solución extrajudicial de conflictos…", op. cit. pág. 503 y Mauri Majós, J., "Los derechos colectivos en el nuevo…", op. cit. pág. 330.

[90] Vid. de nuevo Cruz Villalón, J., "La mediación …", op. cit. pág. 31, para quien "esa proliferación de microconflictividad individual en el ámbito del empleo público se debe en gran medida a que las representaciones sindicales no encauzan debidamente la conflictividad en el empleo público, dicho de otro modo, es un sistema que no logra homogeneizar el régimen de condiciones de trabajo a nivel suficiente como para colectivizar las discrepancias y, con ello, aunar múltiples reclamaciones individuales idénticas en una sola de carácter colectivo".

doctrinales. Así, podremos definir los conflictos como individuales o plurales, "según que el interés jurídico en juego o la virtualidad de su resolución afecte a una situación individualizada", aunque se refiera a un grupo de trabajadores, de forma que no pueda predicarse de ella "una vocación de generalidad, de extensión y aplicación a un grupo homogéneo de trabajadores", ya que, en este último caso, estaríamos ante un conflicto colectivo, como hemos podido comprobar[91].

b) Conflictos jurídicos y de intereses.

En relación con esta segunda tipología de conflictos, hemos de considerar que el EBEP contempla los dos tipos de conflictos:

- Los *conflictos jurídicos* – considerados como aquellos que derivan de discrepancias en la interpretación o aplicación de una norma preexistente[92] -, que, en este caso, se identifican con la interpretación y aplicación de Pactos y Acuerdos emanados de la negociación colectiva en la función pública, tal y como se puede deducir de la dicción literal del apartado primero del artículo 45. En el supuesto en que nos encontremos ante Pactos y Acuerdos Mixtos de los previstos en el artículo 38.9 EBEP, hemos de recordar que, como se ha dicho, "los eventuales conflictos que surjan con motivo de esos contenidos podrán ser resueltos por las vías previstas en el artículo 45 EBEP y afectarán no sólo a los empleados públicos funcionariales, sino también a los empleados públicos laborales incluidos en su ámbito de aplicación"[93].
- Los *conflictos de intereses*, basados en bloqueos negociales u otro tipo de cuestiones. En ellos el conflicto tiene por objeto "la determinación de la norma que ha de regir en el futuro el aspecto de la relación cuestionado"[94]. Para ellos el artículo 45 reserva los procedimientos de mediación y el arbitraje específicamente, como veremos en el epígrafe siguiente.

En ambos casos, hemos de considerar que las limitaciones materiales de la negociación colectiva en la función pública, lo son también para el contenido de los Pactos y Acuerdos que puedan surgir de dichos procedimientos.

[91] Vid. De Soto Rioja, S., "El arbitraje en los conflictos individuales", en *Temas Laborales,* nº 70/2003, págs. 328.

[92] Como ha señalado González Biedma, E., "el conflicto jurídico se suscita con base en una desavenencia cuya solución no exige la modificación de una norma jurídica o pacto en vigor preexistente, cuestionándose solamente cómo la misma debe ser interpretada o aplicada, lo que venía a justificar que tal tarea fuese prevalentemente encomendada a los jueces"; "Los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos de trabajo en las Comunidades Autónomas", en *Negociación colectiva y solución de conflictos en el sistema español de relaciones laborales,* Navarro Nieto, F, (dir.), Junta de Andalucía, 1994, pág. 229.

[93] En este sentido, vid. Quintanilla Navarro, Y., "Artículo 45", op. cit. pág. 359.

[94] Vid. Martín Valverde, A., "Medios no judiciales de solución…", op. cit. pág. 19.

3. 4. La organización territorial de los sistemas de solución de conflictos basados en la negociación: la regulación autonómica

Como se ha indicado, el EBEP es "vértice" de un conjunto de normas mucho más amplio que debe ser desarrollado por las Administraciones territoriales dentro de su ámbito de competencia, precisamente por su reconocimiento como norma básica[95]. Por ello, podemos afirmar que el Estatuto que regula el régimen jurídico del empleo público, no puede ignorar la descentralización administrativa que ha tenido lugar en España en las últimas décadas, considerando los tres niveles territoriales de gobierno, estatal, autonómico y local[96]. Reconoce la autonomía territorial para configurar su propia política de personal, constituyéndose en legislación básica, tal y como indica el mandato constitucional del artículo 103.3 y el 149.1.18, en relación con el 149.1.7 de la Constitución Española[97].

a) El ámbito *Estatal: los Acuerdos interconfederales*

En el panorama de los acuerdos interconfederales, elaborados al amparo del artículo 83.2 del ET, el ASAC (V Acuerdo de Solución Autónoma de Conflictos Laborales)[98] excluye de su ámbito de aplicación "los conflictos en los que sea parte el Estado, Comunidades Autónomas, entidades locales o entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de los mismos…". Quedan, por tanto, fuera de su ámbito de aplicación los conflictos en los que sean parte las Administraciones y entidades que conforman el Sector Público y los empleados públicos, tengan una relación administrativa o laboral. Esto ha llevado a considerar que, si el EBEP se ocupa tan sólo de establecer procedimientos de solución extrajudicial de conflictos que se produzcan entre los funcionarios públicos y las Administraciones o entidades en las que prestan servicios, y el ASAC, que regula procedimientos autónomos de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito laboral, excluye expresamente a los empleados públicos, el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas y otros entes del denominado Sector Público quedaría fuera del ámbito de aplicación de unos y otros[99].

[95] De nuevo Vid. Palomar Olmeda, A., op. cit. supra; y Del Rey Guanter, S., "Empleo público y empleo privado…", op. cit. p. 101.

[96] Vid. Exposición de motivos de la Ley 7/2007.

[97] Vid. de nuevo la Exposición de Motivos donde se indica que "la densidad de la legislación básica en materia de función pública debe reducirse hoy en día, en comparación con épocas pasadas, teniendo en cuenta en todo caso las determinaciones de los Estatutos de Autonomía y la doctrina que establece el Tribunal Constitucional".

[98] Al cierre de este trabajo, el V ASAC se encuentra denunciado por ambas partes, encontrándose prorrogado por un año en su duración y en proceso de negociación de un nuevo acuerdo, sin que se haya publicado ningún nuevo acuerdo al respecto.

[99] Vid. Sala Franco, T, "Los derechos colectivos…", op. cit. pág. 314, quien pone de mani-

Para evitar este vacío en la regulación de los procedimientos, el ASAC permite utilizar el mecanismo de adhesión previsto en la Disposición Adicional Tercera del Acuerdo, cuyo aparado b) se refiere expresamente a los "conflictos entre los empleados públicos y la AGE y organismos públicos, Agencias y demás entidades de derecho público de ella dependientes", dejando, por tanto, a la negociación colectiva la posibilidad de adhesión a estos procedimientos[100]. Mediante este procedimiento, la adhesión de los colectivos de empleados públicos, a través de la negociación colectiva entre las organizaciones sindicales y las administraciones o entidades, a los procedimientos de solución de conflictos previstos en el ASAC, es posible.

b) El ámbito Autonómico: Estatutos de autonomías, leyes de reordenación del sector público y Sistemas Autonómicos de Solución Extrajudicial de Conflictos.

Cuando hablamos de conflictos colectivos de trabajo y sus medios de solución, no podemos ser ajenos a los problemas que plantea esta libertad organizativa a nivel territorial[101], por lo que habremos de referirnos también a la regulación legal y convencional en el ámbito autonómico y, por lo que a nosotros interesa, al de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

A este nivel debemos considerar que nuestra Comunidad Autónoma asumió a través de su Estatuto de Autonomía las competencias en materia de "promoción de medios de resolución extrajudicial de conflictos laborales"[102].Y, del mismo

fiesto que "Incluso existe la opinión generalizada que pone en duda la posibilidad de que el ASAC resulte de aplicación al personal laboral del sector público, por entender que las asociaciones empresariales negociadoras de los mismos no representan a las Administraciones Públicas, según ha puesto de relieve la jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas STS de 21 de diciembre de 1999, Ar. 2000/528 y voto particular de la STS de 7 de octubre de 2004, Ar. 2005/2167).

[100] No obstante, para facilitar la determinación del ámbito de aplicación del ASAC, desde la Dirección del Servicio Jurídico del Estado de la Abogacía General del Estado, a petición del SIMA, se elaboró un listado de entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes del Estado, que puede consultarse en la página web de la Fundación SIMA: http://fsima.es/wp-content/uploads/Entidades-del-sector-público-estatal-excluidas-del-ASAC.pdf

[101] Vid. De Soto Rioja, S., *La reestructuración del empleo*...op. cit. p. 43, quien pone de manifiesto que "De hecho, una de las situaciones conflictivas más compleja que se sirven en la actualidad en el marco de nuestra comunidad autónoma desde el punto de vista de la situación en la que queda una parte importante del personal de su Administración, tiene mucho que ver con los problemas que generan este tipo de fórmulas organizativas. Muy específicamente cuando se pretende su plena integración o rescate por pate de la Administración territorial matriz, sin que el proceso esté acompañado de una auténtica disolución y liquidación, que es lo que a la postre intenta hacer la muy discutida y controvertida Ley 1/2011, de 17 de febrero, de reordenación del sector público de Andalucía, tras haberse promocionado con anterioridad la creación de todo un sinfín de organismos paralelos".

[102] Artículo 173 del Estatuto de Autonomía para Andalucía, aprobado por Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo de reforma del Estatuto de Autonomía para Andalucía (BOE de 20 de

modo que lo hace la norma básica (EBEP), aunque de una forma algo más compleja, la Ley de la Administración de la Junta de Andalucía[103] reconoce la existencia de personal funcionario, laboral y estatutario al servicio del sector público autonómico y considera, con carácter general, la aplicación al personal laboral el "derecho laboral, así como por lo que le sea de aplicación en el Estatuto Básico del Empleado Público", mencionando especialmente las normas de acceso al empleo[104].

Interesa destacar que la reordenación del Sector Público autonómico llevada a cabo por la Ley 1/2011, de 17 de febrero[105], no exenta de polémica[106], y que vino a modificar la Ley 9/2007, con el objetivo de lograr mayor agilidad y cercanía al ciudadano, va a organizar las distintas entidades vinculadas o dependientes de la Administración de forma novedosa[107]. Esta norma incluye dos categorías, por un lado, las agencias, como entidades con personal jurídica pública dependientes de la Administración de la Junta de Andalucía para la realización de actividades de la competencia de la Comunidad Autónoma en régimen de descentralización funcional, y, por otro, las denominadas "entidades instrumentales privadas", donde se incluyen las sociedades mercantiles y las fundaciones del sector público andaluz. Dentro de las agencias, distingue, a su vez, tres tipos:

marzo). Competencia que se encontraba ya asumida por la Comunidad Autónoma Andaluza desde el primer Estatuto de Autonomía y el Decreto de Transferencia de 1982; Real Decreto 4103/1982, de 29 de diciembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Junta de Andalucía en materia de mediación, arbitraje y conciliación (BOE de 24 de febrero 1983).

[103] Ley 9/2007, de 22 de octubre (BOJA n 215, de 31 de octubre).

[104] Vid. artículo 67 sobre personal de las agencias administrativas, 70 sobre el personal de las agencias públicas empresariales, art. 74 sobre agencias de régimen especial y artículo 77 para el personal de las sociedades mercantiles del sector público andaluz.

[105] BOE de 3 de marzo de 2011, cuyos antecedentes más inmediatos lo constituyen los Decretos leyes 5/2010, de 27 de julio, por el que se aprueban medidas urgentes en materia de reordenación del sector público, y 6/2010, de 23 de noviembre, de medidas complementarias del anterior.

[106] En relación con la constitucionalidad de la norma vid. STC 236/2015, de 19 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Grupo Parlamentario Popular del Congreso de los Diputados contra dicha norma. Resulta especialmente interesante también el Voto particular formulado por el Magistrado González-Trevijano, para quien, esta Ley "constituye la manifestación más contundente de un fenómeno que ha sido objeto de abundante debate y crítica por la doctrina más autorizada y por la jurisprudencia administrativa y que se conoce con el nombre de *huída del Derecho Administrativo*, y que no es sino la tendencia creciente de todas las Administraciones públicas configuradas en torno al modelo del Derecho administrativo de corte continental-napoleónico, de recurrir de manera indiscriminada a órganos, procedimientos y técnicas de Derecho privado para el desarrollo de sus funciones, y que, alegando razones de pretendida "eficacia" en la actuación, pueden eludir *de facto o de iure* los controles y garantías propios del Derecho administrativo".

[107] Vid. Viñuales Ferreiro, S., "La reordenación del sector público andaluz desde la perspectiva jurisprudencial (a propósito de la STC 236/2015, de 19 de noviembre)", en *Revista Española de Derecho Administrativo,* n 181, 2016.

- agencias administrativas (anteriormente organismos autónomos),
- agencias públicas empresariales (antes entidades de derecho público)
- y agencias de régimen especial (nueva categoría que engloba a aquellas agencias que ejercen autoridad y requieren especialidades en su régimen jurídico).

Con el objetivo de llevar a cabo la promoción de los medios de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito autonómico, se crea en 1996 el Servicio de Resolución de conflictos laborales en Andalucía (SERCLA)[108]que extiende su ámbito de aplicación "al marco territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y será de aplicación tanto a conflictos colectivos como individuales". En relación con los empleados públicos, sigue al sistema interconfederal del ASEC cuando indica que se dirige a los conflictos que puedan surgir entre "trabajadores y empresarios" que desarrollen su actividad en el ámbito geográfico de la Comunidad Autónoma de Andalucía[109]; si bien, en este caso, añade el propio Acuerdo "sin perjuicio de las especificidades previstas para el personal laboral de la Administración de la Junta de Andalucía"[110]. Es interesante destacar cómo en el Acuerdo sobre el Sistema SERCLA, toma parte la Administración Autonómica, no ya solo como promotor público del sistema[111], sino como parte que pretende garantizar los compromisos que se deriven para la Junta de Andalucía, de los acuerdos suscritos. Así, se incluye también una Disposición Adicional Única en el Reglamento que establece que "cuando el procedimiento instado se refiera a un conflicto colectivo y afecte al personal laboral de la Junta de Andalucía, en atención a la naturaleza y marco legal del conflicto, la Administración Autonómica podrá designar personal mediador de la Comisión de Conciliación-Mediación

[108] Creado al amparo del Acuerdo Interprofesional para la Constitución del Sistema de Resolución Extrajudicial de Conflictos Colectivos Laborales de Andalucía, de 3 de abril de 1996 (BOJA nº 48, de 23 de abril) y renovado recientemente por Acuerdo Interprofesional sobre Sistema Extrajudicial de Conflictos Laborales de Andalucía, suscrito con fecha 7 de enero de 2015 y publicado por Resolución de 30 de enero de 2015, de la Dirección General de Relaciones Laborales (BOJA de 9 de febrero de 2015).

[109] Vid. Estipulación tercera del Acuerdo.

[110] Vid. en relación con la inicial exclusión del personal laboral al servicio de las administraciones públicas y sus causas, el interesante estudio de Calvo Gallego y Candau Camacho, "Personal laboral de las Administraciones Públicas y sistemas privados de solución de conflictos creados al amparo del artículo 83 ET: en especial, el caso andaluz", en el libro colectivo *Mediación para la resolución de conflictos…*, op. cit. pp. 236 y ss.

[111] La Disposición adicional segunda del Acuerdo establece que "por la Administración Autonómica se facilitarán los medios materiales y personales que garanticen la efectividad de los procedimientos de conciliación-mediación y de arbitraje previstos en el presente Acuerdo. A tal efecto, la gestión del SERCLA se efectuará a través de la adscripción funcional del mismo al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales (CARL)".

en sustitución de los que procediera designar por la organización empresarial firmante del Acuerdo, siguiéndose en lo demás los trámites y efectos previstos en este Reglamento". De acuerdo, por tanto, con esta regulación, los empleados públicos con relación laboral tienen la opción de someterse al procedimiento de mediación conforme al Reglamento del SERCLA, en las mismas condiciones que el resto de trabajadores incluidos en el ámbito territorial y funcional de aplicación del Sistema.

Con esta cláusula y la firma del Acuerdo por parte de la Administración Autonómica se pretendieron salvar los problemas de legitimación, a la hora de considerar cómo debe llevarse a cabo la representación de la Administración pública en la firma de estos acuerdos. Pues lo que viene negando la jurisprudencia es que las asociaciones empresariales más representativas puedan asumir la representación de una Administración[112] en la firma de los acuerdos. Por ello, la solución a este problema pasa porque sea la Administración quien firme el acuerdo con las organizaciones sindicales representativas. En este caso, se convierte en una Acuerdo tripartito.

En cuanto al ámbito funcional del SERCLA, el Acuerdo es relevante por la amplitud de su ámbito funcional, siendo de aplicación tanto a conflictos laborales colectivos como individuales, incluyendo tanto conflictos jurídicos como de intereses o económicos. Utiliza la técnica de la enumeración de los conflictos que se entienden incluidos en su ámbito funcional, sin regular exclusiones.

Ahora bien, quedaría pendiente la cuestión del tratamiento diferenciado o conjunto de los conflictos de personal laboral y personal funcionario. No parece conveniente mezclar la solución de ambos conflictos, salvo que se trate de conflictos mixtos de personal laboral y funcionario[113], por lo que, mientras exista distinción en los regímenes jurídicos de ambos, procede que los conflictos de unos y otros discurran por procedimientos diferenciados[114].

[112] Vid. STS de 21 de diciembre de 1999 (RJ 528/2000). Vid. también en este sentido Sala Franco, T., "Los derechos colectivos de los empleados públicos", op. cit. pág. 314.

[113] Los conflictos mixtos se asimilarían a los acuerdos mixtos previstos en el artículo 38 EBEP conforme al cual "los Pactos y Acuerdos que, de conformidad con lo establecido en el artículo 37, contengan materias y condiciones generales de trabajo comunes al personal funcionario y laboral, tendrán la consideración y efectos previstos en este artículo para los funcionarios y en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores para el personal laboral".

[114] Vid. Cruz Villalón, J., "La mediación en la solución…", op. cit. pág. 56, para quien "dado que el régimen jurídico de referencia es diverso…su forma de exteriorización (refiriéndose al conflicto) necesariamente ha de ser diversa, al mismo tiempo que distintos será necesariamente el soporte formal del acuerdos a través del cual se especifique la solución ente las partes".

c) El nivel Local y el resto de entidades y empresas del sector público

Este quizás haya sido el más problemático, y donde la exigencia y necesidad de igualar los regímenes jurídicos del personal laboral y funcionario ha sido mayor[115] precisamente por el efecto contagio. Recordando que los sistemas de solución de conflictos autonómicos se aplican a todo el territorio de la Comunidad Autónoma y que el reglamento del SERCLA no excluye, como hemos visto, los conflictos colectivos en los que sea parte una Administración, hemos de considerar la aplicación al personal laboral de las entidades locales, siempre que exista acuerdo entre la Administración y las organizaciones sindicales representativas.

4. LOS PRINCIPALES PROCEDIMIENTOS DE SOLUCIÓN AUTÓNOMA DE CONFLICTOS EN EL SECTOR PÚBLICO: LA MEDIACIÓN Y EL ARBITRAJE

No podemos negar las ventajas que ofrecen los sistemas de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito del sector público en general, y de las relaciones laborales de los funcionarios, en particular. Sin duda alguna, aportan más celeridad al procedimiento – frente a la duración dilatada en el tiempo de las soluciones que pueda aportar un procedimiento contencioso-administrativo sobre estas materias – y mayor flexibilidad en cuanto a la forma de abordar el conflicto – dejando atrás la rigidez de la norma procesal que puede llevar a que el resultado sea dejar la cuestión imprejuzgada por no llegar a entrar al fondo del asunto –[116]. Y, por el hecho de haber sido aceptados por ambas partes, a través de un compromiso previo, gozan también de mayor efectividad[117] y permiten reducir la conflictividad[118].

Sin embargo, coincidimos con quienes han afirmado que los sistemas de solución extrajudicial de conflictos no han de representar solo una alternativa al sistema judicial y administrativo, sino que han de constituir un "sistema com-

[115] Vid. Palomar Olmeda, A., op. cit. pág. 24, para quien "la mínima igualación de regímenes jurídicos constituye una clara exigencia de gestión que ha sido muy perceptible en el ámbito local en el que los continuos deseos de establecer un régimen uniforme han chocado con la normativa legal a la que finalmente se le han "buscado las vueltas" para conseguir que el régimen y los derechos de los empleados públicos de una misma organización tuvieran una cierta igualdad… sin embargo, es lo cierto que la inclusión en el ámbito del EBEP de ambos tipos de relaciones jurídicas no se ha efectuado en condiciones de igualdad total".

[116] Así lo expresa Cruz Villalón, J., "La mediación…", op. cit. págs. 31 y 32.

[117] De nuevo Cruz Villalón, J., op. cit. pág. 33 y Gala Durán, C., La nueva regulación…", op. cit. pág. 672.

[118] Vid. Gala Durán, C, "La nueva regulación…", op. cit. pág. 672 y Del Rey Guanter, S., *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública,* MAP, 1991, pág. 31.

plementario" a las vías judicial y administrativa "que ocupe su propio espacio y desarrolle sus propias potencialidades"[119]. Deben integrarse, por tanto, en la propia negociación colectiva, constituyendo una herramienta necesaria ante el bloqueo negocial[120].

Centrándonos en el régimen jurídico de la solución de conflictos en el Sector Público, hemos de partir de la idea de que, dada la amplitud del concepto y la diferente tipología del personal que lo conforma, deberemos, en primer lugar, situarnos en el ámbito más restringido del EBEP, para ampliar después la información a los supuestos no incluidos en el mismo, pero que integran el denominado Sector Público.

El Estatuto se refiere en su artículo 45, como hemos tenido ocasión de analizar anteriormente, a la Solución Extrajudicial de Conflictos Colectivos, indicando en primer lugar que "con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias previstas en el artículo 38.5 para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos, las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales a que se refiere el presente capítulo podrán acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos". Acudiendo, por tanto, a las Comisiones Paritarias como actores principales de la interpretación y solución de conflictos derivados de la aplicación de las normas convencionales, con la única excepción de las materias para las que exista reserva de ley (art. 45.2).

Así, resulta lógico la regulación de este medio de solución basado en las comisiones paritarias, por cuanto una de las cuestiones que puede suscitar con-

[119] Vid. Cruz Villalón, J., "La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública", en el libro colectivo *Mediación para la resolución…*, op. cit. pág. 29. Vid. también el interesante estudio de Rosa Moreno, J., "Encuadre jurídico-administrativo de la mediación como técnica alternativa de resolución de conflictos", en el mismo libro colectivo, op. cit. págs. 112 y 113, que se refiere en particular a las técnicas dirigidas a resolver el conflicto, distinguiendo entre aquellas que operan antes de que el conflicto llegue a instancias heterocompositivas – técnicas filtro –y técnicas complementarias, dirigidas a resolver el litigio a través de instancias no jurisdiccionales, que operan de forma heterocompositiva y alternativa, aunque no excluyente, a la jurisdicción contenciosa.

[120] Vid. de nuevo Cruz Villalón, *ibídem,* para quien son sistemas que no se relacionan con la actividad jurisdiccional, sino que entroncan con la negociación colectiva… se trata de propiciar la negociación colectiva, reforzarla y, en su caso, servir de útil herramienta para superar las situaciones de bloqueo". En el mismo sentido se pronuncia Del Rey Guanter, S., *La resolución extrajudicial…",* op. cit. pág. 77, quien criticaba al sistema de la LORAP que no existiese una mínima correlación entre el proceso negocial, huelga y mediación. Hablaba de "invertebración del proceso negocial" que hace de la mediación prevista "una especie de figura atemporal sin coordenadas claras de actuación".

flictividad en el ámbito de las relaciones laborales – públicas o privadas – tiene que ver con la interpretación y aplicación de los resultados de la negociación colectiva[121]. La creación de estas Comisiones se recoge en el artículo 38.5 EBEP, tiene carácter obligatorio y se les atribuyen funciones de seguimiento de los Pactos y Acuerdos, así como aquellas otras que las partes determinen. En clara asimilación al régimen jurídico previsto en el Estatuto de los Trabajadores, el EBEP también deja a las partes la determinación de su composición, que habrá de ser, eso sí, paritaria.

No indica el Estatuto nada acerca de la eficacia jurídica de los acuerdos adoptados por las citadas Comisiones en caso de conflicto de interpretación o aplicación de los Pactos o Acuerdos, por lo que la doctrina mayoritaria ha venido atribuyendo a dichos acuerdos la misma eficacia de los pactos y acuerdos colectivos regulados en el artículo 38[122], siempre que respeten, entendemos, los requisitos de legitimación que se exigen para aquellos.

Si la actuación de las Comisiones paritarias fracasara y no lograra llegarse a un acuerdo, quedaría abierta la vía de solución extrajudicial de conflictos recogida en el artículo 45.3, que se refiere a dos procedimientos[123]:

- una mediación, obligatoria cuando lo solicite una de las partes;
- y un arbitraje, voluntario si así lo acuerdan las partes.

Como vemos, lo que el artículo 45 parece diseñar son dos procedimientos distintos, o dos mecanismos para la solución extrajudicial de conflictos colectivos. Y ello por cuanto utiliza la expresión "con independencia de" las atribuciones a las comisiones paritarias previstas en el artículo 38. De este modo, tendríamos, por un lado, el diseño de un mecanismo de solución de conflictos colectivos que surjan de la interpretación y aplicación de los Pactos y Acuerdos previstos en el artículo 38, cuyo procedimiento será el establecido, con carácter general, en ese precepto. Y, por otro, un sistema o sistemas que voluntariamente podrán

[121] Vid. en relación con el origen y la regulación de las Comisiones Paritarias en relación con los medios extrajudiciales de solución de conflictos laborales, MONTOYA MELGAR, A., "Las Comisiones Paritarias", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* 123, 2016, págs. 97 y ss.

[122] Vid. MAURI MAJÓS, J., "Los derechos colectivos en el nuevo…", op. cit. pág. 329; teniendo en cuenta que "su validez y eficacia quedará condicionada a los mismos trámites y condiciones que se exigen para la aprobación de los pactos y acuerdos".

[123] Vid. a este respecto la crítica a esta limitación de procedimientos por DEL REY GUANTER, S., *Los medios extrajudiciales…,* op. cit. pág. 77 para quien "si la experiencia comparada nos enseña algo, es precisamente la necesidad de que se diversifique y pluralicen tales medios extrajudiciales para que puedan elegirse y adaptarse los mismos en relación a circunstancias siempre distintas y cambiantes".

acordar las Administraciones y las organizaciones sindicales, integrados por los procedimientos de mediación y arbitraje, con los condicionantes que establece el apartado tercero de este precepto.

Así, el EBEP deja atrás la conciliación como medio de solución extrajudicial de conflictos, lo que podemos entender por su conexión, en nuestro derecho positivo, con el proceso jurisdiccional, bien como presupuesto procesal, bien como un elemento que opera dentro del mismo[124]

Como decimos, el artículo 45 no es muy claro en la expresión de cómo han de relacionarse ambos mecanismos, por lo que lo lógico sería pensar en una concatenación de los mismos[125], en un orden lógico que permita integrar los sistemas de solución extrajudicial en la negociación colectiva[126], como hemos dicho.

Algún sector doctrinal ha manifestado su opinión favorable a esa concatenación u orden lógico que debería formar parte del contenido del acuerdo a que se refiere el artículo 45.1. Así, las partes deberán definir una estructura de medios de solución de conflictos y el desarrollo reglamentario a que se refiere el apartado quinto establecerá los procedimientos correspondientes, considerando que el contenido de este reglamento también habrá de acordarse con las "organizaciones sindicales representativas"[127]. Sin embargo, no podemos confiar en que ese desarrollo reglamentario, a pesar de la habilitación que contiene el apartado quinto del artículo 45, se vaya a producir, ya que desde 2007, salvo error u omisión, esto no ha tenido lugar. Idéntica fue la opción de la anterior LORAP y ese desarrollo nunca llegó a producirse. Por esto, consideramos que sería conveniente dejar más espacio a la negociación, ya que, dado que el acuerdo con las organizaciones representativas es preceptivo, nada podría impedir que los acuerdos de "creación, configuración y desarrollo" de sistemas de solución extrajudicial de conflictos en el ámbito de las administraciones públicas contuvieran el reglamento de funcionamiento de dichos sistemas con los procedimientos necesarios para

[124] Vid. en este sentido Rosa Moreno, J., "Encuadre jurídico-administrativo de la mediación…", op. cit. pág. 113.

[125] Apreciando una clara conexión entre el 38.7 y el 45 EBEP, vid. Gala Durán, C, "La solución extrajudicial…", op. cit. pág. 513, "lo que excluye… el recurso al mecanismos de la conciliación, dejando abiertas únicamente las vías de la mediación obligatoria y el arbitraje".

[126] Vid. en una línea similar, pero referida a la relación entre la mediación y el arbitraje en el V ASAC, Fernández-Costales Muñiz, F., "Aproximación doctrinal al V Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales y su renovación", en *Balance del V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales y perspectivas de futuro*, CEOE-Fundación SIMA, 2016, pág. 44, para quien un reto o mejora de los procedimientos de mediación y arbitraje previstos en el ASAC debería ser la "articulación de forma conveniente de la coexistencia de ambos sistemas, como podría ser, por ejemplo, establecer un sistema escalonado, resultando primero obligatoria la mediación y, en caso de fracaso, abrir la posibilidad al arbitraje".

[127] Vid. en este sentido Mauri Majós, J., "Los derechos colectivos…", op. cit. pág. 330.

su aplicación[128]. Se produciría, de este modo, una invasión legítima del ámbito del reglamento por la propia negociación colectiva o por los pactos y acuerdos de las partes legitimadas para ello, de forma que la autonomía colectiva en el ámbito del sector público iría conformando su propio espacio, tal y como sucede en el sector privado[129].

Por otro lado, considerando la descentralización territorial de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos, habremos de considerar las competencias de las Comunidades Autónomas para desarrollar las previsiones del EBEP al respecto. En efecto, precisamente por su carácter básico, no encontramos ningún elemento que impida a las Comunidades Autónomas desarrollar sus propios procedimientos de solución extrajudicial de conflictos colectivos aplicables al sector público[130], o bien, integrar este ámbito dentro de los procedimientos ya existentes, como sucede con la Comunidad Autónoma Andaluza; respetando siempre las limitaciones establecidas en el artículo 45 EBEP[131].

Otro aspecto del apartado primero del artículo 45 que ha generado dudas es la referencia a las "organizaciones sindicales". Mientras que en el apartado 5 el legislador se refiere específicamente a las "organizaciones sindicales representativas" para poder acordar el desarrollo reglamentario, aquél nada dice al respecto. Esto ha llevado a algunos autores a considerar que el acuerdo para la creación, configuración y desarrollo de los sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos, firmado entre una Administración Pública y un sindicato, aunque sea minoritario, sería válido y vincularía a todos los de su ámbito de aplicación[132]. Sin embargo, nos inclinamos por considerar que deberían respetarse las reglas de legitimación para negociar que recoge el propio capítulo IV del Estatuto, dado

[128] En la misma línea se pronuncia Gala Durán, C., "La solución extrajudicial de conflictos…", op. cit. pág. 502, quien se pregunta "si resulta conveniente que sea la propia LEBEP la que regule tales medios extrajudiciales y si no hubiera sido más acertado dejar esta cuestión, única y exclusivamente, en manos de la autonomía colectiva, sin ningún tipo de intervención legal".

[129] Sin olvidar, por supuesto, el requerido respeto a la Ley que regula el régimen jurídico de los funcionarios ex artículo 103. Vid. en relación con el alcance relativo de la reserva de ley y el juego de otras fuentes normativas como los convenios colectivos STC 1/2003, de 16 de enero, f.3.

[130] A favor del desarrollo por las Comunidades Autónomas, vid. de nuevo Gala Durán, C., *ibídem*. Vid. también STC 1/2003 y 37/2002, conforme a las cuales, el carácter básico de la Ley que regule el régimen jurídico de los funcionarios, no excluye la regulación de estas materias por las Comunidades Autónomas "mediante su actividad legiferante en desarrollo de la normativa básica estatal siempre que sean compatibles, no contradigan, reduzcan o cercenen dicha normativa básica".

[131] Recordemos que uno de estos límites se refiere a la imposibilidad de incluir conflictos individuales, tal y como hemos advertido anteriormente, así como materias sobre las que exista reserva de ley.

[132] Vid. de nuevo, Gala Durán, C., "La solución extrajudicial de conflictos…", op. cit. pág. 506.

que el precepto se refiere a "las organizaciones sindicales a que se refiere el presente capítulo"[133]. A lo que podemos añadir una razón de fondo, pues la eficacia de los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos se basa precisamente en su aceptación voluntaria por las partes, de forma que la imposición de un procedimiento que no cuente en su negociación con la participación de todas las organizaciones sindicales representativas, conforme al ámbito de aplicación, es posible que tenga dificultades en su aplicación.

4. 1. La mediación en los conflictos en el Estatuto Básico del Empleado Público

Una de las cuestiones más importantes que deberemos considerar al tratar este tema objeto de nuestro estudio es que cualquier medio de solución extrajudicial de conflictos, para ser admitido como de aplicación a las Administraciones Públicas, dado su sometimiento al principio de legalidad, deberá estar expresamente regulado o autorizado por la normativa que regule la relación funcionarial[134]. De este modo, el Estatuto Básico del Empleado Público contempla un régimen jurídico específico para la negociación colectiva en el ámbito de las Administraciones Públicas – entendiendo por tales las que aparecen definidas en los primeros preceptos de la norma ya comentados – del que deriva un procedimiento también específico de solución extrajudicial de conflictos. El apartado tercero del artículo 45 del EBEP, siguiendo el modelo de la LORAP, se refiere a la mediación y el arbitraje como procedimientos que integran los sistemas mencionados en el apartado primero.

La mediación puede definirse como "el medio extrajudicial en el que un tercero interviene en el marco de una controversia con la finalidad de servir de vía e incentivo para la comunicación de las partes en conflicto, poseyendo asimismo la capacidad de emanar recomendaciones sobre el fondo de la controversia, esto es, de emitir una opinión sobre cuál es la posición que, a su juicio, debería prevalecer como solución de aquella"[135]. De este modo, el tercero busca la solución y

[133] Vid. Quintanilla Navarro, Y., "Artículo 45", op. cit. pág. 360.

[134] Vid. Cruz Villalón, J., "La mediación en la solución de conflictos…", op. cit. pág. 35, entendiendo el término estatal "en el sentido de norma proveniente de los poderes parlamentarios, sean éstos de ámbito estatal en el sentido estricto del término o lo sean de ámbito autonómico… tan sólo es viable articular un sistema de mediación y arbitraje en los conflictos laborales correspondientes a la función pública, en la medida en que ello venga explícitamente contemplado en la legislación funcionarial de aplicación… es imprescindible que el correspondiente sistema venga autorizado y diseñado en lo básico por la legislación funcionarial de aplicación".

[135] Así la define Gala Durán, C., "La nueva regulación de la solución extrajudicial de conflictos en las Administraciones Públicas", en el libro colectivo *El Estatuto Básico del Empleado Público*, Varios Autores, XIX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Volumen II, Ministerio de Trabajo e inmigración, 2009, página 678.

la propone a las partes en conflicto, que deberán considerar si la aceptan o no[136]. Los caracteres que ha de reunir el mediador, para poder ganar la confianza de las partes en el sistema serán su "independencia, neutralidad y profesionalidad, referida esta última al conocimiento y dominio de la materia sobre la que versa la cuestión conflictiva"[137].

Creemos que es posible afirmar, sin miedo a equivocarnos que, si la mediación se produce con esas garantías de reconocimiento, será sin duda más efectiva que ningún proceso de conciliación e incluso que el ya conocido arbitraje laboral.

Centrándonos en la regulación del EBEP, hemos de apreciar que esta norma propone un sistema de mediación sobre la base de una premisa de obligatoriedad. "La mediación será obligatoria cuando lo solicite una de las partes", siendo voluntaria, en cambio, la aceptación de la solución que ofrezca el mediador. Por otro lado, nada dice el Estatuto sobre la figura del mediador, dejando amplio margen a las partes o al desarrollo reglamentario para decidir si se tratará de una o varias personas – pues la referencia al mediador o mediadores en la norma no parece impedir esta última opción[138] -, las formas de nombramiento, etc.

Finalmente, indica el artículo 45.4 que el acuerdo logrado tendrá la misma eficacia jurídica y habrá de seguir los procedimientos de tramitación correspondientes a los Pactos y Acuerdos que se regulan en Capítulo IV. Para ello, será requisito indispensable que quienes hayan adoptado el acuerdo de mediación tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un Pacto o Acuerdo conforme a lo previsto en el EBEP.

Otro de los requisitos que exige la tramitación de los Pactos y Acuerdos, conforme al artículo 38, es el de la aprobación o ratificación por los órganos de gobierno de las Administraciones con las que se negocia[139]. Esto constituye una práctica común en la Administración Pública, pero resulta bastante irregular y casi incomprensible desde el punto de vista de la lógica de los procedimientos de solución de conflictos. Y ello por cuanto se condiciona la validez del acuerdo a su aprobación por una de las partes en conflicto. Esto, podríamos decir, contraviene las reglas más básicas de la negociación y de la solución extrajudicial de conflic-

[136] Vid. Martín Valverde, A., "Medios no judiciales…", op. cit. pág. 20.

[137] Rivero Lamas, J., "Prólogo del libro La Mediación en los Conflictos de Trabajo: Naturaleza y Régimen Jurídico" de Santor Salcedo, H., La Ley, Madrid, 2006.

[138] Algunos autores han ido más allá incluso, interpretando que la norma podría admitir la actuación simultánea o sucesiva de los mediadores. Vid. Gala Durán, C., "La solución extrajudicial…", op. cit. pág. 519.

[139] De esta manera, indica Mauri Majos, J., op. cit. pág. 317, citando la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que "lo que se producirá a través de un pacto será una resolución administrativa de carácter general, mientras que la naturaleza jurídica del acuerdo colectivo ratificado por el órganos de gobierno sería ordinariamente la de una disposición o reglamento".

tos, que se basan en la buena fe de las partes en el momento de la negociación y el equilibrio en sus posiciones[140].

Una vez ratificados, y sólo en este caso, si las materias sobre las que versa el acuerdo pueden ser decididas por el órgano de gobierno de la Administración, el contenido de los mismos será directamente aplicable al personal incluido en el ámbito de aplicación del acuerdo. También habrá de darse publicidad al acuerdo o pacto, remitiéndolos a la Oficina Pública que cada Administración determine y la autoridad competente ordenará su publicación en el Boletín Oficial que corresponda. Este requisito de publicidad también ha sido criticado por algún sector de la doctrina al considerar que la publicidad del acuerdo puede afectar a su eficacia. Por otro lado, otorga a la mediación una formalidad que no tiene, pues, por naturaleza, es un medio de solución autónomo que precisamente pretende huir de los formalismos procesales propios de la administración judicial. No obstante, interesa resaltar que el requisito de publicidad afectará solo al "pacto o acuerdo, una vez ratificado", por lo que las posibles propuestas del mediador no serían públicas, respetando así la confidencialidad de las mismas[141]; y cumpliendo con las exigencias constitucionales de control y transparencia en la actuación de las administraciones públicas[142].

El segundo límite lo constituye, por tanto, la materia sobre la que versa el acuerdo, ya que, si existiese reserva de ley, su competencia correspondería a las Cortes Generales o a las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y, por tanto, su eficacia no será directa, como sucede en el supuesto anterior. En este caso, el EBEP propone como solución que el órgano de gobierno respectivo que tenga iniciativa legislativa, proceda a la elaboración, aprobación y remisión a las Cortes Generales o asambleas legislativas correspondientes, del proyecto de ley conforme al contenido del Acuerdo.

También se prevé un supuesto de renegociación, para el caso en que el órgano de gobierno no llegue a ratificar el Acuerdo o, exista una negativa expresa a incorporar lo acordado al proyecto de ley correspondiente. Para que exista renegociación del conflicto deberá solicitarlo, al menos, la mayoría de una de las partes, y el plazo para iniciar el proceso será de un mes (art. 38.3 EBEP).

[140] De nuevo, en relación con la referencia a la posición de equilibrio de las partes, Gala Durán, C., op. cit. pág. 513.

[141] Vid. de nuevo Gala Durán, C., "La solución extrajudicial…", op. cit. pág. 518.

[142] Recordemos que, al tratarse de una administración pública, la solución de conflictos "debe conjugarse con la necesidad de control, con la existencia de formalidades y de transparencia y la atención a valores y principios que la Constitución impone a los poderes públicos"; vid. en este sentido, Escartín Escudé, V., "El arbitraje y otros medios…", op. cit. pág. 103.

Si finalmente y tras haber cumplido todos estos trámites, no es posible lograr un acuerdo ni en la negociación, ni en la renegociación, el apartado 7 del artículo 38 habilita a los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas para establecer las condiciones de trabajo de los funcionarios. Aspecto éste muy criticado por la mayoría de la doctrina, por las razones que ya hemos avanzado[143] y que tienen que ver con una negociación en la que las partes estén en posiciones equilibradas; y negociar con la amenaza de la imposición de unas condiciones de trabajo si los procedimientos de solución extrajudicial del conflicto fracasan, no ayuda a cumplir con este requisito.

Ahora bien, el artículo 38.7 requiere que no haya acuerdo y que "se hayan agotado los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos". Por tanto, el deber de negociar por parte de la Administración exige la predisposición a negociar, la asistencia a la mesa de negociación y la realización de un serio esfuerzo por convenir[144], y, en caso de no poder llegar a un acuerdo, deberían agotarse los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos. Esta previsión ha permitido a algunos autores interpretar que también podrá acudirse, por ejemplo, a un procedimiento de arbitraje, si la mediación ya se ha intentado y ha fracasado. Lo que no está tan claro es si, en caso de renegociación por falta de ratificación por el órgano de gobierno, se podría volver a aplicar el procedimiento de mediación, incluso si ya se hubiera mediado con anterioridad, evitando de este modo la aplicación del art. 38.7. Entendemos que sí sería posible ya que al cambiar el escenario, debería volver a intentarse el acuerdo sobre estas premisas.

Para finalizar, el artículo 45 recoge una regla común de impugnación de acuerdos que tendremos ocasión de analizar en el siguiente epígrafe.

4.2. El arbitraje como procedimiento voluntario

El arbitraje se puede definir como "un método heterónomo de solución extrajudicial del conflicto laboral por medio del cual, las partes acuden a un tercero – árbitro – en quien delegan la resolución del conflicto"[145]. En este caso, a diferencia de lo que sucede con la mediación, el arbitraje previsto en el EBEP es un procedimiento de carácter voluntario, por el que las partes "acuerdan someter a

[143] No son pocos los autores que han considerado esta opción legal como un error. Vid. por todos, Gala Durán, C., "La solución extrajudicial de conflictos colectivos…", op. cit. pág. 511, para quien "la obligatoriedad o voluntariedad de los sistemas de solución de conflictos que son, sin duda, sistemas de autonomía colectiva, se ha de dejar a disposición de las partes que pueden pactar su adopción siempre que lo consideren conveniente en los correspondientes instrumentos colectivos o, alternativamente, disponer su activación ante cada conflicto específico concreto".

[144] Vid. Mauri Majós, J., "Los derechos colectivos en el nuevo…", op. cit. pág. 303.

[145] Vid. Pérez Camós, A., "El arbitraje laboral", en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social,* nº 123, 2016, pág. 134.

un tercero la resolución del conflicto planteado, comprometiéndose de antemano a aceptar el contenido del mismo". De nuevo, nada dice el EBEP sobre cómo haya de nombrarse el o los árbitros del sistema, ni el procedimiento para suscribir el compromiso arbitral, que quedará en el contenido del acuerdo y en el desarrollo reglamentario, si llegara a producirse. En este caso, a diferencia de lo que sucede con la mediación en la que sí aparece una referencia a los mediadores en plural, el precepto del EBEP sólo se refiere a un tercero, en singular, pero, dado que el legislador tampoco concreta la forma en que habrá de nombrarse, no parece que hubiera inconveniente en que el arbitraje recayera en más de una persona; eso sí, con una actuación conjunta – colegio arbitral – y no sucesiva, ya que, en este caso, el laudo es de obligado cumplimiento.

Contra la decisión arbitral cabe recurso en el caso de que "no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto", por lo que habrá que estar a lo que disponga el posible reglamento de desarrollo o el acuerdo de las partes en el que aparezca descrito el procedimiento. También se podrá impugnar el laudo arbitral si "la resolución hubiese versado sobre puntos no sometidos a su decisión" o si el laudo contradice la legalidad vigente. Estos tres motivos permitirían la impugnación de la decisión arbitral. Puesto que el artículo 45 EBEP es de exclusiva aplicación a los funcionarios, este recurso se presentará ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

5. LA EFICACIA DE LOS ACUERDOS Y LAUDOS: LÍMITES Y PROBLEMAS

Como hemos tenido ocasión de analizar, conforme al artículo 45 del EBEP, los acuerdos logrados a través de la mediación o de la resolución de arbitraje "tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación de los Pactos y Acuerdos regulados en el presente Estatuto, siempre que quienes hubieran aceptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un Pacto o un Acuerdo conforme a lo previsto en este Estatuto". De este modo, el EBEP condiciona la eficacia del acuerdo de mediación o del laudo arbitral al cumplimiento de cuatro requisitos.

El primero de ellos es el de la legitimación de las partes que han aceptado el acuerdo de mediación o que han suscrito el compromiso arbitral. Solo si las partes en cuestión tienen la legitimación suficiente para negociar un Pacto o Acuerdo en el ámbito funcional y territorial correspondiente, el acuerdo o laudo tendrá eficacia.

El segundo requisito, que también hemos tenido ocasión de mencionar más bien como un límite, lo establece el artículo 45 del EBEP en su apartado segundo

y se refiere a la materia objeto de negociación. Este precepto considera que las materias sobre las que exista reserva de ley, no podrán ser objeto de pacto o acuerdo, incluso derivado de los procedimientos de solución extrajudiciales de conflictos. Y es que la disponibilidad material es también un presupuesto de la operatividad de estos medios de solución de conflictos[146], y el sometimiento de la Administración Pública al principio de legalidad es una exigencia constitucional. Este límite constituye una dificultad añadida, pues el legislador no enumera las materias sobre las que existe reserva de ley, con lo que el mediador o árbitro tendrá que considerar este aspecto para evitar que la solución al conflicto resulte finalmente invalidada[147].

El tercer y cuarto requisitos se recoge en las normas sobre la negociación de los Pactos y Acuerdos, y hemos tenido ocasión de mencionarlos ya. Se trata del requisito de publicidad (art. 45.6) y de la necesidad de que dichos acuerdos o resoluciones arbitrales sean ratificados por el órgano de gobierno de la Administración Pública en cuestión.

Los problemas que ha venido planteando este último requisito de ratificación se han centrado en su aplicación no ya a los funcionarios públicos, sino también a los empleados públicos cuya relación con la Administración es de naturaleza laboral.

La reforma del artículo 32 del EBEP como consecuencia de la promulgación del Real Decreto Ley 20/2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, supuso la inclusión de un requisito para la eficacia de los convenios colectivos y acuerdos que afectasen al personal laboral del Sector Público. De este modo, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas competentes por razón del ámbito funcional y territorial del acuerdo o convenio colectivo, podrán suspender o modificar el cumplimiento de un convenio colectivo o acuerdo ya firmado, de forma excepcional, si apreciasen una causa grave de interés público "derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas". Se entenderá que concurre causa grave de interés público derivada de tales alteraciones "cuando las Administraciones Públicas de-

[146] Vid. Rosa Moreno, J., "Encuadre jurídico-administrativo…", op. cit. pág. 115, al hilo de la referencia a materias no susceptibles de transacción.

[147] A lo que podríamos añadir algunos aspectos novedosos de reserva a la jurisdicción social, tal es el caso de la disposición adicional trigésima cuarta de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2017, que establece una reserva específica al reconocimiento de la condición de indefinidos no fijos en las Administraciones Públicas y entidades que conforman el Sector Público instrumental. Así, los órganos de personal de éstas "no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial"; por lo que esta materia tampoco podrá ser objeto de acuerdo por la vía de la conciliación, mediación o arbitraje.

ban adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público". La misma previsión se contiene para el personal funcionario en el artículo 38.10 EBEP.

Esta limitación a la eficacia de los pactos y acuerdos o convenios colectivos con las Administraciones Públicas afecta también a los acuerdos adoptados o los laudos arbitrales dictados en los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos. Y por su aplicación tanto al personal laboral como a los funcionarios públicos, hemos de entender que la aplicación de estas cláusulas afectará a acuerdos o laudos adoptados en el marco de la solución extrajudicial de conflictos en las que sea parte una Administración Pública o cualquier entidad perteneciente al Sector Público.

Analicemos bien esta limitación. En primer lugar, no podemos olvidar que el uso de esta fórmula parte de una situación en la que la Administración Pública tenga que adoptar medidas o planes de ajuste, de reequilibrio de las cuentas públicas o de carácter económico financiero para asegurar la estabilidad presupuestaria o la corrección del déficit público. Por lo que habremos de estar a lo que establezcan las normas presupuestarias, que como regla general tienen carácter anual, para saber si el acuerdo tendrá o no eficacia[148].

En segundo lugar, la norma habilita a la Administración para suspender o modificar el cumplimiento del convenio o acuerdo, pero no para anularlo definitivamente. Esto nos lleva a pensar en una situación temporal que requerirá, antes o después, una reposición del acuerdo suspendido o modificado. Sin embargo, nada dice la norma de este procedimiento que podría generar un nuevo conflicto.

Y, en tercer lugar, las materias que pueden resultar afectadas son muchas, ya que prácticamente todas las condiciones de trabajo tienen repercusiones de carácter económico. Nos referimos así a la materia salarial, por supuesto, pero también al tiempo de trabajo o a la oferta pública de empleo[149].

Esta regulación fue criticada por la doctrina en defensa de la negociación colectiva, si bien el Tribunal Constitucional declaró su constitucionalidad, me-

[148] Un ejemplo de ello lo encontramos en la Ley 5/2012, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2013, que establece un doble control basado en un informe de la Consejería de Hacienda y Administración Pública sobre los componentes retributivos, así como sobre los parámetros que permitan valorar la incidencia financiera de las actuaciones en las que debe enmarcarse la negociación, previo al comienzo de las negociaciones. Y un segundo informe vinculante que se emitirá tras el acuerdo, pero con carácter previo a la firma y formalización de los mismos.

[149] Vid. De Soto Rioja, S., "Legislación presupuestaria y autonomía colectiva en el Sector Público", en *Temas Laborales*, nº 120, 2013, pág. 536.

diante la Sentencia 81/2015, de 30 de abril, por considerar que la primacía de la ley sobre la negociación también se extendía a supuestos como el presente[150].

6. CONCLUSIONES: HACIA UN MODELO ÚNICO E INTEGRADO DE SOLUCIÓN DE CONFLICOS LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO

Tras el análisis de algunas de las cuestiones más importantes en la implantación de sistemas de solución extrajudicial de conflictos en el Sector Público, es posible concluir la necesidad de elaborar un régimen jurídico único para resolver los conflictos laborales tanto del personal funcionario como del personal laboral en este ámbito.

Tanto los procesos de externalización y gestión privada de los servicios públicos como la cada vez más elevada contratación de personal en régimen laboral en las Administraciones y entidades que conforman el Sector Público, han modificado la forma en que percibimos la regulación de las relaciones laborales en este sector. Sin duda, aceptando que estos fenómenos organizativos se han instalado para quedarse, es preciso regular el nuevo sistema de relaciones laborales de forma que sea posible reducir la conflictividad laboral y acercar posturas entre los empleados públicos y sus empleadores.

Muchas han sido las críticas de la doctrina iuslaboralista en relación con la dualidad de órganos de representación que llevan a que en las Administraciones Públicas no exista una única negociación con los trabajadores a su servicio. No en vano, el EBEP trató de paliar algunas de estas diferencias, reconociendo a los empleados públicos un mismo estatuto jurídico con unas normas comunes que debían regir sus relaciones laborales. Sin embargo, podemos observar cómo en el ámbito de la negociación colectiva y de la solución de conflictos, ello no es así, aumentando, en consecuencia, la conflictividad e impidiendo, en cierto modo,

[150] Vid. de nuevo De Soto Rioja, S., "Legislación presupuestaria…", op. cit. pág. 551, para quien "con la doctrina constitucional instaurada acerca de la primacía absoluta de la ley sobre la negociación colectiva, incluso cuando la incompatibilidad es sobrevenida y conlleva la necesaria adecuación de ésta a aquélla, habrá de conllevar que la consecuencia principal que expresamente se establece ahora sobre la inaplicación de la norma convencional resulta en realidad del todo innecesaria… el legislador ha previsto suavizar las consecuencias ordenando no la desaparición del contenido de los acuerdos y convenios sino la mera suspensión temporal de su eficacia jurídica. Intentando así facilitar lo que sería una vuelta a la normalidad en el menor tiempo posible, por la economía de trámites que representa el hecho de que las normas en suspenso recobrarán su plena vigencia con la mera desaparición de las limitaciones legales". Vid. también sobre el tema Sempere Navarro, A.V., "Medidas sociolaborales para garantizar la estabilidad presupuestaria y fomentar la competitividad (Real Decreto Ley 20/2012)", *Aranzadi Social* nº 5/2012 (BIB 2012/2769).

que se implanten adecuadamente mecanismos de solución extrajudicial de conflictos que hagan más eficaz y rápida la búsqueda de soluciones.

En la actualidad nadie duda de las innumerables ventajas que proporcionan los medios de solución extrajudicial de conflictos en cuanto a rapidez, flexibilidad, costes económicos y eficacia, entre otras, por lo que no podemos obviar tampoco su importancia en el ámbito de la conflictividad en el Sector Público. Sin embargo, los sistemas que tratemos de implantar en este ámbito deberán tomar en consideración las peculiaridades que presenta el empleador púbico, especialmente en lo que se refiere al sometimiento al principio de legalidad, la protección de los intereses generales de los ciudadanos y el principio de eficacia.

Cuando la Administración Pública o cualquiera de los entes que conforman el denominado Sector Público actúan como empleadores, recurriendo a la legislación laboral para ello, deben someterse a ella en todos los aspectos que rodean el devenir de dicha relación laboral, incluyendo la solución de conflictos de trabajo. Sin embargo, la influencia del derecho administrativo lleva a imponer ciertos límites al ámbito laboral que hacen realmente difícil implantar sistemas de solución autónoma de conflictos que se asemejen a los que con tanto éxito funcionan en el sector privado.

Es por ello que sería conveniente unificar, en este ámbito de la solución extrajudicial de conflictos, el régimen jurídico aplicable a todos los empleados públicos, eliminando los límites legales impuestos a la eficacia de los acuerdos o laudos que puedan surgir de la implantación de estos sistemas.