



Derecho PUCP

ISSN: 0251-3420

revistaderechopucp@pucp.edu.pe

Pontificia Universidad Católica del Perú

Perú

Gorelli, Juan

El proceso de reformas de la negociación colectiva en España

Derecho PUCP, núm. 68, diciembre-junio, 2012, pp. 193-224

Pontificia Universidad Católica del Perú

Lima, Perú

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=533656142009>

- ▶ Cómo citar el artículo
- ▶ Número completo
- ▶ Más información del artículo
- ▶ Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

El proceso de reformas de la negociación colectiva en España

The process of collective bargaining reforms in Spain

JUAN GORELLI*

Resumen: El presente artículo tiene por finalidad analizar las principales líneas de desarrollo del proceso de reformas de la negociación colectiva en España. A dicho efecto, luego de describirse aquellos elementos característicos del modelo español respecto a este derecho fundamental, se resaltan los principales cambios legislativos que implicó la gran reforma laboral de 1994, los cuales han continuado a través de las normas emitidas entre 2011 y 2012, generándose una sinergia que en realidad delimita un nuevo derecho de la negociación colectiva.

Palabras clave: reformas – negociación colectiva – flexibilidad laboral – Derecho del Trabajo

Summary: This article aims to analyze the main lines of development of the process of collective bargaining reforms in Spain. For this purpose, after of being described those characteristic elements of the Spanish model about this fundamental right, it highlight the principal legislative changes that involved the great labor reform of 1994, which have continued through the regulations issued between 2011 and 2012, generating a synergy that actually delimit a new right of collective bargaining.

Keywords: reforms – collective bargaining – labor flexibility – Labor Law

CONTENIDO: I. EL PROCESO DE CAMBIOS CONTINUOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO.- II. ELEMENTOS CRÍTICOS QUE HAN VENIDO CARACTERIZANDO EL MODELO ESPAÑOL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y QUE JUSTIFICAN LA REFORMA.- III. EL IMPACTO DE LA PRIMERA GRAN REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN 1994.- III.1. EL INCREMENTO DE FUNCIONES Y CONTENIDOS DEL CONVENIO COLECTIVO.- III.2. LOS LÍMITES A LA INTANGIBILIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO.- III.3. LOS INTENTOS POR REESTRUCTURAR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA FACILITANDO UNA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DESCENTRALIZADA.- III.4. EL INTENTO DE GENERAR UNA NEGOCIACIÓN COLECTIVA MÁS DINÁMICA.- IV. DIRECTRICES FUNDAMENTALES DEL PROCESO DE REFORMAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE 2011-2012.- IV.1. LA REFORMA DE LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN Y DE LAS REGLAS DE CONCURRENCIA ENTRE CONVENIOS.- IV.2. LA ADAPTABILIDAD DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO DE LA EMPRESA: DE NUEVO LA REGULACIÓN SOBRE MODIFICACIONES SUSTANCIALES DE CONDICIONES DE TRABAJO Y EL DESCUELGO SALARIAL.- IV.3. LA FLEXIBILIDAD EN LA RENOVACIÓN DE LOS PROCESOS NEGOCIADORES.

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva.

I. EL PROCESO DE CAMBIOS CONTINUOS EN EL DERECHO DEL TRABAJO

Uno de los elementos característicos del Derecho del Trabajo es su carácter coyuntural; es decir, su capacidad de cambio o mutación ante estímulos externos. De manera que los cambios sociales, los cambios políticos y, sobre todo, los cambios económicos, generan de una manera directa, alteraciones en el ordenamiento laboral, que intenta adaptarse a las nuevas circunstancias que se generan en su entorno.

Ciertamente esta capacidad de adaptación es un elemento que puede calificarse como esencial en la configuración del Derecho del Trabajo, pues uno de los objetivos esenciales de este ordenamiento jurídico es conseguir una situación de equilibrio entre los intereses laborales y empresariales. Ante la alteración sustancial de los elementos ambientales entre los que se mueve el mundo de las relaciones laborales, lo lógico es la necesidad de reequilibrar esos intereses y ello se refleja en la propia regulación laboral. Un buen ejemplo de esta realidad lo vamos a encontrar en la propia negociación colectiva, y en cómo los convenios colectivos son normas que a priori tienen un marcado carácter temporal y están destinadas a durar un corto período de tiempo: lo que se pretende es que el principal instrumento de regulación de las condiciones de trabajo pueda adaptarse convenientemente a las circunstancias existentes en cada momento.

Ahora bien, aun cuando la naturaleza coyuntural del ordenamiento laboral es una característica propia, sin embargo, hemos de reconocer que en los últimos años asistimos a un proceso acelerado, permanente y continuo de reformas, un proceso que no cesa y que en la práctica impide que el ordenamiento laboral pueda gozar de un mínimo de estabilidad. Ello es consecuencia de diferentes factores. En primer lugar, la alteración de los sistemas productivos: el Derecho del Trabajo nace para actuar en un sistema de producción fordista o taylorista, y que genera un sistema de relaciones laborales caracterizado por su carácter netamente estable, por el hecho de que los trabajadores van a disfrutar de contratos indefinidos, condiciones de trabajo que van mejorando y que se incrementan a medida que pasa el tiempo y que desarrollan su prestación de servicios para unidades empresariales de grandes dimensiones que acumulan cientos de trabajadores. Sin embargo, este sistema ha cambiado dramáticamente y se ha alterado a favor de un sistema basado en la descentralización productiva, en la externalización de fases o segmentos del proceso productivo. Ello genera importantes alteraciones: se incrementan las extinciones contractuales como consecuencia de la necesidad de adelgazar las empresas, una importante temporalización de las relaciones laborales; se generalizan fenómenos como la tercerización de las empresas a través de la contratación o subcontratación de todo o parte de la actividad productiva, o a través

de las empresas de trabajo temporal; o bien el incremento del trabajo autónomo, sobre todo por la vía de conversión de trabajo subordinado en trabajo por cuenta propia¹.

Junto con las necesidades derivadas de la alteración del proceso productivo, encontramos cómo existe una noción que ha repercutido sobre el ordenamiento jurídico laboral: la flexibilidad laboral. La cuestión no es precisamente nueva, sino que viene de décadas atrás, pudiendo encontrar sus manifestaciones originarias en los inicios de la década de los ochenta del pasado siglo XX, con las propuestas de desregulación laboral tan apegadas al reaganismo o thatcherismo imperante durante esa década. Pasados los primeros furores de reducción de la regulación laboral², las exigencias de flexibilidad laboral se centraron en el mantenimiento de la normativa laboral, pero sometiéndola a un profundo proceso de reformas flexibilizadoras que implicaban la notable reducción de todo un conjunto de derechos que se consideraban «adquiridos» por la clase trabajadora³.

Las necesidades de flexibilidad laboral han cambiado al ordenamiento jurídico-laboral español de una manera tremadamente profunda, llegando a alterar o incluso a sepultar en el olvido principios laborales que se habían considerado prácticamente sagrados (basta analizar cómo ha sido tratado por la jurisprudencia laboral un principio aplicativo básico como el de la norma mínima o suplementariedad, o comprobar qué ha sido del principio *pro operario*). Este planteamiento se ha utilizado de una manera continuada, de modo que bien podemos decir que los laboralistas de mi generación solo conocemos una experiencia jurídica, la flexibilidad laboral, que ha actuado como un indestructible papel de lija que ha ido reduciendo poco a poco las expresiones clásicas del Derecho del Trabajo hasta extremos insospechados. En la actualidad, estos planteamientos sobre la flexibilidad laboral, siguen muy presentes y como nueva vuelta de tuerca se presentan bajo un nuevo envoltorio: la «flexiseguridad», nuevo tótem mágico que puede resolverlo todo en la economía y, por supuesto, en el sistema de relaciones laborales.

1 Ver sobre esta cuestión GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *La tutela de los trabajadores ante la descentralización productiva*. Madrid: Grupo Editorial, 2008, pp. 36ss.

2 Existen notables trabajos dirigidos a analizar el fenómeno de la desregulación laboral, así: DEL REY GUANTER, Salvador. «Desregulación, juridificación y flexibilidad en el Derecho del Trabajo». *Relaciones Laborales*, 10 (1989); RODRÍGUEZ-PÍNERO, Miguel. «Flexibilidad, juridificación y desregulación». *Relaciones Laborales*, 5 (1987).

3 Ver sobre este proceso, RIVERO LAMAS, Juan (coord.). *La flexibilidad laboral en España*. Zaragoza: Universidad de Zaragoza, 1993; RIVERO LAMAS, Juan. «La flexibilización de la vida laboral: potencialidades y retos para el derecho del trabajo». *Documentación Laboral*, 56 (1998); RODRÍGUEZ-PÍNERO, Miguel. *Flexibilidad ¿un debate interesante o un debate interesado?* *Relaciones Laborales*, 3 (1987); SAGARDOY BENGOECHEA, Juan Antonio. «Flexibilidad del mercado de trabajo y Derecho del Trabajo en España». En AUTORES VARIOS. *El futuro del Derecho del Trabajo en España*. Madrid: 1987; SAGARDOY BENGOECHEA, Juan Antonio. «Hacia una concepción positiva de la flexibilidad laboral». *Relaciones Laborales*, 2 (1989).

El término flexiseguridad fue introducido por primera vez en los años ochenta en Holanda, a través de diferentes informes que reflexionaban sobre las deficiencias del mercado de trabajo y la segmentación que se estaba produciendo entre trabajadores con alto nivel de protección y trabajadores atípicos o con poca protección⁴. Con posterioridad, resurge en Dinamarca, donde el planteamiento alcanza notable éxito, habiéndose alabado desde hace tiempo los logros alcanzados con el mismo en el mercado de trabajo. La flexiseguridad se ha plasmado en el famoso «triángulo dorado» danés⁵ que, en líneas generales, tiene los siguientes vértices: facilitar a los empresarios una dosis óptima de flexibilidad; dotar a los trabajadores de una mayor seguridad, sobre todo desde el punto de vista de la protección de Seguridad Social en materia de desempleo; así como favorecer las políticas activas de reingreso en el trabajo. En definitiva, hacer más libres la contratación y la extinción, establecer programas de subsidios generosos en caso de desempleo y activación del desempleado tanto desde el punto de vista formativo como en acciones de retorno⁶.

Tal como señala Servais, la flexiseguridad es aquella política que intenta conjugar la flexibilidad del trabajo con la seguridad del ingreso salarial⁷. El planteamiento de la flexiseguridad supone que ambos componentes (seguridad y flexibilidad) no solo pueden jugar de manera opuesta uno frente al otro, sino que es posible combinar de manera armónica ambos elementos, combinándose en una relación dialéctica⁸. Ciertamente es bastante difícil conciliar en una misma palabra dos términos que en el ámbito laboral siempre han funcionado como opuestos⁹. Es un enfoque global de la política de empleo que combina una cierta flexibilidad del Derecho del Trabajo, que permite a las empresas adaptar sus efectivos en función de sus necesidades, con el asegurar a los trabajadores una cómoda y rápida transición a nuevos empleos gracias a unas rentas

⁴ JASPERS, Teun. «Flexiseguridad: ¿Es la respuesta acertada a la modernización del Derecho del Trabajo? Una perspectiva holandesa». En AUTORES VARIOS. *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, Albacete: Bomarzo, 2009, p. 87.

⁵ Tal como señala Rodríguez-Piñero, la flexiseguridad danesa «es equipar a la gente para un cambio constante, facilitar el aprendizaje durante toda la vida, adoptar una política de mercado de trabajo activad con derecho y deber de formación, establecer altas prestaciones de desempleo para ayudar en las transiciones entre empleos, asegurar mayor estabilidad social y personal pese a una menor protección o estabilidad en el puesto de trabajo con relación a los sistemas más rígidos de empleo y de menor flexibilidad, convirtiendo así la flexibilidad no en un elemento de precariedad sino en una mayor oportunidad de empleo y al garantizar un aumento global de la ocupación y de mejora de la empleabilidad, de modo que no sea un drama la pérdida del puesto de trabajo» (RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. «Flexiseguridad: el debate europeo en curso». *Relaciones Laborales*, 2 (2007), pp. 113-137, p. 124.

⁶ JASPERS, Teun. Ob. cit., p. 89.

⁷ SERVAIS, Jean Michel. «El complicado equilibrio de la promoción del crecimiento, el empleo y la competitividad con la defensa del Estado Social». En *Estudios sobre la estrategia europea de la flexiseguridad: una aproximación crítica*, p. 43.

⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, Miguel. «Las transiciones en el mercado de trabajo». *Relaciones Laborales*, 13 (2010), p. 3.

⁹ En realidad, estamos ante un verdadero oxímoron o *contradiccio in terminis*; es decir, se armonizan dos conceptos opuestos en una sola expresión, configurando un tercer concepto distinto.

adecuadas¹⁰ (entiéndase por transición a nuevo empleo el plazo de tiempo entre el momento que el trabajador pierde el puesto de trabajo y accede a un nuevo empleo).

Este modelo se difunde en Europa gracias a la actuación de la Unión Europea (UE) y el desarrollo de su política de empleo (es necesario aclarar que la UE tiene entre sus competencias la de coordinar la política de empleo de los Estados miembros, artículos 145 a 150 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). En la práctica, estos principios de flexiseguridad, dirigidos a facilitar la creación de empleo en los estados miembros de la UE, han supuesto como consecuencia directa un daño irreparable al Derecho del Trabajo como ordenamiento tutivo y protector del contratante más débil. Con la excusa de que el Derecho del Trabajo, debidamente flexibilizado, debe ser utilizado como instrumento o herramienta para la creación de empleo, lo cierto es que se ha procedido a incrementar las reformas laborales hasta desmantelar buena parte de los derechos laborales.

Todo este proceso de cambio se ve acelerado por una importante variable: la crisis económica. Si la presión sobre el ordenamiento laboral antes del inicio de la crisis en 2008 ya era realmente fuerte, desde entonces se ha incrementado hasta alcanzar extremos realmente insoportables. Lógicamente ello ha desencadenado una nueva ofensiva reformista. En un corto espacio de tiempo España se ha visto sacudida por todo un conjunto de reformas sucesivas en el ámbito laboral, afectando a todos los ámbitos del Derecho del Trabajo. Si excluimos las reformas procesales (la ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social¹¹) y de Seguridad Social (ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social¹²), hay tres grandes normas reformadoras que se sucedieron en un cortísimo espacio de tiempo: la ley 35/2010, que supuso una revisión de casi todos los ámbitos del Derecho del Trabajo a nivel individual, y por lo que a nosotros interesa ahora, una facilitación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, incluyendo las reguladas en convenio colectivo. Este proceso de reformas se complementó con el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, de Medidas Urgentes para la Reforma de la

EL PROCESO
DE REFORMAS
DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN
ESPAÑA

THE PROCESS
OF COLLECTIVE
BARGAINING
REFORMS IN
SPAIN

10 GIRAUT, Joëlle & Sylvie CHABOSSON-VERA. «Chômage et recherche d'emploi: le système danois», *Droit Social*, 12 (2007), p. 1302. En similares términos, MARTÍN PUEBLA, Eduardo. «La modernización del mercado de trabajo en Francia o la tímida versión de la "flexisegurité à la française"». *Relaciones Laborales*, 4 (2009), p. 93.

11 Norma de carácter fundamentalmente técnico, que pretendía actualizar la regulación procesal regulando expresamente adaptaciones a problemas largo tiempo detectados; así como refundir las pequeñas reformas que se habían venido produciendo en diversos ámbitos de la antigua Ley de Procedimiento Laboral.

12 Norma que tiene como fundamento básico la necesidad de adecuar la regulación a la previsible y futura situación económica del sistema (sobre la base de los principios económicos actuarios y a la población trabajadora actual y futura, que deberá mantener las pensiones dentro de un par de décadas), y que en líneas generales ha supuesto una drástica reducción de la cuantía de las pensiones de Seguridad Social.

Negociación Colectiva; norma que supuso una profunda reforma en ámbitos tan relevantes como la estructura de la negociación colectiva que es acercada al ámbito de empresa; la introducción de elementos que dinamizan la negociación y permiten la mejor y más rápida adaptación de las necesidades empresariales a las alteraciones que se suceden en los mercados económicos y que repercuten sobre las empresas; la modernización de los sistemas de sucesión de los convenios, permitiendo una mayor fluidez en los procesos negociadores; así como la corrección de ciertos elementos que producían problemas en la legitimación de los sujetos negociadores. El resultado es una negociación más dinámica, menos estática y una regulación que introduce alteraciones en normatividad de los convenios colectivos y que resulta atacada desde diferentes puntos de vista.

Si al hecho de la crisis económica le unimos una segunda variable como es el cambio de Gobierno tras las elecciones generales de noviembre del pasado año, que supuso la victoria aplastante de una opción política claramente conservadora, el resultado es una nueva reforma laboral; todo ello antes de que pase un año desde la profunda reforma laboral anterior: nace así, el más que reciente Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral. Como puede observarse por las fechas, el ritmo de reformas ha sido verdaderamente frenético. Pues bien, esta última norma ha supuesto un profundo cambio de todo un conjunto diferenciado de instituciones jurídico laborales, todo ello bajo una inspiración claramente conservadora y favorable a las tesis empresariales, o para ser más correcto, a las tesis empresariales más extremas. Se reforman los contratos formativos (tres veces ya en los últimos dos años), se introduce una reducción brutal en los costes indemnizatorios por despido y una dosis de flexibilidad interna nunca conocida en nuestro ordenamiento, facilitando aun más la posibilidad de alterar lo pactado en convenio colectivo (hay quien dice que esta reforma supondrá el despido de los padres para contratar a los hijos, pero a mitad de salario). Bien podemos decir que esta reforma parece dirigida a facilitar la flexibilidad laboral más amplia jamás concebida en España. Una reforma que introduce un profundo desequilibrio en la defensa de los contrapuestos intereses laborales y empresariales, favoreciendo de manera espectacular a estos últimos, incrementando de manera exponencial la subordinación. En cuanto a la materia de negociación colectiva, la reforma supone ahondar aun más, mucho más, en las líneas generales del Real Decreto Ley 7/2011 (la reforma del Gobierno socialista). En este punto en concreto, no se trata de una contrarreforma, al contrario, es una continuación de la reforma anterior; si bien tampoco es una reforma suplementaria (que añade algo más a la anterior), sino que la dosis de flexibilidad que supone es muy superior a la que podía haberse previsto en el desarrollo

de la reforma socialista de 2011. Si en líneas generales podemos decir que es una reforma agresiva, en el marco de la negociación colectiva, en la práctica viene a poner en cuestión el actual marco de relaciones laborales: potencia la negociación de empresa hasta el extremo; degrada la negociación sectorial de manera que en la práctica la negociación de mínimos puede ser absolutamente obviada, sustituye procesos negociadores por mecanismos heterónomos de solución de conflictos; limita y reduce el papel de las organizaciones sindicales.

En definitiva, podemos decir que este proceso de reformas, sobre todo gracias al impulso de la última de las normas reformadoras, supone consagrar de manera expresa un nuevo principio que debe imperar sobre las relaciones laborales y el Derecho del Trabajo: la norma laboral debe garantizar el beneficio empresarial. Es lo primero y casi lo único esencial. A partir de ahí, el empresario podrá crear empleo (si lo considera necesario, nada le obliga a ello), aun cuando se trate de puestos de trabajo de baja o nula calidad. La regulación laboral tuitiva, que tiene como objetivo proteger al trabajador como contratante débil se marchita, se hace evanescente. No es que este objetivo tradicional se encuentre cuestionado; es que casi ha desaparecido, es algo del pasado, un mero recuerdo para los nostálgicos.

Debemos tener en cuenta que en buena medida este proceso de reforma laboral había venido siendo pactado entre los interlocutores sociales (sindicatos y patronal). Puede decirse que en España los procesos de diálogo social han tenido bastante éxito, permitiendo el Gobierno que fuesen los interlocutores sociales los que pactasen el sentido de las principales reformas laborales. Sin embargo, ese proceso de diálogo social que había caracterizado las relaciones laborales a lo largo de los últimos años se ha visto truncado por la crisis económica y por la imposición de nuevas convicciones políticas en el ámbito de la regulación laboral: se ha pasado de un proceso de diálogo social a la imposición legal de la reforma. Es decir, la crisis económica ha supuesto que por necesidades puramente político-económicas (la necesidad de generar confianza en los «mercados») se haya planteado una verdadera urgencia por reformar la normativa laboral, de manera que lo que hasta ese momento era regla común, dejar a los interlocutores sociales que fuesen quienes capitaneasen el proceso de renovación normativa a través de la legislación negociada, puesto que ellos representaban los intereses de los sujetos a los que se aplica el Derecho del Trabajo, se deja de lado, tomando de nuevo el mando. Un buen ejemplo de esta situación lo tenemos en el hecho de que incluso antes de haber tomado posesión el nuevo Gobierno del Partido Popular, se hicieron advertencias expresas a los interlocutores sociales, a través de los medios de comunicación, de que debían alcanzar un acuerdo en materia de reforma de la negociación colectiva con fecha máxima en la festividad de la Epifanía

(posteriormente se les facilitó un nuevo plazo). Más aun, incluso si se logra un acuerdo, si este no satisface las ansias reformadoras del poder político, se prescinde del mismo y se regula en contra de lo acordado por los interlocutores sociales. Justamente es lo que ha ocurrido con la última reforma introducida por el Real Decreto Ley 3/2012.

II. ELEMENTOS CRÍTICOS QUE HAN VENIDO CARACTERIZANDO EL MODELO ESPAÑOL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA, Y QUE JUSTIFICAN LA REFORMA

Como punto de partida hay que señalar que la negociación colectiva española se ha caracterizado por el hecho de su pobreza de contenido. El convenio surge fundamentalmente como instrumento de fijación de las tarifas económicas de los trabajadores; es decir, como instrumento de regulación del salario. Con el paso del tiempo se ha ido incorporando al convenio colectivo cuestiones relativas al resto de condiciones de trabajo. En realidad ello refleja un aspecto que resulta ser esencial para el Derecho del Trabajo: el convenio colectivo es un instrumento adecuado para la fijación de condiciones de trabajo, pues con él se rompe la situación de desequilibrio entre intereses laborales y empresariales¹³. Dado que estos últimos tienen una mayor capacidad contractual de defender, cuando no de imponer sus intereses a los trabajadores individuales, el ordenamiento facilita la negociación colectiva, que al tener ese carácter de representación de los intereses de los trabajadores permite una capacidad negociadora del mismo o parecido nivel del que disfrutan los empresarios. Ahora bien, aun cuando podamos constatar que a través de la negociación colectiva se fijan y especifican las condiciones de trabajo, hemos de señalar que en la práctica ese contenido tiende, salvo en materia salarial, a mantenerse de manera bastante estable, a perpetuarse sin que las partes suelan tener interés en volver a negociar las condiciones de trabajo una vez que se ha conseguido un acuerdo. En este sentido no es precisamente extraño constatar que aun cuando los convenios colectivos se suceden uno tras otro en períodos de tiempo relativamente cortos; sin embargo, su contenido es tremadamente reiterativo.

Tampoco es precisamente infrecuente encontrar que, excepto en la regulación de las condiciones de trabajo que regulan el precio del trabajo y la utilización del mismo por el empresario (fundamentalmente el salario y la jornada), normalmente al regularse el resto de condiciones (derechos de los trabajadores a la suspensión del contrato, a la excedencia, a la protección antidiscriminatoria, a la igualdad de género, protección

13 MORENO VIDA, María Nieves. «Las funciones de la negociación colectiva y su proyección en los contenidos de los convenios colectivos». En AUTORES VARIOS. *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*. Granada: Comares, 2011, p. 316.

frente al acoso, etcétera), los negociadores se limitan a reiterar lo establecido por el legislador sobre tales cuestiones. Unido este elemento a la reiteración de lo negociado, podemos encontrar que al acelerarse el proceso de reformas laborales que afecta a la regulación legal, muchos convenios colectivos se están limitando a recoger la regulación legal ya derogada desde hace tiempo. Ello evidencia la debilidad del contenido de la negociación colectiva.

Otra característica propia de la negociación colectiva española ha sido la importante tendencia que se ha implantado entre la práctica doctrinal, la jurisprudencial y en la de los interlocutores sociales por la que se privilegia al convenio de eficacia normativa y *erga omnes*. En buena medida es una herencia de nuestro pasado preconstitucional, en el que la pieza fundamental de la negociación colectiva existente era la del convenio que tenía consideración de fuente del derecho; instrumento diseñado para dotar de una altísima dosis de estabilidad a las relaciones laborales¹⁴. Este ha sido un esquema que se heredó una vez que la Constitución reconoce un verdadero derecho a la negociación colectiva y que ha venido marcando como seña de identidad nuestro sistema de relaciones laborales. De ahí todo el conjunto de amplias discusiones doctrinales y jurisprudenciales en torno a la distinción entre el convenio estatutario y el extraestatutario. Como es lógico, esta consideración del convenio colectivo con eficacia normativa y *erga omnes* (al menos en el caso del convenio estatutario), implica necesariamente reconocer su intangibilidad frente a otros convenios u otros instrumentos derivados de la negociación colectiva.

Creo que una de las críticas que más reiteradamente se ha venido haciendo a la negociación colectiva española es la relativa a su anómala estructura: en principio nuestro ordenamiento no establece un ámbito concreto para negociar colectivamente, al contrario, deja una amplia libertad a las partes para que sean ellas las que elijan el ámbito concreto de la negociación, siempre y cuando estén debidamente legitimadas para negociar en dicho ámbito¹⁵. Estamos, por tanto, ante un sistema abierto de negociación colectiva, en el que los sujetos legitimados para negociar pueden elegir el ámbito de los convenios colectivos (convenios de empresa, convenios de centro de trabajo, convenios franja, convenios de ámbito superior a la empresa o sectoriales, ya sean nacionales, de Comunidad Autónoma, provinciales o interprovinciales e incluso locales o comarcales). Más aun, una determinación legal estricta de cuál sea la estructura supondría invadir el contenido esencial del derecho a la negociación colectiva.

14 En este sentido, ver GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*. Madrid: Civitas, 1999, pp. 29-30.

15 Tal como señala el artículo 83.1 del ET, «Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden».

Esto ofrece la posibilidad de que haya ámbitos muy diferentes de negociación y que en cada sector de la producción puedan existir estructuras negociales muy diversas: podemos encontrar sectores económicos muy centralizados, en los que existen convenios colectivos de sector a nivel estatal; mientras que otros sectores están atomizados pues hay una fuerte presencia de convenios colectivos de nivel empresarial. De otro lado, la existencia de diferentes niveles de negociación permite que puedan existir fenómenos de negociación colectiva articulada, por la que se conecten entre sí convenios de diferentes niveles. Doctrinalmente suele diferenciarse entre dos modelos básicos de negociación: la negociación colectiva centralizada (donde predominan los convenios de sector de nivel geográfico superior) y la negociación colectiva descentralizada (en la que el papel esencial lo van a tener los convenios a nivel de empresa). Lógicamente, entre el nacional y el de empresa pueden existir niveles intermedios, pero no suele ser habitual, de manera que tales niveles intermedios languidecen y carecen de relevancia¹⁶. Pues bien, el dato característico de la estructura de la negociación en España es, justamente, que sí tiene una extraordinaria importancia el nivel intermedio de negociación. Concretamente el convenio colectivo provincial, que resulta ser el que agrupa a un mayor número de trabajadores y de empresas. En los extremos de la estructura, encontramos un número bastante amplio de convenios de empresa (es el número más elevado de convenios), que, no obstante, se aplica a un colectivo de trabajadores reducido; así como un número pequeño de convenios nacionales que sin embargo tiene un amplio número de empresas a las que se aplica y un importante número de trabajadores incluidos dentro del mismo. Es lo que Ojeda Avilés definió como diseño arcaico y provinciano en forma de cántaro¹⁷.

Las razones por las que la estructura tiene ese aspecto tan extraño se remontan al diseño de la negociación colectiva durante la dictadura franquista. Pero este origen no explica que dicha estructura haya llegado prácticamente intacta hasta hoy. Deben existir otros motivos o razones que lo justifiquen. Probablemente esta situación sea consecuencia del diseño de las organizaciones sindicales y patronales, y de los repartos de poder internos en dichos órganos de representación, en los que el ámbito provincial suele ser el que organiza la acción sindical (o patronal) de relaciones laborales; de ahí que los principales sujetos negociadores se encuentran en dicho nivel.

Otra importante crítica al modelo español de negociación colectiva es su carácter estático: los procesos de negociación se producen a intervalos periódicos y una vez conseguido el acuerdo, la negociación se cierra y

16 Así OJEDA AVILÉS, Antonio. *Derecho Sindical*. Madrid: Tecnos, 2003, pp. 672-673.

17 Ibídem, p. 674. De igual modo, VILLAVICENCIO RÍOS, Alfredo. *Los acuerdos marco sobre estructura de la negociación colectiva: naturaleza jurídica, eficacia, contenido*. Granada: Comares, 1998, p. 95.

no vuelve a abrirse hasta que el convenio acordado pierde vigencia. Es decir, entre acuerdo y acuerdo no existe negociación colectiva. Se trata de un modelo totalmente opuesto al modelo dinámico, en el que la actividad negociadora es prácticamente permanente, y el convenio se configura como un instrumento abierto que admite ser completado de manera sucesiva¹⁸.

Creo que el gran problema que plantean los sistemas de negociación colectiva estáticos es justamente que no son capaces de adaptarse a la cambiante realidad en la que son aplicados dichos convenios colectivos. En una situación de economía estable, basada en el crecimiento constante, la negociación de carácter estática no plantea especiales problemas; pero en una situación económica de crisis, con continuos movimientos y vaivenes económicos, se requiere un sistema de negociación mucho más adaptable, mucho más dinámico. La lógica consecuencia de un sistema dinámico de negociación colectiva es el reforzamiento de los derechos de información y consulta de los representantes de los trabajadores tal como ha señalado la mejor doctrina¹⁹.

- La negociación colectiva ha sido uno de los pilares sobre los que se basaba el sistema de producción fordista, pues ha facilitado una regulación de condiciones de trabajo uniformes que se extendían a colectivos muy amplios y de manera muy estable. Se trata de una negociación basada en acuerdos en materia de salarios, vinculados en su crecimiento al índice de precios, lo cual facilitaba una importante dosis de estabilidad en la organización del trabajo y la protección en materia de despido. Ese sistema productivo ha cambiado, se basa en unidades productivas mucho más pequeñas, inestables por definición, con externalización de actividades, con colectivos de trabajadores autónomos o parasubordinados, con una economía en constante cambio como consecuencia de la globalización y la evolución acelerada de las nuevas tecnologías, se requiere una negociación mucho más dinámica. Ello implica al menos las siguientes consecuencias: Una ampliación del contenido del convenio colectivo, no tanto desde el punto de vista de las materias que regula, sino de las funciones que tiene el convenio colectivo.
- Por otra parte, se intenta romper, al menos hasta cierto punto, la configuración del convenio colectivo como una norma absolutamente intangible e inalterable durante su vigencia.
- De otro lado se produce una expansión de la empresa como unidad de negociación colectiva.

18 Sobre ambos modelos, ver VENEZIANI, Bruno. *Stato e autonomia collettiva*. Bari: Cacucci, 1986, p. 89.
19 Así OJEDA AVILÉS, Antonio. Ob. cit., p. 680.

- Se pretende una negociación colectiva continuada, basada en procesos que no son simplemente periódicos y cerrados.

Analicemos ahora, cómo se concretan estas cuestiones a través de las diferentes reformas sufridas en la regulación de la negociación colectiva.

III. EL IMPACTO DE LA PRIMERA GRAN REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN 1994

La negociación colectiva no ha sido precisamente un ámbito del Derecho del Trabajo en el que se haya producido un proceso permanente y continuo de reformas. Al contrario, la regulación del título III del Estatuto de los Trabajadores (ET), se ha mostrado como una de las partes más estables del ordenamiento laboral. Ahora bien, esto no significa, ni mucho menos, que no haya sido sometida a alteraciones y cambios normativos. A lo largo de la vigencia del ET, solo podemos encontrar dos grandes movimientos de reforma que afectan a la negociación colectiva: en primer lugar, la gran reforma laboral de 1994. Sin lugar a dudas fue la reforma por excelencia del ordenamiento laboral: a través de la misma el ordenamiento laboral fue sometido a una profunda revisión, si se quiere, a una actualización de sus parámetros normativos. Esta reforma afectaba en la práctica a la totalidad de las instituciones laborales, y, por supuesto, también a la normativa sobre la negociación colectiva. Pues bien, desde el punto de vista de la negociación colectiva, este honor de reforma esencial debe compartirse con la introducida por el Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio, de Medidas Urgentes para la Reforma de la Negociación Colectiva²⁰.

Bien podemos señalar que la reforma de 1994 fijó una serie de bases de alteración del sistema de negociación colectiva, que se han continuado a través del posterior proceso de reformas 2011-2012, generando entre las dos una sinergia que delimita un nuevo derecho de la negociación colectiva. Sianalizamos en primer lugar la reforma de 1994, encontraremos una serie de elementos que apuntan justamente a esa transformación: la configuración del convenio como instrumento de gestión de la flexibilidad, el convenio como instrumento normativo que deja de ser intangible a la propia negociación posterior, la reestructuración de la negociación y su reorientación hacia una negociación descentralizada, y el impulso a una negociación dinámica y no estática.

20 Así VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. «Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos». *Relaciones Laborales*, 23-24 (2011), p. 20.

III.1. El incremento de funciones y contenidos del convenio colectivo

En cuanto al primero de los aspectos mencionados, la función que asume el convenio colectivo, junto a la tradicional pretensión de regular condiciones de trabajo, se añade un nuevo planteamiento o estrategia: utilizar el convenio colectivo como instrumento de gestión de la flexibilidad laboral, facilitando que la flexibilidad en ciertas condiciones de trabajo pueda llegar a establecerse. En realidad lo que va a ocurrir es que la negociación colectiva no solo asume su competencia en la regulación de condiciones de trabajo vinculadas a la compraventa de la fuerza de trabajo (horario, jornada, salarios); sino que también asume como competencia ordinaria la gestión de la mano de obra y la organización del trabajo²¹. En definitiva, se trata de utilizar el convenio colectivo para introducir flexibilidad en la relación laboral.

Un magnífico ejemplo de esta realidad lo vamos a encontrar en la regulación española sobre tiempo de trabajo, que sufrió una importante modificación a través de la reforma de 1994, con la que se habilitaba al convenio para que gestionase la flexibilidad laboral en este ámbito. La tendencia general en el ordenamiento laboral vigente es facilitar amplios márgenes de flexibilidad a las empresas, tendencia que se plasma sobre todo en la posibilidad de establecer una distribución irregular de la jornada de trabajo, o la superación de los topes legales de la jornada máxima de trabajo. Ahora bien, las diferentes expresiones de flexibilidad en materia de jornada se condicionan a que sean pactadas a través de la negociación colectiva. Los horarios uniformes y rígidos se sustituyen por reglas que permiten una regulación de jornada con horarios tremadamente flexibles y diversificados; todo ello como consecuencia de la inestabilidad económica y de las necesidades de que las empresas encuentren cauces que permitan adecuar el trabajo a las necesidades productivas en cada momento²². Esa flexibilidad se alcanza permitiendo que los límites esenciales que antaño eran límites inderogables, se conviertan en disponibles para la negociación colectiva. Como es lógico, esto supone condicionar la flexibilidad a la existencia de acuerdo entre empresa y representantes de los trabajadores, por lo que el ordenamiento facilita que siga existiendo el esencial equilibrio de intereses entre unos y otros contratantes.

Es relevante constatar que la negociación se utiliza, no solo como instrumento para conseguir una reducción de los límites legales sobre

21 ESTEVE SEGARRA, Amparo. «El creciente protagonismo de las asociaciones empresariales». En Blasco Pellicer, Ángel (coord.). *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 504.

22 GÓNI SEIN, José Luis. «La ordenación flexible del tiempo de trabajo». En AUTORES VARIOS. *Análisis y propuestas de modernización de la negociación colectiva en Navarra*. Pamplona: Universidad Pública de Navarra, p. 109.

tiempo de trabajo; además, se utiliza para introducir la flexibilidad de la distribución del mismo, buscando que la empresa pueda adaptarse mucho mejor a sus necesidades productivas²³; el epicentro del régimen jurídico reside hoy en la distribución del volumen de trabajo²⁴, para lo cual se utiliza a la negociación colectiva. Es decir, se trata de una flexibilidad negociada, que requiere por lo tanto la intervención del convenio colectivo o de la negociación colectiva.

En la misma dirección de utilizar a la negociación colectiva y al convenio como instrumento de gestión de la flexibilidad, encontramos cómo en los últimos años la negociación colectiva se ha implicado directamente en los procesos de racionalización económica de las empresas, de manera que se utiliza esta vía para facilitar los procesos de reestructuración de las mismas. El convenio es el instrumento para consensuar la viabilidad económica de la empresa y para resolver los problemas económicos de la misma a través de expedientes de regulación de empleo, planes de acompañamiento a los mismos, de modo que se negocian entre empresarios y trabajadores los sacrificios que van a sufrir unos y otros (los trabajadores en forma de reordenación de la prestación de trabajo incluyendo reducciones temporales de jornada o limitaciones al crecimiento del salario e incluso extinción del contrato; los empresarios abonando indemnizaciones o comprometiéndose a mantener niveles de empleo y a incrementarlos en el futuro o a limitar la contratación temporal)²⁵.

III.2. Los límites a la intangibilidad del convenio colectivo

En cuanto a la intangibilidad del convenio colectivo, ya la reforma de 1994 introducía elementos dirigidos a limitar la eficacia del convenio colectivo estatutario. En concreto nos referimos a dos figuras que han caracterizado el impulso a la flexibilidad en la negociación colectiva: la modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en convenio colectivo y el descuelgue salarial.

En cuanto a la modificación sustancial de condiciones de trabajo, se trata de un instrumento a través del cual el empresario puede alterar condiciones que resultan esenciales en la relación laboral y que estaban pactadas entre las partes (jornada de trabajo, el horario, el régimen de trabajo a turnos, el sistema de remuneración, el sistema de trabajo y rendimiento o las funciones). Con la reforma de 1994 el artículo 41 diferenció entre dos tipos de modificaciones sustanciales: las individuales y las colectivas (en función del origen de la condición que se altera y en

23 GARCÍA BLASCO, Juan. «Flexibilidad del tiempo de trabajo; jornadas y descansos». En AUTORES VARIOS. *Reforma de la legislación laboral*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 302.

24 RIVERO LAMAS, Juan. «La flexibilización del tiempo de trabajo». En BORRAJO DACRUZ, Efrén (coord.). *El nuevo Estatuto de los Trabajadores: puntos críticos*. Madrid: Actualidad Editorial, 1995, p. 29.

25 MORENO VIDA, María Nieves. Ob. cit., p. 349.

función de la relevancia del número de trabajadores afectados). En caso de modificación individual basta la voluntad unilateral del empresario. En caso de modificación colectiva (condiciones establecidas por acuerdo o pacto colectivo o disfrutadas por decisión unilateral del empresario de efectos colectivos) es necesario abrir un período de consultas con los representantes de los trabajadores que podría finalizar un acuerdo (una expresión de la negociación colectiva) que implicaría la alteración de las condiciones de trabajo. Ahora bien, ante la falta de acuerdo, el empresario puede modificar unilateralmente las condiciones pactadas en un instrumento colectivo (por ejemplo, un convenio extraestatutario).

Esta posibilidad de alteración de condiciones por voluntad unilateral del empresario choca directamente con el hecho de que el convenio colectivo estatutario sea fuente del derecho, tal como se reconoce constitucionalmente. La voluntad unilateral del empresario no puede imponerse al convenio colectivo estatutario ello supondría un ataque frontal al carácter normativo del convenio y negar el derecho a la negociación colectiva constitucionalmente consagrado. De ahí que el legislador, cuando se trata de condiciones pactadas en este tipo de convenio solo admita la modificación si existe acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores; es decir, a través de un acuerdo de empresa que también es una expresión de la negociación colectiva. Dicho de otra manera, en estos casos de condiciones pactadas en convenio estatutario, solo se admite su modificación a través de la propia negociación colectiva. Por lo tanto, el acuerdo es imprescindible: sin el acuerdo de empresa, expresión de la negociación colectiva, no se consigue la modificación sustancial de condiciones pactadas en convenio estatutario.

Ahora bien, es evidente que la figura del acuerdo de empresa²⁶ implica una alteración de lo fijado en el convenio colectivo y, en consecuencia, ello supone cuestionar la eficacia del convenio colectivo. Se limita realmente la normatividad del convenio colectivo, si bien a través de otro instrumento de la negociación colectiva.

Junto a la modificación sustancial, la reforma de 1994 introdujo otro acuerdo de empresa especialmente interesante: el acuerdo de descuelgue salarial. A tenor de dicha regulación, era necesario que los convenios colectivos de ámbito superior, como parte de su contenido, debían establecer las condiciones y procedimientos por los que podría no aplicarse el régimen salarial del mismo a las empresas cuya estabilidad económica estaba en peligro. Es decir, el convenio colectivo de ámbito superior debía regular las causas por las que concretas empresas podrían desvincularse, no del convenio, sino de la regulación salarial del mismo;

26 Aun cuando la reforma de 1994 impulsó la figura, lo cierto es que ya con anterioridad existía en el ordenamiento español, ver en este sentido GORELLI HERNÁNDEZ, Juan & Antonio VALVERDE ASENCIO. «La reforma de 1994 y los acuerdos de empresa». *Relaciones Laborales*, 22 (1995), p. 30.

pudiendo, a partir de ahí, negociar en el ámbito de empresa la nueva cuantía salarial (lógicamente inferior), especificándola a través de acuerdo de empresa.

De nuevo, el legislador acude a un instrumento derivado de la negociación colectiva para cuestionar la eficacia o intangibilidad de lo pactado en el convenio colectivo. Si bien el convenio colectivo estatutario tiene eficacia normativa, se acude a otro procedimiento derivado de la negociación colectiva para limitar su aplicación. Este instrumento es el acuerdo de empresa, por lo que en realidad se salvaguarda el derecho a la negociación colectiva. En realidad, en este caso lo que ocurre es que el acuerdo de empresa no cuestiona lo regulado en el convenio colectivo de nivel superior, sino que limita subjetivamente la aplicación del mismo a través del acuerdo de empresa. Debemos reparar en el hecho de que los acuerdos de empresa que pueden afectar a lo dispuesto en convenios colectivos estatutarios (sea a través de la modificación sustancial o a través del descuelgue), realmente tienen también eficacia normativa, pues no en vano afecta directamente a lo pactado en un instrumento que es fuente del derecho²⁷.

En realidad lo que hizo el legislador al acudir a esta figura de acuerdos de empresa que podían alterar lo dispuesto en convenio colectivo no es sino establecer un mecanismo, a nivel de empresa, para facilitar que los concretos empresarios pudieran adaptarse mejor a las alteraciones económicas que podían afectar a la buena marcha de sus empresas. Con ello se flexibiliza el sistema de relaciones laborales al admitirse que los convenios colectivos, fuente del derecho, no son absolutamente intangibles.

III.3. Los intentos por reestructurar la negociación colectiva facilitando una negociación colectiva descentralizada

Otra de las líneas de actuación de los procesos de reforma de la negociación colectiva ha sido la potenciación de la negociación colectiva a nivel de empresa; es decir, el intento de crear un modelo de negociación descentralizado. Lógicamente, esto presupone que el modelo español en el momento de la reforma era básicamente centralizado. La negociación centralizada obedece sobre todo a un criterio de eficacia: es una manera relativamente rápida de establecer una regulación de condiciones de trabajo para sectores productivos concretos, negociada entre pocos sujetos colectivos que se interrelacionan de manera habitual y en consecuencia pueden facilitar los acuerdos. Además, la negociación

²⁷ En este sentido, ver GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral.*; también GORELLI HERNÁNDEZ, Juan & Antonio VALVERDE ASENCIO. Ob. cit., pp. 42 y ss.

centralizada supone una manera óptima de gestionar los tiempos de la negociación con resultados que extienden su eficacia a todos los ámbitos inferiores, simplificando de esta manera los procesos negociadores y sus costes, no solo económicos, sino sociales, pues evitan la conflictividad. Por último, la negociación centralizada implica el establecimiento de reglas comunes en materia de competencia entre las empresas, pues homogeneiza los costes sociales de todas las empresas del sector.

La necesidad de alterar esta estructura fundamentalmente centralizada obedecía a la necesidad de facilitar que las empresas pudieran adaptarse a las alteraciones que sufren las circunstancias económicas y tecnológicas. Es evidente que un mundo económico globalizado, mucho más inestable, implica que las circunstancias, el medio ambiente que rodea a la actividad productiva en términos generales y las particulares de cada empresa, varían con frecuencia. Esta necesidad de adaptación es tomada en cuenta por el legislador a través de la reforma de 1994. Con ella se impulsó una figura de especial importancia a la que ya hemos hecho referencia con anterioridad, los acuerdos de empresa. A través de este instrumento se reconduce la negociación al ámbito de la empresa, al menos a ciertos efectos esenciales, pudiendo incluso afectar a lo dispuesto por convenios colectivos de ámbito superior (el ejemplo es el acuerdo en materia de descuelgue salarial o de modificación sustancial de condiciones establecidas en convenio colectivo). Es decir, acercan la negociación al ámbito donde inciden los cambios del mercado y donde se siente de manera más fuerte las alteraciones, donde antes se requiere la adaptación de las condiciones pactadas. En definitiva, lo que se plantea es un cierto cambio o giro de la estructura de la negociación, favoreciendo una negociación descentralizada.

El hecho de la proliferación legal de este tipo de mecanismo indicaba la preocupación del legislador por encontrar un instrumento que permitiera redirigir la negociación colectiva hacia la empresa. Además, hay que valorar la existencia de una multitud de acuerdos de carácter supletorio respecto del convenio colectivo: con ellos el legislador transmite la idea de que cuando ciertas materias (ciertamente muchas de ellas caracterizadas por ser cuestiones que admiten un alto grado de singularidad, pudiendo establecer regulaciones particulares para cada empresa dentro de concretos sectores) no están reguladas por el convenio colectivo (con independencia de cual sea el ámbito), pueden negociarse en el ámbito de empresa. Se reconduce de esta manera un conjunto de cuestiones al ámbito inferior de la negociación colectiva. Si a ello le sumamos que la posibilidad de que se modifique lo pactado en convenio colectivo o el establecimiento de nuevas condiciones salariales ha sido reconducido al ámbito de negociación colectiva de empresa a través de los acuerdos de empresa que ya hemos mencionado con anterioridad, se evidencia que hay un relanzamiento de este

ámbito de negociación colectiva. Es evidente que la proliferación de los acuerdos de empresa parece indicar una preferencia del legislador por este ámbito de la negociación colectiva²⁸.

Por otra parte el acuerdo de empresa implica también una mayor flexibilidad en la negociación colectiva, pues permite no aplicar las reglas estrictas del título III del Estatuto de los Trabajadores, facilitando una mayor adecuación a las necesidades de la empresa.

III.4. El intento de generar una negociación colectiva más dinámica

El objetivo del legislador en 1994 era introducir una profunda flexibilización de las condiciones de trabajo y para ello impulsó la negociación a nivel de empresa. Al hacerlo se intenta generar la capacidad para adaptarse a la alteración de las condiciones que inciden sobre la marcha económica de la empresa y ello supone no solo una estructura más descentralizada de la negociación, sino también una negociación mucho más dinámica. El planteamiento pasa por reconocer que en este momento una negociación colectiva de escaso dinamismo no servía a los intereses de ser utilizada como factor de cambio o adaptabilidad²⁹.

Desde nuestro punto de vista, esta tendencia a la negociación más dinámica es consecuencia de la convergencia de diferentes líneas de actuación utilizadas en la reforma de 1994. De un lado, el planteamiento utilizado por parte del legislador a favor de imponer un mayor protagonismo del convenio colectivo en la regulación de las condiciones de trabajo: esta reforma incluyó una multitud de referencias expresas a la necesidad de que determinadas materias debían ser reguladas a través del convenio colectivo³⁰. Es evidente que al recogerse expresamente en la norma legal que ciertas condiciones deberían regularse por convenio, se impulsa que la negociación colectiva asuma nuevas materias o condiciones y no se limite simplemente a regular cuestiones íntimamente relacionadas con la compraventa de la fuerza de trabajo³¹.

Pero, además, esa pretensión del legislador se complementa con el hecho de que la propia norma laboral adquiere un papel diferente en sus relaciones con el propio convenio colectivo: hay una cierta retirada de la regulación legal que debe ser cubierta por la negociación colectiva. En este sentido podemos encontrar fenómenos que van desde

28 En este sentido, ver ibídem, p. 35.

29 En este sentido, ver RODRÍGUEZ-PÍNERO, Miguel & GONZÁLEZ ORTEGA, Santiago. «Derecho legal y tutela colectiva en la Ley 11/1994». En *Reforma de la legislación laboral*, p. 24.

30 Ibídem, p. 26.

31 Así hubo autores que detectaron cómo con la nueva regulación introducida por esta reforma en el ET se encontraba más de una veintena de normas que hacían referencia a materias que debían ser reguladas a través de convenio colectivo. En este sentido, ver PRADAS MONTILLA, Ricardo. «Negociación colectiva en la nueva Ley de Reforma del Estatuto de los Trabajadores». *Documentación Laboral*, 43 (1994), pp. 19 y ss.

la desrregulación legal de ciertas materias antes desarrollada por la norma estatal y que ahora el legislador se limita a señalar que deben estar reguladas por la negociación colectiva (los derechos de promoción profesional —artículo 23 del ET—, la regulación en materia de ascenso —artículo 24— o el valor de las horas extraordinarias —artículo 35 del ET—), hasta situaciones en las que la regulación legal se hace disponible para el convenio: la regulación legal solo se aplica en defecto de lo establecido por convenio colectivo (por ejemplo en materia de duración del pacto de período de prueba, artículo 14.1 del ET; o la duración de los contratos eventuales o por circunstancias de la producción artículo 15.1 letra b del ET; etcétera).

En el mismo sentido, ha de señalarse el papel que asumen ciertos acuerdos de empresa de adaptación ante el cambio de las circunstancias económicas que genera nuevas necesidades organizativas y productivas (acuerdos de reorganización productiva, los acuerdos de modificación sustancial o de descuelgue): la posibilidad de afectar a lo dispuesto por un convenio anterior implica reconocer que los procesos de negociación no se cierran simplemente por el hecho de haber llegado a un acuerdo que se plasma en el convenio colectivo, sino que se trata de procesos abiertos. En buena medida, esta negociación más abierta y flexible se entrega preferentemente al nivel de empresa, potenciando estos mecanismos que permiten que la empresa se adapte a los cambios económicos.

En última instancia esta pretensión de favorecer un sistema de negociación más dinámico se impulsa también a través de otro de los aspectos que caracterizó a la reforma de 1994: la introducción de mecanismos institucionales de solución de conflictos colectivos que permiten una actuación continuada de los sujetos negociadores, interpretando lo pactado e intentando resolver todas aquellas cuestiones interpretativas del acuerdo que se ha logrado.

IV. DIRECTRICES FUNDAMENTALES DEL PROCESO DE REFORMAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE 2011-2012

Entre 2011 y 2012 se han producido dos importantes reformas laborales que afectan a la negociación colectiva (Real Decreto Ley 7/2011, y la segunda por el Real Decreto Ley 3/2012), a las que debe sumarse el proceso inmediatamente anterior protagonizado por la ley 35/2010. Todo este conjunto de reformas ha afectado a la regulación de la negociación colectiva. La consecuencia ha sido la introducción de una serie de alteraciones tremadamente importantes de la regulación sobre negociación colectiva: nuevas reglas sobre estructura y concurrencia entre convenios, facilitar aun más la capacidad de adaptación de las

empresas y las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas y productivas que atraviesa aquella, agilizar los procesos de negociación sobre todo desde el punto de vista de la vigencia de los convenios y solucionar viejos problemas de legitimación negociadora.

Estas reformas se han realizado sin utilizar los cauces habituales de diálogo social que han venido implicando una legislación negociada entre los interlocutores sociales. En la reforma de 2011, que era directamente una reforma de la negociación colectiva, el acuerdo resultó imposible, obligando a la actuación del Gobierno que asumió sus competencias legislativas e introdujo una importante reforma legal.

En la segunda de las normas reformadoras, el Gobierno de derecha solo ha cumplido de manera puramente formal con conceder a los interlocutores la posibilidad de que fueran ellos los que alcanzasen un acuerdo sobre la nueva regulación de la negociación colectiva. El nuevo Gobierno «amenazó» en diversas ocasiones, desde que tomó posesión en diciembre, con su intervención si los interlocutores sociales no lograban el acuerdo antes de Epifanía, de manera que *in extremis* y en tiempo récord, las partes lograron un acuerdo a principios de febrero, que fue publicado en el Boletín Oficial del Estado³², pero que ha sido absolutamente ignorado por el Gobierno, que solo una semana más tarde aprobaba la reforma. El nuevo Gobierno no tenía especial interés en conceder margen de maniobra a los interlocutores sociales y tenía decidido, desde el principio, aprobar «su» reforma, la más regresiva en los más de treinta años de vigencia del Estatuto de los Trabajadores y desde que existe un sistema democrático de relaciones laborales.

El Real Decreto Ley 3/2012 ha supuesto un verdadero terremoto para las estructuras básicas del Derecho del Trabajo, especialmente en materia de extinción de los contratos de trabajo, procediendo a un importante abaratamiento de los costes indemnizatorios en caso de despido, un incremento de las facultades directivas del empresario y de la subordinación del trabajador y una nueva vuelta de tuerca a las líneas generales de las reformas anteriores en materia de negociación colectiva.

Podemos decir con claridad que esta última reforma (Real Decreto Ley 3/2012) no hace sino volver a reformar de una manera muy extrema las instituciones previamente reformadas: a las reformas del Gobierno socialista, el nuevo Gobierno de derecha (la Horda de la Gaviota³³) ha querido llevar hasta límites nunca vistos desde el retorno de la democracia a España, la flexibilidad laboral. Es una nueva reforma

32 Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, *Boletín Oficial del Estado*, 6 de febrero de 2012.

33 Si hay algún lector que no entienda el juego de palabras, advierte este autor del detalle que el emblema del Partido Popular consiste, justamente, en una gaviota con las alas extendidas.

claramente flexibilizadora y reductora de los derechos laborales, una reforma verdaderamente empresarial, inspirada en las exigencias de la patronal y con la que se pretende dar satisfacción a tradicionales exigencias de los sectores empresariales más duros. Veamos ahora cómo queda la nueva regulación.

IV.1. La reforma de la estructura de la negociación y de las reglas de concurrencia entre convenios

La reforma de 2011 nacía con el confesado objetivo de facilitar una negociación colectiva más cercana al ámbito de empresa para facilitar de esta manera una mayor capacidad de adaptación a los cambios económicos, una negociación más ágil, menos estable y que permita a la empresa poder acomodarse mejor al entorno que la rodea.

Este objetivo se proyecta sobre una de las instituciones que resulta clave para determinar la estructura de la negociación colectiva: la concurrencia de convenios. Las reglas sobre concurrencia de convenios vienen a determinar una cuestión esencial en un sistema de negociación colectiva abierto como el español: dado que pueden existir diferentes y múltiples niveles de negociación colectiva, cabe la posibilidad de que al mismo tiempo existan dos o más convenios colectivos aplicables a un ámbito concreto. En estos casos las reglas sobre concurrencia determinan cuál es el convenio aplicable. Debemos tener en cuenta que las reglas de concurrencia del artículo 84 del ET solo tienen aplicación cuando estamos ante una situación de concurrencia conflictiva; es decir, cuando tenemos dos convenios que tienen un ámbito parcialmente coincidente³⁴ y además establecen regulaciones contradictorias³⁵. Tal como señala la doctrina laboral, la concurrencia que regula el artículo 84 del ET se caracteriza por el hecho de que haya dos convenios parcialmente coincidentes en el ámbito de aplicación, y por que sus regulaciones son divergentes u opuestas³⁶.

El principio que había venido resolviendo los problemas de concurrencia en nuestro ordenamiento ha sido la prohibición de concurrencia, o principio *prior in tempore*, a tenor del cual, de los dos convenios colectivos concurrentes se aplica el primero en el tiempo. De esta manera el convenio posterior no puede afectar al convenio anterior de distinto ámbito. Esto significa que el segundo convenio colectivo

34 No existen convenios de ámbito idéntico, pues no es factible negociar cuando no se trata de sustituir a un convenio ya vencido, no existiendo en estos casos deber de negociar (artículo 89.1 del ET).

35 Ver CRUZ VILLALÓN, Jesús. «Estructura y concurrencia entre convenios colectivos». *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 68 (2007), p. 92.

36 En este sentido, ver MARTÍN VALVERDE, Antonio. «Artículo 84. Concurrencia». BORRAJO DACRUZ, Efrén (dir.). *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo XII, vol. 2. Los nuevos convenios colectivos de trabajo: puntos críticos*. Madrid: EDERSA, 1995 p. 35; también VALDÉS DAL-RE, Fernando. «Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos». *Relaciones Laborales*, 23-24 (2011), p. 40.

no puede invadir el ámbito del primero: las relaciones jurídicas entre trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito del primer convenio, seguirán rigiéndose por el mismo.

Lo que introduce la reforma es todo un importante conjunto de excepciones al principio general de *prior in tempore*, de manera que su papel como principio general se pone en cuestión. Así en primer lugar, la nueva regulación del artículo 84.2 del ET, siguiendo el objetivo de impulsar la negociación colectiva a nivel de empresa, declara la prevalencia de los convenios colectivos de empresa sobre los convenios sectoriales (estatales, autonómicos o provinciales) aun cuando estos sean los primeros en el tiempo: *lex minor et posterior*. La pretensión del legislador es favorecer la mejor y más fácil adaptación de la negociación a las concretas circunstancias y situaciones de la empresa y para conseguirlo se da prioridad aplicativa a los convenios de empresa sobre los previos convenios sectoriales, al menos sobre determinadas materias.

No obstante, si bien se ha establecido una regla que otorga una clara preferencia por la negociación colectiva a nivel de empresa, esa misma regla no es ilimitada, sino que el legislador la ha sujetado a un límite material: esa preferencia del convenio de empresa posterior se predica exclusivamente respecto de determinadas materias, de manera que, en principio, fuera de esas materias la preferencia no se produce, manteniéndose la regla general del *prior in tempore* como norma de solución de los problemas de concurrencia entre convenios sectoriales y un posterior convenio de empresa. Concretamente las materias son las siguientes:

- a. La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. En la práctica esta será una alternativa al descuelgue salarial³⁷.
- b. El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- c. Horario y distribución del tiempo de trabajo, así como el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
- d. Sistema de clasificación profesional. Aun cuando un convenio sectorial sea destinado a todas las empresas de un determinado ámbito funcional, y que consecuentemente pueden tener una organización profesional muy parecida, pueden darse diferencias relevantes; de ahí que el legislador especifique esta posibilidad para facilitar que la clasificación profesional del convenio superior pueda adaptarse a las concretas circunstancias de la empresa.

³⁷ Para Valdés Dal-Ré, la respuesta a este problema debe ser la de estimar que la posibilidad de que el convenio de empresa tenga prioridad en materia de cuantía del salario base y complementos no puede significar que quede en cuestión la estructura del salario base del convenio afectado (*ibidem*, p. 45).

- e. Adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por el ET a los convenios de empresa. Será materia propia del convenio de empresa la adaptación de aquellos aspectos de las modalidades de contratación (aunque no las modalidades en sí, que deben seguir en la órbita del convenio sectorial), que según el propio ET (es decir, otras normas del ET diferentes al artículo 84.2) se atribuyen al convenio de empresa.
- f. Medidas para favorecer la conciliación entre la vida familiar, laboral y personal.
- g. Aquellas otras que dispongan los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos de sector nacional o de Comunidad Autónoma. Es decir, se permite a la negociación colectiva de nivel superior ampliar el campo de actuación de la preferencia del convenio de empresa.

Con la novísima regulación, el artículo 84 del ET, tras reconocer la prioridad aplicativa del convenio de empresa en ciertas materias, establece en su último párrafo lo siguiente: «Los acuerdos y convenios a que se refiere el art. 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado». Por lo tanto, el legislador niega la posibilidad de que los interlocutores sociales puedan plantearse una planificación de la estructura negocial: se impone de manera radical la negociación de empresas. Teniendo en cuenta la estructura empresarial de mi país, compuesto fundamentalmente por pequeñas empresas y microempresas, el futuro se adivina complejo: empresas de pequeñas dimensiones, en las que no hay representación de los trabajadores que puedan hacer frente a los empresarios, empresas con altos porcentajes de trabajo temporal en las que los trabajadores, dada su condición y al tener sobre ellos la espada de Damocles que pende de un hilo (la prórroga, o no, del contrato) no son reivindicativos; además con la nueva reforma, los trabajadores indefinidos están amenazados por costes de despido que han disminuido escandalosamente. El cóctel es ciertamente explosivo, si a ello le añadimos que condiciones muy sensibles pueden negociarse en una situación de desequilibrio entre la empresa y los trabajadores. Si una ventaja tiene la negociación a nivel sectorial, es justamente que la representación laboral se fortalece. Esa ventaja, con la novísima reforma desaparece.

Junto con la modificación de las reglas de concurrencia consistente en introducir la preferencia por la negociación de empresa, el artículo 84 del ET fue modificado en otro de sus elementos, insistiendo en la idea de flexibilizar la negociación colectiva; en este caso por la vía de potenciar un ámbito de negociación colectiva a nivel de Comunidad Autónoma.

En realidad era una cuestión que venía de lejos, de la reforma de 1994 donde se planteó por primera vez lo que la doctrina laboral ha venido

denominando como concurrencia descentralizadora. No obstante, la nueva regulación introducida por el Real Decreto Ley 7/2011 (reforma del Gobierno socialista) intentó corregir los errores de la redacción procedente de la reforma de 1994 para poder alcanzar la finalidad de facilitar la negociación en el ámbito autonómico. En este sentido la redacción actual de precepto (artículo 84.3 del ET) señala que aquellos sujetos con legitimación para negociar de conformidad a los artículos 87 y 88 del ET, podrán «en el ámbito de una Comunidad Autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal». Se plantea, por lo tanto, la posibilidad de que los acuerdos o convenios de un concreto ámbito, el autonómico, puedan afectar a lo dispuesto por acuerdos o convenios de otro ámbito concreto, el nacional. Dado que estamos ante una excepción al principio general de prohibición de concurrencia, el artículo 84.3 del ET debe ser entendido en el siguiente sentido: un convenio nacional, primero en el tiempo, puede ser afectado por un convenio autonómico que es posterior.

El legislador ha mantenido en la redacción actual las mismas limitaciones al juego de este principio que ya existían bajo la regulación anterior: la exigencia de una mayoría cualificada a la hora de aprobarse el convenio concurrente y un conjunto de límites materiales. El convenio debe ser aprobado por una mayoría igual a la exigida para constituir la comisión negociadora (regulada en la actualidad por el artículo 88.2 del ET³⁸) y no la mayoría simple de cada una de las dos representaciones (regulada en el artículo 89.3 del ET³⁹); es decir, se exige una mayoría mucho más alta para la aprobación de este tipo de convenios autonómicos. De otro lado, se establece una segunda exigencia de carácter material, pues la prioridad aplicativa del convenio de Comunidad Autónoma no puede afectar a todo un conjunto de materias reguladas en el convenio nacional previo⁴⁰. Se establece así una reserva material a favor del previo convenio nacional. Es decir, de un lado se está reconociendo legalmente la posibilidad de flexibilizar la estructura de la negociación, pero de otro lado se admite la necesidad de establecer para ciertas materias una regulación estándar y homogénea para todo el sector⁴¹.

38 A tenor de esta nueva redacción, la comisión negociadora quedará válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y asociaciones empresariales representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de comités de empresa y delegados de personal, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio.

39 El artículo 89.3 del ET, al regular la mayoría ordinaria de aprobación de un convenio, se refiere al voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones que integran la comisión negociadora del convenio.

40 En cuanto a las materias sobre las que no se admite, en principio, la concurrencia descentralizadora, son las siguientes: el período de prueba, las modalidades de la contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas sobre prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica.

41 CASAS BAAMONDE, María Emilia. «La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos». En CASAS BAAMONDE, María Emilia & Fernando VALDÉS DAL-RÉ (coords.). *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: La Ley, 1994, p. 314.

En todo caso hay que advertir que las reglas legales sobre concurrencia descentralizadora tienen carácter dispositivo, de manera que solo se aplican si no hay pacto en contrario negociado conforme al artículo 83.2 del ET; es decir, pacto en contrario establecido en acuerdo interprofesional o en los mismos convenios colectivos nacionales. Si este pacto existiese, hay que estar a lo dispuesto en el mismo.

En conclusión, en materia de concurrencia de convenios contamos con una regla general, o *prior in tempore*, que admite grandes excepciones como la preferencia de los convenios de empresa y la concurrencia descentralizadora. Ahora bien, bajo la reforma socialista tanto la regla general como sus excepciones eran dispositivas, de manera que a través de acuerdos interprofesionales o convenios de ámbito superior es posible establecer reglas alternativas sobre concurrencia y articulación de convenios colectivos. Con ello se introducía la posibilidad de evitar el dirigismo legal sobre la estructura de la negociación colectiva, dejando que sean los interlocutores sociales más representativos los que puedan determinar la estructura de la negociación a través de las reglas sobre concurrencia entre convenios, facilitando así que los acuerdos interprofesionales puedan vertebrar la negociación colectiva, ordenando las relaciones entre los diferentes niveles de la negociación colectivo. Sin embargo, esta posibilidad se ha visto limitada por la novísima reforma de 2012 que ha querido dejar claro la absoluta preferencia de la negociación de empresa, al menos en ciertas materias.

IV.2 La adaptabilidad de las condiciones de trabajo de la empresa: de nuevo la regulación sobre modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y el descuelgue salarial

Uno de los problemas que se ha venido señalado en los últimos años por parte de las asociaciones empresariales, es el relativo a las dificultades que tiene el sistema español de negociación colectiva para ajustar con rapidez las condiciones de trabajo existentes en la empresa, a las circunstancias económicas y productivas por las que puede atravesar la empresa. En un mundo globalizado, los ciclos económicos se suceden con enorme rapidez y todo, o casi todo, es coyuntural desde el punto de vista económico. Por lo tanto la capacidad de ajuste o adaptación es esencial para una empresa competitiva. En la práctica ello ha supuesto volver a alterar las reglas en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo y en materia de descuelgue salarial. El objetivo, como todos pueden comprender, no es otro que el de facilitar aun más la posibilidad de que los convenios colectivos resulten afectados y alterados en su regulación, como mecanismo para adaptar con rapidez las condiciones de trabajo a las circunstancias de la empresa.

En líneas generales podemos decir que el régimen jurídico no cambia, aparentemente, en lo sustancial: solo es posible la modificación de lo establecido en convenio colectivo estatutario a través de un acuerdo de empresa, siempre que haya justa causa, y solo respecto de concretas materias. Pero a partir de aquí se introducen diversos cambios o precisiones que son de especial interés y que suponen reforzar la flexibilidad interna⁴². Vamos a obviar cuál ha sido la evolución en el proceso de reformas 2011-2012 y procedamos simplemente a referirnos al resultado final.

De entrada hay una diferencia estructural esencial: con la regulación anterior, al igual que con la regulación procedente de 1994, modificación sustancial y descuelgue salarial eran dos instituciones separadas y distintas. Bajo la nueva regulación se unifican ambas cuestiones (ver nuevos artículos 41.6 y 82.3 del ET), de manera que el descuelgue es una más de las posibles modificaciones sustanciales. En este sentido, lo que hace el legislador es incrementar el listado de posibles modificaciones de condiciones que son sustanciales recogiendo expresamente la modificación del sistema de remuneración «y cuantía salarial»⁴³. Por lo tanto, el descuelgue salarial, es decir pactar un nuevo salario inferior al regulado en el convenio de aplicación, es hoy día una modificación sustancial de condiciones de trabajo.

De otro lado, la modificación sustancial sigue siendo una institución causal: es necesario una justa causa. Ahora bien, se han introducido importantes modificaciones en esta cuestión: sigue aludiéndose a las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. El problema reside en cómo se interpretan, especialmente las causas económicas. A tenor de la nueva regulación, estas existen cuando de los resultados de la empresa se deduce una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos.

Dicho de otra manera, es posible la modificación de las condiciones pactadas cuando hay una simple disminución o reducción de ingresos, aun cuando la empresa siga teniendo un balance económico favorable, bastando, para que haya persistencia, con seis meses en esa situación. Por lo tanto, si una empresa que produce ingresos, sigue ganando dinero, pero menos que durante los seis meses anteriores, puede proceder a iniciar

42 En este sentido, ver VELASCO PORTERO, María Teresa. & Martin FRÖHLICH. «Los sistemas alemán y austriaco como modelos de referencia de la reforma laboral en España». *Actualidad Laboral*, 14 (2010), p. 1673.

43 Por cierto, debe tenerse en cuenta que la nueva regulación incluye también como posible modificación sustancial la relativa a las mejoras voluntarias de la Seguridad Social.

la modificación de condiciones pactadas (por ejemplo, un banco que ha tenido de enero a junio un saldo favorable, pero respecto al período anterior haya disminuido ingresos, puede intentar la modificación).

Es importante señalar que esta modificación realizada en la empresa puede afectar a condiciones pactadas en convenios de empresa o convenios de sector. Por lo que es perfectamente posible afectar a las condiciones de un convenio superior; más aun, es posible alterar los salarios pactados en convenio de empresa, es decir, el convenio firmado por el propio empresario que ahora pretende cambiarlo. Todo ello implica la posibilidad de limitar la eficacia de lo pactado a nivel superior por un acuerdo de empresa, es decir, por sujetos con legitimación para negociar a este nivel. Es evidente que con esta nueva regulación sale netamente reforzada la negociación de nivel inferior, que a través del artículo 41.6 del ET puede afectar a un convenio de nivel superior, no solo en materia salarial (el descuelgue salarial), sino también alterando todo un conjunto de condiciones de trabajo que señalaremos posteriormente. De otro lado, es evidente que a iniciativa del empresario que firma su propio convenio, este puede alterarse y quedar en papel mojado, cuestionándose de manera esencial el carácter normativo del convenio. Si a todo ello le sumamos que, como veremos después, el acuerdo de empresa no es imprescindible para la modificación, se evidencia la degradación del carácter normativo de los convenios en España.

La conclusión de esta posibilidad es que la suma de las reformas 2011 y 2012 suponen una importante agresión al principio de eficacia normativa de la negociación colectiva, pues no solo se permite alterar lo pactado en un convenio de empresa a través de otro instrumento de negociación colectiva del mismo nivel (el acuerdo de empresa). Con la nueva regulación, sujetos negociadores de ámbitos inferiores (empresa), pueden disponer de lo negociado en ámbitos superiores en todo un conjunto de materias. Queda así afectada la regla de la legitimación para negociar, que es, justamente, la base de la eficacia normativa. Se introduce, por tanto, un elemento que cuestiona la eficacia normativa de la negociación colectiva al facilitarse la asimetría entre sujetos legitimados y ámbitos de negociación.

Procedimentalmente, el artículo 82.3 del ET señala que para proceder a la modificación de condiciones es necesario proceder a un previo período de consultas regulado en el artículo 41.4 del ET; es decir, será necesario seguir un período de consultas, tras el cual es imprescindible alcanzar un acuerdo para poder alterar las modificaciones pactadas en convenio colectivo. No es posible la alteración del convenio colectivo por decisión unilateral del empresario, no en vano estamos ante un producto de la negociación colectiva que tiene la consideración de fuente del derecho.

EL PROCESO
DE REFORMAS
DE LA
NEGOCIACIÓN
COLECTIVA EN
ESPAÑA

THE PROCESS
OF COLLECTIVE
BARGAINING
REFORMS IN
SPAIN

Durante el período de consultas los representantes están obligados a negociar de buena fe y el acuerdo requerirá la conformidad de la mayoría de los miembros de comité de empresa o delegados de personal o bien de la representación sindical que a su vez tenga la mayoría del órgano unitario (comité o delegado de personal).

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando no existe representación por parte laboral? La regulación anterior no daba respuesta a esta pregunta, siendo la reforma la que ha solucionado la cuestión por la vía de crear una comisión *ad hoc* para las empresas en que no exista representación legal de los trabajadores. Los trabajadores podrán optar entre la designación directa de una comisión de hasta tres trabajadores de la empresa, elegida por los propios trabajadores democráticamente (comisión de trabajadores); o bien, en segundo lugar, la posibilidad de delegar en una comisión de tres integrantes designada por los sindicatos más representativos y representativos del sector, según su representatividad, siempre que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio aplicable a la misma (comisión sindical). Es bastante fácil imaginar qué ocurrirá cuando se nombre una comisión de trabajadores y cómo sufrirán estos las presiones empresariales.

Junto con la introducción de esta comisión, la actual regulación se caracteriza por un último elemento, con el que se pretende introducir una mayor presión para obtener el acuerdo a través del cual se proceda a la modificación sustancial. Me refiero al hecho de que expresamente se establezca que ante la falta de acuerdo sea obligatorio acudir a medios de solución extrajudicial de conflictos. Es decir, para proceder a la modificación, el empresario necesita un acuerdo con los representantes de los trabajadores, pero si no lo consigue, aun puede intentarlo por la vía de los procedimientos de solución de conflictos.

El nuevo artículo 82.3 del ET establece que ante el desacuerdo, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la Comisión paritaria del convenio. La posibilidad no tiene excesivo interés, pues si las partes directamente afectadas no llegan a un acuerdo, difícilmente lo van a conseguir en una instancia igual de paritaria⁴⁴. Si la Comisión paritaria no llega a un acuerdo, se podrá recurrir a los mecanismos de solución de discrepancias que con carácter obligatorio debe regularse en los propios convenios colectivos, que puede incluir el compromiso de someterse a arbitraje vinculante (no es obligatorio dicho arbitraje,

⁴⁴ Probablemente esta posibilidad solo tenga interés cuando se trata de que en una empresa se pretendan alterar condiciones fijadas en convenio de ámbito superior, cuya comisión paritaria no está integrado por el empresario y sus representantes y por los representantes de los trabajadores afectados, sino que está formada por representantes de la patronal y de los sindicatos más representativos. Al haber una diferencia subjetiva, pudiera ocurrir que se alcance un acuerdo.

sino que ha de pactarse en el propio convenio colectivo). Si pese a lo anterior, aún no se consigue el acuerdo, cualquiera de las partes podrá acudir a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o al organismo equivalente de cada Comunidad Autónoma⁴⁵. Tal actuación supone un arbitraje de carácter obligatorio. Se trata de un arbitraje en una situación que no es precisamente extraordinaria, que no afecta a intereses generales; consecuentemente estamos en una situación de probable inconstitucionalidad.

A tenor de esta regulación se evidencia el interés del legislador en incentivar estos procedimientos de solución extrajudicial de conflictos. Con ello se favorece la posición empresarial, pues en caso de falta de acuerdo se impone el mecanismo de solución, impulsando así que al final la modificación se produzca. Ciertamente es destacable este «frenés» que ha demostrado el legislador en materia de mecanismos de solución extrajudicial de conflictos. La reforma supone un incremento en la intensidad de la actuación del legislador en este punto, pues es evidente la pretensión de que los períodos de consulta finalicen con un acuerdo, y si este no se consigue la vía es la mediación y sobre todo el arbitraje. Esto supone un evidente apoyo del legislador a las pretensiones empresariales de introducir modificaciones a lo pactado en convenio colectivo o la alteración del régimen salarial establecido en un convenio de carácter superior. No solo se permiten vías negociadas para alterar lo dispuesto en convenios colectivos de eficacia normativa, dejando que sean las partes quienes, a través de la negociación, alcancen un acuerdo que equilibre sus intereses, sino que promueve el objetivo empresarial de alcanzar el descuelgue o la modificación, introduciendo un profundo desequilibrio a favor de las posiciones empresariales.

Tal como vemos, esta regulación apunta en la dirección de degradar la eficacia normativa del convenio colectivo. Se ha pasado de esta manera de una regulación en la que alterar lo dispuesto por un convenio colectivo, de carácter estatutario, con eficacia normativa y con carácter de fuente del derecho, solo era posible a través de la negociación colectiva y a través de sujetos con legitimación para poder negociar y aprobar convenios a nivel de empresa; a una situación en la que es posible alterar el convenio, incluso de ámbito superior, por una comisión de trabajadores. Más aun, la modificación del convenio puede realizarse por un árbitro; es decir, a través de un mecanismo que en realidad es ajeno a la negociación colectiva.

⁴⁵ Acudir a uno u otro depende de si la modificación afecta a trabajadores de centros de trabajo de una misma Comunidad o si afecta a trabajadores en centros de diferentes Comunidades. En el primer caso se acude al órgano de la Comunidad Autónoma y en el segundo al órgano estatal.

IV.3 La flexibilidad en la renovación de los procesos negociadores

Para finalizar con el análisis de las principales líneas de desarrollo del proceso de reformas, hemos de fijarnos en las importantes alteraciones que se proyectan sobre un conjunto de instituciones que giran en torno a la aplicación temporal de los convenios y la sucesión de los diferentes convenios en el tiempo. En los últimos años se ha venido señalando que uno de los problemas del sistema español de negociación colectiva es el relativo a las posibilidades de paralización de los procesos negociadores que ofrece el ordenamiento jurídico, y sus consecuencias, sobre todo a través de la ultraactividad del convenio. Expliquemos la situación: a tenor de la regulación previa al proceso de reformas 2011-2012, corresponde a las partes fijar la duración de los convenios colectivos, pudiendo pactar diferentes períodos de vigencia para cada materia (por ejemplo, fijar una duración para el convenio en general y una inferior para la regulación salarial, lo que permite una revisión de la cuantía). Para que un convenio pierda vigencia, alguna de las partes debe denunciar la vigencia del mismo. Ante la falta de denuncia del convenio, este se prorroga automáticamente de año en año. Caso de denuncia, se abre el proceso negociador y mientras no se consigue un acuerdo expreso, permanecerá en vigor el contenido normativo del convenio (las condiciones de trabajo), salvo que el propio convenio colectivo establezca una solución diversa⁴⁶. En la práctica, esta regulación permite que, como mecanismo de protección de los trabajadores, se mantengan las condiciones del convenio que pretende sustituirse mientras se negocia el nuevo convenio. Sin embargo, la regla también permite que ante posibles cambios desfavorables de la economía para la empresa, se mantengan *sine die* las condiciones del convenio por la simple vía de no llegar a un acuerdo.

Veamos cómo ha quedado la actual regulación. En primer lugar, se mantiene tanto la regla relativa a que las partes son las que pueden establecer el período de duración del convenio colectivo, pudiendo pactarse fechas diferentes para cada materia, así como la prórroga automática del convenio colectivo. De otro lado se mantiene la ultraactividad del convenio en su parte normativa; es decir, que salvo pacto contrario, siga aplicándose el convenio denunciado, hasta que se logre un nuevo acuerdo. Esta ultraactividad no se aplica a los pactos de paz laboral (renuncia a la convocatoria de huelga), de manera que estos pactos decaen tras la denuncia del convenio.

Sin embargo, el legislador (nueva redacción del artículo 86.1 *in fine* del ET) permite ahora poder negociar la revisión de un convenio durante

46 El contenido obligacional, es decir, los pactos establecidos entre las partes firmantes del convenio y que solo los afectan a ellos, como los pactos de paz laboral, pierden vigencia de manera automática con la denuncia del convenio.

la vigencia del mismo. La norma tiene un claro sentido de facilitar las adaptaciones a las posibles variaciones que pueda sufrir el mercado: si es factible una modificación de condiciones pactadas en convenio, o un descuelgue salarial, también debería ser factible negociar la revisión del convenio para el momento en que este deje de tener vigencia y de esta manera aplicar lo antes posible el nuevo convenio. La cuestión en este punto es que el apartado 3 del artículo 86 del ET, en su nueva redacción, señala tal como acabamos de ver que la si bien la ultraactividad no afecta a los pactos de paz laboral, estos se aplican hasta que se produzca la denuncia. Si unimos la posibilidad de negociar durante la vigencia del convenio, con el hecho de que los pactos de paz laboral estarán vigentes hasta la denuncia, ¿significa esto que no es posible acudir a la huelga durante el proceso de negociación del nuevo convenio que se produce dentro de la vigencia del que pretende sustituirse? La cuestión es interesante, pues la literalidad de la norma podría llevar perfectamente a esta conclusión, y entiendo que esta conclusión supondría una efectiva limitación del derecho de huelga consagrado constitucionalmente.

De otro lado, se admiten revisiones parciales de los convenios; es decir, la posibilidad de negociar y llegar a acuerdos parciales para modificar alguno de los contenidos del convenio en situación de ultraactividad. De esta manera se pretende que la necesidad de llegar a un pacto global no impida que se alcancen acuerdos puntuales sobre concretas cuestiones y estos comiencen a aplicarse de inmediato sin esperar al pacto global por el que se apruebe el convenio. En todo caso, la efectividad de este mecanismo va a depender no solo de la buena fe de las partes negociadoras, sino también de la confianza que pueda existir entre ellos, pues la experiencia es que aun cuando sobre muchos aspectos haya acuerdo, estos se condicionan a la resolución de otros problemas más peliagudos, estableciéndose un verdadero juego de compensaciones entre los negociadores, compensaciones que deben garantizarse de alguna manera.

Pero las principales novedades aparecen sobre todo por el hecho de regular procedimientos de solución de las discrepancias que pueden surgir en el procedimiento negociador, incluyendo la posibilidad de establecer compromisos previos de acudir al arbitraje. Estos procedimientos deberán establecerse a través de acuerdos interprofesionales, si bien con la actual regulación debemos señalar que estos procedimientos no forman parte del contenido mínimo del convenio. Por lo tanto, no parece que sea obligatoria su regulación, pese a que el mismo artículo 86.3 del ET señala que los acuerdos interprofesionales «deberán» establecer tales procedimientos. No obstante esa literalidad está ahí, y habrá que ver cómo en un futuro inmediato es aplicado el precepto por la jurisprudencia. De otro lado, si los acuerdos interprofesionales regulan esta cuestión, se señala por el artículo 86.3 del ET que debe

especificarse si el arbitraje es voluntario u obligatorio y si nada se establece, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio. En todo caso destaca este interés del legislador por que se alcance un acuerdo, situación que hace que nos planteemos si realmente en lugar de un deber de negociar, estaríamos ya ante un deber de pactar.

El punto final lo pone el actual artículo 86.3 del ET *in fine*: si en el plazo de dos años desde la denuncia del convenio no hay acuerdo sobre el nuevo convenio colectivo, o no se dicta laudo arbitral, el convenio colectivo perderá vigencia. Es decir, la ultraactividad del convenio colectivo tiene fecha de caducidad, pues protegerá a los trabajadores tan solo durante el plazo de dos años. A partir de ese momento se dinamita el convenio, pero es evidente que los procesos negociadores pueden fracasar por la falta de acuerdo o sintonía de las dos partes negociadoras (laboral y patronal), pero los perdedores de una situación en la que no se alcanza un acuerdo no son ambas partes, sino una sola: los trabajadores, que pasarán a un régimen de condiciones de trabajo de carácter mínimo, establecido por la ley, regulación legal que ha incrementado espectacularmente con la reforma la subordinación al empresario y las facultades directivas del mismo. Por lo tanto, aun cuando el acuerdo sea cosa de dos, la presión que impone el legislador para llegar a un acuerdo, en realidad la sufre mucho más la parte laboral que la empresarial.

Las reformas acumuladas pretenden garantizar que haya procesos de transición entre convenio denunciado y nuevo convenio, que sean ágiles y rápidas, evitando las indeseables situaciones de prolongación de las vigencias de convenio mucho más allá de lo inicialmente pactado. Como es lógico, todo ello se hace desde un prisma concreto: la situación de crisis económica nos conduce a que, ante un proceso negociador a la baja, los trabajadores y sus representantes puedan utilizar la ultraactividad como mecanismo de seguridad y fortalecer su posición negociadora. Ahora bien, la experiencia de los dos últimos años ha sido la de que el bloqueo de la negociación ha sido protagonizado por los empresarios y por la patronal, no precisamente por los sindicatos que clamaban por que la patronal se sentase a negociar. De otro lado, también se pierde de vista que este es un mecanismo que puede usarse en dos direcciones: para favorecer la reducción de condiciones en época de crisis, pero también para acelerar las mejoras cuando hay crecimiento económico.