

Diagnóstico de la negociación colectiva en españa y propuestas de reforma

[Assessment of collective bargaining
and proposals for improvement]



ARÁNZAZU ROLDÁN MARTÍNEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo de la Universidad Europea de Madrid
afatima.roldan@uem.es

MARÍA DEL MAR ALARCÓN CASTELLANOS

Directora General de Trabajo de la Comunidad de Madrid
mariadelmar.alarcon@madrid.org

Fecha de recepción: 30 de mayo de 2014.

Fecha de aceptación: 1 de septiembre de 2014.

SUMARIO: I. OBJETIVOS DE LAS REFORMAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA, OPERADAS EN 2011 Y 2012. ■ II. DIAGNÓSTICO DE SITUACIÓN EN 2014. CARACTERÍSTICAS DEL ACTUAL MODELO ESPAÑOL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA. ■ 1. La legitimación para negociar convenios colectivos y su conexión con el modelo español de representación legal de los trabajadores. ■ 2. Estructura de la negociación colectiva. ■ 3. El dinamismo de la negociación colectiva. ■ 3.1. *La revisión anticipada del convenio antes de que finalice su vigencia.* ■ 3.2. *El nuevo régimen de la ultraactividad de los convenios.* ■ 4. La adaptabilidad del convenio colectivo a las circunstancias de la empresa. ■ 4.1. *La prioridad aplicativa del convenio de empresa posterior.* ■ 4.2. *La inaplicación de los convenios colectivos.* ■ III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA. ■ IV. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen

Transcurridos dos años desde las reformas de 2012, es necesario hacer un balance de las características que definen nuestro modelo de negociación colectiva. Algunas soluciones incorporadas por el legislador ya están empezando a producir sus efectos, lo que nos conduce a analizar en qué medida se está produciendo una transformación en los procesos o técnicas de negociación y en la estructura misma de la negociación colectiva. Otras soluciones, sin embargo, se enfrentan en la práctica a graves problemas de aplicación. Por último, otras resultan tan ambiguas o incompletas que están generando una situación de inseguridad jurídica. Una vez realizado el diagnóstico de la negociación colectiva en 2014, realizaremos algunas propuestas de mejora.

Palabras clave

Negociación colectiva, reforma laboral, descuelgue del convenio.

Abstract

Two years after the reforms of 2012, it is necessary to take stock of the defining characteristics of our model of collective bargaining. Some solutions incorporated by the legislature are beginning to produce their effects, which leads us to analyze the extent of the transformation in the process or techniques of negotiation and the structure of collective bargaining. However, in practice other solutions face serious implementation problems. Finally, others are so vague or incomplete that they are generating a situation of legal uncertainty. Once the diagnosis of collective bargaining conducted in 2014 is carried out, I will make some suggestions for improvement.

Keywords

Collective bargaining, Labor reform, disengagement of working conditions.

I. OBJETIVOS DE LAS REFORMAS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA, OPERADAS EN 2011 Y 2012

Tradicionalmente, la negociación colectiva ha cumplido funciones que se consideran esenciales dentro de un Estado Social y democrático de Derecho, como el que nuestra Constitución establece, actuando el convenio como un instrumento dirigido a «facilitar un cierto equilibrio entre las desiguales posiciones negociadoras de empresa y trabajadores»¹. Con una tasa de cobertura elevada (en 2013 se situó en

1. MORENO VIDA, M. N., «Las funciones de la negociación colectiva y su proyección en los contenidos de los convenios colectivos», en AA.VV., *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, Comares (Granada, 2011), p. 316.

un 70%²), ha evitado los vacíos de regulación en un ámbito, como el laboral, donde la ley, «difícilmente puede alcanzar la mayor concreción o agotar el espacio normativo, al tener que proyectarse sobre realidades productivas y marcos geográficos muy diversos, además de afectar a empresas de muy diferentes características»³.

Por otro lado, se ha convertido en un instrumento de gobierno de las relaciones laborales, función lógica en un Estado Social que atribuye a los actores sociales, sindicatos y asociaciones empresariales, un marcado protagonismo en el artículo 7 de la Constitución.

Por último, la negociación colectiva ha venido cumpliendo su tradicional función de mejora de los mínimos señalados por la ley y, sobre todo a partir de la reforma de 1994, una función de complemento, adaptación y concreción de la regulación legal.

Sin embargo, como consecuencia de la grave crisis económica iniciada en el año 2007, en los últimos años se han puesto de relieve principalmente las «disfunciones que le restan eficiencia»⁴, lo que, incluso, ha llevado a ciertos organismos internacionales (Comisión Europea, Banco Central europeo, FMI, OCDE...) a reclamar profundos cambios en nuestro régimen legal de la negociación colectiva.

En apretada síntesis, los elementos críticos de nuestro sistema de negociación colectiva, tal como se destaca en las Exposiciones de Motivos de las leyes reformadoras de 2011 y 2012, son los siguientes:

- La pobreza de su contenido. Salvo en materia salarial, el resto del contenido se mantiene bastante estable, hasta el punto que no es difícil encontrar cláusulas correspondientes a legislación ya derogada. Se observa una actitud de inercia, principalmente en los convenios provinciales, que lleva a la reproducción de los contenidos año tras año.
- La escasa capacidad de ajuste en materia salarial, al negociarse los incrementos salariales tomando como referencia el IPC previsto, índice que se ha venido aplicando de manera automática, provocando que los salarios continuaran creciendo pese a la crisis económica. Nuestro sistema preveía como vía de escape el descuelgue salarial. Sin embargo, este mecanismo también fue objeto de fuertes críticas, como consecuencia de la rigidez que mostraba tanto en la definición de las causas (identificadas con una situación de crisis económica de la empresa), como del procedimiento a seguir, que quedaba en manos de los convenios sectoriales, haciendo muy difícil en la práctica la posibilidad de descuelgue empresarial. En este sentido, han sido constantes las llamadas a vincular las subidas salariales a la productividad y a flexibilizar el procedimiento de descuelgue del convenio colectivo⁵.

2. La tasa de cobertura en España es superior a la tasa correspondiente al conjunto de la Unión (62%).

3. ALFONSO MELLADO, C., «La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura de la negociación y la inaplicación de los convenios», *Relaciones Laborales*, núm.3, marzo 2013 (versión digital), p. 2.

4. Exposición de motivos del *Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva*.

5. El proyecto de ley de desindexación de la economía española excluye de su ámbito de aplicación la negociación salarial colectiva, por estar expresamente reconocida como derecho constitucional, de forma que la actualización de salarios no puede sustraerse a lo acordado por las partes.

- La anómala estructura de la negociación colectiva, caracterizada por la atomización y falta de articulación entre las distintas unidades de negociación y por una fuerte presencia de los convenios sectoriales, principalmente los provinciales.
- El carácter estático de la negociación colectiva, lo que dificulta extraordinariamente la posibilidad de ajustar con rapidez las condiciones de trabajo presentes en la empresa a las circunstancias económicas y productivas por las que atraviesa aquella en los diferentes momentos del ciclo o de la coyuntura económica. En no pocas ocasiones ello complica la adopción de medidas de flexibilidad interna en la empresa. Esto conduce a que, a diferencia de lo que sucede habitualmente en otros países, los ajustes no se hayan producido incidiendo sobre los salarios o sobre la jornada de trabajo, sino a través de la adopción de medidas de flexibilidad externa, más traumáticas, como los despidos. Además, nuestro sistema adolece de falta de agilidad y dinamismo, en particular cuando finaliza la vigencia pactada de los convenios colectivos. Una vez denunciados, los convenios tardan en empezarse a negociar, las negociaciones se dilatan en el tiempo y se producen situaciones de paralización y bloqueo. Lógica consecuencia de lo anterior es que las condiciones de trabajo pactadas en el convenio anterior se prolongan en el tiempo sin ser renovadas, sin ajustarse a las nuevas condiciones económicas y productivas, lo que termina por producir perjuicios tanto a las empresas como a los trabajadores⁶.

Preocupados por los efectos de la grave crisis económica, los sindicatos y las asociaciones empresariales más representativas a nivel estatal, intentaron *in extremis* dar una respuesta a través del *II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012-2014* (II AENC), firmado en febrero de 2012, sólo unos días antes de la aprobación del *Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*. Entre otras muchas cuestiones, los agentes sociales apostaron por la potenciación de las medidas de flexibilidad interna, como una alternativa a la flexibilidad externa de salida, y renunciaron a la revisión directa de los salarios conforme al IPC general con el fin de que la moderación de rentas salariales permitiera facilitar el crecimiento y la creación de empleo⁷. Sin embargo, este intento de modernización de nuestro sistema de negociación colectiva resultó fallido, ya que no fue recogido por la norma de urgencia⁸. A pesar de ello, el examen de los convenios colectivos negociados durante los años 2012, 2013 y 2014 evidencia que el Acuerdo es utilizado como importante referente por las organizaciones sindicales y empresariales firmantes cuando negocian en sus respectivas mesas de negociación, «incluso entendiendo que deben desarrollar una labor de implementación del AENC»⁹. Esto explica, en parte, que la variación salarial

6. GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*, Comares, (Granada, 2013), pp. 5-12.

7. Recientemente, el Gobierno volvió a hacer un llamamiento a las empresas para que vinculen los salarios a los beneficios. Diario Expansión, 14 de mayo de 2014, p. 23.

8. Posiblemente, por la consideración de que tanto la legislación laboral como la negociación colectiva son factores de «rigidez del mercado laboral», como se recoge en el preámbulo del Real Decreto-Ley 3/2012. *Vid.*, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «La reforma sobre el sistema de negociación colectiva: un análisis crítico», en AA.VV. (Ramos Quintana, M., dir. y Grau Pineda, M. C., coord.), *La reforma sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo, (Albacete, 2014), p. 31.

9. CRUZ VILLALÓN, J., «Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva (1)», *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013 (versión digital), p. 4. *Vid.*, por ejemplo la Circular para la negociación colectiva 2014 de la CEOE, donde se recomienda a los negociadoras la implementación de las medidas previstas en el II AENC. <http://www.cen7dias.es/BOLETINES/432/circular.pdf>.

pactada para el año 2013, se haya situado en un mínimo histórico del 0,57%¹⁰. El incremento medio para el total de convenios de ámbito empresarial es todavía inferior, se sitúa en el 0,43%, frente al 0,58% de los convenios de ámbito superior. Como se deduce de la nota de prensa publicada por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social el 10 de enero de 2014, la intensidad del proceso de moderación salarial que se está produciendo en la negociación colectiva, se explica porque los negociadores se están ajustando al II AENC¹¹.

Las posteriores reformas legislativas de 2012 han introducido importantes transformaciones en nuestro sistema de negociación colectiva, consagrándose el proceso iniciado con las reformas de 2010 y 2011 en línea de pasar de un modelo estático a un modelo dinámico de negociación colectiva, y de consolidar una estructura de negociación claramente adaptada a la empresa.

II. DIAGNÓSTICO DE SITUACIÓN EN 2014. CARACTERÍSTICAS DEL ACTUAL MODELO ESPAÑOL DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

1. La legitimación para negociar convenios colectivos y su conexión con el modelo español de representación legal de los trabajadores

Corresponde a la ley determinar quiénes son los «representantes de los trabajadores y empresarios» legitimados para negociar convenios colectivos con fuerza normativa, en el bien entendido que necesariamente debe respetarse el derecho a la negociación colectiva de los sindicatos, ya que forma parte del contenido esencial de la libertad sindical, recogido en el artículo 28.1 de la Constitución. El artículo 87 del Estatuto de los trabajadores extiende el derecho de la negociación colectiva no sólo a los sindicatos y a sus secciones sindicales de empresa o centro de trabajo, sino también a los representantes unitarios de los trabajadores (comités de empresa y delegados de personal), cuando el ámbito de negociación es de empresa o inferior. En este sentido, las reglas de legitimación para negociar convenios con eficacia normativa, están íntimamente relacionadas con el doble canal de representación de los trabajadores por el que ha optado nuestro sistema de relaciones laborales y que, por otro lado, corresponde al modelo mayoritario en la Unión europea¹².

El criterio seleccionado por el legislador para determinar qué sindicatos tienen legitimación normativa, esto es, capacidad para negociar convenios con eficacia normativa no es el de la afiliación (que se sitúa en un 15,9%, una de las más bajas de la OCDE¹³), sino el de la audiencia electoral, medida en atención a los resultados obtenidos en las elecciones sindicales (elecciones a los miembros de comités de empresa y delegados de personal) —existe una excepción en el caso de los sindicatos que gozan de represen-

10. Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo (Ministerio de Empleo y Seguridad Social), elaborada sobre la base de los convenios registrados hasta abril de 2014.

11. <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/2129>.

12. Los datos sobre los diferentes modelos de representación de los trabajadores en la Unión europea procede del informe «La representación de los trabajadores en la Unión europea y España», elaborado por la Fundación 1º de mayo, *Estudios*, núm. 68, febrero de 2014.

13. Según concluye el Instituto de Estudios Económicos (IEE) sobre la base de los datos aportados por la propia OCDE. *Vid.*, <http://www.ieemadrid.es/sala-de-prensa/las-notas-del-iee/la-afiliacion-en-espana-entre-las-mas-bajas-de-la.html> (Nota del 10 de septiembre de 2013).

tatividad «por irradiación»—. Debe destacarse, que la medición de la representatividad de los sindicatos a través de la audiencia electoral no constituye una excepción dentro de la Unión Europea, sino que es una característica que nuestro país comparte con otros del área germana, y en menor medida en la mediterránea. Mediante este mecanismo se amplía de forma muy significativa el alcance y eficacia de su afiliación directa, y se explica el papel relevante de los sindicatos en nuestro país pese a la baja tasa de afiliación¹⁴.

Paralelamente, en la selección de las asociaciones empresariales, se combinan dos criterios para medir su representatividad: el número de empresas asociadas y el número de trabajadores a los que dichas empresas dan ocupación.

Son dos fundamentalmente, los problemas que se plantean en la actualidad en relación con la legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia general. En primer lugar, existe un grave problema de acreditación de los porcentajes de representatividad alcanzados por las asociaciones empresariales, ya que no existen registros fiables en los que medir la doble representación que recoge el legislador (número de empresas asociadas y número de trabajadores ocupados)¹⁵. La jurisprudencia ha establecido que el reconocimiento de la otra parte, en este caso, de las organizaciones sindicales, resulta suficiente para establecer la presunción legal de que la asociación empresarial que obtiene ese reconocimiento, ostenta la legitimidad y representación necesarias para negociar el convenio¹⁶. Una vez reconocidas entre sí las partes negociadoras, se establece esa presunción «iuris tantum», que sólo puede ser destruida mediante prueba en contrario por quien cuestione la representatividad y por ende la legitimación para negociar¹⁷.

En segundo lugar, la posibilidad de negociar convenios de ámbito de empresa o inferior se enfrenta a los problemas que en la práctica existen para la creación de estructuras permanentes de representación legal de los trabajadores en las empresas¹⁸. Es preciso recordar la realidad del tejido productivo español en el que el 42,2% son microempresas con menos de 10 trabajadores y representan el 30,2% del empleo total¹⁹. Pues bien, en las empresas de menos de 6 trabajadores, no se pueden elegir delegados de personal, mientras que en las empresas entre 6 y 10 trabajadores se podrán elegir «delegados potestativos», si así lo deciden la mayoría de los trabajadores afectados.

14. Los últimos resultados oficiales certificados por el Ministerio registraban un total de 303.622 representantes elegidos, de los que el 37,5% pertenecían a CC.OO. y el 35,4% a UGT.

15. En este sentido, el TS establece que «la justificación del nivel de representatividad de las Asociaciones empresariales ofrece serias dificultades en la mayoría de las ocasiones pues, a diferencia de lo que sucede con los sindicatos, en este ámbito empresarial ni se celebran elecciones a representantes ni existe un archivo público —oficina certificante— capaz de ofrecer datos fiables y objetivos sobre la representatividad de una determinada asociación empresarial». *Vid.*, SSTS 27 de abril de 2000 (Rec.1581/99), de 25 de enero de 2001 (Rec.1432/2000), de 21 de marzo de 2002 (Rec. 516/2001), de 18 de diciembre de 20012 (Rec. 1154/2001) y 20 de diciembre de 2004 (Rec. 9/2004).

16. STS de 29 de noviembre de 2010, Rec. 244/2009.

17. STS de 3 de julio de 2012.

18. Del análisis comparado de los datos nacionales aportados por la III Encuesta Europea de Empresas 2013, se desprende que España se sitúa entre los países con mayor tasa de cobertura de la representación sindical en las empresas (ya sea de forma directa a través de las secciones sindicales, ya sea indirecta a través de los comités de empresa y delegados de personal) con un 57,1%, muy por encima de la media y próxima a los niveles de representación de los países escandinavos. Fuente: «La representación de los trabajadores en la Unión europea y España», *op. cit.*

19. Fuente: Retrato de las PYME 2014, Subdirección general de apoyo a las PYME, http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato_PYME_2014.pdf.

Lógica consecuencia de lo anterior es la práctica inexistencia de representantes legales de los trabajadores en las micropymes, lo que imposibilita en la práctica la negociación de convenios de empresa en este ámbito.

La razón por la que el Estatuto de los Trabajadores no ha establecido la posibilidad de elegir órganos de representación en empresas o centros de trabajo con menos de 6 trabajadores es «en atención a razones prácticas de pura lógica, a que los problemas que puedan surgir en su seno normalmente se encuentran individualizados sin llegar a alcanzar una generalidad que requiera el soporte de la referida figura del representante» (STS de 31 de enero de 2001). Hay que tener en cuenta, sin embargo, que sobre todo tras las reformas operadas en 2012, en las empresas de menos de 6 trabajadores existen problemas que no están individualizados y requieren la figura de un representante de los trabajadores. No hay más que pensar en determinadas medidas laborales de crisis que tienen carácter colectivo con independencia del número de trabajadores afectados: descuelgue de convenio colectivo o suspensión del contrato y reducción de jornada del artículo 47 ET. Precisamente por ello, el legislador ha previsto un nuevo tipo de «representación» que reúne las notas de ser extraordinaria y especializada, ya que sólo tiene capacidad para negociar determinados acuerdos de empresa previstos legalmente. El legislador, sin embargo, no ha legitimado a esta representación extraordinaria para negociar convenios colectivos, aunque sí para decidir la inaplicación de los convenios sectoriales, lo que carece de toda lógica.

Pero el problema de falta de representación legal a nivel de empresa, y, en consecuencia, la imposibilidad de negociar un convenio en este ámbito, no se circunscribe a las micropymes, sino que afecta también a medianas y grandes empresas con una estructura compleja, integrada por centros de muy diferente tamaño. En las empresas complejas se da una descoordinación entre la unidad electoral, que es el centro de trabajo, y la unidad de negociación, que es la empresa, lo que explica que haya empresas donde unos centros tengan representación legal, porque no existe o porque es imposible, y otros no, siendo imposible que la negociación del convenio se haga para toda la empresa²⁰. Es constante la doctrina del Tribunal Supremo²¹ y de la Audiencia Nacional que interpreta el artículo 87.1 ET, en el sentido de que la legitimación para negociar un convenio de empresa pivota sobre el principio de correspondencia entre la representatividad de los representantes legales y el ámbito funcional y personal del convenio, de manera que, si se pretende negociar un convenio de empresa, en la que hay varios centros de trabajo, no es posible que el convenio se negocie por un solo comité de empresa o por un solo delegado de personal²², «aunque se hubiera acreditado, (...) que dichos

20. Es el caso, por ejemplo, analizado por la SAN de 29 de enero de 2014 (Rec. 431/2013) donde la empresa demandada contaba el 1-02-2012, fecha en la que se conformó la comisión negociadora del convenio colectivo, con nueve centros de trabajo, que empleaban 337 de los trabajadores de la forma siguiente: Barcelona: 231 trabajadores; Tarragona: 13 trabajadores; Madrid: 42 trabajadores; Islas Baleares: 15 trabajadores; Sevilla 8 trabajadores; Valencia 10 trabajadores; Zaragoza 1 trabajador; Alicante 5 trabajadores y Málaga: 12 trabajadores. El único centro de trabajo que contaba con representación unitaria electa –comité de empresa o delegados/as de personal– a fecha 1 de febrero de 2012, era el de Barcelona que fue el que finalmente negoció el convenio de empresa para toda la empresa. En dos centros de trabajo era imposible que existiera representación legal de los trabajadores.

21. STS 7 de marzo de 2012 (Rec. 37/2011).

22. Es indiferente que quien negocie el convenio sea el comité del centro de trabajo donde prestan servicios la mayoría de los trabajadores de la empresa (SAN de 29 de enero de 2014, Rec. 431/2013). «Dicha conclusión no podría enervarse aunque se hubiera probado, que no es el caso, que en las elecciones del centro controver-

trabajadores le dieran su representación, porque la delegación formal por parte de los trabajadores de los centros de trabajo sin representantes en los comités o delegados de otros centros está contemplada en el artículo 41.4 ET y es aplicable a las comisiones negociadoras de los períodos de consultas en los supuestos de movilidad geográfica, modificación sustancial, suspensión de contrato, reducción de jornada, despido colectivo e inaplicación de convenio, pero no está prevista en el artículo 87.1 ET»²³. Se trata pues, de un problema de pura legalidad ordinaria, pero nada impediría que la ley permitiera esta delegación también en los convenios de empresa.

Ni siquiera mediante la agrupación de distintos centros, podría garantizarse la existencia de representantes legales cuyo ámbito de representación diera cobertura a toda la empresa. Doctrina reiterada del Tribunal Supremo ha rechazado tanto el agrupamiento de varios centros de menos de 6 trabajadores, para elegir un delegado de personal conjunto, como la posibilidad de que los sindicatos promuevan elecciones sindicales, procediendo a agrupar varios centros con censo inferior a entre 6 y 10 trabajadores para elegir un comité de empresa conjunto²⁴.

Bien es cierto que, *lege ferenda*, el Tribunal Supremo en sentencia de 20 de febrero de 2008²⁵, pese a que, ateniéndose a la legalidad vigente, denegó la agrupación de centros de trabajos regidos por el artículo 62 ET, hizo una interesante consideración que parecía admitir de futuro que la propia ley permita dicha agrupación, solución que «es ciertamente atractiva en línea de principios..., por ser evidentemente más favorecedora del derecho de representación de los trabajadores en la empresa», que proclama el artículo 129.2 CE, pero «no debe olvidarse que el precepto constitucional contiene solo

tido formaban parte del censo trabajadores de otros centros, porque si se hubiera acreditado dicha inclusión, habría sido ilegal, por cuanto el artículo 69.2 del ET solo considera electores a los trabajadores del centro de trabajo cuando se elige a los representantes de un centro, sin que concurra aquí la posibilidad, prevista en el artículo 63.2 del ET, que permite la acumulación de censos para la elección de un comité de empresa conjunto, porque el presupuesto para hacerlo es que los centros de trabajo estén en la misma provincia o en municipios limítrofes, lo que no ha sucedido en el presente caso» (SAN de 13 de noviembre de 2013, Rec. 424/2013). Esta doctrina se mantiene en la SAN de 18 de octubre de 2013 (Rec. 268/2013) que aprecia en el convenio impugnado un grave déficit entre la representatividad de la delegada firmante y el ámbito del convenio, por lo que debe ser anulado en su totalidad y sin que quepa reducir su ámbito al centro de trabajo donde era delegada la suscriptor del mismo, y ello porque los negociadores no tuvieron intención alguna de negociar un convenio de centro sino que su voluntad fue la de la negociación de un convenio de empresa. También SSAN de 17 de febrero de 2014 (Rec. 470/2013), 24 de abril de 2013 (Rec. 79/2013) de 11 de septiembre de 2013 (Rec. 219/2013).

23. SAN de 17 de febrero de 2014 (Rec. 470/2013).

24. SSTS de 14 de julio de 2011 (Rec. 140/2010) y de 7 de marzo de 2012 (Rec. 37/2011). La doctrina jurisprudencial establecida en estas y otras sentencias anteriores de la Sala se puede resumir en los siguientes puntos: 1) los preceptos legales de los artículos 62.1 ET y 63.1 ET, que establecen en función de la dimensión de la empresa dos cauces de representación de los trabajadores –comités de empresa y delegados de personal–, son de derecho necesario, vinculando a las entidades sindicales que promueven tales elecciones de representantes unitarios; 2) la circunscripción electoral «básica» para dichas elecciones es el centro de trabajo, definido en los términos del artículo 1.5 ET; 3) la razón de ser de esta consideración como derecho necesario indisponible de las circunscripciones fijadas en la ley radica en que «permitir la agrupación de centros de tamaño reducido por voluntad de los sindicatos promotores sería tanto como despojar a los trabajadores de los centros que ocupan entre 6 y 10 trabajadores de la facultad soberana que les otorga el artículo 62 ET de ser ellos los únicos que pueden decidir por mayoría si celebran o no elecciones, para imponérselas desde fuera»; y 4) (conclusión) «no cabe agrupar centros de trabajo de entre 6 y 10 trabajadores para la elección de delegados de personal», y «tampoco cabe agrupar los centros de trabajo para la elección del comité de empresa», «salvo en los supuestos legalmente previstos». Tampoco cabría agrupar centros de trabajo entre 6 y 10 trabajadores para elegir un comité de empresa conjunto (STS de 28 de mayo de 2009, Rec. 127/2008).

25. Rec. 1/77/2007.

una declaración programática cuya concreción y desarrollo es competencia exclusiva del Legislador ordinario, que los Tribunales de Justicia no pueden invadir... Habrá que estar pues, 'de lege data', al modelo de representación que, por lo que a los delegados de personal se refiere, aparece plasmado en el artículo 62 ET». Ciertamente, la generalización de conflictos colectivos cuyo ámbito de afectación es necesariamente la empresa y no cada uno de los centros de trabajo, como consecuencia de la clara apuesta de la reforma por las medidas de flexibilidad interna «en las empresas», parece reclamar la presencia de representantes legales de los trabajadores cuyo ámbito de actuación abarque todos los centros de trabajo. La potenciación del ámbito de negociación empresarial debe ir acompañada de la creación de fórmulas permanentes de representación de los trabajadores.

2. Estructura de la negociación colectiva

Doctrinalmente suele diferenciarse entre dos modelos de negociación: un modelo centralizado (donde predominan los convenios colectivos de sector de nivel geográfico superior) y un modelo descentralizado (donde el protagonismo corresponde a los convenios de nivel empresarial). Entre ambos niveles, el nacional y el de empresa, puede haber niveles intermedios, pero no suele ser lo habitual, aunque, como veremos a continuación, un dato característico del sistema español ha sido el predominio del convenio colectivo provincial.

Nuestro legislador no impone un determinado modelo de negociación, aunque, por el juego articulado de distintos preceptos del Estatuto de los Trabajadores resulta clara su preferencia por una determinada estructura. El punto de partida es que, en principio, la regulación formal de la estructura de la negociación colectiva, al igual que la regulación de la concurrencia entre convenios, se encomienda en España a los acuerdos interprofesionales o a los convenios sectoriales estatales o autonómicos (artículo 83.2 ET). En la práctica, nuestra estructura de negociación colectiva ha sido predominantemente sectorial, y por lo tanto centralizada, con un claro predominio del ámbito provincial, que ha cubierto a más de la mitad de los trabajadores asalariados. Tradicionalmente, se observa que los mayores aumentos salariales medios se han producido en los convenios provinciales. En consecuencia, una estructura de la negociación colectiva muy centrada en este ámbito, termina por provocar un encarecimiento de la mano de obra, y en particular, la menos cualificada (los llamados «salarios de entrada»)²⁶.

La unidad de negociación provincial se ha visto seriamente afectada por las sucesivas reformas de 2011 y 2012 que, a través de dos vías, se han planteado reducir su importancia:

- 1ª Limitando la excepción de la regla de concurrencia del artículo 84 ET a los convenios colectivos autonómicos.
- 2ª Mediante la consagración de la «prioridad aplicativa absoluta del convenio colectivo de empresa» respecto del convenio colectivo de ámbito superior, ya sea estatal, autonómico o provincial, sin posibilidad de que los acuerdos o convenios

26. MERCADER UGUINA, J. R., «La estructura y articulación de la negociación colectiva», en AA.VV. (Ramos Quintana, M., dir. y Grau Pineda, M. C., coord.), *La reforma sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo (Albacete, 2014), p. 49.

colectivos de ámbito estatal o autonómico del artículo 83.2 ET puedan establecer otra regla. Como se verá a continuación, la descentralización hacia el ámbito de empresa, mediante convenios o acuerdos de descuelgue, es uno de los objetivos de la reforma laboral.

Sin embargo, la doctrina ha advertido que el propósito del legislador puede chocar en la práctica con diversas limitaciones:

- La propia organización interna de las estructurales sindicales y asociaciones empresariales, organizadas en torno al ámbito provincial, que negocian por tener su propio espacio de negociación²⁷.
- La dificultad por unificar las diversas realidades territoriales y productivas existentes en el ámbito de una Comunidad Autónoma. Como ha señalado MERCADER UGUINA²⁸ el problema de los convenios provinciales no es un debate de estructura sino de contenido de los convenios: hay convenios provinciales (como el convenio del metal de Cataluña o los convenios provinciales del País Vasco) que cumplen una función real y otros que se alejan de dicha tarea. En este sentido, en el II AENC los agentes sociales no aceptaron la desaparición de los convenios provinciales, aunque hicieron una llamada a enriquecer su contenido, potenciando las medidas de flexibilidad que la empresa necesita, teniendo en cuenta su proximidad a la misma y la amplia cobertura de estos convenios²⁹.

Es pronto para valorar los efectos de la reforma, pero, partiendo de los datos aportados por las estadísticas del Ministerio de Empleo de convenios colectivos registrados a diciembre de 2013, nos aventuramos a afirmar que la negociación provincial está empezando a perder peso; en 2013 la negociación de ámbito provincial o inferior (se incluye el muy escaso número de convenios comarcales y municipales) perdió 1,12 puntos porcentuales en cuanto al número de acuerdos, pero la reducción de su importancia fue mucho mayor, ya que, en un solo año, ha perdido 9,11 puntos porcentuales de cobertura de trabajadores, pasando del 54,58% al 45,47%.

Dentro de esta nueva estructura de negociación colectiva, el papel de los convenios colectivos autonómicos, cuya presencia ha sido siempre muy reducida³⁰, se ha visto también limitado, ya que la excepción a la regla de concurrencia del artículo 84-3 ET se excepciona al someterlos al poder de los acuerdos y convenios estatales alcanzados conforme al artículo 83.2 ET: «salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2 ET».

CRUZ VILLALÓN³¹ vaticina que la distribución de espacio entre los diversos niveles negociales va a pervivir en lo sustancial, por diversas razones. En primer lugar, el claro predominio de empresas de dimensión pequeña sin representantes legitimados para negociar, impulsa, lógicamente a la negociación sectorial. Sólo será posible un incremen-

27. GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*, op. cit., p. 8.

28. MERCADER UGUINA, J. R., «La estructura y articulación de la negociación colectiva», op. cit., p. 51.

29. Apostaron, además, por la articulación de la negociación colectiva a través de convenios colectivos estatales o, en su defecto, autonómicos que deben facilitar la descentralización.

30. GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*, op. cit. p. 7.

31. CRUZ VILLALÓN, J., «Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva», op. cit., pp. 7 y 8.

to con peso de la negociación empresarial si se produce una transformación del tejido empresarial español evolucionando hacia empresas de dimensión mediana –o, añadimos, si se permite la negociación en este ámbito micro–. En segundo lugar, los cambios propiciados desde el BOE, pueden chocar con la cultura negocial en ciertos sectores, donde a pesar del tamaño medio, incluso grande, de las empresas, desde sus inicios se ha optado por el convenio de sector estatal; las partes prefieren en esos sectores el mantenimiento del convenio sectorial, sin perjuicio de su complemento con acuerdos de empresa de adaptación a las peculiaridades de cada una de ellas, pero sin llegar a constituir un nivel convencional nuevo. Es el caso de sectores tan importantes como la banca privada, la industria química, las grandes superficies comerciales, o bien el sector de las empresas de trabajo temporal.

3. El dinamismo de la negociación colectiva

Con el fin de procurar la adaptación del contenido de la negociación colectiva a los variables escenarios económicos y organizativos, la *ley 3/2012, de 6 de julio*, introdujo los siguientes cambios que afectan a la aplicación del convenio colectivo en el tiempo y que han supuesto el paso de un modelo estático de negociación colectiva a otro más dinámico:

3.1. La revisión anticipada del convenio antes de que finalice su vigencia

Como se expresa en el Preámbulo de la Ley 3/2012, esta reforma obedece a la necesidad de incentivar que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado. Dicha posibilidad no es nueva. Había sido admitida por nuestra jurisprudencia³² y se vio potenciada en la reforma introducida por el *Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva*, que atribuyó a la comisión paritaria las funciones de renegociación o adaptación del convenio a las circunstancias cambiantes que pudieran aparecer durante el periodo de vigencia del convenio [artículo 85.3.h) 2 ET]. En 2012 el legislador, retiró esta competencia a la comisión paritaria y se la atribuyó directamente a los sujetos legitimados para negociar un convenio, quienes deberán seguir el procedimiento previsto en los artículos 87 a 90 ET para la negociación de un convenio estatutario. En el nuevo modelo, la negociación anticipada del convenio no se llevará a cabo necesariamente por las partes que lo firmaron, como ocurría cuando esta competencia se residenciaba en la comisión paritaria, sino por quienes acrediten la representatividad exigida por los artículos 87 y 88 en el momento de presentarse la iniciativa de modificación.

No se trata de una medida que podamos llamar «patológica», en el sentido de que no está pensada para solventar situaciones de crisis del sector o de la empresa, por lo que no se exige la prueba de la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o productivas, aunque lógicamente la grave situación de crisis económica está siendo en la actualidad la principal razón que lleva a los negociadores a adoptar una de-

32. SSTS de 28 de mayo de 2012 (Rec. 225/2011) que cita las de 11 de julio de 2006 (Rec. 107/05), 30 de junio de 1998 (Rec. 2987/97) y 21 de febrero del 2000 (Rec. 686/99).

cisión de este tipo³³. No en vano, en la mayoría de los casos el objetivo final es rebajar las previsiones salariales del convenio en vigor. De hecho, no es infrecuente que en algunos convenios de empresa las partes renuncien a acudir a la técnica del descuelgue, sustituyéndola por la revisión parcial anticipada del convenio. Otra nota común es que la revisión anticipada del convenio de sector se está planteando en no pocas ocasiones como una reacción del sector frente a los descuelgues masivos de convenios, por parte de las empresas incluidas en su ámbito de aplicación, en un intento de evitar que se produzca un *dumping retributivo* (un ejemplo claro es el sector de empresas de seguridad privadas³⁴).

3.2. El nuevo régimen de la ultraactividad de los convenios

Otra preocupación presente en la reforma de 2012 era evitar las consecuencias que se producían tras la denuncia de un convenio, cuando la renegociación se tornaba lenta y conflictiva, produciéndose una «petrificación» de las condiciones de trabajo pactadas en el convenio durante un largo período de tiempo. Para evitar que se demore en exceso el acuerdo renegociador, el actual artículo 86.3 ET limita la ultraactividad del contenido normativo del convenio a un año, transcurrido el cual, «sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación». Por aplicación de la DT 4ª de la Ley 3/2012, en los convenios colectivos que ya estuvieran denunciados a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, los primeros efectos comenzaron a partir del día 8 de julio de 2013.

Para desbloquear la negociación del nuevo convenio, el propio artículo 86.3 prevé el recurso a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos, correspondiendo su establecimiento a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico del artículo 83 ET, que podrán prever el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje. Dichos acuerdos deberán expresar «en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio». Hasta tanto los acuerdos interpro-

33. Vid., por ejemplo el *Acuerdo de modificación del Convenio colectivo estatal del sector de la madera* (Res. de 1 de agosto de 2013, BOE de 19 de agosto).

34. En el ámbito del sector de las empresas de seguridad, la modificación anticipada de las tablas salariales previstas en el convenio colectivo para 2014 se justifica por la grave situación de crisis económica que atraviesa el sector y que está detrás de los ERES, negociación de convenios de empresa ex artículo 84 y procesos de inaplicación en las empresas. A ello se añade la nueva obligación de cotizar por el plus de transporte. En el acuerdo de mediación alcanzado ante el SIMA, las partes negociadoras se comprometen a instar a sus asociados a cumplir los siguientes compromisos:

- Cierre inmediato de todas las mesas de negociación abiertas, sean estas de ERE, convenios de empresa o inaplicación de convenio colectivo.
- Paralización inmediata de los mismos procesos que están por iniciarse.
- Retirada de aquellos procesos que ya estén firmados.
- Instar a las empresas que han suscrito convenios colectivos su retorno al convenio colectivo estatal durante la vigencia de éste.
- Tomar las medidas precisas en cada asociación a fin de aperebrar a aquellas empresas que inicien procesos de inaplicación o convenios colectivos de empresa por debajo de los costes del convenio sectorial.

fesionales no regulen este tipo de mecanismo de solución, en caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora y transcurrido el plazo máximo de negociación de los convenios colectivos, «las partes se someterán a un procedimiento de arbitraje»³⁵. En el ámbito estatal, a falta de disposición expresa del convenio, el *V Acuerdo sobre Solución Autónoma de conflictos laborales, suscrito el 7 de febrero de 2012*, optó por el carácter voluntario del arbitraje.

Recuerda GARCÍA VIÑA que el recurso a la mediación o al arbitraje para resolver los conflictos laborales y no acudir a juicio está muy extendido en Europa, tanto en la Unión Europea como en el resto del continente. Pero la obligatoriedad de ese arbitraje sí es una rareza en el continente: solo Estonia y Grecia aplican ese grado de exigencia. Sin embargo, el comité de la Organización Internacional del Trabajo, siguiendo la comisión de expertos, ha entendido como aceptable un arbitraje obligatorio cuando tras las negociaciones prolongadas e infructuosas, las negociaciones no saldrán del estancamiento sin la iniciativa de las autoridades³⁶.

Ante la proximidad de la fecha para el decaimiento de la ultraactividad de los convenios, en el *Acuerdo de la Comisión de Seguimiento del II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva sobre ultraactividad de los convenios colectivos*, publicado por Res. de 30 de mayo de 2013³⁷ las partes firmantes, en orden a la renovación y actualización de los convenios, formularon las siguientes recomendaciones dirigidas a los negociadores de los convenios colectivos que pudieran resultar afectados por la posible pérdida de la vigencia del convenio: antes de la finalización del plazo, los negociadores deben comprometerse a seguir el proceso de negociación, garantizando durante la duración mutuamente acordada de dicho proceso el mantenimiento del convenio vencido. Asimismo, cada una de las partes puede decidir que la negociación está agotada e instar la mediación obligatoria o el arbitraje voluntario. Finalmente, para la resolución de las situaciones de bloqueo, las partes negociadoras deben acudir a los sistemas de solución extrajudiciales, ya sea nacional o autonómico. Las partes deberán acudir de manera urgente a la mediación o al arbitraje voluntario en aquellos convenios que hayan sido denunciados con dos años de antelación al 8 de julio de 2013, y que a la fecha no se hubieran renovado.

El artículo 86.3 ET tiene carácter dispositivo, ya que admite el pacto en contrario. El pacto puede tener el contenido que las partes decidan, por ejemplo, puede prever un plazo más largo de ultraactividad, para todo o para una parte del convenio³⁸ o incluso que el laudo arbitral pueda decidir esta prórroga extendida. Respecto de la validez de los pactos en contrario al cese de la ultraactividad recogidos en los convenios suscritos antes de la Reforma de 2012, cuando el régimen que operaba por defecto era distinto del ahora aplicable, existen dos posibles interpretaciones:

35. DA 1ª del RDL 7/2011, de 10 de junio, en vigor por no haber sido derogada expresamente ni tácitamente por contradicción.

36. GARCÍA VIÑA, J., «La pérdida de vigencia del convenio», *Relaciones Laborales*, núm. 11, noviembre 2013 (versión digital).

37. BOE núm. 142, de 14 de junio.

38. Como demuestran estudios recientes, en torno a la mitad de los convenios firmados tras la reforma incorporan las clásicas «cláusulas de ultraactividad indefinida» y en torno al 20% fijan cláusulas de ultraactividad ampliada o suplementaria. *Vid.*, ÁLVAREZ MONTERO, A., «Las nuevas cláusulas convencionales de inaplicación de convenios: de las normas a las prácticas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de estudios financieros*, núm. 374, mayo 2014, p. 15.

- una «liquidacionista»³⁹, asumida por algunos tribunales superiores de justicia⁴⁰, que entiende que este tipo de pactos no se establecieron con voluntad de exceptuar el régimen legal actual, sino de incorporar al convenio, sin más, el vigente al tiempo de su suscripción, de modo que no sería el «pacto en contrario» que exige el nuevo artículo 86.3 ET.
- otra «continuista», sostenida por una buena parte de la doctrina laboralista⁴¹, y que ha sido recogida por la Audiencia Nacional⁴² y, hasta el momento, por la mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia en varias sentencias⁴³. En concreto en la SAN de 23 de julio de 2013⁴⁴, la Sala considera que «la respuesta a este problema exige un apego al caso concreto, puesto que no parece razonable ni jurídicamente realista mantener que todos los convenios denunciados antes de la reforma han finalizado su vigencia el 8 de julio de 2013, sin matiz alguno (puesto que no es eso lo que dice el legislador), ni tampoco que todos perviven como si nada hubiera cambiado en la regulación legal». En el caso de litigio la Audiencia declaró la validez de la cláusula de mantenimiento de ultraactividad pues «teniendo las partes a su alcance la posibilidad de limitar la vigencia ultraactiva del mismo, expresamente indicaron que, una vez denunciado y finalizado el periodo de vigencia restante o el de cualquiera de sus prórrogas, permanecerían vigentes las cláusulas normativas hasta tanto no se produjera la entrada en vigor del convenio que hubiera de sustituir al presente. Eso es lo que las partes han establecido, con el beneplácito de un régimen legal que sólo ha alterado la regla subsidiaria».

La lectura del artículo 86.3 ET plantea serios problemas interpretativos lo que pone de relieve que las soluciones aportadas por el legislador son incompletas. Esta situación está generando una gran inseguridad jurídica entre los empresarios y los operadores jurídicos.

39. Esta es la tesis defendida por SEMPERE NAVARRO, GOERLICH PESET, DURÁN LÓPEZ, entre otros.

40. SSTSJ Castilla y León/Valladolid de 3 de abril de 2014 (Rec. 278/2014) en relación con el convenio provincial de hostelería y turismo de la provincia de León y Andalucía/Granada de 23 de enero de 2014 (Rec. 2285/2013), en relación con el convenio del Ayuntamiento de Baeza.

41. Esta es la tesis defendida por CRUZ VILLALÓN, CASAS BAAMONDE, SALA FRANCO, APARICIO TOVAR, BAYLOS GRAU, ALFONSO MELLADO, FERNÁNDEZ LÓPEZ, GOÑI SEIN, LÓPEZ GANDÍA, MOLINA NAVARRETE, MERINO SEGOVIA, OLARTE ENCABO, entre otros.

42. SSAN de 19 de noviembre de 2013 (Rec. 369/2013) y 20 de enero de 2014 (Rec. 395/2013) respecto del Convenio Colectivo Nacional de servicios de prevención ajenos. En el mismo sentido, SAN 31 de enero de 2014 (Rec. 440/2013) respecto del V convenio de ETT. También, SAN de 23 de diciembre de 2013 (Rec. 468/2013): la Sala ordenó que el abono los incrementos retributivos para los años 2012 y 2013 se realizaran conforme al IPC, por considerar que las partes convinieron que se mantendrían en vigor las cláusulas normativas del convenio, una vez denunciado el mismo, y la cláusula de revisión salarial es una cláusula normativa, que debe aplicarse en sus propios términos.

43. STSJ Galicia de 4 de febrero de 2014 (Rec. 3894/2013); varias SSTSJ País Vasco de 19 de noviembre de 2013 (Rec. 37/2013) y 26 de noviembre de 2013 (Rec. 43/2013) relativas al Convenio Colectivo provincial de limpieza de edificios y locales de Guipúzcoa. También STSJ País Vasco de 18 de marzo de 2014 (Rec. 418/2014) en relación con el convenio colectivo de la industria siderometalúrgica de Vizcaya; STSJ Región de Murcia de 28 de octubre de 2013 (Rec. 14/2013); SSTSJ Madrid de 7 de marzo 2014 (Rec. 1768/2013) y 18 de noviembre de 2013; STSJ Cantabria de 4 de abril de 2014 (Rec. 109/2014), en relación con el convenio colectivo de la Hostelería de Cantabria.

44. SAN de 23 de julio de 2013 (Rec. 205/2013) recaída frente a la decisión de la empresa Air Nostrum Líneas Aéreas del Mediterráneo, S.L. de decidir unilateralmente el régimen de trabajo y los salarios, tras, en su opinión, pérdida de vigencia del convenio colectivo.

Un primer problema, de no siempre fácil solución, será determinar cuál es «el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación». Las propias partes negociadoras pueden haberlo expresado en el convenio, como ya se está haciendo⁴⁵, y como sería deseable que se generalizara en los futuros convenios. La determinación de cuál sea el convenio aplicable territorial y funcionalmente exigirá la lectura atenta de los ámbitos funcionales y territoriales de convenios similares para determinar si dentro del descriptor del ámbito funcional (que debería definir las actividades económicas) y del ámbito territorial pueden incluirse las relaciones laborales que se regulaban por el convenio que perdió su vigencia, lo que no es tarea fácil «puesto que los ámbitos convencionales suelen utilizar cláusulas de corta y pega, lo que deja fuera de juego múltiples subsectores, siendo especialmente complejo de identificar el aplicable a las empresas de multiservicios, donde deberá entrar en juego el que se cohoneste con la actividad dominante»⁴⁶. En esta labor de selección, las partes contarán con la ayuda de la Comisión Consultiva nacional de convenios colectivos, una de cuyas funciones es, precisamente, emitir dictámenes no vinculantes en esta materia (artículo 12 RD 1362/2012). Lo mismo cabe decir de los órganos de las CC.AA. que han asumido este tipo de competencias.

Dada la estructura de la negociación colectiva española, será frecuente que esa búsqueda concluya con la localización de varios convenios que podrían ser aplicables a la empresa. En este caso ¿cómo se interpreta el término «de ámbito superior»? No puede referirse a una «superioridad jerárquica» ya que, como recuerda la Audiencia Nacional en sentencia de 31 de marzo de 2014⁴⁷ «en el sistema español de negociación colectiva no existen escalas de jerarquía normativa, sino que todos los convenios colectivos estatutarios son iguales en rango (salvo el supuesto de los acuerdos y convenios reguladores de la estructura de la negociación contemplados en el artículo 83.2)». Por esta razón, la superioridad de un convenio sobre otro va referida solamente al ámbito de aplicación, como expresamente aclara la norma, teniendo en cuenta que ese ámbito más amplio puede ser territorial, pero también personal o funcional. La comparación, por otro lado, no ha de hacerse con el convenio que ha perdido vigencia, sino con los demás convenios eventualmente aplicables, si existiesen. En caso de haber varios convenios posibles de aplicación, habrá de elegirse, el de ámbito mayor. Pero no es exigible necesariamente que el convenio que ahora se va a aplicar tenga un ámbito mayor que aquél que ha perdido vigencia, puesto que este último no es el término de comparación del adjetivo «superior».

Debe aclararse que la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior no es un caso de sucesión de convenios, sino una herramienta prevista legalmente para llenar temporalmente un vacío, en el bien entendido que dicho convenio será sustituido por el nuevo acuerdo alcanzado por las partes negociadoras⁴⁸.

Pero si la selección del convenio colectivo aplicable ha generado multitud de problemas, no es comparable con el que se origina cuando ese convenio no existe. Nuevamente, encontramos dos líneas interpretativas:

45. CASAS BAAMONDE, M. E., «La pérdida de ultraactividad en los convenios colectivos», *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2013 (versión digital).

46. BODAS MARTÍN, R., «La negociación colectiva: obstáculo o incentivo para la adaptabilidad empresarial», Ponencia de 11 de diciembre de 2013, Madrid (accesible en <http://www.ugt.es/actualidad/2014/febrero/boletín16/4docu.pdf>, formato pdf, p. 29).

47. Rec.36/2014.

48. CASAS BAAMONDE, *op. cit.*

- La tesis «abolicionista» sostiene que la pérdida de vigencia del convenio implica la desaparición de los derechos y obligaciones contenidos en el mismo, aplicándose las normas legales y reglamentarias vigentes. Esta posición se apoya en la idea de que el convenio colectivo obliga a empresarios y trabajadores durante su vigencia (artículo 82.3 ET) de manera que, si el convenio colectivo pierde su vigencia, deber ser sustituido por las leyes y la regulación reglamentaria del Estado, lo que constituye a su juicio un vacío jurídico, ya que desaparecida la vigencia del convenio, las relaciones laborales pasan a regularse por las demás fuentes contenidas en el artículo 3.1 ET⁴⁹.
- Por el contrario, la tesis «conservacionista» defiende que la pérdida de vigencia del convenio estatutario, no hace desaparecer la regulación prevista en el Convenio. Dentro de esta línea interpretativa, los autores difieren en la fundamentación. Un primer bloque, defiende que el convenio colectivo se convertiría en convenio extraestatutario, por lo que perdería su eficacia normativa, pero no su eficacia contractual⁵⁰; se ha defendido también que «para la decadencia del convenio colectivo... es imprescindible que la autonomía colectiva aporte soluciones alternativas, que den cobertura a los trabajadores afectados» manteniéndose la ultraactividad en caso contrario⁵¹; el tercer bloque defiende que, pese a la pérdida de la naturaleza normativa del contrato, las obligaciones, causadas por el convenio, mantendrían su vigencia como manifestación propia de la buena fe contractual de ambas partes (ex artículo 1258 del Código civil)⁵²; el cuarto bloque conservacionista ha mantenido, al menos para los trabajadores contratados antes de la reforma, que las condiciones existentes en el convenio pasarían a formar parte de sus contratos de trabajo, pudiendo, en su caso modificarse mediante acuerdos colectivos o individuales entre las partes, o a través del procedimiento del artículo 41 ET⁵³. En esta línea destaca la interpretación que el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco está haciendo de la reforma. En varias sentencias⁵⁴, recaídas en relación con el Convenio Colectivo provincial de limpieza de edificios y locales de Guipúzcoa, la Sala considera que es de aplicación el convenio colectivo estatal respecto de las materias que regula y respecto de las que no regula, debe mantenerse el convenio colectivo provincial en tanto conti-

49. Sostienen esta tesis, entre otros, LÓPEZ ANIORTE, NAVARRO NIETO, ROQUETA BUJ, PURCALLA Y PRECIADO, MERCADER UGUINA, GOERLICH PESET, SALA FRANCO, LLANO SÁNCHEZ, SEMPERE Y NAVARRO y GARCÍA VIÑA.

50. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero de la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva», en AA.VV. (Escudero Rodríguez coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca (Madrid, 2012), p. 54.

51. MERINO SEGOVIA, *La negociación colectiva tras las reformas de 2012*, Bomarzo (Albacete, 2012), p. 261; OLARTE ENCABO, «Cuestiones críticas en torno a la ultraactividad de los convenios», ponencia en el Foro de debate La ultraactividad de los convenios colectivos de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 29 de mayo de 2013, (versión electrónica disponible en <http://www.empleo.gob.es>), pp. 11 y ss.

52. BODAS MARTÍN, R., «La negociación colectiva: obstáculo o incentivo para la adaptabilidad empresarial», Ponencia de 11 de diciembre de 2013, Madrid (accesible en <http://www.ugt.es/actualidad/2014/febrero/boletin16/4docu.pdf>), p. 33.

53. CRUZ VILLALÓN, J., «El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012», *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, p. 414; MOLINA NAVARRETE, C., «La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último «botín» de los mercaderes del tiempo?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 340, 2011, p. 157; CASAS BAAMONDE, *op. cit.*, pp. 24 y ss.

54. SSTSJ País Vasco de 19 de noviembre de 2013 (Rec. 37/2013) y 26 de noviembre de 2013 (Rec. 43/2013).

núan las negociaciones para un nuevo convenio, sin perjuicio, de que el empresario pueda acudir al artículo 41 ET para modificar las condiciones de trabajo⁵⁵, lo que supone la admisión de que las cláusulas del convenio anterior se habían contractualizado⁵⁶.

En la práctica se advierte que la mayoría de las empresas están actuando de manera responsable, ya que, pese a que muestran preferencia por las tesis liquidacionistas, no están llegando al extremo de sustituir las condiciones de trabajo previstas en el convenio decaído, por los mínimos legales. Lo habitual es que, siguiendo las recomendaciones de sus respectivas patronales, notifiquen a los trabajadores que, a partir del transcurso del año, la empresa mantendrá todas o algunas de las condiciones previstas en el convenio colectivo, sin que ello suponga el nacimiento de condiciones más beneficiosas⁵⁷. Esta forma de actuar obedece también a una actitud cautelosa, ante un futuro pronunciamiento judicial de impredecible resultado.

Desde una perspectiva de Derecho comparado, la incorporación de las condiciones del convenio a los contratos individuales es la regla más generalizada, ya sea en relación con todas las antiguas cláusulas de los convenios colectivos o sólo con algunas, como sucede en Bélgica, Italia o Portugal. En todo caso, en Francia, las ventajas individuales del convenio denunciado no se aplican a los trabajadores contratados con posterioridad a la finalización del plazo de ultraactividad⁵⁸.

Ambas posiciones doctrinales se encuentran sólidamente fundamentadas. Desde un punto de vista práctico, la posición abolicionista provoca problemas no sólo para los

55. En el mismo sentido, STSJ País Vasco de 1 de abril de 2014 (Rec. 9/2014) en relación con la decisión de la empresa de aplicar unilateralmente el convenio colectivo de la industria siderometalúrgica de Guipúzcoa hasta el 31 de diciembre de 2014.

56. Sin embargo, el TSJ País Vasco en sentencia de 1 de abril de 2014 (Rec. 9/2014) considera que «no debemos hacer lucubraciones teóricas o doctrinales sobre la llamada cuestión de la «contractualización» de aquellas condiciones del previo convenio colectivo, puesto que lo que se está impugnando es una medida empresarial que ya hemos dicho que constituye una modificación sustancial de condiciones, al trocar en concesión unilateral del empresario lo que eran las condiciones sustanciales que regulaba el anterior convenio colectivo y por ello, aunque se mantenga que lo que el artículo 86 número 3 del Estatuto de los Trabajadores lo que dice es que, en el caso allí previsto, no rige el convenio colectivo, ni como norma ni como pacto en forma alguna, lo cierto es que lo que el Estatuto de los Trabajadores no dice es que, en tal caso, el empresario pueda disponer de los extremos de la relación laboral que venían siendo regulados por aquel convenio colectivo que ya no está en vigor a su propia y exclusiva voluntad. No dispone que tales extremos deban ser decididos por el empresario de forma unilateral».

57. Por ejemplo, en el litigio de la STSJ País Vasco de 1 de abril de 2014 (Rec. 9/2014), el Tribunal se pronuncia en relación con la decisión de la empresa de aplicar unilateralmente el convenio colectivo de la industria siderometalúrgica de Guipúzcoa hasta el 31 de diciembre de 2014. En la STSJ Asturias de 25 de abril de 2014 (Rec. 249/2014) la empresa comunicó individualmente a los trabajadores que de manera transitoria y no consolidable continuaría aplicando las condiciones previstas en el decaído convenio provincial de la Hostelería, a los empleados actuales durante un plazo máximo de tres meses en tanto en cuanto previa información y consulta a la Representación de los trabajadores determinase sus nuevas condiciones laborales y económicas de aplicación. En las SSAN de 19 de noviembre de 2013 (Rec. 369/2013) y 20 de enero de 2014 (Rec. 395/2013) algunas empresas del sector (de servicios de prevención ajenos) enviaron a los trabajadores un comunicado en el que advertían que, ante la pérdida de vigencia del convenio colectivo, la empresa había decidido mantenerlo *ad cautelam* e inicialmente hasta el 31 de diciembre de 2013, entendiéndose que esa aplicación no consolidaba esas condiciones, ni suponía su consideración como derechos adquiridos o su incorporación automática al ámbito del contrato individual de los trabajadores. En el mismo sentido SAN 31 de enero de 2014 (Rec. 440/2013) respecto del V convenio de ETT. En concreto, el 8 de julio de 2013 RANDSTAD hizo público un comunicado, en el que notificaba el mantenimiento del V Convenio hasta el 31 de diciembre de 2013, sin que dicha actuación comportara condición más beneficiosa. ADECCO emitió un comunicado similar.

58. GARCÍA VIÑA, «La pérdida de vigencia del convenio», *op. cit.*

trabajadores sino también para los empresarios y, ni siquiera, es defendida por la propia CEOE⁵⁹. Como ha recordado recientemente BODAS MARTÍN, esta solución dejaría sin regulación instrumentos decisivos para el funcionamiento de las empresas que la propia ley remite a la negociación colectiva, como el sistema de clasificación profesional (artículo 22 ET), la promoción profesional (artículo 24 ET) el modelo de recibo de salarios (artículo 29.1 ET), la distribución irregular de la jornada ordinaria, rebasando el límite máximo de las 9 horas ordinarias (artículo 34.3 ET) o las reglas de acomodación de la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de la plantilla en la empresa (artículo 67.1 ET) así como el régimen disciplinario (artículo 54 ET)».

En cualquier caso, no es admisible la imposición unilateral de condiciones por parte del empresario, ya que es contraria a nuestro sistema laboral basado ante todo en la negociación ya sea colectiva o individual⁶⁰. Desde el punto de vista de la gestión de las empresas, si el empresario impone unilateralmente o mediante negociaciones individuales, las nuevas condiciones de trabajo, «corre el riesgo de abrir múltiples frentes, especialmente aquellos que afecten al derecho de igualdad, lo que supondrá, en la práctica que la nueva regulación de la ultraactividad dirigida a promover más y mejores convenios, que aseguren la adaptabilidad de las empresas a las necesidades del mercado o a los requerimiento de la demanda, perderá de vista dichos objetivos y hará mucho más ingobernable a la empresa»⁶¹.

4. La adaptabilidad del convenio colectivo a las circunstancias de la empresa

Con el fin de favorecer la adaptación de las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa, la ley 3/2012 incorporó dos medidas que afectan a la eficacia general del convenio: por un lado, fortaleció la prioridad del convenio de empresa y, simultáneamente removió los obstáculos que podían dificultar la adopción de una decisión de inaplicación del convenio colectivo.

4.1. La prioridad aplicativa del convenio de empresa posterior

El artículo 84.2 ET dispone que la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa o de grupo de empresas o de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, aunque sólo para las materias que enuncia el propio precepto: a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos

59. Vid., Circular de la CEOE para la negociación colectiva 2014.

60. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «Aplicación temporal del convenio colectivo: finalización del convenio y régimen posterior de condiciones de trabajo (ultraactividad)», en AA.VV. (dir. Ramos Quintana, M. I., y Grau Pineda, M. C.), *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo (Albacete, 2014), p. 150.

61. BODAS MARTÍN, «La negociación colectiva: obstáculo o incentivo para la adaptabilidad empresarial», *op. cit.*, p. 34.

y la planificación anual de las vacaciones. d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa. f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

El legislador ha seleccionado aquellas materias que se identifican con las más cercanas a la realidad de las empresas, y respecto de las que, en mayor medida, tiene justificación una regulación particularizada. No se trata de una lista cerrada, ya que los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 ET podrán ampliar la relación de condiciones de trabajo.

El reconocimiento de la prioridad aplicativa del convenio de empresa no es nuevo, sino que tiene su origen en el *Real Decreto-Ley 7/2011*. El canal previsto en el Estatuto de los Trabajadores para «descolgarse» de los salarios del convenio aplicable, no satisfacía por completo las necesidades de flexibilidad reclamadas desde el sector empresarial, ya que se trataba de una medida excepcional prevista para situaciones «patológicas» en las que la empresa atravesaba una situación económica negativa. Las empresas, y así lo asumió el legislador, exigían a este mecanismo una flexibilidad mayor, pues se quería utilizar como herramienta de gestión ordinaria, sin necesidad de que se encontraran en una situación de crisis⁶². En la propia Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 7/2011 se indica que una de las finalidades de la reforma es favorecer una mejor ordenación de nuestra negociación colectiva, propiciando a la vez una negociación colectiva más cercana a la empresa y una negociación colectiva sectorial más adaptada a la situación de cada concreto sector de actividad económica. En su versión original el artículo 84.2 preveía, no obstante, una excepción, ya que el convenio de empresa sólo primaría en tanto un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de Comunidad autónoma negociado según el artículo 82.3 ET no estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios. La reforma de 2012 es de gran calado en este punto, ya que garantiza la prioridad «absoluta» del convenio de empresa, sobre el sectorial⁶³. En orden al ámbito temporal de aplicación de este principio, interesa subrayar que el artículo 84.2 ET se sitúa dentro de las reglas de prohibición de concurrencia entre convenios colectivos estatutarios, por lo que el término «vigencia» empleado en el precepto y referido al convenio de ámbito superior, no abarcaría la fase de prórroga automática, ni de ultraactividad del convenio⁶⁴. El proceso negociador, que sigue la tramitación de los artículos 89 a 91 ET, concluirá con la firma de un auténtico convenio colectivo, que es negociado por los sujetos legitimados para negociar este tipo de convenios conforme a las reglas del artículo 87.1 ET, lo que excluye la posibilidad de su conclusión si en la empresa no hay representantes legales (unitarios o sindicales) de los trabajadores.

62. MOLINA NAVARRETE, C., «La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último «botín» de los mercados del tiempo?», *op. cit.*, pp. 17-18.

63. La SAN de 13 de noviembre de 2013 (Rec. 278/2013) declaró la nulidad de la previsión del Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes que limitaba la unidad de negociación al ámbito estatal, con exclusión de cualquier otra.

64. GORELLI HERNÁNDEZ, J., «La concurrencia de convenios colectivos en la jurisprudencia laboral», *Temas Laborales*, núm. 108, 2011, p. 30. OLARTE ENCABO, S., «Cuestiones críticas en torno a la ultraactividad de los convenios», *op. cit.*, p. 11, nota 3.

A semejanza que la técnica de inaplicación de convenio, se produce una descentralización del modelo de relaciones laborales hacia la empresa, pero a diferencia de aquella, la descentralización en este caso es a-causal. Precisamente por ello, por no ser una medida patológica, el proceso negociador no está sometido a plazo. La mayor ventaja que presenta la negociación de un convenio propio podría hacer pensar en un abandono de la técnica de la inaplicación, sobre todo, desde el momento en que el artículo 82.3 ET ya no exige demostrar la existencia de una situación de crisis empresarial. Será algo que deba valorar cada empresa, teniendo en cuenta no sólo esta variable sino también la mayor complejidad y lentitud que implica la negociación de un convenio en comparación con un acuerdo de empresa⁶⁵.

La medida parece estar dirigida a las pymes con una plantilla superior a cinco trabajadores, ya que las grandes empresas tradicionalmente han tenido un convenio colectivo propio desvinculado del de sector⁶⁶.

Según datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, se observa que desde la reforma iniciada en 2011, ha venido aumentando significativamente el número de convenios de empresa. Durante el año 2013 se firmaron 500 convenios más de empresa que en 2012. Sin embargo, aunque las cifras siguen siendo elevadas, se aprecia levemente una tendencia a reducir su peso dentro del total de convenios colectivos. Mientras que en el año 2012 los convenios de empresa supusieron el 78,32%, en el año 2013 este porcentaje ha descendido al 74,75%. Disminuye también el porcentaje de trabajadores afectados en relación con 2012. Si en este año, los convenios de empresa afectaban al 9% de los trabajadores, en 2013 el porcentaje se sitúa en el 6,8% de los trabajadores.

CONVENIOS COLECTIVOS FIRMADOS POR AÑOS DE FIRMA

POR AÑO DE FIRMA	CONVENIOS			TRABAJADORES		
	TOTAL	EMPRESA	ÁMBITO SUPERIOR A LA EMPRESA	TOTAL	EMPRESA	ÁMBITO SUPERIOR A LA EMPRESA
2011	1.361	1.032	329	2.625.913	251.479	2.374.434
2012	1.573	1.232	341	3.193.624	287.835	2.905.789
2013	2.317	1.732	585	5.107.423	348.233	4.759.190
2014	2257	2.198	259	2.423.484	236.700	2.386.784

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo-abril 2014.

65. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., «Claves generales de las reformas de la negociación colectiva efectuadas por la Ley 35/2010 y por el Real Decreto-Ley 7/2011», en AA.VV. (García Perrote-Escartín, I y Mercader Uguina, J. R., dir.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Lex Nova (Valladolid, 2011), pp. 61-62.

66. MERINO SEGOVIA, A., «Estructura de la negociación colectiva y flexibilidad interna: la preferencia del convenio colectivo de empresa en la ordenación de las condiciones de trabajo», en AA.VV. (Ramos Quintana, dir. y Grau Pineda coord.), *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo (Albacete, 2014), p. 90.

4.2. La inaplicación de los convenios colectivos

Se trata de una institución que, a pesar a la notoriedad que ha alcanzado en los dos últimos años, tiene su origen en los años setenta y principios de los ochenta, cuando la grave crisis económica por la que atravesaba nuestro país, llevó al legislador y a los interlocutores sociales a adoptar medidas de contención de salarios, permitiéndose, además, a partir del Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva de 5 de enero de 1980, que las empresas en situación de dificultad económica inaplicaran las subidas salariales previstas en los convenios de sector⁶⁷. Hubo que esperar al año 1994, para que las conocidas como «cláusulas de descuelgue salarial» se instaurasen en nuestra legislación, y al año 2010 para que el *Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio*, permitiera la modificación sustancial de condiciones de trabajo no salariales, previstas en los convenios estatutarios a través del procedimiento previsto en el 41.6 ET. Otro detalle significativo de la reforma fue la «rebaja del carácter colectivo de los legitimados para la inaplicación salarial» ya que el protagonismo dejó de estar en los negociadores de los convenios colectivos supraempresariales para situarse en el ámbito de la empresa, dado que los legitimados para negociarlo ya no iban a ser quienes determinarían los convenios colectivos supraempresariales, sino «los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo»⁶⁸. La última reforma, iniciada a principios de 2012 con el *Real Decreto-Ley 3/2012*, ha creado un único procedimiento de inaplicación de convenios colectivos y lo ha hecho reconduciendo la regulación de la modificación sustancial de condiciones de trabajo con origen en convenio colectivo estatutario desde el artículo 41.6 hasta el artículo 82.3.

La técnica de la inaplicación puede y debe ser analizada desde dos puntos de vista: por un lado, supone una excepción a la eficacia general de los convenios que regula el artículo 82.1 ET, pero, por otro lado, las reformas de 2010 y 2012 han destacado, ante todo, su naturaleza de medida de flexibilidad interna, de herramienta de gestión empresarial que se ofrece a los empresarios como alternativa al despido, situándose en el mismo plano que la movilidad geográfica (artículo 40 ET), la modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41 ET), la suspensión del contrato y la reducción temporal de jornada (artículo 47 ET). No obstante, a diferencia de las otras técnicas de flexibilidad interna, no se regula en el Título I, sino, como no podía ser de otra manera, en el Título III dedicado a la negociación colectiva. A diferencia de lo que ocurre en un acuerdo de modificación parcial de convenio colectivo, no se modifica el convenio afectado, cuyas cláusulas no son sustituidas, sino que continúa aplicándose al resto de las empresas no afectadas por el acuerdo de inaplicación. En este sentido, puede afirmarse que el artículo 82.3 recoge una norma especial de concurrencia de relaciones colectivas que otorga a los «acuerdos de empresa» prioridad aplicativa sobre los convenios colectivos del título III ET.

En la medida en que constituye una excepción a la regla de la eficacia general de los convenios colectivos, tiene carácter extraordinario, exigiéndose la concurrencia de

67. Sobre el procedimiento de inaplicación de convenios colectivos en general, *vid.* ALARCÓN CASTELLANOS, M., ROLDÁN MARTÍNEZ, A. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, A., «La inaplicación del convenio colectivo: el último límite al poder unilateral de dirección del empresario tras las reformas de 2012», *Revista Internacional del mundo económico y del Derecho*, vol. IV, 2012, pp. 1-34.

68. Laudo arbitral de Ojeda Avilés en el procedimiento de arbitraje seguido en el SIMA en el conflicto de interpretación y aplicación de normas suscitado en el ámbito de la empresa Kuick Services, SL (Res. de 3 de febrero de 2014, BOE de 14 de febrero de 2014).

unas causas que define y ejemplifica el legislador y que coinciden prácticamente con las exigidas para el despido por causas económicas, técnicas, organizativas y productivas.

El carácter excepcional se manifiesta también en la limitación del ámbito objetivo del acuerdo de inaplicación, que únicamente (*numerus clausus*) podrá afectar a las siguientes materias que, como puede observarse, constituyen el «núcleo duro» de todo convenio colectivo: a) Jornada de trabajo. b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo. c) Régimen de trabajo a turnos. d) Sistema de remuneración y cuantía salarial. e) Sistema de trabajo y rendimiento. f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 de esta Ley. g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social.

Por la parte social, intervienen como interlocutores los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el artículo 87.1 ET, pero, precisamente, por su condición de medida de flexibilidad interna, el legislador facilita al máximo la consecución de un acuerdo, incluso en aquellas empresas donde no existe representación legal de los trabajadores, previendo la constitución de comisiones «ad hoc» (el artículo 41.4 ET se aplica por remisión del artículo 82.3).

La flexibilidad introducida en la técnica de inaplicación por la reforma de 2012, no ha llegado hasta el extremo de convertirla en una decisión unilateral del empresario, tal como en su momento propuso un sector empresarial (CEIM) respecto del descuelgue salarial. Precisamente porque la inaplicación no puede imponerse unilateralmente, el legislador facilita la adopción de la decisión, exigiendo que en caso de que surjan discrepancias en el periodo de consultas, las partes se sometan a los procedimientos extrajudiciales de solución de conflictos. Puede afirmarse que el proceso de adopción de la decisión de inaplicar el convenio se estructura en cuatro procedimientos. El principal de ellos, ya lo hemos visto, es la negociación de un acuerdo directo entre representantes de los trabajadores y la empresa. Si este procedimiento fracasa, las partes «podrán» o, incluso, «deberán» seguir alguno o algunos de los procedimientos que el legislador ofrece como mecanismos para desbloquear la negociación:

- En caso de desacuerdo durante el periodo de consultas cualquiera de las partes «podrá» someter la discrepancia a la comisión del convenio.
- Si en la Comisión paritaria no se llega a un acuerdo o, si ninguna de las partes solicita su intervención, las partes «deberán» recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 de la presente Ley, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante.
- Sólo en el caso de que no fueran aplicables los procedimientos anteriores o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes «podrá» someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas. No se requiere la conformidad de las dos partes para someter la cuestión al arbitraje de la comisión, lo que convierte a este arbitraje en obligatorio.

La duración del acuerdo de inaplicación o del laudo arbitral, será el acordado en el correspondiente instrumento, con la limitación de que «no podrá prolongarse más allá

del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa». El acuerdo de inaplicación, como el convenio de empresa⁶⁹, no puede tener carácter retroactivo, de modo que no pueden afectar, por ejemplo, a salarios ya devengados aunque no hayan sido todavía percibidos. Ello es así por aplicación del principio de irretroactividad establecido en el artículo 2.3 del Código Civil, irretroactividad que igualmente proclama el artículo 9.3 de la Constitución Española en relación con las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales⁷⁰. Pese a la práctica relativamente frecuente de que transcurra un período extenso de tiempo entre la firma y la publicación del convenio, no se admite el descuelgue del nuevo convenio antes de su publicación en el Boletín Oficial correspondiente, ya que el artículo 82.3 ET refiere la inaplicación al convenio colectivo «aplicable». Y lo cierto es que mientras no sea publicado no está aplicable, es más, partiendo de doctrina reiterada del Tribunal Supremo, carece de la naturaleza de convenio colectivo estatutario⁷¹. Sí sería admisible la iniciación del período de consultas antes de la publicación del Convenio colectivo ya firmado, siempre que el Acuerdo que se obtenga quede postergado en su eficacia al momento de publicación de la norma⁷². Se ha considerado también un caso de retroactividad prohibida, la deci-

69. En relación con un convenio de empresa que pretendía la aplicación retroactiva de unas tablas salariales a un período en el que se encontraba vigente un convenio de ámbito superior, *vid* SAN de 29 de mayo de 2013 (Rec. 130/2013). Considera la Sala que el convenio de empresa sólo puede desplegar efectos hacia el futuro, pero no puede hacerlo retroactivamente respecto a los salarios ya devengados en determinada anualidad. Esta doctrina es extrapolable tanto al acuerdo como a la decisión de inaplicación.

70. En relación con descuelgue, *vid.*, SSAN de 17 de julio de 2013 (Rec. 168/2013), de 20 de enero de 2014 (Rec. 340/2013) y de 23 de enero de 2014 (Rec. 422/2013). *Vid.* también el Expediente de la CCNCC 05/2013 (Decisión del Pleno de 21-5-2013). En concreto respecto de los conceptos económicos, se decidió por unanimidad «que los conceptos salariales relativos al año 2012 se habían de entender como derechos económicos adquiridos de los trabajadores por tratarse de mensualidades en las que efectivamente se ha prestado el servicio y, por tanto, ya devengados. Y por ello, los efectos de la inaplicación solicitada de la Disposición Adicional Tercera del III Convenio deberían versar, en su caso, sobre los conceptos salariales y la mejora voluntaria de la acción protectora de la Seguridad Social relativos al ejercicio 2013». En los Expedientes 06/2013 de la CCNCC (Decisión del Pleno de 27-6-2013) y 08/2013 (Decisión del Pleno de 8-7-2013) se rechaza que la decisión tenga efectos desde la iniciación del procedimiento, debiendo situarse la fecha de inicio en la fecha de la decisión. En el mismo sentido se pronuncia MONTROYA MELGAR, en el laudo emitido a instancia de la CCNCC el 31 de julio de 2013 (Expediente 16/2013) y MORALES PARRA en el laudo emitido a instancia de la Comisión Consultiva Regional de Castilla-La Mancha el 2 de septiembre de 2013.

71. SSTs de 23 de octubre de 2012, recaída en relación con Acuerdos sobre materias concretas, y 19 de enero de 2011 y STC 151/1994, de 23 de mayo de 1994. En el laudo emitido por CAVAS MARTÍNEZ el 10 de febrero de 2014, en el Expediente 1/2014, se rechaza la posibilidad de aplicar retroactivamente el descuelgue. La empresa inició el período de consultas una vez firmado el convenio, en junio de 2013, que no fue publicado hasta diciembre de 2013 con efectos retroactivos en materia de tablas salariales para los años 2011, 2012 y 2013. La empresa interesaba, pues, la inaplicación de los incrementos salariales, no hacia el futuro sino desde la fecha en que el nuevo convenio colectivo dotó de eficacia retroactiva a las tablas salariales. Es indiferente que a la empresa le hubiera sido imposible solicitar la inaplicación de las tablas salariales de 2011, 2012 y 2013 antes de la fecha de la firma del convenio, en junio de 2013, pues es consecuencia de la táctica habitual de atribuir eficacia retroactiva a los convenios «que no impide la existencia de derechos retributivos consolidados una vez que los servicios ya se han prestado ni justifica que se excepcione la interdicción de retroactividad de disposiciones sancionadora o no favorables consagrada en el artículo 9.3 CE». En el mismo sentido, negando efectos retroactivos al acuerdo de descuelgue, *vid.*, Laudo emitido el 07/03/2014 por el árbitro designado por la Comisión Ejecutiva de Convenios Colectivos del Consejo de Relaciones Laborales de Cataluña (Expediente ICT 1/2014). En el caso objeto del laudo, el acuerdo de descuelgue se negoció antes de la publicación del convenio colectivo, inmediatamente después de su firma. Solicitaba la empresa la inaplicación de los incrementos salariales para los años 2012-2013 del Convenio general de la industria textil, publicado en el BOE de 23 de diciembre de 2013.

72. SAN de 19 de septiembre de 2013 (Rec. 223/2013). En el caso de autos se había suscrito el Convenio Colectivo el 31 de enero de 2013, en el cual se preveía que tendría efectos de 1 de enero de 2013, siendo

sión de inaplicar los salarios correspondientes a años anteriores, pese a que hayan sido regulados en el convenio colectivo recientemente publicado (es el supuesto habitual de convenios colectivos que recogen las tablas salariales correspondientes a años anteriores) y ello pese a que el propio convenio dilate el cobro efectivo de las diferencias salariales a un momento posterior⁷³.

Desde la entrada en vigor de la reforma laboral, ha aumentado significativamente el número de descuelgues en las empresas. En concreto, conforme a los datos oficiales:

INAPLICACIONES DE CONVENIOS Y TRABAJADORES POR AÑO Y MES DE DEPÓSITO

AÑO DE DEPÓSITO	INAPLICACIONES DE CONVENIOS	TRABAJADORES
2012 (marzo-diciembre)	748	29.352
2013 (enero-diciembre)	2.512	159.550
2014 (enero-marzo)	988	37.874

Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo-abril 2014.

La gran mayoría de los trabajadores afectados por las inaplicaciones depositadas en 2014 se concentra en el sector servicios, alrededor del 84%. Respecto al tamaño de las empresas, casi el 53% de los trabajadores afectados están en empresas de 250 trabajadores o más, aunque la mayoría de las empresas que presentan inaplicaciones, el 84%, tienen plantillas entre 1 y 49 trabajadores.

Por otro lado, la gran mayoría de las inaplicaciones presentadas, el 92,5%, indican que se han «descolgado» de la cuantía salarial pactada en convenio. Del total de 988 inaplicaciones, el 63% indica que sólo se han «descolgado» de la cuantía salarial, y el 14,1%, además de la cuantía, han inaplicado el sistema de remuneración⁷⁴.

Ciertamente, si tales cifras se comparan con el número de trabajadores afectados por convenios colectivos, la cifra en su conjunto no resulta relevante, pero sí es importante desde el punto de vista cualitativo, por cuanto que muestra el importante cambio de orientación que se está produciendo, especialmente cuando se constata que el número de descuelgues efectuados en 2013 es bastante superior a los momentos inmedia-

razonable, considera la Sala, que las partes procedieran a negociar el alcance de los cambios que el nuevo convenio generaría una vez que se publicase. Por lo demás el Acuerdo se alcanzó ya publicado el Convenio. También la STSJ Madrid de 25 de septiembre de 2013 (Rec. 1408/2013) admitió la validez de un acuerdo que preveía la inaplicación del régimen salarial previsto en el futuro convenio de sector, que se estaba negociando. Interpreta el Tribunal que lo que el artículo 82.3 ET permite es la inaplicación del convenio colectivo que esté en vigor durante el período de vigencia del acuerdo de inaplicación. Respecto del régimen salarial «el término 'previsto' hay que interpretarlo en el sentido de establecido o dispuesto en el convenio colectivo aplicable en el período que se quiere inaplicar». El acuerdo se alcanzó el 5 de diciembre de 2011 y se comunicó a los trabajadores el 1 de enero de 2012. El nuevo convenio no se publicó hasta el 27 de julio de 2012, con fecha de efectos a 1 de enero de 2012.

73. Laudo emitido a instancias del CARL el 20 de noviembre de 2013 (Expediente SNC/31/2013/inapl/2).

74. Fuente: Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo-abril 2014.

tamente sucesivos a la entrada en vigor de la reforma: se ha producido más del triple de descuelgues que en el periodo marzo-diciembre 2012. Sólo en los tres primeros meses de 2014 se han producido más descuelgues que en 2012.

Comparando estos resultados con los de la negociación de convenios de empresa, se pone claramente de relieve, que la inaplicación de convenio es la técnica mayoritariamente utilizada para adaptar las condiciones de trabajo (principalmente devaluación salarial) a las circunstancias de cada empresa (2512 inaplicaciones frente a 1732 convenios de empresa registrados en diciembre de 2013).

Un punto polémico es el papel que en el nuevo sistema pueda corresponder al convenio colectivo supraempresarial. El artículo 82.3 no admite pacto en contrario, como sí hace el artículo 86.3 ET, pero tampoco prohíbe de forma expresa la intervención de los convenios sectoriales, como sí hace el artículo 84.2 ET.

Un sector doctrinal, configurando el precepto como norma de Derecho público laboral, elimina por completo el papel de los convenios ya sean anteriores o posteriores a la reforma, de forma que no podrían establecer nada sobre las causas habilitantes, ni sobre el procedimiento, ni sobre mecanismos de control o verificación, ni garantías de los trabajadores⁷⁵. En sentido opuesto, otros autores defienden que el artículo 82.3 no recoge normas de Derecho necesario absoluto, y que, en consecuencia, los convenios colectivos supraempresariales podrán seguir regulando todo lo relativo al descuelgue de las empresas incluidas en el sector, si así lo deciden los sujetos negociadores «desplazando (o “dispositivizando” si se quiere) la nueva regulación introducida en la LET, y “neutralizando” –en cierto sentido y si así lo quieren los propios sujetos negociadores– los propósitos reformistas en esta materia», de forma tal, que nada impediría que los interlocutores sociales, a niveles sectoriales, establecieran «mayores exigencias causales y procedimentales –allí donde no exista límite legal expreso–»⁷⁶.

Existe una última interpretación, con la que estamos de acuerdo, que parte de considerar que el artículo 82.3 ET es una norma de Derecho público, pero que esta afirmación no es incompatible con «ciertos resquicios de matización por parte de los convenios colectivos»⁷⁷. Esta interpretación es más respetuosa con el propio derecho constitucional a la negociación colectiva⁷⁸. Dicha regulación, no obstante, ya no es absolutamente libre, sino que está limitada por los mandatos del artículo 82.3⁷⁹. Podría alegarse que el

75. OLARTE ENCABO, S., «Cuestiones críticas en torno a la ultractividad de los convenios», *op. cit.*, p. 13. En esta línea, y refiriéndose a las causas del descuelgue PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T. [«La configuración de las causas justificativas de decisiones empresariales modificativas, suspensivas y extintivas», *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2011 (versión digital), pp. 8-9] consideran que la «posibilidad de concreción convencional de la causa justificativa exigible ha desaparecido a partir de la reforma de los artículos 82.3 y 85.3.c) ET» se trata de «una definición legal cerrada de las causas que impedirá la concreción convencional de la misma, por lo que habrá que partir necesariamente de la interpretación de la causa económica justificativa legalmente establecida».

76. FERNÁNDEZ AVILES, J. A., «Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna», *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2011 (versión digital), pp.35-36.

77. CRUZ VILLALÓN, J., «El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012», *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, p. 247.

78. De esta opinión es también TOSCANI GIMÉNEZ, D., «El descuelgue salarial», Comunicación presentada a las XXII Jornadas de Derecho Social, *Iuslabor*, 2011, <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/any-2011/p.6>.

79. PASTOR MARTÍNEZ, A., «Aproximación al nuevo marco jurídico del descuelgue salarial. De las cláusulas a los acuerdos de inaplicación salarial», Comunicación XXII Jornadas Catalanes de Dret Social, *Iuslabor*, 2011, <http://www.iuslabor.org/upload/documents/Descuelgue2>, pp. 7 y 8.

convenio conserva en este caso la tradicional función de mejora y concreción, debiendo ser respetuoso con la finalidad del legislador reformista que ha sido la de poner fin a la rigidez que venía caracterizando a la técnica del descuelgue, facilitando la adopción de la decisión. A modo de ejemplo, podría regular el contenido de la comunicación que el empresario debe enviar a los representantes de los trabajadores y la información que el empresario debe entregar a los representantes legales para acreditar la situación económica y el daño alegado. Podría también prever un compromiso de mantenimiento o un plan de retorno⁸⁰ o aclarar y precisar las causas atendiendo a las características de cada sector⁸¹.

Especialmente conflictiva resulta la posibilidad de que los convenios sectoriales excluyan la última fase del procedimiento de descuelgue, esto es, el arbitraje administrativo. Partiendo de la finalidad de la reforma, la doctrina mayoritaria interpreta que estas cláusulas negociales son ilegales. Sin embargo, para otro sector, habría que establecer un control concreto en cada caso, y, por tanto, la mayoría deben ser susceptibles de registro y publicación, en consecuencia, no tachadas de dudosa legalidad por la autoridad laboral⁸².

III. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA

1. La negociación colectiva en España, desde su consagración constitucional en los artículos 37.1 y 28.1 de la Constitución, ha venido cumpliendo un importante papel de equilibrio entre las desiguales posiciones negociadoras de empresarios y trabajadores, propia de un Estado social de Derecho. La tasa de cobertura se sitúa por encima de la media de la Unión europea, en torno al 70%, ocupando nuestro país el undécimo país con mayor tasa de cobertura. Esta alta tasa de cobertura ha evitado los vacíos de regulación que de otro modo se producirían, ya que la ley laboral, necesariamente tiene carácter general, correspondiendo al convenio la función de complemento, concreción y adaptación a las características de cada sector productivo.
2. Nuestro sistema, sin embargo, adolecía de determinados defectos que se han mostrado con más virulencia como consecuencia de la crisis económica, dificultando, en no pocas ocasiones la viabilidad económica de las empresas. Especialmente ha sido objeto de crítica la escasa capacidad de ajuste en materia salarial, al negociarse los incrementos salariales tomando como referencia el IPC previsto, índice que se ha venido aplicando de manera automática, lo que ha provocado que los salarios continuaran creciendo pese a la crisis económica.
3. Las propias Exposiciones de Motivos de las leyes reformadoras de 2011 y 2012 ponen también de relieve otros defectos: la anómala estructura de la negociación

80. ÁLVAREZ MONTERO, A., «Las nuevas cláusulas convencionales de inaplicación de convenios: de las normas a las prácticas», *op. cit.*, p. 33.

81. PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., «La configuración de las causas justificativas de decisiones empresariales modificativas, suspensivas y extintivas», *op. cit.*, p. 20.

82. ÁLVAREZ MONTERO, A., «Las nuevas cláusulas convencionales de inaplicación de convenios: de las normas a las prácticas», *op. cit.*, p. 43. SANGUINETTI RAYMOND, S. («La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva», p. 122) también defiende la posibilidad de que los convenios colectivos marginen el arbitraje administrativo.

colectiva, caracterizada por la atomización y falta de articulación entre las distintas unidades de negociación y por una fuerte presencia de los convenios sectoriales, principalmente los provinciales; el carácter estático de la negociación colectiva, que muestra dificultades para ajustar con rapidez las condiciones de trabajo presentes en la empresa a las circunstancias económicas y productivas por las que atraviesa aquélla en los diferentes momentos del ciclo o de la coyuntura económica, lo que explica que en España los reajustes, provocados por la crisis económica, se hayan materializado principalmente a través de despidos y no de medidas de flexibilidad interna, como en los países de nuestro entorno europeo. Además, nuestro sistema adolece de falta de agilidad y dinamismo, en particular cuando finaliza la vigencia pactada de los convenios colectivos, provocando que las condiciones de trabajo pactadas en el convenio anterior se prolonguen en el tiempo sin ser renovadas, sin ajustarse a las nuevas condiciones económicas y productivas, lo que perjudica finalmente tanto a las empresas como a los trabajadores.

4. Las sucesivas reformas, iniciadas en 2010 y continuadas por gobiernos de distinta orientación ideológica durante los años 2011 y 2012, han introducido importantes cambios en nuestro sistema de negociación colectiva, con la finalidad de eliminar estos defectos y de convertir a nuestro sistema en uno más dinámico y adaptado a las necesidades de la empresa. Con el fin de procurar la adaptación del contenido de la negociación colectiva a los variables escenarios económicos y organizativos, la reforma de 2012 previó la posibilidad de la revisión anticipada del convenio antes de que finalice su vigencia, sin necesidad de ser denunciado; redujo a 1 año el período de ultraactividad máxima de los convenios colectivos, disponiendo que una vez agotado este plazo, si no se ha alcanzado un acuerdo o dictado laudo, se aplicará el convenio colectivo de ámbito superior que resulte de aplicación. En otro orden de cosas, para favorecer la adaptación a la empresa, evitando así la destrucción de empleo, se fortaleció la prioridad absoluta del convenio colectivo de empresa y se dio un paso más a la hora de facilitar la aplicación del «descuelgue del convenio colectivo», que se permite no sólo respecto del convenio sectorial, sino incluso para el convenio de empresa.
5. Los propios agentes sociales a través del II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva para los años 2012, 2013 y 2014 (AENC), apostaron por la potenciación de las medidas de flexibilidad interna como una alternativa a la flexibilidad externa de salida y renunciaron explícitamente a una revisión directa de los salarios conforme al IPC general con el fin de que la moderación de rentas salariales permitiera facilitar el crecimiento y la creación de empleo. Dicho acuerdo, sin embargo, tiene carácter obligacional y no normativo. La obligación de conducta que impone se dirige sólo a las organizaciones firmantes, quienes se comprometen a promocionar su cumplimiento en sus estructuras, sin menoscabo del pleno respeto a la autonomía colectiva de los negociadores de ámbitos específicos. En este punto, deberíamos reflexionar sobre la conveniencia de que los Acuerdos Marco tuvieran eficacia normativa en nuestro sistema jurídico.
6. El poco tiempo transcurrido desde las reformas iniciadas en 2011 no permite calibrar totalmente sus efectos. Sí es cierto que en 2013 se observa un descenso de los convenios colectivos provinciales y un aumento de los convenios de empresa, aunque el porcentaje de trabajadores afectados por estos últimos ha descendido en relación con años anteriores, lo que puede estar motivado por la reducción de las plantillas de las empresas como consecuencia de los despidos. Pero lo que

es más destacable es el crecimiento, que podría calificarse de «espectacular», de las inaplicaciones de convenios sectoriales (principalmente en las PYMES), que superan con creces a los convenios de empresa y que están afectando principalmente a los salarios, y en menor medida a la jornada. Respecto de los convenios de empresa, sin embargo, la técnica más empleada para adaptarse a las circunstancias económicas sobrevenidas, es la revisión anticipada del convenio. Se constata, así mismo, que durante el año 2013 la variación salarial pactada en convenios se sitúa en un mínimo histórico del 0,57%. El incremento medio para el total de convenios de ámbito empresarial es todavía inferior, se sitúa en el 0,37%, frente al 0,58% de los convenios de ámbito superior. Esta medida, como señala el propio Ministerio de Empleo, indica la intensidad del proceso de moderación salarial que se está produciendo en la negociación colectiva y que continúa ajustándose al II AENC.

7. Pese al importante paso dado, la incertidumbre se cierne sobre algunas soluciones que la reforma incorpora y que en unos casos pueden tacharse de ambiguas y en otros casos de difícil aplicación, generando inseguridad jurídica entre los empresarios, trabajadores y los distintos operadores jurídicos. Los empresarios se están moviendo en un terreno movedizo en el que adoptan decisiones, que pueden ser finalmente anuladas por los tribunales. Es preciso aportar mayor seguridad jurídica, de forma que el legislador se pronuncie en torno a la solución que considera más correcta. En este sentido, tanto la doctrina, como los tribunales han apartado soluciones jurídicas divergentes, pero la mayoría sólidamente razonadas. Sería muy conveniente que el legislador se pronuncie acerca de la validez de las cláusulas convencionales que preveían la ultraactividad indefinida, suscritas con anterioridad a la reforma. Especialmente imperioso es que se aclare la situación de los contratos de trabajo tras el cese de la ultraactividad, cuando no existe pacto en contrario, ni convenio de ámbito superior aplicable. Desde el punto de vista práctico, quizá sea más conveniente que el legislador, siguiendo el ejemplo de otros países europeos, se incline por mantener el convenio colectivo que ha agotado la ultraactividad, despojado eso sí de su fuerza normativa.
8. El convenio de empresa, una de las principales apuestas de la reforma, se enfrenta al obstáculo de la inexistencia de representantes legales legitimados para negociar en la mayoría de las empresas, debido a las propias características del tejido empresarial español donde predominan no ya las pymes sino las micropymes, así como empresas de estructura compleja conformada por centros de diferente tamaño. Ciertamente, la generalización de conflictos colectivos cuyo ámbito de afectación es necesariamente la empresa y no cada uno de los centros de trabajo, como consecuencia de la clara apuesta de la reforma por las medidas de flexibilidad interna «en las empresas», parece reclamar la presencia de representantes legales de los trabajadores cuyo ámbito de actuación abarque todos los centros de trabajo. La potenciación del ámbito de negociación empresarial debe ir acompañada de la creación de fórmulas permanentes de representación de los trabajadores.
9. En materia de inaplicación de convenios colectivos, sería preciso que el legislador aclarara los límites de la autonomía colectiva y, en concreto, si los convenios colectivos sectoriales, como se está demostrando en la práctica, pueden o no la fase de arbitraje administrativo ante la CCNCC u órganos autonómicos equivalentes.
10. Son necesarias también otras medidas que, sin embargo, no pueden ser impuestas por la vía normativa, sino que, desde el respeto a la autonomía colectiva,

corresponde su implementación a los sindicatos y a las asociaciones empresariales, quienes deben hacer un esfuerzo conjunto por modificar las prácticas negociales que retrasan extraordinariamente la negociación de convenios y acuerdos colectivos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN CASTELLANOS, M., ROLDÁN MARTÍNEZ, A. y RODRÍGUEZ LÓPEZ, A., «La inaplicación del convenio colectivo: el último límite al poder unilateral de dirección del empresario tras las reformas de 2012», *Revista Internacional del mundo económico y del Derecho*, vol. IV, 2012.
- ALFONSO MELLADO, C., «La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura de la negociación y la inaplicación de los convenios», *Relaciones Laborales*, núm. 3, marzo 2013 (versión digital).
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., «Aplicación temporal del convenio colectivo: finalización del convenio y régimen posterior de condiciones de trabajo (ultraactividad)», en AA.VV. (dir. Ramos Quintana, M. I., y Grau Pineda, M. C.), *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo (Albacete, 2014).
- ÁLVAREZ MONTERO, A., «Las nuevas cláusulas convencionales de inaplicación de convenios: de las normas a las prácticas», *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de estudios financieros*, núm. 374, mayo 2014.
- BLASCO PELLICER, A., «Convenios colectivos estatutarios: contenido, eficacia e inaplicación», *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2013 (versión digital).
- BODAS MARTÍN, R., «La negociación colectiva: obstáculo o incentivo para la adaptabilidad empresarial», Ponencia de 11 de diciembre de 2013, Madrid (accesible en <http://www.ugt.es/actualidad/2014/febrero/boletin16/4docu.pdf>).
- CASAS BAAMONDE, M. E., «La pérdida de ultraactividad en los convenios colectivos», *Relaciones Laborales*, núm. 6, 2013 (versión digital).
- CRUZ VILLALÓN, J., «Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva (1)», *Relaciones Laborales*, núm. 12, 2013 (versión digital).
- «El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012», *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., «Claves generales de las reformas de la negociación colectiva efectuadas por la Ley 35/2010 y por el Real Decreto-Ley 7/2011», en AA.VV. (García Perrote-Escartín, I y Mercader Uguina, J. R., dir.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Lex Nova (Valladolid, 2011).
- «El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva», en AA.VV. (Escudero Rodríguez coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Cinca (Madrid, 2012).
- (2), «La reforma sobre el sistema de negociación colectiva: un análisis crítico», en AA.VV. (Ramos Quintana, M., dir. y Grau Pineda, M. C., coord.), *La reforma sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo (Albacete, 2014).

- FERNÁNDEZ AVILES, J. A., «Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna», *Relaciones Laborales*, núm. 11, 2011 (versión digital).
- GARCÍA VIÑA, J., «La pérdida de vigencia del convenio», *Relaciones Laborales*, núm. 11, noviembre 2013 (versión digital).
- GOERLICH PESET, La ultraactividad de los convenios colectivos, Foro de Debate de la CCNCC, 29 de mayo de 2013, <http://www.ugt.es/actualidad/2013/septiembre/b14-cc-ncc-Goerlich.pdf>.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2), *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*, Comares (Granada, 2013).
- «La concurrencia de convenios colectivos en la jurisprudencia laboral», *Temas Laborales*, núm. 108, 2011.
- INFORME «La representación de los trabajadores en la Unión europea y España», elaborado por la Fundación 1 de mayo, *Estudios*, núm. 68, febrero de 2014, <http://www.1mayo.ccoo.es/nova/files/1018/Estudio78.pdf>.
- LAHERA FORTEZA, J., «Derecho transitorio de la negociación colectiva tras la reforma laboral», *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2013 (versión digital).
- MERCADER UGUINA, J. R., «La estructura y articulación de la negociación colectiva», en AA.VV. (Ramos Quintana, M., dir. y Grau Pineda, M. C., coord.), *La reforma sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo (Albacete, 2014).
- MERCADER UGUINA, J. R., «La reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad», en AA.VV. (García-Peñero I. y Mercader Uguina dirs.), *La reforma laboral de 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Lex Nova (Valladolid, 2012).
- MERINO SEGOVIA, A., «Estructura de la negociación colectiva y flexibilidad interna: la preferencia del convenio colectivo de empresa en la ordenación de las condiciones de trabajo», en AA.VV. (Ramos Quintana, dir. y Grau Pineda coord.), *Las reformas sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo (Albacete, 2014).
- *La negociación colectiva tras las reformas de 2012*, Bomarzo (Albacete, 2012).
- MOLINA NAVARRETE, C., «La decretada reforma de la negociación colectiva: ¿el último «botín» de los mercaderes del templo?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 340, 2011.
- MORENO VIDA, M. N., «Las funciones de la negociación colectiva y su proyección en los contenidos de los convenios colectivos», en AA.VV., *Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada*, Comares (Granada, 2011).
- OLARTE ENCABO, S., «Cuestiones críticas en torno a la ultraactividad de los convenios», ponencia en el Foro de debate *La ultraactividad de los convenios colectivos* de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 29 de mayo de 2013 (versión electrónica disponible en <http://www.empleo.gob.es>).
- PASTOR MARTÍNEZ, A., «Como afecta la reforma laboral de 2012 a la negociación colectiva. El debate sobre la vigencia y la ultraactividad del convenio», Ponencia presentada

a las XXV Jornades Catalanes de Dret Social, *Iuslabor*, 2014, <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/ponencies/>.

- «Aproximación al nuevo marco jurídico del descuelgue salarial. De las cláusulas a los acuerdos de inaplicación salarial», Comunicación XXII Jornades Catalanes de Dret Social, *Iuslabor*, 2011, <http://www.iuslabor.org/upload/documents/Descuelgue2>.

PEDRAJAS MORENO, A., SALA FRANCO, T., «La configuración de las causas justificativas de decisiones empresariales modificativas, suspensivas y extintivas», *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2011 (versión digital).

SALA FRANCO, «La ultraactividad y la duración de los convenios», *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2013 (versión digital).

SANGUINETTI RAYMOND, W., «La inaplicación parcial o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva», en AA.VV. (Ramos Quintana, M., dir. y Grau Pineda, M. C., coord.), *La reforma sobre el sistema de negociación colectiva en España*, Bomarzo (Albacete, 2014).

SEMPERE NAVARRO, A. V., «Sobre la ultraactividad de los convenios colectivos», *Aranzadi Social*, núm. 4, 2013 (versión digital).

TOSCANI GIMÉNEZ, D., «El descuelgue salarial», Comunicación presentada a las XXII Jornadas de Derecho Social, *Iuslabor*, 2011, <http://www.iuslabor.org/jornades-i-seminaris/comunicacions/any-2011/>.