

CAMBIOS EN LA ESTRUCTURA NEGOCIAL: ¿DESCENTRALIZACIÓN O DESACTIVACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA?

AMPARO MERINO SEGOVIA

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (UCLM)

ABSTRACT

El análisis de las líneas de acción económica y social desarrolladas en el contexto actual de crisis global, muestran el diseño de un nuevo marco legal y convencional en el que se desenvuelve la negociación colectiva. Desde esta perspectiva, y partiendo del hecho de que la negociación colectiva es pieza fundamental del sistema vigente de relaciones laborales, urge un análisis de los contenidos que integran las últimas reformas laborales habidas en España que nos permita extraer elementos y criterios de juicio acerca de la conveniencia o no de adoptar un sistema convencional renovado, más descentralizado y próximo a la empresa. La opción legal parte de la idea de que el modelo precedente ha fracasado, porque no es viable en la actualidad y resulta poco ajustado a la realidad, y ha optado por articular un sistema en el que hay que diferenciar, porque el contexto económico actual obliga a ello, lo coyuntural de lo estructural. Que en el proceso de reforma se haya prescindido del diálogo social, ha generado malestar y ha hecho renacer la tradicional dialéctica entre el régimen legal y el régimen convencional de negociación colectiva.

Palabras clave: Descentralización, negociación colectiva, flexibilidad interna, crisis económica y financiera, empresa.

Krisi global testuinguruan garatutako ekintza ekonomiko eta sozialaren ildoen analisiak, negoziazio kolektiboa aurrera eramateko lege-marko eta marko konbentzional berri baten diseinua adierazten du. Ikuspegi horretatik, eta negoziazio kolek-

tiboa indarrean dagoen lan harremanen sistemaren oinarritzko atala dela kontuan izanda, Espainian egin diren azken lan erreforma osatzen duten edukien analisisa ezinbestekoa da, era horretan sistema konbentzional berritua, deszentralizatuagoa eta enpresari gehiago hurbiltzen dena onartzea komenigarria den edo ez erabakitzen lagunduko duten elementuak eta judiziozko irizpideak atera ahal izateko. Legearen aukeraren abiapuntua aurreko ereduak porrot egin duela da, egun ez baita bideragarria eta errealitatera egokitzen ez delako, eta ezberdintasunak ezartzen dituen sistema baten alde egin da, egungo testuinguru ekonomikoak horretara behartzen duelako, egiturazkoaren arabera. Erreforma prozesuan gizarte-elkarrizketa baztertu izanak ondoeza eragin du eta aldi berean negoziazio kolektiboaren lege erregimenaren eta erregimen konbentzionalaren arteko tradiziozko dialektika jaioberritu du.

Hitz gakoak: Deszentralizazioa, negoziazio kolektiboa, barne malgutasuna, ekonomia eta finantza krisia, enpresa.

■ *The analysis of the lines of economic and social action developed in the context of the current global crisis, show the design of a new legal framework in which conventional collective bargaining unfolds. From this perspective, and based on the fact that collective bargaining is a cornerstone of the current system of labor relations, urges an analysis of the contents included gotten recent labor reforms in Spain that allows us to extract elements and criteria of judgment about whether or not to adopt a new standard, more decentralized and more close to the company. The legal option of the idea that the previous model has failed because it is not feasible at present and is slightly adjusted to reality, and has chosen to articulate a system in which there is that difference the structural from the cyclical, because the current economic climate requires to. That the reform process has ignored the social dialogue, has caused unrest and has revived the traditional dialectic between the legal and the conventional regime of collective bargaining.*

Key words: Decentralization, collective bargaining, internal flexibility, economic and financial crisis, company.

1. El modelo de negociación colectiva tras las reformas laborales de 2012: el retraimiento del convenio sectorial

La adaptación de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios de la economía y de la producción ha servido de justificación al legislador de 2012 para acometer transformaciones radicales de un sistema cuyos cimientos se han visto gravemente comprometidos por reformas estructurales que avanzan hacia a un nuevo modelo negocial, basado en la descentralización, el ajuste y la proximidad a las empresas.

Partiendo de una posición de rechazo del sistema hasta entonces vigente, la L 3/2012 ha querido que «la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa» (EEMM). Esta tarea de adaptación se concibe, empero, a través de medidas unilaterales, porque la negociación colectiva no es en verdad en el proyecto legal motor de la flexibilidad interna que proclama el capítulo III en la que se inserta, sino instrumento de gestión empresarial¹. En el texto legal, la negociación colectiva no impulsa su descentralización ni sus ajustes a la empresa; tampoco es instrumento de administración de condiciones en materia salarial, tiempo de trabajo, movilidad y estructura profesional. La opción legal por la negociación colectiva de empresa y mecanismos de modificación individual de condiciones de trabajo busca la exaltación de un modelo que, con autonomía propia en la empresa, pueda prescindir del convenio sectorial y anticipar temporalmente su vigencia.

La negociación colectiva se desenvuelve hoy en un escenario que merma su capacidad de resistencia a eventuales intentos de desregulación y cuestiona la eficiencia del sistema de negociación colectiva vigente. Una organización económica con estructuras representativas débiles o inexistentes, con predominio del minifundismo empresarial², acrecienta los riesgos de descolectivización de las

¹ Valdés Dal-Ré, F, «La reforma de 2012 de la negociación colectiva: la irrazonable exacerbación de la función de gestión», *RL*, núm. 23, 2012.

² Esta situación produce cierta dispersión desde la perspectiva de los trabajadores y sus mecanismos de representación, teniendo en cuenta que el 41% presta servicios en empresas de 250 o más trabajadores. En torno al 38% lo hace en pymes y alrededor del 21% en microempresas con plantillas con menos de 10 asalariados.

condiciones de trabajo, cuando se selecciona la empresa como centro de imputación normativa.

Los datos provisionales proporcionados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social a fecha 31 de octubre de 2012³ muestran una progresiva disminución del número de convenios colectivos negociados y de trabajadores afectados por ellos: en el año 2007, 6.016 convenios iniciaron sus efectos económicos frente a los 3.978 en 2011⁴. Estas cifras ilustran una decadencia de la negociación colectiva en nuestro país, que, de la mano de la crisis económica y financiera, inicia su andadura en 2007, afectando sensiblemente a empresas y trabajadores, cuya cobertura convencional se ha visto drásticamente atenuada⁵. Poco tienen que ver las causas con la eficacia del sistema, cuando han sido los procesos de bloqueo de la negociación colectiva, el cierre de empresas, la destrucción masiva de empleo, las técnicas de deslaborización, el trabajo precario y la economía sumergida los factores que han contribuido a esta situación.

2. La preferencia aplicativa del convenio de empresa como norma de orden público laboral materias afectadas

La L 3/2012 es contundente en su apoyo a una descentralización —desactivación— de la negociación colectiva, y en su profundo rechazo a que colectivamente se defina y decida la estructura negocial en cada sector. Esta posición, que expresa su EEMM, es llevada al Título III ET, cuyo contenido es objeto de cambios sustanciales orientados a establecer un orden de preferencias, donde la empresa es centro de imputación en la regulación de materias que se consideran primordiales para la gestión flexible de las condiciones de trabajo⁶.

³ *Estadística de convenios colectivos de trabajo. Avance mensual 2012 (registrados hasta 31 de octubre de 2012)*, Subdirección General de Estadística, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, año 2012.

⁴ Según datos (provisionales) del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, en 2011 se registraron 2.532 convenios colectivos, y en 2012, hasta 31 de octubre, 1.570. Los convenios registrados en 2011 y 2012 muestran una progresiva disminución desde posiciones cuantitativas: en octubre de 2011 se habían registrado 2.292 convenios colectivos, frente a los 1.570 registrados en el mismo mes de 2012.

⁵ En 2008, 1.605.200 empresas y 11.968.100 trabajadores estaban afectados por convenios que iniciaron sus efectos económicos en ese año, frente a 1.028.400 empresas y 9.005.200 trabajadores en 2011. Por otra parte, este retraimiento de la cobertura convencional se percibe con nitidez haciendo una comparativa de los años 2011 y 2012: en octubre de 2011 la cobertura alcanzaba a 595.200 empresas y 5.507.900 trabajadores, frente a las 560.500 empresas y 4.833.500 trabajadores en octubre de 2012.

⁶ Sobre los cambios introducidos en la negociación colectiva por la reforma de 2012, véase, entre otros, González Ortega, S., «La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral», TL, núm. 115, 2012, pp. 85.113. Escudero Rodríguez, R., «El Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibrada de la negociación colectiva», AA.VV. (coord. Escudero Rodríguez, R.), *La negociación*

La ley dota a la empresa de instrumentos suficientes para la descentralización en su seno de la negociación colectiva, desposeyendo de ellos a la autonomía sindical, cuya poder contractual queda seriamente dañado en un proyecto donde el apoyo legal a la negociación —formal e informal— de empresa es concluyente. En el modelo legal, la pyme adquiere mayor capacidad para autonomizarse y crear espacios regulativos propios e independientes; para dotarse, en fin, de un territorio inmune al convenio sectorial. Es esta una tendencia que, sin ser nueva, se observa con nitidez en los sucesivos planes de reforma laboral emprendidos en 2010. El RDL 10/2010 y la L 35/2010 conciben para la empresa nuevos dominios que, en situaciones excepcionales o de crisis, le permiten inaplicar con prontitud condiciones de trabajo reguladas en el convenio sectorial, sin someterse a estrictos criterios de control judicial que le puedan suponer un obstáculo. Las implicadas en este proceso de separación son principalmente las empresas que, por carecer de convenio propio —comúnmente, las pymes—, regulan las relaciones con sus empleados a través de convenio sectorial. De ahí que, para facilitar el acceso de las estructuras organizativas de pequeña dimensión al mecanismo de separación, la reforma de 2010 habilite herramientas *ad hoc*, que reemplazan la ausencia de representaciones sindicales y electivas de empresa.

En las últimas reformas laborales la empresa de gran dimensión mantiene su autonomía como sede para la regulación normativa de las relaciones laborales. La configuración y estabilidad de sus estructuras representativas han permitido a los trabajadores consolidar la empresa como unidad de negociación y proveerse de un convenio colectivo propio en condiciones favorables para sus intereses, ajeno a las reglas de concurrencia del art. 84 ET⁷. Es, en consecuencia, la pyme la principal receptora de los cambios normativos habidos en los últimos años en materia de contratación colectiva, con capacidad ahora para expulsar de su territorio el convenio colectivo sectorial al que estaba vinculada y regular a la baja condiciones de trabajo.

El RDL 3/2012 y la L 3/2012 han reforzado el poder empresarial en este campo, ensanchando los contenidos materiales que, en el proceso de separación del convenio sectorial, son disponibles para la empresa. Se percibe en el proceso legislativo un interés gradual por avanzar hacia la descausalización y engrosar los territorios en los que se desenvuelve la empresa con autonomía. Afrontar, como se hizo en 2010, las dificultades económicas de las empresas no se presenta como objetivo único de la reforma de 2012. Aferrados a la descentralización, el RDL 3/2012 y la L 3/2012 fortalecen la decisión empresarial y prescinden del

colectiva en las reformas de 2010, 2011 y 2012, Cinca, Madrid, pp. 11-56. Cruz Villalón, J. «El descuelgue de las condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012», *RDS*, núm. 57, 2012, pp. 231-248.

⁷ STS 30-6-2009, RJ 2009/5522.

poder contractual del sindicato, creando reglas de concurrencia conflictiva que, previstas para situaciones cotidianas de organización y gestión empresarial, dan preferencia al convenio colectivo de empresa.

Ha habido avances previos en esta última dirección. El RDL 7/2011, por vez primera desde la promulgación en 1980 del ET, introduce, ante situaciones de conflicto, normas sobre concurrencia que dan prioridad al convenio colectivo de empresa, estableciendo, no obstante, algunas limitaciones, unas de contenido —hoy mantenidas—, otras de naturaleza colectiva poco efectivas en el logro de los objetivos pretendidos por el RDL 3/2012 y la L 3/2012, y por este motivo rechazadas en las reformas de 2012⁸.

2.1. La descentralización de la negociación colectiva en el RDL 7/2011

El dispositivo que separa a la empresa del convenio sectorial se recoge por vez primera en el art. 84 ET, desde la promulgación del ET 1980, en el año 2011. Para un destacado grupo de materias, el RDL 7/2011 aparta al convenio colectivo de empresa de la regla general de no afectación prevista en el art. 84.1 ET. También los acuerdos y/o convenios sectoriales quedan sometidos a una regla de excepción que admite la afectación de la norma colectiva estatal en ámbitos de comunidad autónoma. El principio de preferencia aplicativa del convenio anterior en el tiempo —art. 84.1 ET—, preventivo de la concurrencia conflictiva, es desplazado por reglas que autorizan la afectación de convenios de eficacia general, seleccionando el art. 84 ET la comunidad autónoma⁹ y la empresa como unidades de negociación preferentes para la ordenación de determinadas materias.

El RDL 7/2011 define las condiciones de trabajo expuestas a las reglas del art. 84 ET. Cuando el afectado es un acuerdo o convenio de ámbito nacional y el «invasor» un acuerdo o convenio de comunidad autónoma, el art. 84.4 ET rescata determinadas materias de la regla de excepción del art. 84.3 ET. El período de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual, el régimen disciplinario, las normas mínimas de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica se declaran «no negocia-

⁸ Un recorrido de los cambios habidos en la legislación española en materia de concurrencia de convenios, Cairós Barreto, D.M., *La articulación y concurrencia de convenios colectivos*, Bomarzo, Albacete, 2012.

⁹ La regla que permite la afectación de un convenio colectivo por otro supraempresarial de ámbito inferior, introducida por la L 11/1994, se circunscribe en el RDL 7/2011 a los conflictos de concurrencia entre acuerdos y convenios sectoriales de ámbito estatal o de comunidad autónoma. En la versión de 1994, la afectación de convenios colectivos, indisponible para la autonomía colectiva según criterio jurisprudencial, concernía a cualquier espacio de negociación supraempresarial, quedando incluidos los acuerdos marco en este mecanismo de preferencia aplicativa del convenio sectorial de ámbito inferior. De esta regla 'excepcional' estaban excluidas las materias listadas en el art. 84.3 ET.

bles» en el supuesto previsto en el art. 84.3 ET, que permite la afectación de la unidad estatal por la autonómica. Esta expresión, traída de la L 11/1994, que reforma por vez primera el art. 84 ET, ha sido definida por la jurisprudencia como «prohibición de negociar» en el ámbito concurrente, anudando al incumplimiento de la norma legal la nulidad parcial del convenio invasor en las materias prohibidas¹⁰.

La interpretación jurisprudencial, excesivamente pegada a la literalidad del precepto, olvida que el art. 84 ET da respuesta a los conflictos entre convenios colectivos de eficacia general en términos, no de prohibición, sino de preferencia aplicativa¹¹. Esta solución, que impide aplicar las materias 'prohibidas' cuando el convenio estatal pierde vigencia, no es extensible a supuestos distintos del recogido en el art. 84.3 ET. Lo destacado es, no obstante, que la disposición legal permite la afectación en ámbitos autonómicos de convenios o acuerdos sectoriales estatales, salvo en las materias definidas en el art. 84.4 ET, donde la unidad estatal aparece como dominante en el supuesto de hecho legal. El art. 84 ET no autoriza, sin embargo, la afectación de unidades autonómicas de negociación por otras supraempresariales —estatales, provinciales o cualquier otra—, salvo lo dispuesto en acuerdo o convenio del art. 83.2 ET —art. 84.1 ET¹²—.

El principio preventivo *prior in tempore* —art. 84.1 ET— da respuesta a los conflictos de concurrencia entre convenios colectivos de sector y de empresa. Un grupo de materias ha sido excluido de la regla general de no afectación, en virtud del criterio de especialidad que aplica el art. 84.2 ET, renunciando a un tratamiento uniforme del salario —su importe, no su estructura—, organización del tiempo de trabajo y de las vacaciones —su distribución, no su cuantía—,

¹⁰ STS 28-1-2004, RJ 2004/2180. STSJ Galicia 30-5-2002, AS 2002/1645.

¹¹ El art. 84.1 ET no establece una previsión de nulidad del convenio que nace cuando se hallan vigentes otros convenios, sino que, partiendo de su validez inicial, lo que verdaderamente dispone el legislador es que el convenio concurrente no puede ser aplicado en aquellos espacios o ámbitos en los que ya se estuviera aplicando otro que se halle en vigor en ese momento —es lo que se conoce como ineficacia aplicativa frente a la nulidad—. Los dos convenios permanecen vigentes y válidos, pero sólo es aplicable el anterior en su ámbito propio en tanto dure su vigencia, para pasar a ocupar su lugar el nuevo convenio cuando aquél pierda la duración pactada, SSTS 31-10-2003, RJ 2004/589 Rec. 17/02; 8-6-2005, RJ 2005/6014 Rec. 100/04; 21-12-2005, RJ 2006/1426 Rec. 45/05; 24-4-2006, RJ 2006/4708 Rec. 3443/04, y; 8-6-2005, RJ 2005/6014 Rec. 100/04. Esta interpretación evita una paralización de las negociaciones orientadas a la consecución de otros convenios para que puedan estar en vigor una vez finalizado el período de vigencia de otros anteriores, SSTS 27-3-2000, RJ 4794, y; 17-7-2002, RJ 1864/04 Rec. 171/01.

¹² Interpretación que viene avalada por el propio art. 84.4 ET, cuando afirma que se consideran materias no negociables «en el supuesto previsto en el apartado anterior», es decir, en el art. 84.3 ET, que precisamente contempla como supuesto, la afectación de un acuerdo o convenio nacional por otro autonómico. En consecuencia, cuando el acuerdo o convenio anterior en el tiempo sea de ámbito autonómico y el invasor un convenio de ámbito estatal, tendrá preferencia aplicativa la norma colectiva de comunidad autónoma en todas las materias (art. 84.1 ET), salvo lo dispuesto en acuerdo o convenio marco.

abono o compensación de las horas extraordinarias y conciliación de la vida laboral, familiar y personal.

La norma da preferencia aplicativa al convenio de empresa también en la adaptación del sistema de clasificación profesional. La estructura profesional de los trabajadores permanece, por tanto, bajo la soberanía de la regla general del art. 84.1 ET, salvo en lo relativo a su ajuste o acomodo en la empresa. Se percibe, no obstante, en el precepto legal una orientación centralizadora del sistema de clasificación de los trabajadores, tal como se infiere del art. 84.4 ET, que, en el supuesto de hecho previsto en el art. 84.3 ET, da a esta materia el tratamiento de «no negociable» en ámbitos autonómicos.

La incorporación del sistema de clasificación profesional —su adaptación— en un precepto destinado a dar respuesta a los conflictos de concurrencia, abre interrogantes en relación a las competencias que en este campo se encomiendan al convenio de empresa. Lo normal es que la adaptación se realice en coordinación con el convenio sectorial, respetando en todo caso lo dispuesto en él —concurrencia no conflictiva¹³—. Podría plantearse, no obstante, si el convenio de empresa en esa labor de ajuste que le ha sido asignada está habilitado por el art. 84.2 ET para introducir criterios que no se acomoden íntegramente a la regulación supraempresarial o la contradigan en alguno de sus elementos —concurrencia conflictiva¹⁴—. Es evidente que el legislador ha querido fijar límites al convenio sectorial, obligándole con esta previsión a abrir espacios a la empresa para que sea en este ámbito donde, en todo caso, se lleve a cabo la tarea de adaptación a la que hace referencia el art. 84.2 ET.

Desafortunada es, igualmente, la inclusión en el precepto legal de aspectos concernientes a la contratación laboral. El art. 84.2 ET reconoce prioridad aplicativa al convenio de empresa en «la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente ley a los convenios colectivos de empresa». Debe recordarse que determinados elementos de la contratación están sometidos a criterios competenciales, y que las distintas modalidades contractuales están dispuestas para su tratamiento centralizado por el juego del art. 84.1, 3 y 4 ET. La mención del art. 84.2 ET no altera el cuadro de competencias en cuya virtud la ley reconoce capacidad regulativa al conve-

¹³ Opinión compartida por determinados sectores de la doctrina laboral que consideran que hablar de adaptación supone que «el convenio de empresa debe respetar los elementos configuradores del sistema», Navarro Nieto, F., *La reforma del marco normativo de la negociación colectiva*, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Donostia, 17-18 de mayo de 2012.

¹⁴ En este orden de ideas, también podría plantearse si, en la labor de adaptación, la afectación o preferencia del convenio de empresa permite establecer en este ámbito grupos profesionales, alterando los esquemas preestablecidos en un convenio sectorial que, sin haber acomodado su regulación a lo prevenido en las reformas de 2012, mantenga una estructura profesional basada en categorías profesionales.

nio sectorial, ya como norma única posible de ordenación, ya como prioritaria frente al convenio empresa. El conflicto puede surgir cuando la habilitación legal es genérica al convenio o a la negociación colectiva; para precisar, en estos casos, el convenio aplicable podría invocarse el art. 84.2 ET, si se interpreta que el precepto legal no exige que la atribución del ET sea expresa al convenio de empresa. Establecer el sentido y alcance de la tarea de adaptación que el art. 84.2 ET encomienda a la empresa es, asimismo, primordial para determinar el espacio material que puede abarcar el convenio en esta función de ajuste que se le reconoce.

El sistema de preferencias establecido en el RDL 7/2011¹⁵ anticipa un modelo de negociación colectiva descentralizado en la empresa, que, no obstante, en 2011 podía ser gobernado sectorialmente a través de los instrumentos de planificación del art. 83.2 ET, cuya prioridad frente al art. 84 ET ha sido incontestable hasta la reforma de 2012. En efecto, el principio general de no afectación y sus excepciones quedaban en el RDL 7/2011 en manos de los acuerdos o convenios *ex* art. 83.2 ET¹⁶, estando el convenio de empresa sometido a lo pactado en acuerdo o convenio marco, cuya capacidad para disponer en todo o parte de la regla del art. 84.2 ET le fue a la sazón expresamente reconocida por el legislador¹⁷.

Este orden de prioridades silencia al convenio provincial, posiblemente porque se le ha responsabilizado de la dispersión y atomización de la estructura negocial española. El acuerdo marco será a partir de entonces el que defina sus espacios de actuación, ya sea como instrumento de uniformación de condiciones de trabajo en territorios donde la pyme es predominante, ya como motor de la flexibilidad interna en las empresas, tal y como propusieron los firmantes del II AENC 2012-14.

¹⁵ La regla especial de concurrencia del art. 84.2 ET se hace extensiva a los convenios colectivos de grupo de empresas o de empresas en red, esto es, de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas; no así a los convenios colectivos de franja o de centro de trabajo.

¹⁶ A diferencia de la regulación anterior. Según la jurisprudencia la regla de concurrencia del art. 84.2 ET tenía carácter indisponible para la autonomía colectiva, prevaleciendo sobre las posibilidades articuladoras del art. 83.2 ET, SSTs 19-7-2007 y 16-2-2010.

¹⁷ Algunos autores han considerado que, con la reforma de 2011 el convenio colectivo de empresa quedaba situado «en una posición precaria y dependiente de las orientaciones que a nivel centralizado se decidan en cada momento, estableciendo por esta vía la L una relación de jerarquía implícita entre los distintos convenios», Mercader Uguina, J.R., «Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el RD-L 7/2011», en AA.VV. (dirs. García-Perrote, I. y Mercader, J.R.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto L 7/2011, de 10 de junio*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 98.

2.2. La articulación del sistema de preferencias a través de normas de orden público laboral: las reformas de 2012

Con la reforma de 2012 la preferencia aplicativa del convenio de empresa pasa a ser norma de orden público laboral¹⁸, «en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y sus trabajadores» (EEMM L 3/2012). La reasignación de contenidos a la empresa se mantiene en 2012, ahora sin posibilidad de intervención del acuerdo o convenio marco, con poder tan solo para reenviar a la empresa nuevas materias, que se suman a las listadas en el art. 84.2 ET. No en vano la L 3/2012 incorpora una aclaración no contenida en el texto precedente que, formulada en términos de negociación —no de aplicación, como hubiera sido lo correcto—, perpetúa en el tiempo la prioridad del convenio de empresa, que podrá negociarse —dice el precepto— «en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior»¹⁹.

Esta preferencia sin reservas de la empresa sustrae al convenio provincial de la condición que le quiso atribuir II AENC, como promotor de una flexibilidad interna ‘guiada’ y ‘negociada’. También se resiente la negociación al máximo nivel, que transita hacia fórmulas orientativas para la empresa²⁰. La construcción legal simplifica la estructura negociada, limitando las facultades del convenio sectorial, cuya capacidad de organización y planificación pasa a ser meramente referencial para las empresas con convenio propio²¹.

El espacio natural para la toma de decisiones se focaliza en la empresa. La rama y el sector, dominantes en el sistema español de negociación colectiva²², son vistos como un elemento de rigidez de complicado encaje ante las nuevas circunstancias de la producción. En esta construcción subyace la idea de vincular los salarios a la productividad y someter el resto de las condiciones laborales a procesos de reestructuración empresarial, reforzando el convenio de empresa a través de reglas de preferencia aplicativa. Esta propuesta se complementa con un

¹⁸ Valdés Dal-Ré, F., *La reforma de 2012 de la negociación...*, op. cit.

¹⁹ Procede la aplicación del art. 84.2 ET cuando la afectación se produzca entre un convenio sectorial anterior en el tiempo y un convenio de empresa posterior. Si este es anterior, se aplicará en su integridad y sin restricciones materiales el convenio de empresa. De ahí que la función del art. 84.2 ET se centre «en permitir una limitada y anticipada aplicación de los convenios de empresa que se suscriban bajo la vigencia de un convenio sectorial anterior», Valdés Dal-Ré, F. *La reforma de 2012 de la negociación...*, op. cit.

²⁰ Mercader Uguina, J.R., «Estructura de la negociación colectiva...», op. cit., p. 99.

²¹ Mercader Uguina, J.R., «La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-L 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad», en AA.VV. (dirs. García-Perrote, I. y Mercader, J.R.), *Reforma Laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 375.

²² Baylos Grau, A., «Movilidad geográfica, modificación sustancial de las condiciones de trabajo y descuelgue salarial en la reforma del 2010», *www.diariolaL*, 14 de octubre de 2010, pp. 24 ss.

amplio espectro de acuerdos informales, con capacidad para distanciarse de lo pactado sectorialmente, pero también del propio convenio de empresa. El sindicato es visto como un sujeto que debe facilitar la «gobernanza en la empresa» y configurar la negociación en este ámbito «de manera unívoca, como técnica al servicio exclusivo de la gestión flexible de la fuerza de trabajo», reforzando un modelo de negociación, al servicio de la descolectivización de condiciones de trabajo, en una tendencia ya iniciada a través de procesos de descuelgue que se aprestan al *dumping* social y a la desigualdad laboral²³.

La preferencia aplicativa del convenio de empresa no obliga a crear nuevas unidades de contratación en empresas sin convenio colectivo propio. El art. 83.1 ET es contundente en este sentido; que los convenios colectivos tengan el ámbito de aplicación que las partes acuerden excluye toda pretensión de unilateralidad sobre la materia. El derecho constitucional a la negociación colectiva no comporta el derecho a decidir libre y separadamente, por una de las partes, la unidad de negociación, forzando a la contraparte a admitirla²⁴. Las partes deben acordar esta circunstancia, con los límites que impone la lógica y la razón²⁵. Debe existir un consenso común al respecto, siendo en caso contrario oponible a la obligación legal de negociar *ex art.* 89.1 ET causa legal —art. 83.1 ET— y convencional, derivada esta última de la articulación de la negociación colectiva prevista en el art. 83.2 ET²⁶.

En consecuencia, no puede imponerse el inicio de las negociaciones de un convenio de empresa, cuando a ésta ya le es aplicable un convenio colectivo sectorial, que una de las partes está interesada en mantener²⁷. El deber de negociar se extiende a las unidades originarias, cuya existencia es ajena a la voluntad de los negociadores, pero no a futuras unidades de contratación ideadas a voluntad de una sola de las partes²⁸. Esto no significa, naturalmente, que no pueda alterarse el ámbito de los convenios colectivos futuros: podrá negociarse un convenio de empresa en una unidad hasta entonces inexistente, pero en tal caso será necesario que exista una voluntad coincidente en tal sentido por ambas partes, empresario y representantes de los trabajadores²⁹.

²³ AA.VV. (coord. Benito Valenciano, R.), *El sindicalismo para el futuro. Reflexiones sobre el trabajo y el cambio social*, Fundación 1.º de Mayo, Madrid, 2012, p. 244.

²⁴ STS 5-11-2008, RJ 2008/7042 Rec. 130/07. STSJ Andalucía/Sevilla 26-5-2009, AS 2009/1870 Rec. 631/09.

²⁵ STS 28-10-2003, RJ 2003/8721; STJ Madrid 17-1-2009, AS 2005/16 Rec. 3000/04, y TSJ País Vasco 20-4-2004, AS 2004/2515.

²⁶ SSTS 17-11-1998, RJ 1998/9750 y; 5-11-2008, RJ 2008/7042 Rec. 130/07.

²⁷ SSTS 17-11-1998, RJ 1998/9750 y; 5-11-2008, RJ 2008/7042 Rec. 130/07.

²⁸ STS 20-10-1997, RJ 1997/8083.

²⁹ Así lo establece el CC estatal de perfumería y afines (Res. 20-9-2012): para el comienzo de la negociación de un convenio de empresa ambas partes —representantes de los trabajadores y empresa— deberán acordar su conformidad con el inicio del proceso o, en su caso, motivar su negativa.

Reforzar los vínculos entre el sindicato y la empresa es un reto que obliga a replantear el modelo dual de representación de los trabajadores en la empresa y a potenciar la acción sindical y la capacidad del sindicato como contrapoder y administrador del conflicto sobre el dominio empresarial. La estrategia sindical debe ser doble, desde arriba y hacia abajo, desarrollando, en el primer caso, la negociación colectiva y la intervención en los centros de trabajo e incorporando en la negociación sectorial los elementos definitorios de gestión de los recursos humanos en la empresa —flexibilidad interna—; y en el ámbito de la empresa, fortaleciendo la capacidad de influencia e implicación de los representantes de los trabajadores en las áreas de gestión de dichos asuntos³⁰.

2.3. La creación de unidades de negociación consolidadas en la empresa

La preferencia aplicativa del convenio de empresa afecta a condiciones de trabajo que, por razones de productividad y competitividad, demandan una regulación que permita su adaptación a las circunstancias concretas de cada empresa. Son esencialmente materias, unas, de naturaleza salarial, otras, conectadas a la organización del tiempo de trabajo, además de la estructura profesional y las modalidades de contratación, en los términos anteriormente expuestos.

La distribución del tiempo de trabajo y las cuantías salariales, además de beneficiarse de la preferencia aplicativa del convenio de empresa —art. 84.2 ET—, están sometidas a las técnicas de descuelgue y autodescuelgue previstas en el art. 82.3 ET. Esta posición doble admite, además, revisiones anticipadas del convenio para cualquier materia —art. 86 ET— e inaplicaciones convencionales en cadena —convenio sectorial/convenio de empresa/acuerdo colectivo de empresa³¹—. Y, lo que es más importante, coloca al empresario en la tesitura de «optar» entre acudir al art. 84.2 ET o al art. 82.3 ET.

Al titular de la organización productiva le interesa crear un convenio colectivo de empresa desvinculado del convenio sectorial aplicable, porque así garantizará la existencia de una unidad de negociación propia que, al consolidarse en el tiempo, queda preservada indefinidamente de las reglas de concurrencia del art. 84 ET y autonomizada de cualquier unidad de contratación de ámbito superior en todos sus contenidos³². Para ello deberá contar con la complicidad de

³⁰ AA.VV. (coord. Benito Valenciano, R.), *El sindicalismo...*, op. cit., pp. 255 ss.

³¹ Podría plantearse, asimismo, si el acuerdo colectivo de descuelgue o autodescuelgue —art. 82.3 ET— queda sometido, por decisión empresarial, al procedimiento individual de modificación sustancial de condiciones de trabajo previsto en el art. 41 ET cuando los trabajadores afectados por la modificación no superen los umbrales mínimos preestablecidos. Existen argumentos para sostener, en estas circunstancias, la existencia de fraude de ley, considerando que la fuente primera de la que proviene la condición afectada es un convenio colectivo de eficacia general, inatacable por resoluciones unilaterales del empresario.

³² Así lo establecen los convenios colectivos nacionales de sector, que declaran no ser aplicables a aquellas empresas que, incluidas en su ámbito funcional, se rijan por un convenio de empresa, salvo

los representantes de los trabajadores en la empresa, porque sin acuerdo de ambas partes no es posible dar vida a una unidad de negociación antes inexistente —art. 83.1 ET—. Si hay sintonía en este sentido, también la habrá para acudir a la revisión anticipada del convenio de empresa —art. 86 ET— o para autodescolgarse de él —art. 82.3 ET—.

La inexistencia de representantes de los trabajadores en la empresa o la negativa de éstos a pactar al margen del convenio sectorial impedirá al empresario introducir en su organización productiva un convenio colectivo propio. En tales circunstancias, la opción empresarial desaparece y solo queda acudir al art. 82.3 ET para regular a la baja condiciones salariales o para establecer una nueva distribución del tiempo de trabajo incompatible con el convenio sectorial de aplicación. Bastará entonces con la iniciativa empresarial para poner en funcionamiento el mecanismo de inaplicación que, además de ser causalizado, deberá contar con el beneplácito de la representación sindical o unitaria de empresa, o, en defecto de éstas, de la comisión *ad hoc* prevista en la norma estatal. La ausencia de pacto, podrá ser reemplazada en última instancia por la CCNCC u órganos autonómicos correspondientes con capacidad para, a iniciativa empresarial, decidir sobre el descuelgue o para designar un árbitro que dé respuesta al conflicto.

La naturaleza temporal del descuelgue previsto en el art. 82.3 ET y la ventaja que al titular de la organización productiva le brinda negociar su propio convenio colectivo, fomentará el interés empresarial —otrotra inexistente— por que se convoquen elecciones sindicales en las empresas con menos de 11 y más de 5 trabajadores, para así poder designar un delegado de personal cuya capacidad para negociar convenios de eficacia general y su posición débil frente a la contraparte facilitará que prospere y finalmente se imponga el criterio empresarial.

El convenio colectivo sectorial de ámbito nacional ha sido sensible a los cambios normativos emprendidos en 2012, introduciendo en sus contenidos cláusulas sobre estructura de la negociación colectiva, que definen la organización del sector y simplifican unidades de contratación, ordenadas ahora en dos o tres ámbitos —sectorial nacional, sectorial autonómico y de empresa— con exclusión muchas veces del convenio sectorial provincial³³. El convenio estatal, tras proclamar haber sido negociado al amparo de los arts. 83.2 y 84 ET, establece

que de mutuo acuerdo opten por adherirse al convenio general, CC estatal de perfumería y afines (Res. 20-9-2012).

³³ XIV CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (Res. 20-9-2012). Prescindiendo también del ámbito autonómico, CC estatal de perfumerías y afines (Res. 20-9-2012); I CC regulador de las relaciones laborales de las empresas proveedores civiles privados de tránsito aéreo del mercado liberalizado y sujetos a régimen concesional (Res. 10-9-2012). XIII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (Res. 4-7-2012).

principios de complementariedad entre unidades de negociación y concreta las materias en cuya aplicación tiene preferencia el convenio de empresa, coincidentes³⁴ o no³⁵ con las del art. 84.2 ET.

La regulación por el convenio general de las condiciones de trabajo listadas en el art. 84.2 ET puede provocar un conflicto de normas —estatal y de empresa— que se resolverá con la preferencia aplicativa del convenio nacional, salvo en la tabla de contenidos del art. 84.2 ET, sobre la que tiene prioridad el convenio de empresa. El inciso final del art. 84.2 ET —«los acuerdos y convenios a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado»— ha llevado a interpretar el precepto legal en términos prohibitivos para el acuerdo o convenio marco y no de preferencia aplicativa. Es decir, el convenio nacional podrá regular cualquier materia, pero no incorporar una cláusula que le reconozca prioridad aplicativa frente a los de empresa en los contenidos del art. 84.2 ET³⁶.

No extraña, por tanto, que el convenio sectorial de ámbito estatal se dote de primacía y preferencia en la estructura de la negociación colectiva, «sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 84.2 ET»³⁷. Con todo, se observa en la negociación colectiva sectorial serias reticencias a que se pacten en la empresa condiciones de trabajo al margen del convenio supraempresarial. Esta animosidad se expresa a

³⁴ XIV CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (Res. 20-9-2012).

³⁵ V CC estatal del corcho (Res. 10-9-2012).

³⁶ Véase en este sentido, la SAN de 10-10-2012, que resuelve sobre la impugnación del V CC estatal del corcho (Res. 10-9-2012) por la Dirección de Empleo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, por considerar que determinados preceptos convencionales vulneran el art. 84.2 ET, de forma singular, el art. 8 del convenio que reserva determinadas materias para negociar en convenios provinciales o autonómicos, y otras para el convenio de empresa, afirmando el convenio que, excepto en las materias que se le atribuían expresamente al convenio de empresa, en todas las demás se otorgaba «prioridad aplicativa a las condiciones previstas en los convenios de ámbito provincial o, en su caso, autonómico, frente a los de empresa». La Sala entiende aplicable la reforma laboral de 2012 al convenio colectivo que fue suscrito el 21 de febrero de ese año, «aunque aquel se hubiera negociado con anterioridad a tal fecha», pero solo a los efectos desplegados a partir de la entrada en vigor de la reforma laboral —el 12 de febrero—, puesto que «el legislador no le ha conferido eficacia retroactiva». La sentencia, invocando el art. 84.2 ET, sostiene que el hecho de reservar determinadas materias a diferentes unidades de negociación es conforme a derecho. No lo es, sin embargo, que un convenio estatal confiera «prioridad aplicativa a los convenios colectivos sectoriales frente a los de empresa en ciertas materias». En consecuencia, puede haber reservas de negociación, pero el convenio estatal ni puede dar prioridad aplicativa a los primeros —convenios sectoriales en las materias señaladas— «sin vulnerar el artículo 84.2 ET», ni regular la cuantía salarial con prioridad aplicativa respecto de los convenios inferiores, entre los que se hallan los de empresa, contrariando así lo dispuesto en el artículo 84.2 ET.

³⁷ VI CC sectorial, de ámbito estatal, de las administraciones de loterías (Res. 23-7-2012). CC de la recuperación y reciclado de residuos y materias primas secundarias (Res. 17-7-2012). VI CC marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal (Res. 25-4-2012).

través de cláusulas obligacionales donde los firmantes —sindicatos y asociaciones empresariales— tras advertir del número de empresas —de pequeña dimensión en su mayoría— en el sector, acuerdan la conveniencia de que los convenios de empresa no contradigan los mínimos dispuestos en la negociación sectorial, a fin de lograr una competencia leal e igualitaria en el sector³⁸. Otros convenios instan a las partes a la no creación de nuevas unidades de contratación en la empresa por considerar que el convenio sectorial es el marco adecuado para ordenar las relaciones laborales³⁹, o recomiendan que en futuras negociaciones en la empresa las partes logren acuerdos para su progresiva integración al convenio sectorial vigente⁴⁰. En ocasiones, las partes, con el ánimo de evitar toda dispersión que pueda dificultar ulteriores convenios de ámbito estatal, «se comprometen a no negociar y a oponerse, en su caso, a la deliberación y conclusión de convenios colectivos de trabajo de ámbito menor»⁴¹. Estas propuestas, que podrán prosperar en las empresas donde la presencia e implantación del sindicato es real y eficaz, es de difícil puesta en práctica en unidades productivas donde ejercitar el deber de influencia resulta de extrema complejidad por no existir una identidad sindical entre la empresa y el sector.

La preferencia del convenio colectivo de empresa en los términos establecidos por la L 3/2012 —ya anticipados en el RDL 7/2011— no parece haber tenido al día de hoy efectos significativos en la estructura de la negociación colectiva, que tras las últimas reformas no ha experimentado cambios de entidad. En efecto, lejos de producirse en 2011 y 2012 un aumento porcentual de los convenios colectivos de empresa, lo que se observa es su contenida disminución, pasándose del 75,81% en 2008 al 73,93% y 72,59% en 2011 y 2012, respectivamente. También ha decrecido la cobertura que ofrece el convenio de empresa a los trabajadores en relación con otros ámbitos de negociación: 10,15% en 2008, 8,27% en 2011 y 7,98% en 2012⁴².

Estos datos nos llevan a concluir que hasta la fecha el recurso al art. 84.2 ET es limitado. Los factores que contribuyen a esta situación son variados: de una parte, la dificultad de crear nuevas unidades de contratación en la empresa al re-

³⁸ VI CC del sector de auto-taxis (Res. 17-7-2012).

³⁹ CC estatal de perfumería y fines (Res. 20-9-2012). Según establece el VI CC sectorial, de ámbito, estatal, de las administraciones de loterías (Res. 23-7-2012), las partes firmantes manifiestan que no resulta necesario promover nuevos ámbitos de negociación inferiores al estatal. Por otra parte, las partes que han suscrito el XX CC para las sociedades cooperativas de crédito (Res. 17-7-2012) han adquirido el compromiso de no negociar convenios colectivos de empresa o convenios sectoriales de ámbito inferior.

⁴⁰ XIII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria y formación (Res. 4-7-2012).

⁴¹ CC estatal para el comercio de mayoristas distribuidores de especialidades y productos farmacéuticos (Res. 25-6-2012).

⁴² Los datos que se ofrecen son provisionales y han sido calculados a partir de las estadísticas que ofrece el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

querirse un acuerdo de las partes en tal sentido; de otra, la dimensión de muchas pymes, que no permite dar vida a estructuras representativas de los trabajadores con capacidad negociadora. Debe tenerse en cuenta, asimismo, que la crisis económica ha propiciado la desaparición en muchas empresas de las representaciones electivas por reducción de personal, así como la dificultad actual para promover en empresas con una plantilla entre 6 y 10 trabajadores elecciones para designar un delegado de personal con el que negociar un convenio de empresa. Con todo, los resultados no son concluyentes, ni expresan una tendencia que previsiblemente se mantenga en el tiempo. Es dable pensar que en el medio plazo se incrementarán porcentualmente los convenios de empresa, y que éste será el cauce natural de inaplicación del convenio sectorial; no el descuelgue del art. 82.3 ET, al que en la actualidad se están acogiendo las empresas en dificultades.

3. La anticipación en el tiempo de la pérdida de vigencia del convenio colectivo: criterios legales y reacción de los actores sociales

La ultraactividad del convenio colectivo de eficacia general ha permanecido inalterada desde la primera versión del ET en 1980 hasta la reforma laboral de 1994, que opta por conservarla como norma supletoria para las partes negociadoras. El convenio denunciado permanecía vigente en su contenido normativo hasta la entrada en vigor de uno nuevo, pudiendo acordarse en el seno de la comisión negociadora 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, única para todo él, o diversa en razón de las materias que conforman su contenido.

La norma estatal mantuvo la aplicación, salvo pacto en contrario, del grueso del convenio para impedir vacíos de regulación y que cada nuevo proceso partiera de cero, evitando así una regresión de derechos y, con ella, un incremento de la conflictividad⁴³. Las partes firmantes eran, por tanto, las que decretaban en qué circunstancias permanecía o no vigente el convenio colectivo denunciado, finalizada la duración inicialmente pactada, 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 negociadores⁴⁴.

⁴³ Alfonso Mellado, C.L., «Reforma y retos...», op. cit., p. 154.

⁴⁴ Determinados sectores de la doctrina laboral entendieron que los términos en que venía formulada la regla del art. 86.3 ET y su comparación con el art. 86.2 ET, con referencia expresa al pacto en contrario, llevaban a interpretar a aquélla como imperativa, por lo que una vez denunciado el convenio perdían vigencia necesariamente sus cláusulas obligacionales. La STS 12-4-1995

Los 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 sectores económicos y empresariales 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 apoyan su argumentación en la agilización y estimulación de los procesos de negociación colectiva⁴⁵, 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.

El principio de ultraactividad ha permanecido vigente hasta la reforma laboral de 2012, en los términos de supletoriedad anteriormente expuestos. El RDL 7/2011 lo mantuvo como mecanismo de seguridad⁴⁶, acompañando reglas orientadas a agilizar los procesos de negociación, con plazos máximos para su desarrollo y con dispositivos de mediación y arbitraje que hicieran frente a situaciones de bloqueo. Estos procedimientos de solución de discrepancias permanecen en la L 3/2012, que, no obstante, ha resuelto eliminar los períodos de negociación y acotar temporalmente la ultraactividad del convenio denunciado.

La EEMM de la L 3/2012 afirma que con estos cambios en la aplicación del convenio colectivo en el tiempo se procura «una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos» y se pretende «evitar una petrificación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio y que no se demore en exceso el acuerdo renegociador». De este modo, la ultraactividad, sustentada en 2011 en situaciones de desacuerdo y falta de pactación de un compromiso de sometimiento al procedimiento arbitral⁴⁷, es mantenida inicialmente por el RDL 3/2012 por un período de 2 años a contar

consideró, sin embargo, que la regla del art. 86.3 ET constituye un *minimum* necesario, impuesto a la voluntad de las partes y que, por consiguiente, no puede ser concebida como un *maximum*, como prohibición a las partes de prolongar voluntariamente la vigencia del contenido obligacional del convenio.

⁴⁵ «La limitación temporal de la aplicación de los convenios produce, sin duda, unos efectos de estimulación en las mesas negociadoras, impulsando su negociación, de forma mucho más efectiva, aunando en el tiempo la legislación con la normativa paccionada y adaptándose de forma realista a las demandas de las relaciones laborales. [...] el resultado de la regla de la ultraactividad es que las empresas no están en condiciones de reaccionar con prontitud a los cambios externos que de forma continuada afectan a la demanda de sus productos y a sus costes de producción, con el consiguiente perjuicio para su rentabilidad y el riesgo para su viabilidad», Mercader Uguina, J.R., «La reforma de la negociación colectiva...», op. cit., p. 382.

⁴⁶ Extendiéndolo como regla a las cláusulas obligacionales, salvo las de paz sindical.

⁴⁷ Cruz Villalón, J., «Procedimientos de resolución de conflictos y negociación colectiva en la reforma de 2012», en AA.VV. (dirs. García-Perrote, I. y Mercader, J.R.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012, p. 413.

desde la denuncia, lo que, en realidad, supone fijar un plazo máximo para negociar el nuevo convenio, sensiblemente superior a los tiempos previstos con carácter dispositivo por el RDL 7/2011⁴⁸.

Finalmente, la L 3/2012 ha optado por acortar el período fijado en 2 años por la norma de urgencia, limitando a 1 año el tiempo de ultraactividad, cuyo cómputo, como ya hizo el RDL 3/2012, comienza, no en la fecha de vencimiento del convenio inicialmente pactada, sino a partir de su denuncia. Esta regla es supletoria para las partes negociadoras, que, entre otras medidas, podrán prescindir de ella y pactar un plazo diferente al legal, o mantener la ultraactividad hasta la entrada en vigor del nuevo convenio.

Según establece la disposición transitoria 4.^a del RDL 3/2012 y de la L 3/2012, en los convenios denunciados a la entrada en vigor de ambas normas estatales el plazo de ultraactividad inicia su cómputo a partir de dicha entrada en vigor. En consecuencia, tratándose de convenios que no estuvieran denunciados a la entrada en vigor del RDL o de la ley de consolidación, por encontrarse entonces en vigencia inicial o prórroga automática anual, el plazo de 1 año comienza a contarse desde su denuncia, siendo irrelevante a estos efectos la fecha de aplicación de ambas reformas. Los convenios denunciados antes de la entrada en vigor del RDL 3/2012 o de la L 3/2012 no pierden su vigencia transcurrido 1 año desde la denuncia o 2 desde la entrada en vigor del RDL, sino 1 año después de la entrada en vigor de la L 3/2012, es decir, el 8 de julio de 2013.

La ultraactividad en los términos previstos en el art. 86 ET es supletoria para las partes. Tal es el sentido que ha de darse al término «salvo pacto en contrario» que introduce la norma. Muchos de los convenios negociados antes de las reformas de 2012 han incorporado en sus cláusulas de vigencia previsiones sobre su aplicación tras la denuncia, algunos de ellos reproduciendo el contenido del anterior art. 86 ET, que preservaba la ultraactividad hasta la entrada en vigor del nuevo convenio. El problema radica en determinar si estos convenios, los denunciados antes de la entrada en vigor de la reforma de 2012, se mantienen en los términos pactados por las partes, o si por el contrario decaen el 8 de julio de 2013 por aplicación de la disposición transitoria 4.^a de la Ley 3/2012.

La soberanía en el gobierno de la ultraactividad se atribuye ya desde la L 11/1994, al convenio colectivo, con capacidad —mediante pacto en contrario— para disponer, antes de 2012 de la ultraactividad que hasta la entrada en vigor del nuevo convenio le reconocía el art. 86 ET, y después de esta fecha de la ultraactividad de 1 año que recoge la L 3/2012 —2 años en el RDL 3/2012—. La primacía en este campo de la negociación colectiva, mantenida desde 1994,

⁴⁸ Lo que obliga a los negociadores a suprimir en el convenio colectivo ciertas previsiones, frecuentes en la práctica convencional, que establecen que el convenio se entenderá denunciado en la fecha —o al día siguiente— de su publicación oficial.

hace que el pacto en contrario prevalezca sobre la decadencia del convenio prevista en el art. 86 ET, y en la disposición transitoria 4.º de la L 3/2012 para los convenios denunciados antes de la entrada en vigor de la reforma.

En los convenios colectivos suscritos con posterioridad, se observa cierta tendencia a regular la ultraactividad y mantenerla hasta la entrada en vigor del nuevo convenio, sin que en la práctica negocial se esté generalizando como regla la decadencia del convenio, transcurrido 1 año desde su denuncia⁴⁹. Algún convenio sostiene, en esta dirección, que hasta que se logre un acuerdo expreso se mantendrá el contenido íntegro del convenio, «incluso aunque se supere el plazo de 2 años al que hace referencia el RDL 3/2012»⁵⁰ —1 año con la L 3/2012—.

Transcurrido 1 año desde la denuncia, sin pacto en contrario, se impone —dice el art. 86.3 ET— si lo hubiere, el convenio de ámbito superior que fuera de aplicación. Pueden darse, en consecuencia, dos situaciones, ambas problemáticas. Que exista convenio de ámbito superior aplicable, o que no lo haya. En el primer caso, habrá que determinar qué convenio y en qué circunstancias puede regular las relaciones laborales en la unidad de negociación inferior, ahora sin convenio. Una vez identificado el aplicable, el paso siguiente será concretar hasta cuándo permanece esta situación aparentemente transitoria.

Existen sectores de actividad productiva que aplican organizada y articuladamente más de un convenio colectivo. La decadencia del convenio de ámbito inferior determina en estas circunstancias la aplicación del superior que, con carácter general, por estar coordinado con otros, regulará unos mínimos y actuará como norma marco. En esta tesitura, el convenio de la unidad más amplia, ni

⁴⁹ Este mantenimiento de la ultraactividad del convenio se percibe en la negociación colectiva, tanto en la sectorial como en la de empresa. Son mayoritarios los convenios que regulan la materia, frente a los que por omitir reglas sobre ultraactividad, quedan sometidos a la regla establecida en el art. 86 ET. Según dispone el XIV CC general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad (Res. 20-10-2012), el convenio continuará en vigor hasta su sustitución por el nuevo convenio o por el laudo arbitral a que se llegara, en su caso. En sentido similar, VII CC nacional de colegios mayores universitarios (Res. 20-9-2012), CC de Autobar Spain, SAU (Res. 21-9-2012), CC de Citius Outsourcing Enterprise, SL (Res. 21-9-2012), CC estatal para las industrias extractivas, del vidrio, cerámicas y las del comercio exclusivista de los mismos materiales (Res. 23-7-2012), VI CC de ámbito estatal de las administraciones de lotería (Res. 23-7-2012), XIII CC de ámbito estatal para los centros de educación universitaria e investigación (Res. 4-7-2012).

Solo aisladamente el convenio establece que transcurridos 14 meses desde el inicio de las negociaciones sin acordarse un nuevo convenio el texto anterior perderá su vigencia, CC estatal de perfumería y afines (Res. 20-9-2012). El CC regulador de las relaciones laborales de las empresas proveedores civiles privados de tránsito aéreo de mercado liberalizado y sujetos a régimen convencional (Res. 10-9-2012), establece que denunciado el convenio y hasta tanto no se sustituya por otro, se estará a lo que disponga la legislación vigente. El X CC nacional de Schweppes (Res. 4-7-2012) mantiene la vigencia del convenio, a excepción de las condiciones relativas a incrementos salariales.

⁵⁰ CC de Vodafone España, SAU (Res. 8-5-2012).

puede desarrollar una función de integración, ni suple de forma adecuada al convenio —posiblemente más favorable— que ha quedado extinguido.

En otros sectores la estructura de la negociación colectiva está desprovista de una planificación adecuada. Las recientes reformas al art. 84 ET dan preferencia aplicativa al convenio colectivo de empresa en los términos examinados en los epígrafes precedentes. Esta prioridad conduce, cuando el convenio de empresa extinga su vigencia por pérdida de ultraactividad, a la aplicación del convenio de ámbito superior, previsiblemente aquél del que se había descolgado la empresa, con una regulación de condiciones de trabajo con seguridad más favorable que las introducidas en el convenio de empresa.

Es frecuente, por otra parte, en aquellos sectores donde ha sido y es habitual la existencia de convenios colectivos que han consolidado la empresa como unidad de negociación, que los de ámbito superior expresamente excluyan de su aplicación a las empresas con convenio propio. El art. 86.3 ET expresamente dice que la pérdida de ultraactividad dará paso al convenio de ámbito superior «que fuera de aplicación». No parece, sin embargo, que el aplicable sea un convenio que expresamente aparta de su ámbito funcional a las empresas con un convenio exclusivo.

Todas estas situaciones aconsejan la puesta en funcionamiento de nuevas pautas para la negociación colectiva que permitan, en situaciones de pérdida de ultraactividad, desarrollar una función de integración. En primer lugar, es conveniente que los convenios de ámbito superior establezcan previsiones sobre ultraactividad, para evitar su decadencia, transcurrido 1 año desde la denuncia. Una redefinición del ámbito funcional del convenio sectorial, es, asimismo, fundamental para dar cabida a empresas que tradicionalmente regulan sus condiciones de trabajo a través de un convenio propio⁵¹. Por último, parece que la negociación colectiva sectorial está llamada a regular con vocación de integración condiciones de trabajo, garantizando su plena aplicación en situaciones de pérdida de ultraactividad de los convenios de ámbito inferior, lo que no deja de ser revelador en un escenario como el actual donde la negociación colectiva sectorial es, por el juego de los arts. 82.3, 84.2 y 86.3 ET, además, de meramente referencial para la empresa, supletoria en ella.

Con las reformas de 2012 la empresa dispone de mecanismos para descolgarse o autodescolgarse del convenio a través de un acuerdo informal, cuya vigencia, en virtud del art. 82.3 ET, no podrá extenderse más allá de la aplicación del nuevo convenio. Es posible que en el período de descuelgue, haya decaído el convenio aplicable, transcurrido 1 año desde su denuncia sin acuerdo de las partes. En estas circunstancias, la existencia de un convenio colectivo de ámbito

⁵¹ Estas pautas comienzan a observarse en algunos convenios nacionales de sector, que ya no excluyen de sus ámbitos funcionales de aplicación a las empresas con convenio propio.

superior determinará que el acuerdo de descuelgue deje de estar vigente y que la empresa regule sus condiciones de trabajo a través del que, según el dictado del art. 82.3 ET, será «el nuevo convenio». Solo si no hay norma convencional superior aplicable seguirá vigente el acuerdo de empresa hasta que se negocie y aplique el nuevo convenio. Si el acuerdo informal ha acotado su duración —tal y como ordena el precepto—, los trabajadores, llegada la fecha de vencimiento, incorporarán a sus contratos de trabajo las condiciones del convenio cuya vigencia ha decaído, en los términos que se expondrán a continuación.

¿Hasta cuándo es aplicable el convenio de ámbito superior: hasta su decadencia o hasta la entrada en vigor del nuevo convenio cuya renegociación se prolongó más allá del año de ultraactividad previsto en la ley?, ¿hay en estas circunstancias una preferencia del nuevo convenio, o la reglas de concurrencia conflictiva previstas en el art. 84 ET son de aplicación también a las situaciones de pérdida de ultraactividad establecidas en el art. 86.3 ET? La empresa puede resultar especialmente afectada por estas situaciones, que generan incertidumbre entre los trabajadores que inicialmente regulan sus condiciones de trabajo por un convenio de empresa, cuyas dificultades de renegociación en el plazo de 1 año han motivado la aplicación del convenio de ámbito superior, produciéndose un cambio de unidad de contratación. En esta tesitura, la firma de un convenio colectivo de empresa, cuya negociación se ha dilatado en el tiempo más allá del año de ultraactividad, determina su aplicación preferente sobre el de ámbito superior en virtud del art. 84.2 ET —en las materias legalmente listadas—, o, en su caso, del art. 86.3 ET, de interpretarse este último precepto como excepción a las reglas de concurrencia del art. 84 ET.

Los problemas no son, por tanto, de aplicación, sino de negociación. Que los trabajadores de la empresa pasen a regular sus relaciones laborales por un convenio de ámbito superior supone que las partes negociadoras no han logrado un acuerdo en el año de ultraactividad convencional. Es entonces cuando podría plantearse una negativa a negociar, justificada, según entiende la doctrina judicial, en el intento de una de las partes de volver a negociar lo que ya se había negociado sin éxito durante varios meses. Esta solución supone la decadencia de una unidad de negociación antes consolidada, para cuya restauración será necesario que exista una voluntad coincidente en tal sentido de los negociadores⁵².

Dice el art. 86.3 ET que transcurrido 1 año de la denuncia del convenio sin que se hubiera acordado otro nuevo o dictado un laudo arbitral, aquél perderá vigencia y se aplicará, «si lo hubiere», el de ámbito superior. Con esta redacción la norma estatal expresa una situación que acostumbra a darse en la práctica negocial: la inexistencia de unidades de contratación superiores con convenio

⁵² SSTs 20-10-1997, RJ 1997/8083; 17-11-1998, RJ 1998/9750, y; 5-11-2008, RJ 2008/7042 Rec. 130/2007.

colectivo aplicable. El art. 86.3 ET no aporta soluciones para supuestos cada vez más habituales, como muestran las últimas estadísticas sobre negociación colectiva. La ausencia de convenio de ámbito superior determinaría, a juicio de un sector doctrinal, la aplicación de la normativa estatal, incompleta, insuficiente y de mínimos en su regulación⁵³. Más adecuado es interpretar que a partir de entonces se produce la incorporación de las condiciones de trabajo reguladas en el convenio a las relaciones laborales de los trabajadores como contenido contractual, «con base en una voluntad implícita derivada del comportamiento concluyente del empleador». Este tratamiento, del que quedan excluidos los trabajadores de nuevo ingreso, «que pasarían a regularse por la normativa estatal»⁵⁴, abre, no obstante, al empresario la opción de acudir a los mecanismos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo previstos en el art. 41 ET⁵⁵.

La L 3/2012 ha comprometido las reglas de negociación colectiva, con un cambio radical de perspectiva que augura mayor conflictividad laboral. 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, sin olvidar, no obstante, la función que debe desarrollar el arbitraje, no como «alternativa global a la negociación misma», sino como herramienta complementaria de soporte a la contratación colectiva en determinadas materias. La generalización del arbitraje obligatorio ni es «concebible en un modelo basado en el amplio reconocimiento de la autonomía colectiva, ni viable como fórmula recurrente de salida a bloqueos producidos en un modelo basado en el acuerdo directo entre las partes de fijación de las condiciones de trabajo [...]»⁵⁶.

⁵³ La pérdida de vigencia de todas y cada una de las cláusulas normativas del convenio, entrando en acción las condiciones laborales establecidas en las normas legales de carácter bien mínimo bien supletorio», es la primera opción planteada por Valdés Dal-Ré, F., *La reforma de 2012 de la negociación...*, op cit., además de la «aplicación del estatuto jurídico laboral que se hubiere pactado individualmente o, en su caso, que el empresario hubiere pactado unilateralmente a título individual o con efectos colectivos».

⁵⁴ Cruz Villalón, J., «Procedimientos de resolución de conflictos...», op. cit., p. 414.

⁵⁵ Opción asimismo sugerida por Valdés Dal-Ré, F., *La reforma de 2012 de la negociación...*, op. cit.

⁵⁶ Dificilmente el arbitraje obligatorio vendrá de la mano de los acuerdos interprofesionales [...], como ha demostrado el ASAC. Cuestión distinta es que los propios negociadores «introduzcan en frío el compromiso al arbitraje obligatorio» que, de generalizarse, «mostraría un progresivo debilitamiento de la negociación colectiva y de los sujetos que la protagonizan», Cruz Villalón, J., «Procedimientos de resolución de conflictos...», op. cit., p. 415.