

Reproducido en www.relats.org

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN ESPAÑA

**Joaquín Aparicio Tovar
Antonio Baylos Grau
Amparo Merino Segovia
Francisco Trillo Parraga¹**

Publicado en “Estrategias sindicales por una mayor y mejor negociación colectiva. Propuestas a partir de estudios nacionales y un análisis com`partativo con Europa CSA-CSI, con la colaboración del CELDS y OIT San Pablo, 2013

El modelo democrático de negociación colectiva en España se forja a partir de la Constitución de 1978 y el desarrollo legal de la Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores (ET), de una parte, en paralelo a las prácticas negociales entre los interlocutores sociales, patronales y sindicales, que concluyeron acuerdos marco interconfederales que estructuraron y ordenaron tanto los contenidos de la negociación colectiva en su conjunto como la propia coordinación del mismo. El sistema ha tenido una gran vitalidad en España y se ha ido conformando con una cierta estabilidad en las reglas de las que se ha dotado hasta la gran crisis de 2010-2012.

El modelo de negociación se ha ido perfeccionando durante treinta años pero se encuentra en la actualidad bajo presión derivada del intento de imposición por los poderes públicos de un paradigma de negociación contrario y opuesto al que se había ido condensando en la etapa democrática. Este modelo alternativo, al que se hará referencia detallada en el interior de este informe, pretende sustituir paulatinamente un esquema de negociación articulada entre el sector y la empresa por un atomismo negociador en el que la preeminencia del convenio de empresa o del acuerdo colectivo en los establecimientos productivos pueda imponerse

¹ Los autores son miembros de CELDS, del consejo asesor de la Fundación Primero de Mayo de CCOO España, y profesores de la Universidad de Castilla La Mancha, España

frente al convenio sectorial o de rama. En cualquier caso, es todavía pronto para apreciar los efectos de esta deriva normativa y de su repercusión real en las relaciones laborales.

Como reacción al franquismo, el modelo constitucional español incluye un amplio desarrollo de derechos sindicales y colectivos. En efecto, la Constitución de 1978 reconoció no sólo la libertad sindical y el derecho de huelga, sino de manera específica el derecho a la negociación colectiva de los representantes de los trabajadores, junto con el derecho de participación de los trabajadores en la empresa, todos ellos como derechos autónomos situados por así decir “al lado” del derecho de libertad sindical, pero sin confundirse con ella². Al ser reconocidos como derechos ligados a la titularidad individual de los trabajadores o a la cualidad de representantes de los mismos, la relación con el sindicato como representante “normal” de los trabajadores es más compleja, porque la forma-sindicato no agota ni los sujetos colectivos posibles ni monopoliza las facultades de acción en que esta libertad consiste, en especial huelga y negociación colectiva. Es más frecuente por tanto en el sistema constitucional español no hablar sólo o exclusivamente de la libertad sindical como eje de los derechos colectivos, sino de un principio de autonomía colectiva en donde convergen varias subjetividades que comparten facultades de acción fundamentales, como la capacidad de convocar una huelga, negociar un convenio colectivo o ejercitar los derechos de información y consulta en las empresas, pese a lo cual, como es natural, la figura del sindicato es un elemento vertebrador de esta perspectiva.

En el sistema jurídico español, el art. 37.1 de la Constitución (CE) expresa la relación existente entre autonomía colectiva y ordenamiento nacional-estatal. Para este precepto, la negociación colectiva es un derecho que corresponde a los representantes de los trabajadores y que sirve de mecanismo de regulación de las relaciones laborales sobre la base de la fuerza vinculante del producto de la negociación, es decir, el convenio colectivo. La autonomía colectiva, que se desenvuelve en los procesos de negociación colectiva de las condiciones de trabajo y de empleo en un ámbito funcional y geográfico determinado, produce reglas de derecho objetivo. El convenio colectivo se inserta en el ordenamiento jurídico como fuente del derecho, produciendo efectos normativos.

Esa normatividad del convenio colectivo se acompaña de la eficacia personal general. Se trata de un rasgo característico del modelo español de negociación colectiva que no comparte con otros modelos nacionales de la misma órbita cultural, más volcados en la noción de contrato colectivo sometido a las reglas de la eficacia de los contratos. En España, el carácter

² España, además, ha ratificado los C87 y C98 (ambos en 1977), así como el Convenio 135 (en 1985).

normativo y la eficacia general del convenio colectivo se hacen derivar directamente de la noción de representación general o mayoritaria. Este hecho tiene que ver con la implantación del modelo dual de representación de intereses de los trabajadores a partir de los lugares de trabajo entre los órganos llamados “unitarios” – los comités de empresa y los delegados de personal – y las secciones y los delegados sindicales. La dualidad se resume en una representación general, que se limita al centro de trabajo y a la empresa por extensión, y que se extiende sobre la totalidad de los trabajadores representados por los organismos unitarios y electivos creados por el título II del ET, y una representación mayoritaria, a partir de la representatividad sindical, que se explicita en la empresa, imbricada en las estructuras de la representación unitaria, y a niveles superiores a la empresa, el sector o la rama de producción a partir del sindicato representativo.

La clave de estas nociones de representación la posee la negociación colectiva entendida como proceso de creación de normas sobre el trabajo. Las reglas de la representación general a través del mecanismo electoral en los centros de trabajo y la formación de una representación sindical en la empresa y en niveles superiores a la misma, que generaría reglas específicas de verificación de la implantación mayoritaria de los sindicatos representativos, tiene su origen en la necesidad de delimitar los sujetos colectivos presentes en la negociación colectiva y el ámbito de aplicación de las reglas producidas a partir de este proceso. En ese sentido, es el título III del ET) quien creó las reglas de representatividad sindical funcionales al sistema “legal” de negociación colectiva, reglas que generalizará a otras esferas de acción y de intervención la Ley Orgánica de Libertad Sindical (LOLS) de 1984-1985.

Reconocido así legalmente, el sistema sindical reposa en la noción de la representatividad sindical que se asienta en el mecanismo electoral para los organismos de representación colectiva en la empresa, por lo que la función directamente “electoral” de los comités de empresa, delegados de personal y Juntas de Personal en las Administraciones Públicas es muy determinante en el conjunto del sistema. Este proceso conduce a lo que se denomina “sindicalización” del mecanismo electoral, reforzado por el resultado que se obtiene a partir de la representatividad sindical.

La representatividad sindical se gradúa en la norma en tres fases: se fija un umbral de acceso a la condición de sindicato representativo en un sector o territorio determinado si se obtiene un 10% del número de representantes elegidos en el mismo. Este umbral del 10% implica la condición de sindicato representativo. Sobre esta condición, la LOLS delimita una posición jurídica más fuerte para aquellos sindicatos que hayan obtenido un score electoral del 10% en todos los sectores y territorios del Estado español, posición que denomina mayor representatividad de ámbito estatal. Finalmente, se fijan

reglas especiales para la mayor representatividad de Comunidad Autónoma, consistentes en un 15% de audiencia electoral y un densidad mínima de representación basada en la cantidad de al menos 1.500 delegados. Actualmente, los resultados electorales se concentran en torno a las dos opciones del sindicalismo confederal español (UGT y CCOO y UGT, con el 39 y 37% del total, respectivamente). junto con la presencia asentada en Galicia y en País Vasco de posiciones sindicales nacionalistas.

Por otra parte, esto explica que los estudios sobre el sistema sindical español puedan distinguir entre tres categorías – afiliación, representación y tasa de cobertura de la negociación colectiva – que manifiestan la relación inmediata entre estos tres factores: la adhesión voluntaria y asociativa al sindicato, la densidad representativa del sindicato medida en términos electorales en los órganos de representación colectivos en la empresa y, en fin, la tasa de cobertura que los convenios colectivos hacen del conjunto de los trabajadores, teniendo en cuenta la relación entre representatividad y legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia normativa y general y la consiguiente presencia sindical en las comisiones negociadoras de los convenios. En el siguiente cuadro – de elaboración propia – se pueden apreciar las magnitudes correspondientes a esas tres nociones, siempre sobre los datos de 2010.

Esta forma de construir el sujeto sindical y su implantación a través del voto no es una opción incorrecta desde el punto de vista de la política sindical, ni trabaja contra la organización sindical, desalentando la afiliación a la misma. Al contrario, implica un método de implantación del sindicato en los centros de trabajo y en las empresas, sin que esta presencia se concentre fundamentalmente en los lugares en los que el poder sindical es claro y evidente, las grandes empresas, y genera una tensión organizativa en todo el sindicato hacia su implantación generalizada en todos los centros de trabajo del sector o del territorio correspondiente. Hay que tener en cuenta que la aplicación generalizada de los contenidos de la negociación colectiva a la totalidad de los trabajadores de un sector, en el sistema español, no requiere del hecho afiliativo como condición.

El modelo constitucional de negociación colectiva: contenido jurídico y político. En España, la negociación colectiva es un derecho constitucional consagrado en el art. 37.1 de la Constitución de 1978³. Este precepto, que reconoce el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante del convenio colectivo, encomendando a la ley ordinaria una función de garantía del derecho.

³ Dice el art. 37.1 CE: “La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”.

En España, la negociación colectiva no es un derecho confiado en exclusividad al sindicato como sujeto colectivo, sino de titularidad compartida con otras organizaciones de representación colectiva, principalmente de creación legal.

Aun cuando el art. 37.1 CE no prima la posición negociadora del sindicato sobre otras instancias de representación de intereses de los trabajadores, sin embargo, el derecho a la negociación colectiva tiene el carácter de núcleo mínimo indisponible de la libertad sindical (art. 28.1 CE) en su dimensión colectiva, en cuanto medio necesario para el ejercicio de la actividad sindical que reconocen los arts. 7 y 28.1 CE. Tal configuración transforma a la negociación colectiva en uno de los derechos fundamentales y libertades públicas en el sentido y con las consecuencias que la CE otorga a este concepto.

Así, según doctrina del Tribunal Constitucional español (TC), la negociación colectiva, por su ubicación sistemática en el art. 37.1 CE, no es, *per se*, un derecho tutelable en amparo constitucional; sin embargo, al formar parte del contenido esencial de la libertad sindical, deberá apreciarse lesión del art. 28.1 CE cuando sea el sindicato a quien se haya vulnerado su derecho de negociación. En definitiva, la protección constitucional no alcanza en su plenitud a la negociación colectiva como si de un derecho fundamental se tratara, sino que de forma limitada se dirige hacia la protección de la actividad negociadora del sindicato o a garantizar la tutela del sujeto sindical como agente de la negociación colectiva. De este modo, la negativa u obstaculización de la facultad negociadora de los sindicatos deben entenderse no sólo como prácticas vulneradoras del art. 37.1 CE, sino también como violaciones del derecho de libertad sindical que reconoce el art. 28.1 CE.

Esta conformación de la negociación colectiva como contenido esencial de la libertad sindical, en cuanto “medio primordial de acción sindical para el cumplimiento de los fines constitucionalmente reconocidos a los sindicatos”, es perfectamente compatible con la configuración legal del ejercicio del derecho a negociar. Se habla entonces de un “modelo legal” creado por la norma estatal que ordena las distintas figuras de la negociación colectiva, los “productos” de la misma, y les asigna una posición determinada a efectos jurídicos.

I. Modelo legal de negociación colectiva

El llamado “modelo legal” de negociación colectiva es ante todo un sistema legal de legitimación para negociar que tiene la consideración de una norma imperativa, de orden público. Está protegido institucionalmente por la autoridad laboral y es preservado por la garantía judicial. Es el llamado

convenio colectivo regulado por la ley del Estatuto de los trabajadores, y por eso se le llama convenio “estatutario”. Es preferible sin embargo hablar de “tipo legal” de negociación colectiva y por consiguiente definirlo como “convenio colectivo típico”.

- a) El convenio colectivo “típico”. Existe una relación “cerrada” entre el pluralismo sindical y los sujetos representativos en la negociación colectiva. Esta relación se articula en torno a tres principios. Un principio de representatividad (R) que implica un cierto *score* electoral en los procesos de configuración de los órganos de representación unitaria en las empresas y centros de trabajo y que supone además la condición de la mayor representatividad; un principio de proporcionalidad (P) en el sentido que la representación se delimita en razón de la audiencia electoral obtenida y se plasma en la distinta configuración de la comisión negociadora del convenio, y, en fin, un principio de mayoría (M) que significa sencillamente que las representaciones sindicales representen a la mayoría de los trabajadores del ámbito funcional o geográfico del convenio, midiéndose esta mayoría a través de un mecanismo de segundo grado, el número de representantes elegidos por el voto de los trabajadores de la empresa o del centro de trabajo, en su proyección empresarial o sectorial. La suma de estos tres factores (R+P+M) posibilita los efectos normativo y general del convenio colectivo, que no es sino la traducción en términos legales de la “fuerza vinculante” anunciada por la Constitución.

Una consecuencia inmediata de este sistema legal es la imposibilidad de seleccionar libremente al interlocutor sindical mediante el “reconocimiento mutuo” de las partes negociadoras. Se trata de reglas cerradas – “especialmente rigurosas en lo que se refiere a la determinación de los sujetos negociadores”, como dice la STC 73/1984, de 27 de junio – e indisponibles por las partes negociadoras del convenio. Es ante todo el principio de representatividad el que resulta preservado de forma radical a través de la intangibilidad de las reglas de la legitimación “inicial” para convenir, que es el término comúnmente empleado jurisprudencial y doctrinalmente. La ignorancia de este principio de representatividad implica no sólo la vulneración de las reglas legales del sistema de negociación colectiva de eficacia general, sino una conducta antisindical. La antisindicalidad que proviene de la exclusión u obstaculización de la libertad sindical colectiva del sindicato representativo en una de sus “funciones esenciales”. Ello supone la nulidad del proceso de negociación colectiva y de sus resultados lo que significa, en palabras del Tribunal Constitucional en la STC 184 /1991, de 30 de septiembre, las disposiciones resultantes serían nulas, inoponibles a sindicatos terceros y lesivas del derecho a la negociación colectiva y al derecho

de libertad sindical. Por eso el art. 180 de la Ley de la Jurisdicción Social, al prever en el proceso de tutela de la libertad sindical un incidente de suspensión de los efectos del acto impugnado, lo hace expresamente para las presuntas lesiones que “impidan el ejercicio de la función representativa o sindical respecto de la negociación colectiva”, puesto que de lo contrario la nulidad del proceso de negociación comportaría consecuencias graves y podría generar daños de imposible reparación.

- b) La categoría residual del “pacto extraestatutario” No todos los convenios colectivos son calificados como convenios “típicos” o realizados conforme a las reglas de legitimación del ET, con los efectos consiguientes. Hay otras manifestaciones de la autonomía colectiva que se expresan al margen de los requisitos legales, o no llegan a reunir la mayoría requerida para concluir un convenio estatutario. Son los pactos “extraestatutarios”.

La negociación colectiva extraestatutaria, es la realizada fuera del procedimiento “socialmente típico” de fijación de las condiciones de trabajo. El pacto extraestatutario es una categoría jurídica que deriva directamente de la libertad sindical colectiva y que reconoce la LOLS en su art. 2.2. d), y que se caracteriza negativamente respecto del convenio colectivo de eficacia normativa y general del título III del ET o “convenio típico”. En efecto, la jurisprudencia le ha asignado efectos contractuales y aplicación personal limitada a los trabajadores y empresas representados por las partes firmantes, si bien esta eficacia personal limitada ha sido realmente cuestionada mediante la aceptación de cláusulas de adhesión individualizada al pacto para lograr en la práctica su aplicación personal generalizada, pese a que, por utilizar las palabras del Tribunal constitucional, *“la lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales”* (STC 121/2001 de 4 de junio). Esa extensión generalizada de los contenidos del pacto no sólo a través de la afiliación al sindicato pactante, sino mediante la adhesión individual de los no afiliados o incluso de los afiliados a los sindicatos no firmantes, señala la función predominante que en nuestro sistema cumple el pacto extraestatutario. No es concebible en efecto que sirva de instrumento de mejora exclusiva para los afiliados al sindicato pactante de sus condiciones laborales. La interpretación judicial mirará con sospecha esta aplicación como medida de discriminación de otros trabajadores en razón de la afiliación sindical y que por tanto debería resultar vedada.

En un sistema sindical como el vigente en España, construido en torno a la mayor representatividad, y que se desenvuelve siguiendo pautas de unidad de acción sindical, el pacto extraestatutario aparece como excepción al sistema general de negociación colectiva. Responde normalmente a que no se ha alcanzado la mayoría requerida para obtener la llamada legitimación decisoria del art. 89.3 ET ante supuestos de división o desacuerdo entre los sindicatos cara a la firma de un acuerdo colectivo. En ese contexto, el pacto extraestatutario aparece como la forma residual de crear una regla colectiva evitando que el disenso entre los sujetos negociadores cree un vacío normativo que colme el poder unilateral del empresario. No existe en el sistema español una plena libertad de elección entre negociar conforme al Estatuto de los Trabajadores o iniciar un proceso de negociación sin atender a los requisitos legales. El ordenamiento jurídico impone un deber de negociar colectivamente las condiciones de trabajo y de empleo conforme al ET, lo que implica un principio de preferencia por el convenio colectivo de eficacia normativa y general y las reglas de legitimación que fija la norma. El pacto extraestatutario tiene en consecuencia carácter subsidiario, como forma de subvenir un fracaso de la negociación colectiva estatutaria o como medio para regular las condiciones de trabajo en supuestos en los que excepcionalmente no se reúnen los requisitos de legitimación completa en un ámbito funcional o territorial determinado.

Eso explica que el pacto extraestatutario conozca su principal limitación en lo que se refiere a su posible intención antisindical, es decir, la prohibición de emplear este instrumento como una práctica colusoria que busque arrebatar el poder de negociación a un sindicato mayoritario o que pretenda expulsar o negar la presencia de sindicatos representativos. El uso antisindical del pacto extraestatutario puede constituir en muchas ocasiones una manifestación de amarillismo sindical, es decir un acto de injerencia que pretenda la dominación o el control de un sindicato por el empresario o la organización empresarial, tal como define el art. 13 LOLS. En esa misma dirección se hacen jugar dos principios derivados de la preservación del sistema de negociación colectiva. El primero es el principio según el cual la negociación debe realizarse conforme a las reglas de la buena fe, lo que suministra importantes indicios en orden a la voluntad de alguna de las partes de imposibilitar realmente un proceso de negociación del convenio de eficacia general. El segundo es la prohibición de pactos extraestatutarios en fraude de ley, lo que es especialmente aplicable a los supuestos en los que el pacto se realiza para eludir los requisitos de legitimación para negociar el convenio colectivo típico previstos en los arts, 87 y 88 ET. La consideración conjunta o cumulativa de estos elementos –

antisindicalidad, mala fe negocial o fraude en la negociación – implica la nulidad del pacto extraestatutario y sus contenidos.

- c) Otros pactos “atípicos”: los acuerdos de empresa o de centro de trabajo. El Estatuto de los Trabajadores prevé la existencia de acuerdos sobre materias concretas que se pueden celebrar en las empresas o centros de trabajo como mecanismo de mejora o de regulación de materias adicionales, no cubiertas por el convenio colectivo. Estos acuerdos son celebrados por los representantes de los trabajadores en la empresa, es decir, según el sistema español, tanto los representantes electivos como las secciones sindicales. No suelen ser publicados en el BOE ni en ningún periódico oficial y por consiguiente se caracterizan por una cierta “informalidad”. Tienen aplicación generalizada a todos los trabajadores de la empresa, pero la jurisprudencia del Tribunal Supremo entiende que no puede hablarse aquí de eficacia normativa sino contractual, de manera que sus prescripciones se incorporan a las condiciones individuales de los contratos de trabajo y pueden por tanto ser modificados unilateralmente por el empresario en razón de que concurren circunstancias técnicas, económicas o productivas que justifiquen ese cambio.

Esta figura ha sido revalorizada por las últimas reformas legislativas españolas como una vía para la inaplicación de contenidos concretos y específicos regulados en el convenio colectivo, en especial para la inaplicación de los aumentos salariales previstos en el convenio sectorial aplicable a la empresa. Se deben alegar razones económicas fundamentalmente para que se intente el “descuelgue” salarial, pero la tendencia a emplear el acuerdo de empresa como vía de escape en los centros y establecimientos empresariales frente a la fuerza vinculante del convenio de sector está fuertemente marcada en las leyes del 2010, 2011 y 2012 en España, en un proceso que va acelerando y consolidándola.

- d) Pactos y acuerdos de empleados públicos. En el sistema español, por obra de una criticada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a los funcionarios públicos no se les ha entendido aplicable el art. 37 CE que garantiza el derecho de negociación colectiva. Eso no quiere decir que carezcan del derecho de negociar colectivamente sus relaciones de empleo, sino que éste derecho lo ejercitan a través de la libertad sindical, es decir, depende directamente del desarrollo del art. 28.1 CE y de la LOLS. La consecuencia de este “desvío” en el origen del derecho a la negociación colectiva es que sólo son titulares del mismo los sindicatos – y no los “representantes” electivos de los funcionarios – y precisamente los sindicatos representativos, en razón de la audiencia electoral obtenida, que es el criterio general del

sistema sindical español, como hemos visto. Pero los acuerdos y pactos de los funcionarios no requieren para obtener eficacia general de un principio de proporcionalidad y de mayoría, como en el caso de los trabajadores, sino de la aprobación de tales pactos o acuerdos por un acto de gobierno de la Administración de que se trate.

A partir del 2007, la promulgación de un Estatuto Básico de los Empleados Públicos (EBEP), ha garantizado de forma clara el derecho de negociación colectiva en la relación de empleo público, en paralelo al que gozan los trabajadores – sometidos al derecho laboral – al servicio de las administraciones públicas, estatal, autonómica y local. La negociación colectiva en este sector conoce sin embargo una excepción, regulada en el art. 38.10 EBEP, la suspensión del cumplimiento de los pactos y acuerdos en la negociación colectiva funcional por una causa grave de interés público derivada de una alteración sustancial de las circunstancias económicas, apreciada unilateralmente por los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas.

Este mecanismo de suspensión unilateral de acuerdos colectivos ha sido profusamente empleado a partir del 2010, con la llegada de la crisis, acentuándose especialmente a partir de la victoria del Partido Popular en la gran mayoría de las Comunidades autónomas en mayo de 2011 y en el ámbito del gobierno nacional en noviembre de ese mismo año. Reducción salarial, ampliación de jornada, modificación de permisos y de excedencias, suspensión de cláusulas de seguridad en el empleo y de reparto del trabajo entre empleados públicos interinos, han sido las medidas más frecuentes que han anulado en la práctica una gran parte de los acuerdos y pactos concluidos a lo largo de 2009 y 2010.

II. La estructura de la negociación colectiva y características generales del sistema convencional

En el derecho español, rige un principio de libertad de elección de los ámbitos del convenio, tanto en su vertiente personal y funcional como en la territorial. Hay distintas combinatorias de esos ámbitos de negociación: convenios de sector – a su vez estatales, de comunidad autónoma o, en fin, provinciales – y convenios de empresa en su diversidad – grupos de empresa, de empresa, de centro de trabajo – sin olvidar la posibilidad, todavía muy residual de los convenios – franja, que abarcan a un grupo de trabajadores en horizontal, “con perfil profesional específico”.

La relación articulada entre los distintos ámbitos de los convenios – la “estructura” de la negociación colectiva – se organiza por los agentes sociales a través de un Acuerdo Interprofesional a nivel nacional que condiciona e influye en las diferentes organizaciones representadas por las partes firmantes en los posteriores procesos de negociación de los convenios colectivos. El principio legal es el de la libertad de elección de ámbitos, pero estos Acuerdos Interprofesionales recomiendan una estructura determinada, que en todo caso es muy flexible y comprende desde el centro de trabajo hasta el convenio estatal de sector.

Principalmente a partir de unos importantes Acuerdos Interprofesionales firmados en 1997 entre la patronal y los sindicatos más representativos, la estructuración del sistema convencional de negociación colectiva quería reforzar un cierto impulso centralizador en el que la preferencia por el convenio colectivo sectorial estatal como norma mínima de fijación de las condiciones de trabajo, en ocasiones reduplicada en el ámbito de la Comunidad Autónoma, se hacía compatible con una red de convenios sectoriales de ámbito provincial que fijaban las condiciones mínimas de salario y de tiempo de trabajo en cada rama de producción, junto con (y no frente a) la negociación colectiva de empresa que normalmente ofrecía mejores condiciones remuneratorias y de jornada laboral, pero cuya característica principal era la de ofrecer un sistema de regulación más concreto y específico en razón de las peculiaridades de la empresa de que se tratara, normalmente grande y mediana empresa.

La estructura de la negociación colectiva en España se ha caracterizado históricamente por un grado intermedio de centralización, en contraposición a otros países europeos donde predomina la negociación colectiva de ámbito nacional –por ejemplo, Finlandia– o, en el extremo opuesto, la de empresa (como por ejemplo en países del Este). Así, tomando como referencia los datos definitivos de 2009, antes del inicio de la crisis, se constata por un lado que en el ámbito de negociación de empresa se concentra el 76% de los convenios colectivos, aunque atendiendo a los trabajadores afectados, el 90% se concentra en convenios de ámbito superior.

Los datos de que se dispone incluso en plena crisis (2010-2011) confirman esta predicción. En el sistema convencional español, los convenios de empresa son importantes y representan una alta cantidad de acuerdos, pero la gran mayoría de los trabajadores españoles están protegidos por convenios sectoriales,

Hay que tener en cuenta, asimismo, que la cobertura de la negociación colectiva en España es relativamente alta, en torno a un 75% de la población asalariada. Es decir, que vienen a estar cubiertos casi doce millones de asalariados, y que en consecuencia para esta cantidad de personas sus

condiciones de trabajo y de empleo son reguladas por un convenio colectivo. Se aprecia sin embargo en 2010 – y la tendencia se mantiene en 2011 – un descenso importante en la conclusión y/o renovación de los convenios colectivos, debida a la resistencia de ciertas organizaciones empresariales y empresas y grupos de empresas a cerrar con acuerdo las negociaciones abiertas. Se ha interpretado estas resistencias como una forma de presión de grupos económicos para conseguir un cambio de rumbo en la estructuración de la negociación colectiva, donde el nivel de la empresa fuera más determinante del resto del sistema y, desde este espacio de regulación, avanzar en propuestas más diversificadas y relacionadas con la posición de la empresa en el mercado y de sus expectativas de ganancia. A esta presión responden, como se ha señalado, las reformas legislativas de 2011 y 2012.

Distintas fuentes estadísticas internacionales –como las elaboradas por la OCDE– ponen de relieve que la negociación colectiva en España se caracteriza asimismo por un grado intermedio de coordinación. Así, en una escala de 1 a 5 –que representan respectivamente el mínimo y máximo nivel de coordinación– la negociación colectiva en España registró en 2010 un valor situado en torno al 3,5.

Es posible fragmentar el ámbito “personal” de negociación, dejando fuera de convenio a un grupo de trabajadores que quiere hacer un convenio específico, llamado convenio – franja. Pero una vez elegida o precisada una unidad de negociación por empresa y sindicatos (o comités de empresa), no es posible que otro convenio colectivo entre a regular conjuntamente con el aplicable en primera instancia. Es la llamada prohibición de concurrencia. Los convenios de empresa son abundantes en España, aunque tienen mucho menos alcance en términos de trabajadores cubiertos por los mismos que los convenios sectoriales. No suele (co)existir en una empresa el convenio “general” para la mayoría de los trabajadores y el convenio – franja que regula sólo las condiciones de trabajo de un grupo. Hay algunas excepciones (pilotos, controladores de vuelo) pero lo normal es que se regulen estos intereses “de franja” en el interior de un convenio de empresa para todos los trabajadores. Hay también supuestos de convenios de centro de trabajo que, realmente consisten en un convenio para una categoría de trabajadores que se localiza en esa unidad de producción.

Estas reglas se han visto alteradas de forma importante en las muy recientes reformas laborales producidas en España en los dos últimos años (2011-2012). En efecto, el impulso reformista de la norma laboral en la crisis se centra en la reformulación de este esquema de ordenación de unidades de negociación y favorecer la preeminencia absoluta de la empresa como centro de imputación normativa de las condiciones de trabajo.

El debate sobre esta cuestión no es sólo español, sino que representa una línea de tendencia en el contexto de la presente crisis que se proyecta sobre varias realidades nacionales. Algunos autores han cuestionado la eficacia de la actual estructura de la negociación colectiva en España en términos de resultados macroeconómicos y han abogado por una reforma que promueva una mayor descentralización que otorgue un creciente protagonismo a los convenios de empresa, en detrimento de los convenios sectoriales (sobre todo de los provinciales). La tesis básica que se plantea es que los convenios colectivos de empresa tendrán más en cuenta la incidencia de los salarios en la situación y evolución de las empresas (particularmente, en relación a indicadores como productividad) que los convenios sectoriales.

En esta línea, la reciente reforma laboral (Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y la consiguiente Ley 3/2012, de 6 de julio, que convalida aquella norma de urgencia) supone un auténtico cambio de modelo de relaciones laborales, que se manifiesta en el refuerzo de los poderes empresariales con afectación de cuatro aspectos centrales de las relaciones laborales con carácter previo a la reforma: la alteración del peso de cada una de las partes de la relación laboral en la fijación de las condiciones de trabajo y empleo; la reducción de los derechos de consulta y negociación colectiva operada a través de diversas vías, directas e indirectas, como la reducción de la intervención administrativa y supresión de las competencias de la autoridad laboral; y la reducción del control judicial respecto de decisiones empresariales que las dota de ciertos niveles de automatismo. Se trata de una verdadera regresión histórica en la forma de concebir las relaciones laborales, alterando los resortes de poder entre las partes del contrato de trabajo, así como entre los sujetos de la negociación colectiva (como se manifiesta en la preferencia aplicativa de los convenios de empresa y ámbito inferior frente a los convenios colectivos sectoriales).

Frente a estas posturas, en numerosas ocasiones se han contrapuesto dos argumentos principales. Por un lado, se ha señalado que los diferentes informes e investigaciones realizadas en la última década no aportan una evidencia empírica concluyente sobre la existencia de relaciones directas entre las instituciones laborales –como el modelo de negociación colectiva o la legislación de protección del empleo– y los resultados macroeconómicos. Un hecho que debería aconsejar cierta precaución, por tanto, a la hora de enunciar correlaciones simplistas sobre las diferentes variables que intervienen en el funcionamiento de los mercados de trabajo.

Por otro lado, se han destacado los problemas que conlleva una sustancial descentralización de la negociación colectiva en un país como España, donde la estructura productiva se caracteriza por un elevado grado de minifundismo empresarial. En efecto, el tejido productivo español presenta una gran presencia de empresas de reducido tamaño; así del 1,2 millones de

empresas con asalariados registradas en la Seguridad Social en el año 2010 el 86,7% tiene menos de 10 empleados, el 11% tiene de 10 a 49 trabajadores; 1,9% de 50 a 249 trabajadores y menos del 0,5% tiene 250 trabajadores o más. Desde el punto de vista de los trabajadores también se observa una cierta dispersión, ya que el 41% de los asalariados del año 2010 se encuentra trabajando en una empresa de 250 trabajadores o más; mientras que el 21% trabaja en microempresas de 1 a 9 trabajadores y el 38% restante se encuentra trabajando en empresas de tamaño pequeño o medio.

De forma alternativa a la descentralización cabe plantear el impulso de medidas que refuercen la coordinación de la negociación colectiva, lo que exigiría a su vez una mejor articulación en el caso de concurrencia entre los distintos convenios. La principal referencia sobre esta cuestión sigue siendo el Acuerdo Interprofesional sobre Negociación Colectiva 1997 y los posteriores Acuerdos Interconfederales de Negociación Colectiva a partir del 2002, aunque su desarrollo ha sido limitado dada la eficacia obligacional que solo obliga a las partes que lo firman, pero no al conjunto de sujetos negociadores que firman convenios colectivos; por ello es importante reiterar la importancia de este enfoque por su efecto positivo. Ahora bien, no parece razonable buscar un modelo único de articulación de la negociación colectiva susceptible de reproducción mimética en el conjunto de la estructura productiva: las propuestas que se planteen deberían concretarse atendiendo a la diversidad tanto de los distintos sectores y empresas como de la propia negociación colectiva.

El papel del Estado en la negociación colectiva. La participación del Estado en la negociación colectiva puede ser directa –a través de su intervención en la política laboral- o indirecta –mediante su política económica-. En España, la negociación colectiva desempeña un papel crucial en los procesos de producción y distribución de la riqueza. De ahí que, además funciones de organización y gobierno de las relaciones laborales, desarrolle una función económica central de intercambio. Esta actividad integra de manera específica un papel compensador o equilibrador de la desigualdad inherente a la relación individual de trabajo, y que conecta de forma inmediata con la cláusula de Estado social y con el principio de igualdad.

La Constitución española asigna al Estado una función promotora de la negociación colectiva. Esto implica que la ley no debe regular restringiendo la facultad de los actores sociales de negociar colectivamente, sino fomentando la negociación colectiva. Por otra parte, en los textos legales de la Unión Europea el diálogo social es la base de las políticas sociales y los poderes públicos deben implicarse en su preservación y fomento.

A través de las prácticas de concertación y de diálogo social durante treinta años, los diez primeros en un clima de división sindical, en unidad de acción a partir de 1988, se ha ido generando un espacio autónomo de regulación de las condiciones de trabajo mediante una programación de los contenidos y de la articulación de la negociación colectiva por parte de las confederaciones sindicales de ámbito estatal y la asociación empresarial nacional. La regla general ha sido la de que el Estado respete ese espacio autónomo de los interlocutores sociales a la hora de legislar sobre las relaciones laborales, lo que a su vez generaba una práctica según la cual el Estado buscaba la concertación con los interlocutores sociales como condición necesaria para regular o reformar las relaciones laborales. En esa regulación la remisión a la negociación colectiva como eje de adaptación y de desarrollo de las prescripciones legales era decisivo. Esta práctica social de la concertación o del diálogo tripartito la llevaron a cabo los gobiernos del PSOE y los gobiernos del PP.

Hubo momentos sin embargo en los que esta relación de cooperación entre los actores sociales y de negociación política se rompió. Se trataba de proyectos reformistas del poder público que no contaba con el acuerdo de los sindicatos. En esos supuestos el movimiento sindical utilizaba la huelga general como forma de expresar su disenso profundo ante la reforma gubernamental y para recuperar un principio de interlocución que modificara el proyecto reformista que les era hostil. En varias ocasiones la huelga general consiguió la paralización de la reforma pretendida o su renegociación en términos amplios⁴. En otros sus efectos fueron indirectos, fortaleciendo precisamente la dimensión autónoma de la negociación colectiva de sector como forma de amortiguar o de reabsorber en ella los elementos más negativos de la norma legal reformada⁵. En todo caso, las huelgas generales han inducido efectos político-electorales para el gobierno que estaba en el poder.

Estas pautas de acción se alteran a partir de mayo de 2010 y la crisis del euro a partir del caso griego. El Estado se ve preso de un mecanismo doblemente deslegitimador. De una parte, anula derechos reconocidos por la negociación colectiva a los empleados públicos y degrada las condiciones de trabajo y empleo en la sanidad y en la educación, promoviendo una reforma que cambia el modelo de derecho del trabajo, rompiendo con el carácter

⁴ Paradigmáticamente la huelga de 14 de diciembre de 1988, una huelga nacional más que general, con participación de todos los sectores sociales, no solo los trabajadores o empleados públicos. Pero también la huelga general de 20 de junio de 2002, contra la reforma del desempleo del Partido Popular, que obligó al gobierno a modificar de forma radical en el Parlamento el texto del Decreto Ley en el proceso de convalidación del mismo.

⁵ Es el caso de la huelga general de 27 de enero de 1994, contra la reforma del gobierno del PSOE, que fue reconducida de forma muy neta hacia el espacio de la negociación colectiva y del diálogo social en los Acuerdos Interconfederales de 1997, que cambiaron las formas temporales en las que se basaba la política de empleo, por el contrato indefinido para el fomento del empleo, que fue una creación del Acuerdo Interconfederal para el Empleo Estable que asumió inmediatamente el gobierno del Partido Popular, tras la derrota electoral del PSOE en 1996, y que construyó de forma nítida un esquema articulado y centralizado de negociación colectiva en el Acuerdo Interconfederal de Negociación Colectiva.

compensador y equilibrador de las desigualdades económicas y sociales. Desde esta perspectiva, rompe el diálogo social y se coloca en una clara posición de antagonismo con los sindicatos. Pero de otra, pierde la legitimación democrática que proviene del mandato electoral al legislar contra su programa e ideario, siguiendo las instrucciones que sobre esta materia le proporcionan las autoridades monetarias europeas, el FMI y la Comisión.

En este sentido, hay una diferencia entre el período 2010-2011 y el que se inaugura a finales del 2011 y continua durante el presente año. Tras el conflicto abierto por la reforma laboral y la convocatoria de una huelga general (29 septiembre 2010), se procede a restaurar, limitadamente, un principio de interlocución que da lugar a un Acuerdo tripartito sobre la reforma de la Seguridad Social en enero de 2011 y a la recuperación de un proceso de intercambio político de alcance muy limitado. Las nuevas presiones de la troika europea ante la “desconfianza de los mercados” pone fin, en junio de 2011, a esta fase con la reforma impuesta de la negociación colectiva en junio de 2011 y la reforma de la Constitución con la introducción de la “regla de oro” del equilibrio presupuestario en agosto de 2011, mediante un pacto entre el Gobierno y el Partido Popular que excluía la posibilidad de un referéndum que ratificara esta reforma.

A partir de noviembre de 2011, el diálogo social ha sucumbido ante una acción de gobierno que sigue adoleciendo de la doble legitimación, social y democrática, a sus políticas de ajuste y de reforma laboral. Pese a la convocatoria de una nueva huelga general (29 marzo 2012) tras la promulgación del RDL 3/2012, y la existencia de conflictos permanentes en los servicios públicos esenciales, tendencialmente extendidos a muchas otras áreas, como la minería, el gobierno impone de manera unilateral sus programas de recorte de gasto público y de ajuste laboral, en un contexto creciente de recesión económica y crecimiento exponencial del desempleo.

En concreto, las reformas últimas afectan al rol esencial que el art. 37.1 CE confiere al Estado de fomento de la negociación colectiva y promoción de las condiciones para el progreso social y económico de la clase trabajadora, y son contrarias a las obligaciones internacionales de España asumidas mediante la ratificación de los Convenios 87, 98 y 151 de la OIT. Sobre esta base, CCOO y UGT han presentado en mayo 2012 sendas quejas contra el gobierno español ante la OIT.

Las líneas generales de la degradación de la negociación colectiva son las siguientes:

1. Progresiva desregulación estatal de la relaciones individuales de trabajo, en una tendencia ya emprendida en la década de los 90 del siglo pasado (Ley 11/1994), y que supondrá la paulatina apertura de

espacios a la autonomía colectiva y a la autonomía individual, perdiendo el poder heterónimo su tradicional carácter tutelador y garantista.

2. Potenciación del poder empresarial como elemento regulador característico y predominante de la relación de trabajo.
3. Debilitamiento del poder contractual del sindicato y fomento de la negociación en el seno de la empresa a través de acuerdos informales y convenios colectivos que en este ámbito pueden inaplicar el convenio sectorial.
4. Fomento de mecanismos que debilitan la presencia en las empresas de estructuras sindicales equilibradoras del poder empresarial.
5. Apuesta decidida por una negociación colectiva descentralizada, desvinculada del sector, y exaltación de la empresa como centro de decisión en una progresiva tendencia hacia la individualización de las condiciones de trabajo.

El sistema vigente de negociación colectiva vislumbra un modelo intervencionista en el que la ley participa en la regulación de la negociación colectiva, no para promocionarla, sino para limitarla y ensanchar las facultades empresariales, alejando al Estado de los fines que la CE le encomienda.

El contexto actual muestra sin embargo un panorama desfavorable, donde la negociación colectiva encuentra serios obstáculos para desarrollarse de forma adecuada, enfrentándose a un modelo legal, que no ha sido objeto de consulta previa o participación social. Esta construcción, que desatiende el diálogo y la concertación social, propios de la España democrática instaurada a finales de los 70 del siglo pasado y mantenido hasta tiempos recientes, llega incluso a desautorizar los Acuerdos Interconfederales para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-2014 y 2012-14 firmados por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas del país. En ambos Acuerdos los interlocutores sociales proponen fórmulas para superar la situación de desempleo desorbitado del país, optando por la moderación salarial y el fomento de mecanismos negociados de flexibilidad interna 'guiados' y articulados desde la negociación sectorial, como alternativa a la flexibilidad externa. Este esquema quiebra a través de sucesivas intervenciones del legislador español de urgencia, que desvinculan a la empresa de los procesos de negociación colectiva sectorial y debilitan el poder contractual del sindicato, potenciando asimismo la temporalidad en la contratación y la destrucción de puestos de trabajo a través de fórmulas de facilitación del despido.

III.Elementos de la negociación colectiva

1. Sujetos. En España, el art. 37.1 CE atribuye el derecho a la negociación colectiva laboral a “los representantes de los trabajadores y empresarios”, sin expresa referencia a los criterios que determinan la efectiva representatividad del sujeto negociador. Esta cuestión queda en el ámbito de la competencia del legislador ordinario.

El Título III ET diseña reglas muy concretas de legitimación para participar en los procesos de negociación colectiva que regula, habilitando a sujetos colectivos que acrediten cierto nivel de representatividad. En la negociación colectiva sectorial, la selección de los negociadores se vehicula a través de la noción de la representatividad sindical construida sobre la base del criterio de audiencia electoral. Este criterio hace referencia a los resultados obtenidos por cada opción sindical en las elecciones a representantes unitarios en la empresa (comités de empresa y delegados de personal).

El monopolio sindical en la negociación supraempresarial impide la negociación a coaliciones de representantes unitarios o de candidaturas de trabajadores independientes, por no tener la condición de sujeto sindical. El TC, al pronunciarse sobre esta cuestión, niega que esta legitimación exclusiva a favor de sindicatos, federaciones o confederaciones sindicales para la negociación colectiva laboral de convenios de ámbito supraempresarial sea contraria al derecho de libre sindicación en su sentido negativo -no obligación de afiliación a un sindicato-. En opinión del TC, de la libertad sindical negativa no se puede deducir que no sea lícito al legislador tomar medidas de fomento de la sindicación, si las juzga procedentes, siempre que no empañen aquella libertad constitucionalmente consagrada en el art. 28.1 CE. En consecuencia, el ET no vulnera la libertad sindical ex art. 28.1 CE, ya que no obliga, ni directa ni indirectamente, a la sindicación o a la afiliación a los sindicatos constituidos.

Para la negociación de convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior, el ET ha optado por legitimar a las estructuras electivas de empresa –comités de empresa y delegados de personal-, así como a las secciones sindicales, cuya preferencia sobre aquéllas en la negociación ha quedado institucionalizada por obra del RD-Ley 7/2011, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva.

Las partes no pueden alterar las reglas relativas a la legitimación para negociar (arts. 87 y 88 ET). La doctrina del TC es contundente en este sentido, sosteniendo la indisponibilidad de la legitimación de los sindicatos otorgada por la ley para participar en la negociación colectiva, a través de pactos limitativos de su derecho, suscritos por otros sindicatos. En consecuencia, las reglas relativas a la legitimación constituyen un

presupuesto de la negociación colectiva que escapa al poder de disposición de las partes negociadoras, que no pueden modificarlas libremente. La razón de esta indisponibilidad se halla en la incidencia sobre la negociación de derechos de carácter sindical que no pueden ser desconocidos, al formar parte del contenido esencial de la libertad sindical el derecho de los sindicatos a participar en la determinación de las condiciones de trabajo, cuyo instrumento básico, según se desprende de la CE y de los Convenios Internacionales, es la negociación colectiva⁶.

La jurisprudencia diferencia tres niveles de legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios:

- Legitimación inicial o interviniente, o derecho a participar en una negociación colectiva concreta –art. 87 ET–.
- Legitimación plena o ampliada, referida a la adquisición de la condición de negociador y a la válida constitución de la comisión negociadora (art. 88 ET)
- Legitimación decisoria, relativa a la necesidad de asegurar en el seno de la comisión negociadora un acuerdo respaldado por la mayoría de cada una de las dos representaciones (art. 89.3 ET).

Negociación de empresa o de centro de trabajo

Sujetos legitimados para negociar: 1. Del lado empresarial: empresario; 2. En representación de los trabajadores: representación unitaria: comités de empresa y delegados de personal; y representación sindical: Secciones sindicales de empresa que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o delegados de personal.

La dualidad existente entre los sujetos con legitimación para participar en la negociación en representación de los trabajadores, ha venido planteando el interrogante de elegir entre la representación unitaria y la sindical, cuando el problema no hubiera sido solventado voluntariamente por los afectados. Recientemente, el ET (RDL 7/2011) ha dado respuesta a esta cuestión, estableciendo que la intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal. Es decir, se da preferencia en la negociación a las representaciones sindicales que así lo decidan mayoritariamente, y que reúnan el requisito de sumar la mayoría de los miembros del comité de empresa o de los delegados de personal.

Negociación en los grupos de empresa o empresas en red

⁶ SSTC 184/1991 y 21/1991.

- En representación de los trabajadores: la legitimación es atribuida a los sujetos legitimados para negociar convenios colectivos sectoriales –sindicatos-, lo que implica excluir de la negociación a los sindicatos con menos del 10% de audiencia electoral, así como a las candidaturas independientes.
- Desde la posición empresarial: la legitimación se atribuye expresamente por el legislador a la representación de dichas empresas.

Negociación supraempresarial (convenios sectoriales)

La legitimación para negociar convenios colectivos de ámbito superior a la empresa se concede, en exclusiva, desde la posición de los trabajadores, a los sindicatos. Desde la perspectiva empresarial, los convenios supraempresariales habrán de ser negociados, inexcusablemente, por las asociaciones empresariales.

Las asociaciones empresariales pueden participar en la negociación de un convenio sectorial son de dos tipos:

- Asociaciones empresariales que cuenten con un determinado cupo de empresas que ocupan un umbral mínimo de trabajadores: la tasa de afiliación de empresarios es el criterio que determina la legitimación inicial de las asociaciones empresariales, completado por el número de trabajadores ocupados en las empresas asociadas. Conforme a este criterio, para que una determinada asociación empresarial esté legitimada para intervenir en la negociación de un convenio colectivo supraempresarial es necesario que reúna dos requisitos: Que, al menos, el 10 por 100 de las empresas comprendidas en el ámbito de aplicación del convenio forme parte de tal asociación, y que dichas empresas ocupen, cuando menos, al 10 por 100 de los trabajadores afectados por el convenio.
- Asociaciones que cuentan con empresas que den ocupación a un umbral mínimo de trabajadores. Estas asociaciones no tienen que acumular los dos criterios, afiliativo y ocupacional, siendo suficiente alcanzar el 15% de trabajadores ocupados en el ámbito del convenio.

Podrán negociar convenios sectoriales de ámbito estatal:

- Las asociaciones empresariales de comunidad autónoma que cuenten en la comunidad con un mínimo del 15% de empresarios y trabajadores.
- Las asociaciones empresariales que en el ámbito del convenio cuenten con el 10% de empresarios y trabajadores.
- Las asociaciones empresariales que en el ámbito del convenio cuenten con empresas que den ocupación al 15% de los trabajadores.

Los sindicatos que pueden participar en la negociación de un convenio sectorial son:

- Sindicatos que tengan la condición de más representativos a nivel estatal: tienen legitimación para participar en la negociación de cualquier convenio de ámbito superior a la empresa.
- Sindicatos que tengan la condición de más representativos a nivel de comunidad autónoma: están legitimados para intervenir en la negociación colectiva en su comunidad, así como en la negociación colectiva de convenios de ámbito estatal.
- Sindicatos suficientemente representativos, esto es, sindicatos que cuenten con un 10% ó más de audiencia electoral en un ámbito territorial y funcional específico: gozan de legitimación para la negociación colectiva en estos ámbitos.
- Sindicatos afiliados, federados o confederados a un sindicato más representativo: están legitimados para intervenir en la negociación de un convenio colectivo supraempresarial cuyo ámbito territorial y funcional de aplicación no trascienda el ámbito de actuación del sindicato irradiado.

Contenido⁷

En España, la negociación colectiva posee un papel relevante en la determinación de las condiciones de trabajo y, en general, en la configuración del desarrollo de las relaciones laborales. El convenio colectivo tiene la capacidad legal de regular no sólo las condiciones de trabajo, sino también “materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y el ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales” (art. 85.1 ET). Coherentemente con la función central que desempeña en el sistema de relaciones laborales, el convenio colectivo puede regular no sólo los elementos básicos del contrato de trabajo, en concreto salario y jornada, sino todos los aspectos relacionados con la `profesionalidad y la formación,

⁷ Una parte de los datos ofrecidos en este apartado han sido extraídos de la Memoria Anual sobre la Situación Socioeconómica y Laboral de España, 2010, que anualmente elabora el Consejo Económico y Social.

la propia organización del trabajo y el empleo, las vicisitudes que resultan de las metamorfosis de la organización de la empresa y las relaciones sindicales e incluso los sistemas profesionales de protección social adicionales al sistema legal de seguridad social, tanto mejoras voluntarias del sistema como seguros privados o fondos de empleo colectivos.

Se establece no obstante en negativo ciertos límites a los contenidos de los convenios colectivos, que son los relativos a la pactación de aspectos contrarios a la constitución o a la ley. Por esa vía cabe la impugnación de cláusulas concretas de la negociación colectiva por discriminatorias, vulneradoras de derechos fundamentales o contrarias a prescripciones legales de derecho necesario.

Sin embargo, en las últimas reformas de la norma laboral de la crisis, es frecuente encontrar una indicación en la ley sobre las unidades de negociación que preferentemente pueden regular ciertas materias o contenidos. En este caso, la ley utiliza esta técnica para garantizar la “prioridad aplicativa” del convenio de empresa sobre el sectorial en una serie de materias o contenidos, en especial las relativas al salario, tiempo de trabajo y horario, “adaptación a la empresa” de los sistemas de clasificación profesional y de las modalidades de contratación, y las medidas de conciliación entre la vida familiar y personal con la laboral, y declara expresamente que estas reglas no son disponibles por la negociación colectiva. De esta manera la ley vulnera el principio básico de libre selección por las partes negociadoras del ámbito de negociación del convenio colectivo.

A continuación se analizan algunos de las materias objeto de la regulación convencional española. Tradicionalmente el contenido salarial y el del tiempo de trabajo resultan los más interesantes como elementos de comparación. A ellos se dedica un espacio prioritario, por tanto

La negociación colectiva en España se desarrolla en la actualidad dentro de las coordenadas marcadas por la continuidad de la crisis y la prolongación de su impacto en el mercado de trabajo, con una fuerte caída de la ocupación y la contracción de la actividad económica.

Salarios El salario, su forma de pago, su definición, etc., aparecen descritos en la legislación laboral española, con expresas remisiones a la negociación colectiva, sin especificar el ET el ámbito más apropiado para su tratamiento colectivo, si la empresa o el sector.

Los convenios colectivos regulan la estructura del salario y los incrementos retributivos, incorporando cláusulas de garantía salarial, que permiten una actualización de los salarios y el mantenimiento del poder adquisitivo de los trabajadores, al tomar como referencia el Índice de Precios al Consumo (IPC). En los últimos años se ha reabierto en Europa el debate de vincular

los salarios a la productividad; sin embargo, la práctica negociadora española mantiene las tasas de inflación real como elemento referencial del incremento salarial pactado.

Evolución de los salarios pactados en la negociación colectiva. Hasta el año 2012, el modelo de formación de los salarios pactados se basa en la negociación de incrementos salariales tomando como referencia la inflación prevista. Este modelo se acordó en los Pactos de la Moncloa, en donde se empieza a considerar la inflación prevista y no la pasada en la fijación de los incrementos salariales, produciéndose la revisión de estos incrementos en caso de que la inflación real fuese diferente a la prevista. Este ajuste del salario pactado se realiza a través de unas cláusulas denominadas “de garantía” o “salvaguarda salarial”, que tienen el objetivo de que los salarios no pierdan poder adquisitivo en caso de que la inflación real supere a la inflación prevista. Estas cláusulas suelen tomar como referencia el IPC real de diciembre de cada año, y tienen efecto cuando la variación del IPC de diciembre de un año respecto al mismo mes del año anterior es superior a la previsión de IPC.

Los interlocutores sociales más representativos en el ámbito estatal han pactado desde el año 2002 una serie de Acuerdos Interconfederales para la Negociación Colectiva (AINC), con el objetivo de ordenar la negociación en el conjunto del territorio nacional. El AINC de 2010 incluía unas recomendaciones de incremento salarial de 1% para el año 2010, entre el 1% y el 2% para el año 2011, y entre el 1,5% y el 2,5% para el año 2012. De este modo se recomienda una moderación salarial de los salarios en los diferentes sectores, aunque se tiene en cuenta la autonomía de las diferentes partes.

En 2012, el *II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva*, suscrito por las organizaciones empresariales y los sindicatos mayoritarios, ha introducido importantes cambios en relación a la formación de los salarios pactados, ya que se desliga parcialmente el salario pactado del incremento del IPC y se liga a la recuperación económica a cambio de que el empresariado dedique una parte de sus beneficios a la inversión en su empresa en desarrollo y tecnología como fórmula que contribuya a un cambio progresivo del modelo productivo español.

El incremento salarial medio pactado en el conjunto de convenios colectivos con efectos económicos en 2010 fue del 2,17 por 100. Este incremento en la actualidad prosigue por la senda de moderación salarial iniciada en años anteriores, al situarse ligeramente por debajo de los incrementos pactados en los años anteriores (en 2009, 2,25 por 100, lo que suponía un nuevo mínimo histórico al tratarse del aumento más bajo registrado desde 1980). Esta política de moderación responde al contexto de elevada desocupación que afecta a la economía española, disminución del número de asalariados

e incertidumbre en relación a la velocidad de la recuperación del dinamismo económico en el país.

La moderación en el incremento de la retribución efectiva del trabajo vienen dada por un conjunto de factores: la destrucción del empleo, especialmente temporal y a tiempo parcial, inferiormente retribuidos en términos generales y más vulnerables en los contextos de recesión económica. El recorte del 5 por 100 de la masa salarial de los empleados públicos, introducido en mayo de 2010 –y otros recortes ulteriores- también han presionado a la baja la retribución media en el conjunto de la economía.

Para la mayoría de los trabajadores acogidos a convenios colectivos, existe una diferencia entre los salarios inicialmente pactados y los incrementos finalmente producidos, siendo estos últimos superiores en 2010 a los primeros en 0,72 puntos porcentuales. Esta variación viene dada por la activación de la cláusula de garantía salarial, que afectó a cerca de la mitad de los trabajadores. La puesta en práctica de la cláusula de garantía salarial se produce en los escenarios de incremento de inflación, por ser el IPC real a final de año el índice que mayoritariamente se toma como referencia.

Los convenios de empresa registran menores aumentos que los convenios firmados en otros ámbitos, y producen las mayores diferencias entre los aumentos pactados en los convenios nuevos y los revisados, frente al diferencial registrado en los convenios de otros ámbitos.

Los mecanismos de inaplicación salarial a nivel de empresa. Las últimas reformas laborales han propiciado la inaplicación en la empresa del salario regulado en el convenio sectorial. En efecto, el sistema de remuneración y las cuantías salariales reguladas en cualquier convenio –sectorial o de empresa- pueden ser inaplicados en la empresa cuando concorra alguna de las siguientes causas:

- causas económicas: situación económica negativa de la empresa que se cifra en: a) pérdidas actuales; b) pérdidas previstas; c) disminución persistente -2 trimestres consecutivos- del nivel de ingresos o ventas.
- causas técnicas: cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción.
- causas organizativas: cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción.
- causas productivas: cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

En estas circunstancias, para proceder a la inaplicación del convenio en la empresa, es imprescindible la apertura de un período de consultas con los representantes de los trabajadores no superior a 15 días⁸. Si el período de consultas finaliza con acuerdo⁹, se presume que concurre la causa justificativa y el acuerdo solo podrá ser impugnado judicialmente por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. Si el período de consultas concluye sin acuerdo, cualquiera de las partes podrá someter la discrepancia a la comisión paritaria. Si ésta no logra un acuerdo, cabe la posibilidad de que las partes se sometan a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos previstos en los acuerdos interprofesionales, incluido el arbitraje vinculante. Si las partes no se someten a estos procedimientos o no se resuelve la discrepancia, cualquiera de las partes –el empresario, por lo común- podrá acudir a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o a los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas, que deberán dictar resolución en el plazo máximo de 25 días a contar desde el sometimiento del conflicto ante dichos órganos.

Tiempo de trabajo. La regulación del tiempo de trabajo exige un conocimiento de los efectos que ella provoca tanto en la ordenación de las relaciones laborales como en la ordenación de la entera sociedad salarial. No obstante, la comprensión de dicho instituto jurídico ha de abarcar las diferentes facetas o funciones que éste cumple, sabiendo que además de la versatilidad del tiempo de trabajo expresada en el conflicto estructural entre intereses empresariales y de los trabajadores -entre una determinada organización de la producción y los derechos de los trabajadores-, aquél alberga un carácter polivalente de cara a la satisfacción de una pléyade de bienes jurídicos relacionados con intereses de los trabajadores.

Resulta ser un lugar común en los estudios doctrinales relacionar la normativa sobre tiempo de trabajo con una serie de funciones de tutela de la seguridad y salud de los trabajadores (arts. 40.2, 43.1 y 15 CE), de la dignidad de la persona a través del fomento de regulaciones que consientan el libre desarrollo de la personalidad del trabajador concretadas en oportunidades de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (art. 10.1) que, a su vez, repercuten de forma directa en la consecución de una igualdad material en las condiciones de acceso y mantenimiento en el mercado de trabajo de las mujeres trabajadoras (arts. 9.2 y 14 CE)¹⁰, o, en última instancia, como instrumento que permita una redistribución del empleo orientada a la consecución del pleno empleo (arts. 35.1 y 40.2 CE).

⁸ En los casos de ausencia de representantes de los trabajadores en la empresa, la ley prevé la constitución de una comisión ad hoc de 3 trabajadores o comisión formada por los sindicatos representativos del sector de pertenencia de la empresa.

⁹ El acuerdo debe ser negociado por los sujetos legitimados para negociar convenios colectivos de empresa o de ámbito inferior y cumplir las exigencias de legitimación establecidas por el Título III ET.

¹⁰ Para una visión constitucional de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, M^a F. FERNÁNDEZ LÓPEZ, "Conciliación de la vida familiar y laboral: una visión constitucional!", en AAVV (B. CARDONA, coord.), *Medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Hacia un reparto igualitario de las reformas parentales*. Bomarzo, Albacete, 2009.

Sin embargo, a pesar de la trascendencia de los efectos de la ordenación del tiempo de trabajo, resulta difícil encontrar estudios que pongan en relación los distintos bienes protegidos con la finalidad de ofrecer unas guías de entendimiento de una hipotética regulación del tiempo de trabajo que encuentre puntos de equilibrio entre los diferentes intereses y derechos en juego. Esta compartimentación del estudio del tiempo de trabajo produce un análisis miope que impide alcanzar una configuración normativa global que trate de dar cabida a los diferentes aspectos de la regulación del tiempo de trabajo.

Más allá de los motivos que han ocasionado un estudio fragmentado del tiempo de trabajo, resulta necesario adoptar una metodología omnicomprensiva de esta condición de trabajo para evitar situaciones contradictorias que se expresan en la actualidad con carácter universal. Estamos haciendo referencia a las situaciones laborales en las que se encuentran los trabajadores en relación con el tiempo de trabajo. A este respecto, resulta revelador el estudio de un reciente informe realizado por la OIT en 2008¹¹, donde se evidencia como con carácter mundial el control y seguimiento fragmentado que se lleva a cabo en nuestra materia arroja situaciones laborales que deben coherenciarse de cara a la consecución de una racionalización del tiempo de trabajo. Así, en el mencionado Informe se hace referencia a una distribución desigualitaria e inequitativa de horas de trabajo entre trabajadores que acaba arrojando un panorama laboral donde conviven contemporáneamente: a) situaciones laborales de *sobreexplotación*, caracterizadas por un exceso de horas de trabajo más allá de la jornada legal o convencional; b) situaciones de *subempleo*, en las que los trabajadores no obtienen un número de horas de trabajo suficiente para satisfacer sus necesidades y las de sus familias; c) Situaciones de desempleo.

Las situaciones de sobreexplotación, subempleo o desempleo relacionadas con el tiempo de trabajo condicionan decididamente la consecución de los bienes jurídicos anudados al tiempo de trabajo. A saber, protección de la salud de los trabajadores, conciliación de los tiempos de vida fuera y dentro del trabajo y redistribución del empleo. Y ello, porque las necesidades de los trabajadores en relación con los bienes jurídicos que debe tutelar la ordenación del tiempo de trabajo no son homogéneas. Dicho gráficamente, un trabajador sin empleo o con un empleo marginal en relación con el tiempo de trabajo no tendrá, *a priori*, aspiraciones de conciliar tiempos de trabajo y tiempos de libertad, ya que el *quantum* de horas de trabajo en dichas situaciones haría devenir innecesaria una determinada regulación que albergue entre sus objetivos la liberación del tiempos de trabajo para dicha finalidad. Desde otro ángulo, el trabajador sobreexplotado, cuyo tiempo de

¹¹ LEE, S., McCANN, D y MESSENGER, J. C., *El tiempo de trabajo en el mundo. Tendencias en horas de trabajo, leyes y políticas en una perspectiva global comparativa*. MTIN. OIT, Madrid, 2008.

trabajo supera los límites legales o convencionales, difícilmente podrá albergar esperanzas de poseer un trabajo *sano*¹² que le permita, a su vez, compatibilizar las distintas facetas de su vida por mucho que exista una legislación al respecto que obligue a ello.

De ahí, que se deba impulsar un tipo de políticas en materia de tiempo de trabajo que dispongan una suerte de priorización que introduzca dosis de racionalidad en la regulación del tiempo de trabajo, poniendo en conexión los diferentes bienes protegidos por la normativa sobre tiempo de trabajo. En este sentido, cabe llamar la atención sobre la relación existente entre la dimensión colectiva e individual del trabajo en relación con los bienes protegidos desde el tiempo de trabajo. La satisfacción de la dimensión colectiva del derecho al trabajo, empleo y salud laboral, es la condición *sine qua non* para la realización de las aspiraciones individuales de realización de la persona del trabajador a través de la compatibilización de los diferentes tiempos. Repárese que esta relación entre individual y colectivo no se coloca en un plano de contraposición o enfrentamiento, sino de necesaria complementariedad.

En un análisis jurídico agregado de la situación del mercado de trabajo español, nos encontramos con que ciertos derechos de los trabajadores solo son accesibles para determinados colectivos de trabajadores caracterizados por la estabilidad de su empleo. En este sentido, se debe hacer especial hincapié en cómo la regulación jurídica del tiempo de trabajo permite una limitación efectiva del tiempo de trabajo en las relaciones laborales indefinidas, mientras que aquellas temporales, por el contrario, tienen muchas posibilidades de ver trasgredido tal derecho como condición básica de la protección de su salud en el ambiente de trabajo¹³. Del mismo modo, únicamente aquellos trabajadores con un tiempo de trabajo suficiente para satisfacer sus necesidades vitales y las de su familia aspiran a la compatibilización de la vida familiar y laboral, visto el modelo español – también europeo- de conciliación de las distintas esferas basado en la reducción de tiempo de trabajo y proporcionalmente de salario¹⁴.

La tendencia de reducción paulatina de la jornada de trabajo pactada en los convenios colectivos, que se vino observando hasta 2007, se ha frenado durante el periodo de la última crisis, con una tendencia de signo contrario – mantenimiento e incluso aumento del tiempo de trabajo- en determinadas empresas como consecuencia de las últimas reformas laborales que, dentro de los límites legales, facilitan la organización en la empresa del tiempo de

¹² Vid. P. BOIX, E. ORTS, Mª J. LÓPEZ y F. RODRIGO, "Trabajo temporal y siniestralidad laboral en España en el período 1988-1995". *CRL*, nº 11, 1997.

¹³ Vid. F. TRILLO, *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo: identidades y trayectorias laborales*. Lex Nova, Madrid, 2010.

¹⁴ Vid. J. MACINNES, "Diez mitos sobre la conciliación de la vida laboral y familiar". *CRL*, nº 23, 2005, pp. 37-39. El autor rompe con el mito por el cual los trabajadores que concilian vida laboral y familiar deseen reducir jornada de trabajo. Por el contrario, se observa una tendencia hacia el aumento de la jornada laboral en dichos trabajadores que, seguramente, venga motivada por la insuficiencia salarial.

trabajo –su cuantía y distribución- y la inaplicación del convenio sectorial. También el legislador laboral ha potenciado mecanismos de reducción temporal de jornada que llevan pareja una disminución proporcional del salario.

En 2010, la jornada anual pactada en el conjunto de la negociación colectiva fue de 1.757,7 horas, equivalentes a 38 horas y 29 minutos semanales de trabajo, es decir, 5,2 horas más al año que en 2009, resultado de un aumento de 10,9 horas/año en los convenios de empresa y de 3 horas/año en los convenios supraempresariales. La evolución de la jornada efectiva de trabajo, por el contrario, muestra en 2010 una disminución con respecto al año anterior, que esta vez fue de 6 horas, profundizando en la tendencia de reducción continuada que ha seguido en estos años, pero con un menor ritmo de reducción. Así, en 2010, la jornada media efectiva se situó en 1.579,4 horas, siendo la efectuada por los trabajadores a tiempo completo de 1.717,5 horas, 2,4 horas más que en 2009, y la de los trabajadores a tiempo parcial de 1.028,2 horas, 10,3 horas menos que el año anterior. Esta nueva reducción, aunque menor, de la jornada media efectiva en 2010 se explica, fundamentalmente, por una disminución de nuevo de las horas extraordinarias realizadas, 3,2 millones menos que en 2009. Por el contrario, las horas no trabajadas por diversos motivos en 2010 se redujeron con respecto a 2009, en 10,9 de media por trabajador.

La conciliación de la vida personal, familiar y laboral exige una planificación integral de los tiempos de trabajo. La sistematización de las diversas situaciones laborales de los trabajadores en relación con el tiempo de trabajo ofrece un mapa del mercado de trabajo español extremadamente útil de cara a gestionar unos tiempos de trabajo que comporten un nivel de planificación empresarial que atienda las necesidades de flexibilidad de la organización de la producción, pero que también permita corregir aquella distribución de tiempos de trabajo desigualitaria que impide a los trabajadores atender sus necesidades y derechos de conciliar tiempos de trabajo y tiempos de vida privada. En este sentido, se ha de constatar cómo el modelo español de conciliación de la vida personal, familiar y laboral está basado en la asunción de su coste por parte del trabajador, a través fundamentalmente de la reducción del tiempo de trabajo con reducción proporcional de salario. De este modo, se puede afirmar que estos derechos no han alcanzado toda su expansión, ni han sido interiorizados como una necesidad que deba ser socializada, perpetuando determinados *roles sociales* de mujeres y varones. Nótese que si la conciliación de la vida personal, familiar y laboral aparece condicionada al salario a través de la reducción del tiempo de trabajo, en una sociedad donde se asiste a una

brecha salarial sensible entre mujeres y varones¹⁵, la tendencia en materia de conciliación será aquella que identifique a la mujer trabajadora como el sujeto *natural* llamado a compatibilizar tiempos de trabajo retribuidos con tiempos de trabajo socialmente necesarios¹⁶.

En unas relaciones de producción donde la irregularidad y la flexibilidad laboral se proponen como características principales, llama la atención que estos derechos de compatibilización de tiempos de trabajo y de vida privada se resuelvan en el ordenamiento jurídico español a través de la fórmula (rígida) de la reducción del tiempo de trabajo¹⁷. A este respecto, la flexibilización introducida en materia de tiempo de trabajo permitiría, a nuestro juicio, la coordinación compatible de tiempos de trabajo y tiempos vida privada a través fundamentalmente del acuerdo en sede de negociación colectiva o, en su defecto, a través del contrato de trabajo individual ex art. 34.8 Estatuto de los Trabajadores. Sin embargo, con carácter previo a este tipo de negociaciones donde se de desarrollo a las necesidades y derechos de los trabajadores en materia de tiempo de trabajo, se debe hacer hincapié en la necesidad de una debida planificación empresarial de los tiempos de trabajo que no insista en un desigual reparto de horas de trabajo.

En efecto, la situación en España en relación con el reparto de horas de trabajo arroja un resultado donde existe un número de trabajadores muy significativo que desarrollan jornadas de trabajo por encima de las 40 horas semanales, situado en el 27% de la población asalariada¹⁸. Dentro del colectivo de trabajadores que padecen una prolongación indebida de su jornada de trabajo¹⁹, son los trabajadores varones los que en más de un 80% de los casos experimentan esta situación laboral, coincidiendo además con contratos cuya característica principal es tener una jornada a tiempo completo. Por el contrario, son las mujeres trabajadoras las que concentran un menor tiempo de trabajo, colocando a estas últimas en una situación de desigualdad estructural en el acceso y mantenimiento en el mercado de trabajo, así como en la asignación de ciertos *roles sociales* identificados con

¹⁵ Los datos que ofrece el Instituto Nacional de Estadística para el año 2007, a través de la Encuesta de Estructura del Salario, arroja una situación en la que la ganancia media anual por trabajador es de 20.390,35€. Para los varones contratados indefinidamente, dicho salario asciende a 24.953,34€; mientras que las mujeres con contrato indefinido ganaron ese mismo año 17.876,41€. En el caso de los varones con contrato de duración determinada, el salario medio anual se situó en 16.083,61€ y el de las mujeres con contrato temporal en 13.224,15€. <http://www.ine.es/jaxi/tabla.do?path=/t22/p133/2004-2007/l0/&file=02004.px&type=pcaxis&L=0>.

¹⁶ De este modo, se ha puesto de manifiesto cómo en Europa las mujeres con niños pequeños empleadas es un 13,6% inferior que las mujeres sin niños; mientras que el empleo de los hombres con niños es diez puntos superior al de aquellos varones sin hijos. *Report from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee of the Regions on equality between women and men, 2005*, Bruselas, 14 de febrero de 2005, COM (2005)44, final, pp. 4 ss.

¹⁷ Repárese en que la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo niega la posibilidad de que el trabajador pueda concretar su horario sin que exista reducción de jornada. SSTS de 13 y 18 de junio de 2008.

¹⁸ Según datos EPA 2011.

¹⁹ Situación ésta que se presenta uniformemente en el conjunto de Estados de la Unión Europea. Así, la V Encuesta Europea de Condiciones de Trabajo (2010) destaca cómo el 24% de los trabajadores de la UE-27 realiza jornadas de trabajo superiores a las 40 horas semanales de promedio en cómputo anual. En algunos países, esta media resulta ser muy superior, alcanzando incluso el 35% de los trabajadores, como Reino Unido, República Checa, Grecia, Polonia, Rumanía y Eslovaquia.

las obligaciones familiares²⁰, pese a que el contrato a tiempo parcial alberga entre sus objetivos el fomento del acceso al mercado de trabajo de las mujeres.

Este exceso de horas de trabajo que padece un tercio aproximadamente de la población trabajadora provoca como consecuencia directa la creación de situaciones de subempleo y desempleo, que impiden la instauración de políticas de racionalización del tiempo de trabajo donde tengan cabida prácticas conducentes a garantizar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Esta situación, en el mercado de trabajo español, tiene como principal origen la presencia muy numerosa de relaciones laborales de carácter temporal²¹ que por sus especiales características absorben una cantidad de horas de trabajo por encima de los límites legales y/o convencionales. La contratación temporal suele producirse, al margen de usos irregulares de la misma, en momentos donde se incrementa la demanda del bien o servicio que produce la empresa²² y suele aparecer combinada esta situación con el recurso a la distribución irregular de la jornada de trabajo. Es decir, los trabajadores temporales experimentan jornadas intensificadas de trabajo, donde en la mayor parte de las ocasiones la duración del contrato no consiente el juego de la compensación de aquellas intensificaciones de tiempo de trabajo²³. Imaginemos la situación de un trabajador temporal, cuya duración de su contrato es de tres meses. El empresario, presa de la necesidad de tiempo de trabajo por un incremento imprevisto de la producción, pacta con los representantes de los trabajadores una distribución irregular de la jornada coincidente con la duración de su contrato de trabajo temporal. Los límites imperativos a los que se encuentra sujeta la distribución irregular de la jornada ordinaria de trabajo son el descanso entre jornadas, fijado en 12 horas como mínimo, y el descanso semanal de un día y medio ininterrumpido. Pues bien, el resultado de una concentración máxima de tiempo de trabajo en dicho período de tres meses en relación con el trabajador temporal, arrojaría como resultado que éste haya prestado una cantidad de tiempo igual a 1.392 horas en dicho trimestre, producto de una semana laboral de 66 horas (**5,5 días** de trabajo semanales **x 12 horas** diarias). Si esta operación la padeciese el trabajador en sucesivos contratos hasta completar el año, con el mismo o diferente empresario, asistiríamos a una circunstancia en la que el trabajador de nuestro ejemplo triplica el límite legal previsto en 1826,27 horas anuales.

²⁰ Las estadísticas que ofrece al respecto el Instituto de la Mujer evidencian cómo en el 99% de los casos en los que las mujeres tienen un contrato a tiempo parcial, el motivo de esta reducción de jornada está ligado a la cobertura de las obligaciones familiares.
http://www.inmujer.gob.es/ss/Satellite?c=Page&cid=1264005678206&language=cas_ES&pagename=InstitutoMujer%2FPage%2FIMUJ_Estadisticas

²¹ A fecha de 2006, la temporalidad en España alcanzó el 34,1% de los contratos de trabajo.
http://www.empleo.gob.es/estadisticas/ANUARIO2007/EPA/epa24_top_EXCEL.htm.

²² Nótese que de los 16.401.724 contratos de trabajo temporales registrados en 2007, 7.673.381 responden a la modalidad de contratos eventuales por circunstancias de la producción.
http://www.empleo.gob.es/estadisticas/ANUARIO2007/MLR/mlr22_top_EXCEL.htm.

²³ En este sentido, J. ARAGÓN, J. CRUCES, A. MARTÍNEZ y F. ROCHA, *El tiempo de trabajo y la jornada laboral en España*. Fundación 1º de mayo, Madrid, 2012, pp. 86-92.

Frente a este tipo de comportamientos del mercado de trabajo, la respuesta que el ordenamiento jurídico ha ofrecido hasta el momento fomenta esta concentración de horas de trabajo entre este colectivo de trabajadores, ya que los tribunales han determinado como única solución jurídica la obligación empresarial de retribuir todo el tiempo de trabajo efectivamente prestado, al precio de la hora ordinaria y/o extraordinaria, más una posible sanción administrativa al empresario (art. 7.5 Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social²⁴).

Y es en este punto donde precisamente cabría introducir una planificación de los tiempos de trabajo que evitasen este tipo de jornadas prolongadas más allá de los límites legales o convencionales a través de la instauración de reglas en materia de distribución irregular de la jornada de trabajo que asegurasen el respeto del derecho a la limitación de la jornada de trabajo de los trabajadores temporales. De cara a introducir este tipo de mecanismos, se deberían introducir regulaciones en el plano colectivo e individual donde la distribución irregular de la jornada de trabajo arrojase como resultado un escrupuloso respeto de la limitación del tiempo de trabajo. Para ello, los convenios colectivos tendrían que introducir regulaciones específicas donde el período de referencia para el cómputo de la jornada de trabajo se haga coincidir con la duración de los contratos temporales, de modo tal que se establezcan en los textos colectivos una programación de la distribución irregular de la jornada de trabajo que arroje prevea que a la finalización del término contractual no se observen excesos indebidos en la jornada de trabajo. Este tipo de regulación convencional debe aparecer completada a través del contrato individual de trabajo donde se concretaría la efectiva distribución irregular de la jornada de trabajo con la finalidad de que en el momento de la extinción de estas relaciones de trabajo no hubiera un exceso de horas de trabajo.

Uno de los aspectos más problemáticos de la regulación convencional de la distribución irregular de la jornada de trabajo tiene que ver con la concordancia necesaria que se ha de prever entre el período de referencia que sirve de cómputo de la jornada de trabajo y el módulo temporal de la distribución irregular de la jornada de trabajo²⁵. A este respecto, suele ser muy frecuente que el período de referencia utilizado en convenio colectivo para computar la jornada de trabajo sea el año, mientras que el módulo temporal de la distribución irregular de la jornada de trabajo varía según los casos, sin que en muchas ocasiones se pongan en relación uno y otro.

²⁴ Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto.

²⁵ En este sentido, N. CASTELLI, "Flexibilización de la jornada laboral y conciliación de la vida personal y laboral tras la Ley Orgánica 3/2007: reflexiones a partir del estudio de la negociación colectiva en Castilla-La Mancha", en AAVV, (ROMERO RODENAS, Coord.), *La conciliación de la vida laboral, familiar y personal en la negociación colectiva de Castilla-La Mancha*. Bomarzo, Albacete, 2009, pp. 121 ss.

Más allá de las críticas vertidas sobre la fijación del período de referencia para el cómputo de la jornada laboral, que como se decía anteriormente suele ser el año, los sujetos negociadores en base a su libertad negocial pueden fijar períodos de referencia distintos a los previstos en el art. 34.1 del ET. Es más, sería conveniente que a efectos de un control efectivo de esta condición de trabajo se fijasen múltiples períodos de referencia que permitan asegurar que cuando finalice el año, la jornada de trabajo no haya superado los límites establecidos en convenio colectivo o, en su defecto, las cuarenta horas semanales de promedio en cómputo anual. Y ello, por varios motivos. El primero de ellos guarda estrecha relación con la constatación de la convivencia en una misma empresa de trabajadores cuya duración de sus contratos varía sustancialmente. Así, el cómputo anual de la jornada en relación con los trabajadores temporales suele arrojar como resultado la prolongación de jornadas de trabajo más allá de las previstas en el convenio colectivo de referencia.

El segundo de los motivos que indica la necesidad de la fijación de períodos de referencia más breves del año tiene que ver con la función de las horas extraordinarias como mecanismo de distribución irregular de la jornada de trabajo. Esto es, la compensación de las horas extraordinarias con tiempos de descanso equivalentes implica en última instancia un ulterior instrumento de distribución irregular de la jornada de trabajo que, en determinados períodos de la producción, consiente la concentración de grandes cantidades de trabajo. En este sentido, el control por parte de los representantes de los trabajadores a través del registro diario de la jornada de cada trabajador (art. 35.5 Estatuto de los Trabajadores) debe reforzarse para asegurar la limitación efectiva de la jornada de trabajo. Además, en el convenio colectivo se debería racionalizar el uso de la distribución irregular de la jornada de trabajo, dado el solapamiento funcional entre jornada ordinaria y extraordinaria.

En suma, la conciliación de la vida personal, familiar y laboral exige de una planificación empresarial que destierre un uso indebido de la flexibilidad laboral en materia de tiempo de trabajo, a través de la programación general del uso del tiempo de trabajo, pero también de la fijación dinámica de las condiciones de ejecución de los principales instrumentos de distribución irregular de la jornada de trabajo. De otro modo, además de no alcanzar el objetivo de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, se seguirán produciendo disfunciones productivas y económicas en el ámbito empresarial que en la mayoría de las ocasiones finalizan en procesos judiciales que enturbian el desarrollo de las relaciones laborales²⁶.

Otros contenidos. Además de la pactación de los salarios y del tiempo de trabajo, en España la negociación colectiva es esencial como instrumento

²⁶ Así, MEIL LANDERLIN, G., GARCÍA SAINZ, C., LUQUE DE LA TORRE, M^a. A. y AYUSO SÁNCHEZ, "Las grandes empresas y la conciliación de la vida laboral y personal en España", *RMTAS*, nº 71, 2008, pp. 15 ss.

para apoyar cambios en el modelo productivo. Son primordiales las cláusulas en materia de empleo, la productividad, la formación, la organización del trabajo y la participación, o el uso de las nuevas tecnologías y la innovación productiva, así como la introducción de la perspectiva de género en los contenidos convencionales.

a) *Empleo.* La negociación colectiva constituye un mecanismo fundamental a través del cual las organizaciones empresariales y sindicales tratan de incidir en el empleo, más aún en una coyuntura de crisis económica como la experimentada en los últimos años, en la que la tasa de paro está próxima al 25%.

Los interlocutores sociales en los Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva 2010-2012 y 2012-14, han incluido las siguientes orientaciones para la negociación colectiva en materia de empleo:

- Promoción de la contratación indefinida, transformación de contratos temporales en contratos fijos y mantenimiento del empleo.
- Fomento del uso adecuado de las modalidades contractuales, no debiendo la negociación colectiva introducir redacciones o pactos que desnaturalicen las causas previstas en la legislación laboral.
- Adopción de fórmulas que eviten el encadenamiento injustificado de sucesivos contratos temporales.
- Análisis de la posibilidad y conveniencia de determinar el volumen global de contrataciones temporales, incorporando en su caso definiciones precisas de las referencias, márgenes o límites materiales y temporales sobre los que se medirá la aplicación de la medida.
- Fomento de la contratación de los jóvenes, impulsando los contratos formativos, como vía de su inserción laboral y cualificación favoreciendo la posible incorporación definitiva en la empresa de estos trabajadores, una vez finalizado el contrato formativo.
- Potenciación de los contratos fijos discontinuos en las actividades discontinuas o estacionales.
- Fomento de la jubilación parcial y el contrato de relevo como instrumento para el mantenimiento del empleo.
- Potenciación del establecimiento de cláusulas que posibiliten la extinción del contrato de trabajo al cumplir el trabajador la edad ordinaria de jubilación, siempre que se cumplan los supuestos y requisitos legalmente establecidos.
- Establecimiento de mecanismos de seguimiento y control de la evolución del empleo, y de la contratación en los sectores cuando se adopten medidas de empleo.

Atendiendo al uso de las distintas cláusulas de empleo, se observa que, en términos generales, todas han tenido una evolución positiva a lo largo de los

últimos años. Las que más han aumentado son las de creación de empleo por jubilación parcial. Menos frecuentes son las referidas a la conversión de empleo temporal en fijo. Los datos de 2009 y 2010 muestran una ralentización del progresivo aumento que venían experimentando estas cláusulas en los últimos años: el porcentaje de convenios que incluye alguna de estas previsiones apenas ha aumentado, e incluso en algunos casos, ha disminuido. Destaca un descenso de:

- Cláusulas relativas a la creación de empleo, cuyo uso, ciertamente, ha sido siempre reducido, lo que vendría a estar en sintonía con la coyuntura económica de crisis.
- Cláusulas de conversión de empleo temporal en fijo y de movilidad geográfica.

Con relación a las cláusulas de mantenimiento del empleo, lo habitual es que no aparezcan en los convenios como tales, sino formando parte de apartados más genéricos, como el preámbulo u objetivos del convenio, o sobre política general de contratación. Sí hay algunas excepciones en determinados convenios en los que además de declararse como objetivo, se especifican las medidas establecidas a tal efecto.

Es también frecuente que, junto con el objetivo de mantenimiento y creación de empleo, se incluya el de fomento de la estabilidad del mismo, dándose prioridad a la creación de empleos de esta naturaleza. En algunos casos incluso llega a establecerse un objetivo específico sobre el porcentaje de empleo fijo a conseguir en un plazo temporal determinado.

Las políticas de fomento del empleo suelen ir ligadas a la supresión o reducción de las horas extraordinarias, limitándose su uso para las situaciones estrictamente necesarias. Suelen establecerse criterios, a través de los cuales se autoriza su realización así como, en algunos casos, la obligación de presentar informes periódicos sobre la cuantía de las mismas, motivos de su aplicación o trabajadores afectados.

En relación con el pluriempleo, algunos convenios establecen compromisos de evitar que los puestos de trabajo de las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio sean ocupados por personas que ya estén desempeñando simultáneamente otros puestos de trabajo en otras empresas.

La mayoría de los convenios incluyen comisiones de seguimiento de los objetivos marcados colectivamente, siendo poco habitual que se creen específicamente para el ámbito de empleo, salvo algunas excepciones.

b) Movilidad geográfica y funcional. La negociación colectiva no vincula la movilidad geográfica y funcional tipo alguno de compromiso para la

creación y/o mantenimiento del empleo. Como regla general, el contenido de la negociación colectiva se circunscribe a las condiciones para su aplicación, estableciendo como principio garantizar las condiciones de empleo más favorables para el trabajador en caso de movilidad.

Es habitual en determinados sectores, la creación de comisiones específicas en materia de movilidad, constituidas por los representantes sindicales y la empresa, para garantizar que aquélla se lleva a efecto en la forma adecuada, tanto para la empresa como para el trabajador afectado.

c) *Productividad.* Los aspectos relacionados con la productividad constituyen un elemento de importancia dentro de los contenidos negociales de los convenios colectivos. Cerca de un 25% de los trabajadores incluidos en convenios colectivos están afectados por cláusulas relacionadas con incentivos ligados a la productividad, siendo los porcentajes significativamente superiores en los convenios de empresa, donde sobrepasan el 50%. Estos convenios reconocen la importancia de maximizar el producto por unidad de trabajo empleada, afirmando que la organización del trabajo tiene como finalidad alcanzar en el seno de la empresa un nivel adecuado de productividad a partir de la utilización óptima de los recursos humanos y materiales. Para el cumplimiento de este objetivo, se menciona explícitamente la optimización de la capacidad productiva, la racionalización de la organización del trabajo, la política salarial y de incentivos materiales, la cualificación y adaptación de la mano de obra, las condiciones de trabajo, el clima de las relaciones laborales o la lucha contra el absentismo. Asimismo, para garantizar la productividad de las unidades de trabajo, las empresas se reservan la potestad de introducir mejoras tecnológicas.

El establecimiento de cláusulas de productividad y su correspondiente medición puede exigir la participación de los representantes de los trabajadores, que podrán verificar y comparar los registros alcanzados. Asimismo, suelen velar por la inexistencia de obstáculos que pudiesen impedir los avances de productividad exigidos a los trabajadores. En última instancia, la obtención de mejoras de productividad hace recomendable el establecimiento de garantías acerca de la distribución de esas ganancias hacia los fines normalmente contemplados; esto es, hacia el restablecimiento del excedente empresarial en situaciones contrastadas de crisis, hacia la reinversión empresarial bajo el compromiso de generar nuevos puestos de trabajo o, asimismo, el aumento salarial.

Una de las modalidades más habituales a la hora de incentivar la productividad mediante la asociación de rendimiento y retribución es la participación de los trabajadores en los beneficios de las empresas. Normalmente, la bonificación asociada al resultado económico de la empresa se suele traducir en un porcentaje del salario (incluida la antigüedad o complemento personal) del trabajador. También con el objetivo

de optimizar la productividad, algunos convenios recogen la posibilidad de encomendar a un mismo trabajador la realización de funciones diversas dentro de su mismo grupo profesional, previa comunicación y motivación de esas adaptaciones.

La organización del trabajo en las empresas es una facultad que la mayoría de los convenios colectivos reservan expresamente a la dirección empresarial, como núcleo básico dentro del conjunto de facultades y poderes del empresario en la relación de trabajo, sin perjuicio de las competencias reconocidas legalmente a los representantes de los trabajadores. Algunos convenios precisan que es potestativo de la empresa adoptar cuantos sistemas de modernización considere necesarios. No obstante, algunos convenios establecen previsiones o referencias a posibles esquemas participativos de los representantes de los trabajadores, a partir del diálogo y la negociación, que, en algún caso, se concreta con la referencia a funciones de orientación, propuesta o emisión de informes en lo relacionado con la organización y racionalización del trabajo.

Como forma innovadora de organización, algunos convenios incluyen la implantación del teletrabajo como opción organizativa mediante el acuerdo con la representación de los trabajadores, y como medio no solo de conciliar la vida profesional con la personal, sino también como forma de prestación del trabajo que permite una adaptación al cambio tecnológico.

d) *Formación profesional.* La formación profesional constituye un objetivo compartido por trabajadores y empresas, que ha venido siendo objeto de atención singular por las organizaciones empresariales y sindicales en el marco del diálogo social y la negociación colectiva. Así, la formación profesional ostenta un gran valor, ya no solo para la inserción en el empleo sino también como factor de transformación y dinamización de la economía.

Las cláusulas de formación profesional han tenido una destacada y homogénea presencia en los convenios colectivos. No obstante, desde 2008 el número de convenios colectivos que han incorporado cláusulas relativas a la formación profesional ha sufrido una ligera disminución, más profunda y severa en 2010. En este contexto, las cláusulas de formación profesional que han tenido una mayor presencia numérica en los convenios colectivos durante los últimos tres años, han sido las relativas a los planes de formación.

Buen número de convenios sectoriales de ámbito estatal crean comisiones paritarias de formación, encargadas de fijar los criterios y prioridades generales aplicables a las ofertas de formación sectorial -incluidos los planes de formación- en todo el Estado.

Son muy frecuentes en los convenios sectoriales y de empresa la inclusión de cláusulas relativas a los permisos retribuidos para la formación que pueden solicitar los trabajadores. Normalmente los convenios recogen, además del derecho del trabajador “al disfrute de los permisos necesarios para concurrir a exámenes, el derecho “a una preferencia a elegir turno de trabajo, si tal es el régimen instaurado en la empresa, cuando curse con regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional”.

Por lo que atañe a las cláusulas relativas al contrato para la formación, su presencia en los convenios colectivos analizados es mucho más importante en los de sector que en los de empresa. Muchos convenios al abordar los distintos aspectos del contrato para la formación se limitan, en la mayoría de los casos, a reproducir las previsiones legales que los regulan: delimitación de los puestos de trabajo en los que puede utilizarse dicho contrato, configuración de la formación teórica, establecimiento de la duración del mismo y fijación de la edad para ser contratado para la formación. El aspecto de este contrato que generalmente es objeto de un mayor desarrollo por parte de los convenios analizados es el que afecta a la retribución del trabajador en formación.

Vigencia

En España, el convenio colectivo es esencialmente una norma temporal que, en principio, no está llamada a desplegar eficacia fuera del tiempo a que se contrae su vigencia, salvo que el propio convenio u otro posterior así lo establezcan.

El convenio tiene por objeto regular las relaciones laborales en un período de tiempo determinado. De ahí que el legislador español al disciplinar esta materia trate de marcar un período de duración que sea lo más adecuado posible a la situación real en el ámbito del convenio.

Corresponde a las partes negociadoras fijar la duración del convenio colectivo, pudiendo acordar la misma vigencia para su totalidad, o bien establecer diferentes períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias, en cuyo caso el convenio debe contemplar la fecha de expiración, que podrá ser común para todo el convenio o escalonada para las distintas cuestiones que regula. En esta actividad, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación para negociar convenios de eficacia general también podrán pactar su revisión anticipada, esto es, acordar la revisión o renegociación del convenio *ante tempus*, sin tener, por tanto, que esperar a que concluya la duración prevista inicialmente (art. 86.1 ET en redacción dada por el RD-Ley 3/2012).

En la práctica comercial española es cada vez más frecuente que los convenios colectivos –fundamentalmente los sectoriales– establezcan períodos de duración plurianual de dos, tres, cuatro, e incluso cinco años; en estos casos, el convenio suele prever vigencias distintas, normalmente anuales, para determinadas materias, tales como salario, jornada y clasificación profesional.

La llegada del término final previsto en el convenio colectivo no supone la pérdida automática de su vigencia. Es necesario que se cumpla un requisito adicional: la denuncia expresa de las partes del convenio; denuncia que podrá ser bilateral o unilateral, supuesto este último más frecuente en la práctica negociadora. La denuncia deberá ser expresa (art. 86.2 ET), es decir, habrá de hacerse por escrito o, cuando menos, mediante conducta inequívoca de la parte denunciante, siempre que su destinatario tenga la oportunidad de conocerla, precisamente por su naturaleza recepticia.

El convenio vencido y no denunciado prorrogará su vigencia de año en año, salvo pacto en contrario de las partes (art. 86.2 ET). Cabe la posibilidad de que los sujetos negociadores hayan previsto que el convenio no denunciado no prorrogue su contenido. Si llegada la fecha de vencimiento no existe denuncia de alguna de las partes, el convenio, si no se ha previsto lo contrario, se prorrogará por un año más en su totalidad, admitiéndose una nueva denuncia por cualquiera de las partes antes de que concluya el año de prórroga.

La ultraactividad del convenio colectivo

En España, la ultraactividad del convenio colectivo se ha mantenido inalterada desde la primera versión del ET en 1980 hasta la reforma laboral de 1994, que opta por preservarla, salvo pacto en contrario de los sujetos negociadores. El convenio denunciado permanecía vigente en su contenido normativo hasta la entrada en vigor de uno nuevo, pudiendo, no obstante, las partes acordar la pérdida de vigencia, total o parcial, con carácter inmediato o diferido una vez concluida la duración inicialmente pactada. Esta previsión se completaba con la libertad de los negociadores para determinar la duración del convenio, homogénea o no en su contenido. La norma legal, supletoria de lo acordado por las partes, mantenía la aplicación del convenio –su contenido normativo– para soslayar vacíos de regulación e impedir que cada nuevo proceso partiera de cero, evitando así una regresión de derechos y, con ella, un incremento de la conflictividad.

La práctica comercial ha venido siguiendo la senda marcada por la regulación legal, haciendo de la ultraactividad una regla de oro, sin más excepciones que su posible extensión a las cláusulas obligacionales del propio convenio, por decisión de ambos negociadores.

Los últimos planes de reforma legal de la negociación colectiva auspiciados por el poder político han puesto en peligro la ultraactividad del convenio de eficacia general, cuya desaparición viene siendo demandada por la patronal desde hace tiempo. Las propuestas difundidas han sido heterogéneas: desde la limitación temporal de la renegociación del convenio –con o sin solución por defecto, agotado dicho período-, hasta la extinción, sin más, del convenio denunciado a la finalización de la duración pactada. Estas iniciativas se justifican en la agilización y estimulación de los procesos de negociación colectiva, así como en el impasse y desmotivación para renegociar a los que invita la ultraactividad, con riesgo de enquistamiento del convenio y de bloqueos en los procesos de negociación.

La pérdida de ultraactividad del convenio por imperativo legal puede aligerar, pero también apresurar en demasía el *iter* de la negociación, provocando situaciones incómodas que, a corto plazo, podrían generar un escenario de conflictividad laboral.

Sin ultraactividad, cualquier intento orientado a evitar la degradación de las condiciones de trabajo coloca a las partes negociadoras en una situación de desequilibrio, que debilita la posición del sindicato en la negociación y sitúa al banco económico en un estado de supremacía y ventaja frente a la contraparte. Esta circunstancia se irá agravando conforme se aproxime la fecha de expiración del convenio; el sindicato, con menor poder contractual, no tendrá más alternativas que el conflicto como medida de contrapeso, o mostrar mayor predisposición a lograr un acuerdo, negociando y firmando a contrarreloj.

El principio de ultraactividad, disponible por la autonomía colectiva, ha permanecido vigente hasta la reforma laboral de 2012. El RD-Ley 7/2011 lo mantuvo como mecanismo de seguridad, acompañando, no obstante, reglas orientadas a agilizar el proceso, con plazos máximos de desarrollo de la renegociación y mecanismos de mediación y arbitraje que hicieran frente a situaciones de bloqueo. Estos procedimientos de solución de discrepancias permanecen en el RD-Ley 3/2012, que, no obstante, ha resuelto eliminar los períodos de negociación y acotar temporalmente la ultraactividad del convenio denunciado, procediendo la Ley 3/2012, de 6 de julio, a reducir aun más los márgenes de la ultraactividad.

En efecto, la ultraactividad, sustentada en 2011 en situaciones de desacuerdo y falta de pactación de un compromiso de sometimiento al procedimiento arbitral, es mantenida por el RD-Ley 3/2012 por un período de 2 años a contar desde la denuncia. La Ley 3/2012 reduce este período al de un año tras la denuncia del convenio colectivo. Esta regla es supletoria para las partes del convenio colectivo, con capacidad para modularla, inaplicarla en bloque para la totalidad del convenio, o tan solo para un grupo definido de

materias; pueden también pactar un plazo diferente al legal –ampliarlo o reducirlo-, ceñirlo a determinados contenidos o, en fin, someterlo a condición.

Transcurridos el plazo de un año prescrito por la Ley 3/2012, sin pacto en contrario, el convenio pierde su vigencia, imponiéndose, a partir de entonces, el de ámbito superior que fuera de aplicación, si lo hubiere –art. 86.3 ET-. Este convenio, que habrá de estar en vigor regirá, salvo pacto en contrario, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la expiración del convenio previamente denunciado, hasta su decadencia o, con carácter transitorio, hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio –se presupone en fase de renegociación- que sustituya al extinguido.

El legislador, aun siendo consciente de la posibilidad de que no exista convenio de un nivel superior aplicable –así lo evidencia el inciso final “si lo hubiere”-, no aporta soluciones alternativas. Que no haya convenio de ámbito superior aplicable es una contingencia que en la práctica se producirá con relativa frecuencia. Más probable es, sin embargo, que el convenio de ámbito superior regule con carácter de mínimo o no integre una ordenación que satisfaga con plenitud los contenidos que dejaron de aplicarse con la decadencia del convenio. Esta incidencia, que tampoco ha sido prevista por la norma legal, determinaría, en principio, la aplicación de la normativa estatal, incompleta e insuficiente, muchas veces, y de mínimos en la ordenación de un dilatado grupo de materias.

Para salvar esta eventualidad se han ensayado soluciones que pasan por inferir que las condiciones laborales reguladas en el convenio son incorporadas a las relaciones laborales de los trabajadores concernidos como contenido contractual, lo que en la práctica supondrá la posibilidad de que el empresario pueda recurrir al art. 41 ET para modificar condiciones de trabajo incorporadas en los contratos de trabajo, sin más exigencia que la notificación a los trabajadores afectados y a sus representantes, o en el mejor de los casos, la apertura de un período de consultas que no garantiza que concluya con acuerdo entre el empresario y las representación de los trabajadores.

Esta reforma supone un cambio radical de perspectiva en la vigencia del convenio que augura mayor conflictividad laboral y donde el recurso a la mediación y al arbitraje puede garantizar una solución adecuada que permita sortear las consecuencias derivadas de la pérdida de ultraactividad del convenio sin acuerdo previo de las partes.

Revisión del convenio antes de que finalice su vigencia

Que el convenio colectivo obliga durante toda su vigencia a los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación es un principio básico del sistema negocial español, que tiene por objeto dotar de seguridad jurídica a los acuerdos libremente alcanzados por los sujetos colectivos en virtud del ejercicio de su autonomía colectiva, amén de las relaciones de trabajo concernidas.

En España esta regla admite excepciones por la vía del art. 86.1 párrafo 2º ET, que, con el propósito de agilizar la negociación colectiva, introduce la posibilidad de negociar la revisión del convenio colectivo durante su vigencia. Se trata de una cuestión ya planteada hace algunos años, y sobre la que se ha pronunciado la doctrina judicial, manteniendo que el convenio colectivo es una norma temporal que no “impide a las partes negociadoras que de común acuerdo puedan alterar el término de vigencia pactado, como ocurre con cualquier acuerdo [...] o norma [...]”.

Tras el RDL 3/2012, el art. 86 ET establece que los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los arts. 87 y 88 ET “podrán” negociar la revisión del convenio vigente –de cualquier convenio estatutario en cualquier ámbito-. No se trata ahora de revisar un convenio en los términos en él previstos, ni de que el propio convenio haya pactado “distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias”. La idea es anticipar la pérdida de vigencia no prevista de todo o parte del contenido del convenio, a través de un mecanismo de sucesión/sustitución, orientado a adaptar las condiciones de trabajo a las exigencias del mercado y de la producción.

Para la revisión anticipada del convenio es preciso que exista un acuerdo de las partes en tal sentido –acuerdo de revisión-. La falta de consenso determina la imposibilidad de anticipar, en todo o parte, por decisión unilateral, la decadencia del convenio en vigor.