



Propuestas de reforma del marco legal de la negociación colectiva

Tomás Sala Franco

*Catedrático emérito de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València*

Eva López Terrada

*Profesora titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universitat de València*

Extracto

El sistema español de negociación colectiva presenta importantes disfunciones que sería conveniente corregir. El presente trabajo analiza dichas disfunciones con la intención de proponer, en cada caso, posibles y concretas vías de superación. Además, el estudio enfatiza la importancia del diálogo social y el consenso en la reforma de la negociación colectiva, la existencia de una función promocional que constitucionalmente corresponde al legislador y la conveniencia de propiciar un modelo de relaciones laborales basado en «más y mejores convenios colectivos» en el momento normativo y «más y mejores mediaciones/arbitrajes» en el momento aplicativo.

Palabras clave: negociación colectiva; Estatuto de los Trabajadores; propuestas de reforma.

Fecha de entrada: 09-12-2019 / Fecha de revisión: 02-02-2020 / Fecha de aceptación: 03-02-2020

Cómo citar: Sala Franco, T. y López Terrada, E. (2020). Propuestas de reforma del marco legal de la negociación colectiva. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 229-254.



Proposals for reforming the legal framework of collective bargaining

Tomás Sala Franco

Eva López Terrada

Abstract

The Spanish collective bargaining system has significant dysfunctions that would be appropriate to correct. This work analyses these dysfunctions with the intention of proposing, in each case, possible and concrete ways of overcoming. In addition, the study emphasizes the importance of social dialogue and consensus in the reform of collective bargaining, the existence of a promotional function that constitutionally belongs to the legislator, and the desirability of fostering a model of relations based on «more and better collective agreements» at the normative moment and «more and better mediations/arbitrations» at the time of the application.

Keywords: collective bargaining; Workers' Statute; reform proposals.

Citation: Sala Franco, T. y López Terrada, E. (2020). Proposals for reforming the legal framework of collective bargaining. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 444, 229-254.

Sumario

1. Consideraciones preliminares
 2. Los presupuestos para una reforma de la negociación colectiva
 3. La necesidad de «revertir» la reforma laboral de 2012
 - 3.1. La ultraactividad normativa de los convenios colectivos estatutarios
 - 3.2. La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa, de grupos de empresa y de una pluralidad de empresas afines
 - 3.3. Las inaplicaciones del convenio colectivo
 4. La mejora del marco regulador de la negociación colectiva: otras cuestiones implicadas
 - 4.1. La regulación de las distintas manifestaciones de la autonomía colectiva
 - 4.2. Las reglas de legitimación para negociar
 - 4.3. La determinación del convenio colectivo supraempresarial aplicable
 - 4.4. La regulación de la estructura de la negociación colectiva
 - 4.5. El contenido de los convenios colectivos
 - 4.6. El procedimiento de negociación
 5. Conclusiones
- Referencias bibliográficas

1. Consideraciones preliminares

El preacuerdo alcanzado el 14 de diciembre de 2018 entre el Gobierno y los sindicatos más representativos –considerado como una ruptura unilateral del diálogo social por parte de CEOE-CEPYME– se centró en la necesidad de derogar los aspectos más lesivos de la reforma laboral de 2012. Entre ellos se mencionaban, como es conocido por todos, dos temas clave del marco regulador del sistema español de negociación colectiva: el relativo a la ultraactividad de los convenios colectivos y el relacionado con la preferencia aplicativa del convenio de empresa.

La necesidad de reformar ambas cuestiones aparece, igualmente, en el documento «Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España», que desarrolla el preacuerdo alcanzado entre el PSOE y Unidas Podemos para conformar un Gobierno de coalición. El texto del preacuerdo se refiere, sin embargo, a la necesidad de elaborar un nuevo Estatuto de los Trabajadores (ET) que, entre otras cosas, cuente con el papel de la negociación colectiva como elemento de reequilibrio necesario «previo diálogo con los agentes sociales». Del mismo modo, en el preacuerdo, la derogación de la reforma laboral de 2012 y la recuperación del papel de los convenios colectivos se plantean «en el marco del diálogo social» y se concretan, por lo que a la negociación colectiva respecta, no en dos sino en tres extremos: la derogación de las limitaciones al ámbito temporal del convenio colectivo, haciéndolo llegar más allá de las previsiones contenidas en el mismo, tras la finalización de su vigencia y hasta la negociación de uno nuevo; la derogación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios sectoriales; y la revisión del mecanismo de inaplicación de los convenios colectivos, orientándolo al descuelgue salarial vinculado a causas económicas graves.

La inminencia del proceso reformador hace, pues, innecesaria cualquier justificación acerca de la oportunidad del objeto de análisis del presente estudio, que, entendemos, exige llevar a cabo un proceso de reflexión detenido que permita detallar, más allá de la genérica afirmación sobre la necesidad de una «contrarreforma» en los extremos señalados, específicas propuestas de mejora de la actual regulación del título III del ET.

2. Los presupuestos para una reforma de la negociación colectiva

No obstante, de manera previa a la enumeración de los específicos contenidos que deberían modificarse, es conveniente referirse a los presupuestos de los que tendría que partir

cualquier reforma del marco normativo español del sistema de negociación colectiva, presupuestos que conectan, a nuestro juicio, con dos consideraciones fundamentales.

La primera de ellas guarda relación con las consecuencias del reconocimiento constitucional de un derecho a la negociación colectiva que el legislador debe «garantizar», pues de tal reconocimiento deriva –pese al amplio margen de libertad de configuración en el desarrollo del derecho a la negociación colectiva del que goza el legislador– que esa libertad no sea absoluta (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 119/2014, de 16 de julio). El reconocimiento autónomo y diferenciado de la negociación colectiva en el artículo 37.1 de la Constitución española (CE) supone la superación de la mera idea de libertad de negociación como esfera libre de injerencias –confirmada en su momento, para distinguirse del derecho anterior, por las constituciones de las democracias poscorporativas como la española, la italiana o la portuguesa– y asegura, según ha mantenido el propio Tribunal Constitucional, mediante una tarea encomendada específicamente al legislador, un sistema de negociación y contratación colectiva y la eficacia jurídica del convenio colectivo. Al legislador le corresponde, en consecuencia, «cumplir un papel activo en la concreción y desarrollo del derecho a la negociación colectiva, dando efectividad y apoyo al proceso de negociación y a su resultado» (STC 208/1993, de 28 de junio).

Pese a ello, el análisis de las sucesivas reformas legales sobre la negociación colectiva demuestra que estas últimas generalmente no han partido de una clara y rotunda concepción promocional de la misma como algo positivo, sino que han restado, incluso, en ocasiones, capacidad negocial a las partes mediante intervenciones legales puntuales. Es cierto que este tipo de intervenciones no se han producido exclusivamente en nuestro país, sino que, especialmente en los países europeos más afectados por la última crisis económica y financiera, pueden detectarse políticas estatales que «han retirado el apoyo a la negociación colectiva» (Organización Internacional del Trabajo –OIT–, 2017, p. 54). Aunque dichas políticas –en general también favorables a la descentralización negocial, la disminución del protagonismo del convenio de sector y la limitación de la ultraactividad de los convenios– no han demostrado su aptitud para revertir la crisis, sí pueden haber influido, al fortalecer las prerrogativas empresariales en la modificación de las condiciones de trabajo, en el incremento de la desigualdad social y en el debilitamiento de la capacidad reguladora de la negociación colectiva. Ante tal diagnóstico, se coincide en destacar desde instancias internacionales y académicas el mismo mensaje que deriva de nuestro texto constitucional: la importancia que presenta la instauración de marcos normativos adecuados, que promocionen la negociación colectiva, evitando la erosión de su relevancia en el futuro (Cruz, 2019a, pp. 21-22; Leonardi y Pedersini, 2018, pp. 32-35; OIT, 2015, p. 10).

El segundo presupuesto del que debería partir cualquier reforma en una regulación tan crucial como esta se refiere a la necesidad de que se trate de una reforma consensuada. Es de todos conocido, sin embargo, que la última reforma en la materia llegó a contradecir los acuerdos logrados entre los agentes sociales mediante lo que podría fácilmente calificarse de «deriva autoritaria». Cabe recordar que, en su Informe de 22 de enero de 2015, el

Comité Europeo de Derechos Sociales afirmaba que este comportamiento no se ajustaba al artículo 6.2 de la Carta social europea de 1961: al afectar la reforma de manera fundamental a la reglamentación de la negociación colectiva y a las condiciones laborales, el comité consideraba que el Gobierno había fracasado en la promoción de la negociación voluntaria entre empleadores u organizaciones de empleadores, por una parte, y organizaciones de trabajadores, por otra parte. Tampoco debe perderse de vista que, en el caso 2947 del 371 Informe del Comité de Libertad Sindical de la OIT, se advertía de la importancia de que las reglas esenciales del sistema de relaciones laborales y de la negociación colectiva sean compartidas en la mayor medida posible por las organizaciones de trabajadores y de empleadores más representativas, y se invitaba al Gobierno a promover el diálogo social para conseguir este objetivo desde la perspectiva de los principios de la libertad sindical y de la negociación colectiva derivados de los convenios de la OIT sobre estas materias.

Debe tenerse presente, por ello, lo establecido en el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014, suscrito por los interlocutores sociales (CEOE, CEPYME, CC. OO. y UGT) el 25 de enero de 2012. Adelantándose a la reforma laboral de 2012, los agentes sociales lanzaron un mensaje al Gobierno de que los aspectos de la negociación colectiva referidos a su estructura y contenido pertenecen a la esfera de sus competencias y que cualquier intromisión legal en estas materias resultaría de difícil defensa frente a una eventual acusación de inconstitucionalidad de la misma.

Los interlocutores sociales efectuaban, más concretamente, tres recomendaciones fundamentales en materia de estructura de la negociación colectiva:

- Que los convenios colectivos de ámbito estatal o, en su defecto, de comunidad autónoma desarrollen reglas de articulación y vertebración de la negociación colectiva, «apostando de forma decidida a favor de la descentralización de la misma», explicitando formalmente esta voluntad articuladora y promocionadora de la descentralización negociadora.
- Que los convenios sectoriales propicien la negociación de empresa, «a iniciativa de las partes afectadas» en las materias de jornada, funciones y salarios, «por ser el ámbito más adecuado para configurar estas materias».
- Que se preserve el ámbito provincial de negociación favoreciendo que tales convenios «potencien la flexibilidad que la (empresa) necesita para adaptarse a un mercado cambiante y competitivo», pero «sin olvidar que (el ámbito provincial) es el ámbito de negociación que más cobertura facilita a empresas y trabajadores». Las organizaciones empresariales y sindicales firmantes defendían así un nivel de negociación criticado por todos, si bien de muy difícil sustitución, salvo que se pretenda suprimir la negociación colectiva en un altísimo porcentaje de empresas y trabajadores de este país o salvo que se los quiera reducir al ámbito de aplicación de los convenios colectivos sectoriales estatales o de comunidad autónoma, de necesario contenido reducido y genérico, como se ha suscitado en ciertos foros empresariales.

Además, se efectuaron una serie de recomendaciones en orden a la inaplicación negociada en la empresa de determinadas condiciones de trabajo pactadas en los convenios colectivos sectoriales, como instrumento de flexibilidad interna que evite los expedientes de regulación de empleo (extintivos o suspensivos), señalando la conveniencia de establecer en los convenios colectivos sectoriales «cláusulas de inaplicación temporal negociada de determinadas condiciones de trabajo», sin que ello afectase a la regulación legal de los artículos 41.6 y 82.3 del ET, relativos, respectivamente, a las modificaciones sustanciales de las condiciones establecidas en el convenio colectivo estatutario y a los descuelgues salariales.

Con posterioridad, el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2015, 2016 y 2017 indicó de manera más genérica que el desarrollo y aplicación de los compromisos y objetivos en él señalados no serían posibles:

[...] sin un procedimiento ágil de negociación de los convenios y de resolución de las posibles discrepancias de acuerdo con lo previsto en los sistemas de auto-composición de conflictos de carácter estatal o autonómico; y sin una adecuada vertebración y articulación en los distintos ámbitos negociales.

Dicho acuerdo, que también recogía recomendaciones en caso de inaplicación de condiciones pactadas en convenio, se refería al tema de la ultraactividad, proponiendo a las partes negociadoras actuar, en primer lugar, sobre la regulación de la misma «posibilitando la continuidad de las unidades de negociación, primándose para ello la buena fe negocial» y, en su caso, utilizar también la opción de los acuerdos parciales durante el proceso de negociación para la renovación del convenio o para la constitución de una nueva unidad negociadora.

3. La necesidad de «revertir» la reforma laboral de 2012

Según se ha indicado, en el «programa reformador» del actual Gobierno se menciona expresamente la necesidad de «contrarreformar» tres aspectos fundamentales en materia de negociación colectiva: la ultraactividad normativa de los convenios colectivos estatutarios; la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa, de grupos de empresas y de empresas vinculadas; y las inaplicaciones o descuelgues convencionales tal y como se regularon en la reforma de 2012.

3.1. La ultraactividad normativa de los convenios colectivos estatutarios

La vigente regulación de la ultraactividad de los convenios estatutarios es, seguramente, una de las medidas del actual marco normativo que casa peor con la promoción de la

negociación colectiva que se reclama desde instancias internacionales y que deriva, en todo caso, del mandato del artículo 37.1 de la CE. Se trata de una regulación que establece criticablemente la ultraactividad normativa del convenio en 1 año de duración y, para el caso de inexistencia de un nuevo convenio colectivo o de un laudo arbitral sustitutivo en esa fecha, la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior, si lo hubiere (art. 86.3 ET)¹. Se trata, pues, de una regulación que puede abocar «al vacío» a falta de convenio de ámbito superior. En consecuencia –aunque se haya visto atemperada por la propia práctica de los negociadores, por la consideración de la cláusula de ultraactividad contenida en el convenio anterior como el «pacto en contrario» al que se refiere el último párrafo del art. 86.3 ET (Sentencia del Tribunal Supremo [STS] de 17 de marzo de 2015, rec. 233/2013) o por una cuestionable interpretación jurisprudencial para tratar precisamente de evitar ese vacío (*vid.* STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014)– cabría defender que existen, desde luego, «soluciones intermedias» entre la de la reforma de 2012 y la de mantener *sine die* la ultraactividad normativa de los convenios colectivos.

Así, por ejemplo, cabría pensar en la «fórmula belga» de incorporación al contrato de trabajo individual (Cruz, 2019a, p. 359) «rebajando», en estos casos, la naturaleza normativa de las condiciones del convenio colectivo a contractual, si bien no por la vía jurisprudencial (como hizo la mencionada STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014), sino por la vía legal (Monreal, 2018, pp. 143 y ss.).

Una solución de este tipo no evitaría, sin embargo, la situación de vacío respecto a las materias de general aplicación en la empresa o confiadas por la ley a la autonomía colectiva en exclusiva y, además, obligaría a resolver lo que pueda suceder con las condiciones contractualizadas de cara a sus eventuales modificaciones por parte del empresario «ex artículo 41 del ET» y exigiría precisar el alcance de la contractualización. Y es que, al ser la técnica de la contractualización «extraña» a la propia configuración del sistema de fuentes del derecho del trabajo (STS de 5 de junio de 2018, rec. 364/2017), quedaría sin determinar su ámbito aplicativo, por lo que resultaría necesario concretar, entre otros muchos aspectos, si, desde un punto de vista subjetivo, las condiciones contractualizadas alcanzan al personal pasivo de la empresa (en contra, Sentencia de la Audiencia Nacional –SAN– 46/2019, de 26 de marzo) o si, desde un punto de vista objetivo, existen límites materiales a la contractualización, tales como las cuestiones que atañen a los derechos colectivos de los trabajadores (*vid.*, por todas, STS de 20 de diciembre de 2016, rec. 2017/2015).

En consecuencia, la solución óptima, a nuestro juicio, podría ser la de que, en el caso de que no se llegase a un acuerdo de revisión o de sustitución (hacia arriba o hacia abajo) de la anterior unidad de negociación del convenio colectivo anteriormente aplicable o de ruptura expresa y formal de las negociaciones en el plazo de tiempo correspondiente, las partes acudan a los procedimientos de solución extrajudicial establecidos en los acuerdos

¹ *Vid.* Molina (2014).

interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 del ET o en los convenios colectivos ordinarios como parte de su contenido mínimo (art. 85.3 c) ET, que habría que modificar en tal sentido), dándose el necesario paso de establecer el carácter obligatorio del arbitraje, creando así la figura del «arbitraje voluntario/obligatorio», esto es, «voluntario» porque ha sido pactado por los representantes sindicales y empresariales en los acuerdos interprofesionales y «obligatorio» porque las concretas partes en conflicto deberán someterse necesariamente a él, sorteando así cualquier problema de inconstitucionalidad (Sala, 2013, p. 1.221).

De esta manera, se evitaría el mantenimiento *sine die* de la ultraactividad normativa del convenio colectivo anterior y la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior (territorial o funcionalmente) o la aplicación, en su caso, de la legislación laboral general, fórmulas todas ellas que plantean indudables problemas de aplicación: el mantenimiento de la ultraactividad *sine die*, porque la institución no está pensada para ello; la aplicación de la legislación general, por los problemas reales y prácticos «de vuelta atrás» que ello implica en todas las condiciones de trabajo; y la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior, porque puede no existir y, en el caso de que exista, pudiera ocurrir que el recurso a la aplicación del convenio superior no solucionase los problemas dado su contenido previsiblemente limitado.

En caso de descartarse esta fórmula –que ha planteado, a nuestro juicio erróneamente (Sala, 2013, p. 1.221), alguna polémica acerca de su constitucionalidad (hay quien defiende su inconstitucionalidad por afectar al contenido esencial de la autonomía colectiva) y, sobre todo, acerca de su aplicación, por cuanto los agentes sociales (sobre todo, la parte empresarial) se muestran reacios a su implantación– cabría pensar, por último, en la que adoptaron los denominados «acuerdos de cobertura de vacíos» sustitutivos de las viejas reglamentaciones de trabajo u ordenanzas laborales, estableciendo un límite temporal (de 1 o de 2 años) a la ultraactividad normativa de los convenios colectivos y manteniendo únicamente la vigencia ultraactiva *sine die* de la clasificación profesional, del régimen disciplinario, del tiempo de trabajo y de las retribuciones. Piénsese en este sentido en los problemas que plantea la supresión de la ultraactividad en materia retributiva y la vuelta al salario mínimo interprofesional sin distinción de grupos profesionales; o en las dificultades empresariales para realizar nuevas contrataciones sin un sistema de clasificación profesional convencional; o la imposibilidad de aplicar un régimen disciplinario sin la necesaria regulación convencional.

3.2. La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa, de grupos de empresa y de una pluralidad de empresas afines

Otra de las medidas que a duras penas casa con la promoción de la negociación colectiva que constitucionalmente corresponde al legislador es la prioridad aplicativa atribuida a los convenios colectivos de empresa, de grupos de empresa y de empresas vinculadas por razones

organizativas o productivas, que también ha querido atemperar la jurisprudencia a través de vías diversas, como la exigencia del principio de correspondencia entre el ámbito del convenio y la representatividad de los interlocutores sociales (que impide negociar –por todas, SSTs de 7 de marzo de 2012, rec. 37/2011, y 20 de mayo de 2015, rec. 6/2014, seguidas por muchas otras– convenios de empresa que afecten a varios centros de trabajo con representantes unitarios de uno de ellos); la interpretación estricta del reparto material efectuado (que, en sentencias como la de 1 de abril de 2016, rec. 147/2015, se entiende, se refiere a la cuantía salarial, pero no a la estructura, de manera que los conceptos del convenio de sector deben mantenerse); o la exclusión de la prioridad aplicativa de los convenios de ámbito inferior a la empresa (SSTs de 22 de septiembre de 2016, rec. 248/2015, y 9 de mayo de 2017, rec. 115/2016).

A nuestro juicio, el principal problema reside en que, tras la reforma de 2012, tal prioridad se estableció con carácter imperativo y sin posibilidad de pacto en contrario en los acuerdos y convenios colectivos estatales o autonómicos a que se refiere el artículo 83.2 del ET, suprimiéndose el carácter dispositivo que establecía el anterior artículo 84.2 del ET².

No debe perderse de vista que este precepto contradujo abiertamente por ello, como se ha indicado, lo pactado por los agentes sociales en el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva de 25 de enero de 2012, habiendo sido por lo tanto contestado por los mismos. En consecuencia, cabría proponer la vuelta de esta prioridad aplicativa a los términos que establecía el Real Decreto-Ley 7/2011, de 11 de junio, en cuya virtud la prioridad aplicativa de este tipo de convenios colectivos tenía naturaleza dispositiva y no imperativa, dejando en manos de la negociación de ámbito superior su efectiva promoción.

No obstante, si no se quisiera convertir en dispositiva la preferencia aplicativa de los convenios de empresa y afines, cabría aquí proponer –al margen de la pervivencia de los descuelgues para las situaciones de crisis empresarial– una limitación de la prevalencia a las empresas de más de 50 trabajadores y, en todo caso, un replanteamiento del reparto material existente, al menos, en materia salarial, puesto que son evidentes las consecuencias negativas que tiene en términos de *dumping* social y de pérdida del poder adquisitivo de la reducción salarial sufrida desde la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 para muchos trabajadores sometidos a convenios de empresa. Este reparto material, prescindiendo de las problemáticas distinciones entre la estructura salarial y su cuantía o entre las percepciones salariales y extrasalariales, debería permitir a los convenios de empresa desplegar todo su potencial para adaptar las cuestiones salariales a las características y necesidades del caso concreto, pero exigiéndoles al mismo tiempo –en línea con la mejor tradición europea– respetar el «salario global mínimo» fijado en el convenio colectivo de sector, evitando con ello la generalización de una competencia salarial a la baja. De esta forma, correspondería a los convenios de ámbito superior la competencia para fijar la cantidad mínima a percibir por todos los trabajadores del sector y, simultáneamente, concedería a los

² Vid., por todos, Casas (2016) y Mercader (2015).

convenios de empresa capacidad para decidir cómo pagar esa cantidad –la estructura y los criterios de devengo– y, eventualmente, su mejora (López y Todolí, 2015, pp. 752-753).

3.3. Las inaplicaciones del convenio colectivo

En cuanto a la regulación de los descuelgues o inaplicaciones de los convenios colectivos en las empresas, cabría compartir la propuesta contenida en el preacuerdo firmado entre el PSOE y Unidas Podemos en un doble sentido: en primer lugar, cabe compartir la necesidad de limitar el alcance de los descuelgues a las empresas en crisis mediante la restricción de la «excesiva» definición de las causas establecidas; y, en segundo lugar, frente a los restantes mecanismos que pueden barajarse para hacer llegar la negociación colectiva a las pymes (Sala y López, 2018, pp. 67-68), cabe compartir la necesidad de mantenimiento del mecanismo de descuelgue para las empresas que justifiquen la existencia de causas para ello de acuerdo con un procedimiento garantizador.

Parece conveniente recordar a este respecto, en apretada síntesis, que los intentos de instaurar una negociación colectiva a este nivel chocan, de un lado, con la generalizada falta de voluntad en estas empresas para negociar un convenio colectivo y, de otro, con la ausencia de interlocutores legitimados legalmente, por cuanto no existen representantes unitarios ni sindicales y las soluciones legalmente establecidas para los supuestos de negociación/consulta en traslados, modificaciones sustanciales colectivas, en suspensiones, despidos colectivos o en las propias inaplicaciones plantean a su vez serios problemas.

En efecto, la «fórmula asamblearia» de designación de representantes de los trabajadores a estos efectos no ofrece garantías legales de protección a los mismos y con ella, además, se corre el riesgo de «*dumping social*» entre empresas de la competencia (facilidades de una empresa para conseguir que los representantes elegidos sean «afines» a la misma que puede no tener otra de la competencia). Y la «fórmula sindical» plantea el problema de la actualmente constatable «desafección sindical» en este tipo de empresas, si bien no existe mayor problema para entender que el acuerdo resultado de la negociación es, en este caso, un producto de la negociación colectiva del artículo 37.1 de la CE.

En cuanto al arbitraje final legalmente previsto a realizar por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (u órgano autonómico equivalente), es cierto que podía adolecer de inconstitucionalidad a la vista de la jurisprudencia constitucional anterior a la STC 119/2014, de 16 de julio, que lo declaró conforme con la Constitución. Ahora bien, lo que no implica duda alguna, a la vista del funcionamiento «normal» de estos órganos, concebidos desgraciadamente, por el escaso desarrollo de una cultura negociadora en los interlocutores sociales, solamente como «órganos de representación de intereses» y no como «órganos de consenso de voluntades» por encima de los intereses que sin duda representan los partícipes en los mismos, es que en la práctica se tratará normalmente de «arbitrajes administrativos», decididos por la representación gubernamental ante la falta de consenso.

Por eso, la solución podría pasar, como en el caso de la ultraactividad, por el establecimiento en los acuerdos interprofesionales de solución autónoma de conflictos colectivos del artículo 83.2 del ET (Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales –ASAC– y otros acuerdos autonómicos) de un «arbitraje voluntario/obligatorio» (*vid. supra*). La polémica existente en torno al mismo podría responder a distintas razones: falta de cultura arbitral, recelos con los árbitros, pérdida de protagonismo de los propios agentes sociales o dificultades reales para convencer a las correspondientes bases de la bondad del procedimiento, todas ellas salvables con una voluntad política decidida.

4. La mejora del marco regulador de la negociación colectiva: otras cuestiones implicadas

La apertura de un proceso de reforma del marco regulador de la negociación colectiva debería implicar, además de la modificación de los puntos críticos mencionados, la de otras muchas cuestiones cuya revisión puede contribuir, en mayor o menor medida, a la corrección de algunas de las disfunciones actualmente presentes en nuestro sistema de negociación.

4.1. La regulación de las distintas manifestaciones de la autonomía colectiva

Así, sin ánimo de exhaustividad alguno, cabría mencionar, en primer lugar, las disfunciones procedentes de la coexistencia en nuestro ordenamiento de varios tipos de pactos colectivos, todos ellos amparados por el artículo 37.1 de la CE, cuyo régimen jurídico no está lo suficientemente claro, planteando especiales problemas de concurrencia entre ellos (Sala, 2017, pp. 24 y ss.). Así:

- Los convenios colectivos (pactos colectivos de contenido amplio) y los acuerdos colectivos (pactos colectivos de contenido reducido).
- Dentro de los convenios colectivos, los convenios colectivos estatutarios y los convenios colectivos extraestatutarios, según estén o no regulados por el título III del ET.
- Dentro de los convenios colectivos estatutarios, los convenios colectivos ordinarios, los convenios colectivos marco y los convenios colectivos mixtos.
- Y, dentro de los acuerdos colectivos, los acuerdos colectivos interprofesionales (marco o sobre materias concretas) y los acuerdos colectivos supraempresariales o de empresa de muy distinta finalidad: acuerdos colectivos de empresa sustitutivos de convenios colectivos estatutarios en determinadas materias (art. 22.1 ET: el sistema de clasificación profesional; art. 24.1 ET: el régimen de los ascensos; art. 29.1 ET:

el recibo de salarios; art. 31.1 ET: la fijación de la fecha de cobro de la segunda paga extraordinaria; art. 34.2 ET: la distribución irregular de la jornada a lo largo del año; art. 34.3 ET: el límite de 9 horas ordinarias diarias de trabajo efectivo; art. 67.1 ET: la acomodación de la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla); acuerdos colectivos de empresa de inaplicación de convenios colectivos estatutarios; acuerdos colectivos que ponen fin a una huelga o a un conflicto colectivo; acuerdos colectivos de empresa modificativos de condiciones de trabajo de naturaleza contractual y sobre traslados; acuerdos colectivos de fusión o absorción de empresas; y acuerdos reguladores de planes de igualdad³.

A la vista de la anterior complejidad, de continuar, esta debería a nuestro juicio clarificarse mediante el establecimiento de dos medidas absolutamente básicas para garantizar una mínima seguridad jurídica⁴. A saber:

- En primer lugar, delimitando en la ley la eficacia jurídica (normativa o contractual) y personal (general o limitada) de todos y cada uno de los pactos colectivos (convenios y acuerdos) en función de las partes que los negociaron.
- Y, en segundo lugar, regulando la concurrencia entre las distintas manifestaciones de la autonomía colectiva, estableciendo los criterios para la solución de los conflictos de esta naturaleza, bien de acuerdo con el principio de jerarquía normativa –entre los convenios colectivos estatutarios de eficacia normativa y los convenios colectivos extraestatutarios, de mantenerse su eficacia contractual–, bien mediante la aplicación de otros criterios distintos: principio de prioridad en el tiempo, principio de especialidad, principio de favorabilidad para el trabajador o de complementariedad, debiendo dejar, sin duda, un margen de libertad a las propias partes negociadoras.

4.2. Las reglas de legitimación para negociar

Siempre sin olvidar que los requisitos de legitimación para negociar:

[...] traducen el doble significado de constituir una garantía de la representatividad de los participantes y expresar un derecho de los más representativos a participar en las negociaciones, en orden a asegurar la representación de los intereses del conjunto de los trabajadores y empresarios [...] [siendo, por ello,] un presupuesto de la negociación colectiva que escapa al poder de disposición de las partes negociadoras [...] (STC 73/1984, de 27 de junio),

³ Vid., por todos, Gárate (2019, pp. 61-62).

⁴ Vid. Valdés (2012, pp. 32 y ss.).

cabe proponer, sin ánimo exhaustivo alguno, el replanteamiento de algunas de las reglas establecidas para negociar en determinados niveles (Sala y López, 2018, pp. 53-55).

En el caso de la negociación colectiva de empresa, habría que dar un paso más y pasar en la ley de la prioridad de las secciones sindicales sobre los representantes unitarios al reconocimiento de una legitimación negocial exclusiva de las mismas, eliminando la legitimación de los comités de empresa y delegados de personal (Sala y Lahera, 2018, pp. 47-48). Razones justificativas habría para ello, pues la exclusividad sindical –reconocida en los países comunitarios de nuestro entorno– permitiría una mejor gestión sindical de la estructura y contenidos de la negociación colectiva. Y, salvo excepciones, la representación unitaria se encuentra fuertemente sindicalizada, por lo que se trataría de llevar al plano jurídico lo que ya sucede en la realidad. La exclusividad sindical supondría, desde luego, cambiar el modelo de relaciones colectivas existente en nuestro país, exigiendo un cambio en los roles de los distintos representantes de los trabajadores (la negociación colectiva para los representantes sindicales y la participación en la empresa para los representantes unitarios).

No obstante, de mantenerse la actual legitimación de los representantes unitarios para negociar convenios colectivos de empresa, sería en todo caso oportuno que la ley se refiriese expresamente a las empresas multicentro, pues la interpretación judicial del principio de correspondencia y de las consecuencias de su vulneración hace inviable en muchos casos la negociación de convenios de aplicación general en la empresa⁵. En efecto, ya se ha indicado que, a juicio del Tribunal Supremo (TS), vulneran el principio de correspondencia los convenios de empresa negociados únicamente por los representantes unitarios de uno o varios centros de trabajo, independientemente de que ello se deba a la inexistencia de representantes en los restantes centros de trabajo o a la inexistencia de otros centros de trabajo en el momento de la publicación del convenio (por todas, SSTS de 20 de mayo de 2015, rec. 6/2014, o 22 de marzo de 2017, rec. 126/2016), declarándose además la nulidad íntegra del convenio, sin que resulten subsanables, ni siquiera reduciendo su ámbito al centro o centros de trabajo correspondientes a la representación unitaria que formó parte de la misma, al no ser tal la voluntad de las partes ni la finalidad con la que se constituyó (por todas, SSTS de 7 de marzo de 2012, rec. 37/2011, y 9 de junio de 2015, rec. 194/2014; Bodas, 2016).

Por otra parte, en relación con las reglas para negociar en los grupos de empresa, resulta denunciante la ausencia de reconocimiento de la representación sindical en los grupos de empresa y la criticable solución legal dada a la legitimación negocial a este nivel, aplicando las reglas del artículo 87.2 del ET para los convenios colectivos sectoriales, dada la existencia de intereses contrapuestos en un sector, cosa que no existe en el seno de un grupo de empresas. Debería por ello reconocerse legalmente a las secciones sindicales de grupo, tomando como precedente la Ley 10/1997, de 27 de abril, sobre comités de grupos multinacionales de nivel comunitario.

⁵ Vid. Goerlich (2017).

También sería oportuno revisar la situación de anomia legal respecto de la legitimación para negociar convenios colectivos de franja o de grupo de trabajadores de ámbito supraempresarial y la solución jurisprudencial dada al tema, aplicando, ante el silencio legal, las reglas de legitimación negocial establecidas en el artículo 87.2 del ET para los convenios colectivos sectoriales, según las cuales están legitimados los sindicatos que tengan una determinada representatividad medida en audiencia electoral, esto es, en el número de representantes unitarios elegidos en su ámbito de aplicación. El problema se plantea en relación con determinados colectivos de trabajadores (deportistas profesionales, por ejemplo), donde no suele haber representantes unitarios por la ausencia de elecciones en los clubes, siendo negociados tradicionalmente los convenios colectivos por los sindicatos de deportistas profesionales que, teniendo mucha afiliación, no gozan sin embargo de la «representatividad» legalmente exigida (medida en número de representantes unitarios), por lo que los convenios negociados por ellos pueden ser jurídicamente calificables en caso de impugnación judicial de extraestatutarios. La solución pasaría por extender expresamente en la ley las reglas de legitimación de los convenios colectivos de franja empresariales (art. 87.1 ET) a los convenios colectivos de franja supraempresariales, pudiendo negociar aquellos sindicatos que hubieran sido designados mayoritariamente por sus representados en las correspondientes asambleas.

Tratándose de la negociación de convenios colectivos supraempresariales es igualmente censurable (Cruz, 2019b; Fernández, 2015; Roqueta, 2019) la ausencia de una norma reguladora que concrete los criterios utilizables para acreditar la representatividad de las asociaciones empresariales que negocian estos convenios, situación de anomia cubierta jurisprudencialmente por la presunción de legitimidad de aquellas asociaciones reconocidas como interlocutoras por la parte sindical, en la medida en que el TS parte de la existencia de una presunción *iuris tantum* de representatividad suficiente de quienes han participado en la negociación y conclusión de un convenio colectivo, frente a quienes impugnan la legalidad de los actos de negociación (por todas, SSTs de 24 de junio de 2014, rec. 225/2013, o 19 de julio de 2018, recs. 156/2017 y 169/2017).

En fin, sería importante reflexionar también acerca de la existencia de una jurisprudencia contradictoria en cuanto a la aplicación de los convenios colectivos supraempresariales del sector privado al personal laboral de las Administraciones públicas. Así, por ejemplo, la STS de 7 de octubre de 2004 (rec. 2182/2003), que admite la aplicabilidad de un convenio colectivo sectorial a una Administración pública en defecto de convenio colectivo propio, frente a las sentencias del TS que mantienen la imposibilidad de que una Administración pública se afilie a asociaciones empresariales (por todas, STS de 21 de diciembre de 1999, rec. 4295/1998). Debería en este sentido aclararse, legal o jurisprudencialmente al menos, si las Administraciones públicas en su condición de empleadoras pueden o no estar representadas por las asociaciones empresariales negociadoras de los convenios colectivos supraempresariales y si, en consecuencia, se pueden o no aplicar estos convenios a los empleados públicos.

4.3. La determinación del convenio colectivo supraempresarial aplicable

En cuanto a los ámbitos funcionales de aplicación de los convenios colectivos supraempresariales, son constatables dos problemas aplicativos fundamentales: el primero se refiere a la inexistencia de criterios legales, convencionales o jurisprudenciales claros para distinguir entre actividades «principales» y «accesorias» de las empresas a los efectos de la aplicación funcional de los convenios colectivos sectoriales; el segundo apunta, por su parte, a la ausencia de criterios legales para saber cuál es el convenio colectivo sectorial aplicable en ausencia de convenio propio a las empresas contratistas y subcontratistas y, en especial, a las denominadas empresas «multiservicios».

Por lo que se refiere a la ausencia de criterios para distinguir las actividades principales de las accesorias en las empresas a efectos de la aplicación funcional de los convenios colectivos, aunque acaso pudiera ser conveniente que un acuerdo interprofesional sobre negociación colectiva aportase soluciones claras a los problemas aplicativos de los convenios colectivos supraempresariales a las empresas que desarrollan dos o más actividades principales, no resultaría descabellada la actuación legal sobre el tema, dejando claro que la actividad principal de una empresa es la actividad real y no la que figura en el objeto social de la misma (por todas, STS de 20 de enero de 2009, rec. 3737/2007), los parámetros a utilizar para delimitar las actividades principales y las accesorias (número de trabajadores adscritos, volumen de negocio, mayores inversiones de la empresa, etc.) y que en los casos en que no sea posible determinar la existencia de una sola actividad principal en una empresa será posible la aplicación de varios convenios colectivos sectoriales, no rigiendo el «principio de unidad de empresa» a estos efectos, como ha reconocido la jurisprudencia.

Y, en cuanto a las empresas contratistas y subcontratistas y, en especial, en cuanto a las «empresas multiservicios», la ley, en los supuestos de ausencia de convenio propio en este tipo de empresas, debería establecer a nuestro juicio la necesaria inclusión de los trabajadores de las mismas en los ámbitos funcionales y territoriales de aquellos convenios colectivos aplicables a la empresa principal o contratante⁶.

4.4. La regulación de la estructura de la negociación colectiva

El ET, como consecuencia del papel que, constitucionalmente, se otorga a la autonomía colectiva, parte de la libertad de los negociadores en la fijación de las unidades de negociación. El artículo 83.1 del ET establece, en este sentido, que «los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden».

⁶ Vid., por todos, Esteve (2019, pp. 63-100).

Sin embargo, los negociadores no tienen una absoluta libertad para establecer el ámbito del convenio. En efecto, como ha declarado el TS con reiteración, la libertad de negociación que consagra el artículo 83.1 del ET no es incondicionada, sino que está sometida a determinadas limitaciones que se relacionan con la propia representatividad de las organizaciones pactantes y con las exigencias que derivan de las previsiones del ET sobre concurrencia y articulación de convenios (por todas, STS de 24 de noviembre de 2015, rec. 136/2014).

Pues bien, al margen de los problemas derivados de la prioridad aplicativa concedida al convenio de empresa (*vid. supra*), tales previsiones –contenidas en los arts. 83.2 y 84 ET– plantean otras muchas dudas interpretativas y críticas que cualquier proceso reformador debería considerar.

Las primeras guardan relación con la regla general en la materia, que continúa siendo la consagrada en el artículo 84.1 del ET, en virtud del cual «un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2, y salvo lo previsto en el apartado siguiente». En este terreno, en cuanto al sentido del término legal «convenio colectivo afectado durante su vigencia», la ley debería dejar claro, como así lo ha dejado la jurisprudencia interpretativa (por todas, STS de 1 de diciembre de 2015, rec. 349/2014), que lo que se prohíbe no es tanto la negociación de otro convenio colectivo estatutario de ámbito distinto, sino que este último se aplique durante la vigencia de otro anterior salvo pacto en contrario establecido en los acuerdos o convenios colectivos de ámbito estatal o de comunidad autónoma y salvo, hoy por hoy, en determinadas materias en el caso de tratarse de un convenio colectivo de empresa, de grupo de empresas o de pluralidad de empresas afines (art. 84.2 ET).

Por otra parte, debería también estar claro en la ley que «afectar» significa «ser modificado, total o parcialmente, lo pactado en el convenio colectivo anterior», estableciendo una regulación contraria o divergente, no si el nuevo convenio establece una regulación complementaria o suplementaria del anterior, como igualmente ha puesto de relieve la jurisprudencia (por todas, STS de 1 de diciembre de 2015, rec. 349/2014).

Finalmente, sería conveniente que se aclarase en la ley que el artículo 84 del ET se refiere a la concurrencia entre convenios colectivos estatutarios y no a los convenios colectivos extraestatutarios (por todas, STS de 12 de diciembre de 2006, rec. 21/2006).

En segundo lugar, por lo que respecta a la afectación en el ámbito de una comunidad autónoma de lo dispuesto en los convenios de ámbito estatal que regula el artículo 84 del ET, en sus apartados tercero y cuarto, resultaría clarificador que la ley previera, dada la inexistencia de jerarquización entre los instrumentos regulados por el artículo 83.2 del ET, el modo de solucionar los posibles conflictos entre convenios marco estatales y autonómicos, cerrando el paso a interpretaciones como la contenida en la SAN 148/2016, de 28 de septiembre, declarada firme por la STS de 13 de marzo de 2018 (rec. 54/2017), en virtud de la

cual los acuerdos autonómicos precisan de una autorización para afectar a lo dispuesto en el ámbito estatal. Según esta sentencia:

[...] los acuerdos autonómicos, pactados conforme al 83.2 ET, no pueden afectar durante su vigencia a los acuerdos estatales, porque el artículo 84.3 ET solo les permite negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal [...] previo pacto en contrario negociado en el acuerdo de ámbito estatal.

Además, la mencionada sentencia afirma que el artículo 84.3 del ET «cierra las posibilidades de inaplicación de la regla "prior in tempore" del artículo 84.1 ET al ámbito autonómico».

Aunque se mantenga el sentido actual del precepto, y las posibilidades de afectación de los convenios autonómicos puedan quedar condicionadas por lo dispuesto en el convenio marco estatal (Valdés, 2016, p. 1.490), en caso de concurrencia entre convenios marco, cabría apoyar la aplicación del «*prior in tempore*» y de su consecuencia en caso de incumplimiento –la ineficacia aplicativa y no la nulidad–, ya que, en realidad, ni estamos estrictamente ante la vulneración de lo dispuesto por una norma de derecho imperativo absoluto, sino de lo dispuesto en otro convenio marco, ni estamos ante convenios ordinarios que incumplen lo prescrito por los convenios marco (López, 2018, pp. 95-96). Este modo de solucionar la concurrencia entre convenios marco estatal y autonómico, a nuestro juicio respetuoso con la autonomía colectiva y con la igualdad entre este tipo de instrumentos convencionales, ha quedado reflejado ya en la Sentencia del Tribunal de Justicia del País Vasco de 26 de octubre de 2017 (rec. 2085/2017), que declaró firme la STS de 25 de abril de 2019 (rec. 40/2018).

En cuanto a las materias excluidas de este tipo de afectaciones autonómicas, cabría proponer, en coherencia con lo sostenido respecto a la prioridad aplicativa del convenio de empresa, la referencia a la negociación del «salario global mínimo» en los términos mencionados.

El tercer tipo de cuestiones que cabría abordar guarda relación con la posibilidad de llevar a cabo cambios de unidad de negociación. Según se ha dicho, el artículo 84.1 del ET, para resolver los posibles conflictos de concurrencia entre convenios, ha optado por un criterio de prioridad temporal que deriva del principio *pacta sunt servanda*, de forma que, si existe un convenio vigente y válido entre dos partes, el mismo ha de ser cumplido y respetado por el término pactado. Como señala la STS de 30 de diciembre de 2015 (rec. 225/2014), «solamente cuando esa vigencia acabe será posible que la unidad de negociación caiga bajo el ámbito de otro convenio distinto». En consecuencia, se hace imprescindible determinar –y la ley podría contribuir a ello– cuándo acaba la «vigencia» del convenio colectivo prevalente y resulta posible que «caiga» la unidad de negociación o, si se prefiere, cuál es el término final de la regla de prohibición de concurrencia.

Queda fuera de toda duda que tanto durante la vigencia inicialmente pactada por las partes como durante la vigencia prorrogada del artículo 86.2 del ET –que se asimila a la vi-

gencia plena del convenio por voluntad de las partes– rige la prohibición de concurrencia de convenios. Sin embargo, el tema se complica cuando se trata de determinar si la «vigencia» del artículo 84.1 del ET comprende la prórroga ultraactiva del convenio prevista en el artículo 86.3 del ET.

Como regla general, el TS venía manteniendo –y esta interpretación deberá tenerse en cuenta si se produce la vuelta a la ultraactividad normativa *sine die* del convenio– que la prohibición de afectación no se aplicaba a los convenios en situación de ultraactividad del artículo 86.3 del ET, ya que esta prórroga de efectos «no es confundible con la vigencia a que se refiere el artículo 84 del mismo cuerpo legal», pues otra conclusión «supondría la petrificación de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes» (por todas, STS de 2 de febrero de 2004, rec. 3069/2002). No obstante, esta regla general se ha exceptuado con el fin de proteger la unidad de negociación inferior preexistente frente a su absorción por las de ámbito superior, pero únicamente cuando la negociación de sustitución de aquella está activa (por todas, STS de 17 de mayo de 2004, rec. 101/2003).

El cambio en esta orientación jurisprudencial «clásica» –que anunció la STS de 30 de diciembre de 2015 (rec. 255/2014), si bien en un supuesto que no resolvía un caso de concurrencia de convenios– podría haberse consolidado tras la STS de 12 de diciembre de 2018 (rec. 166/2017). Aunque el tema no se plantea en el recurso, el TS confirma la SAN 56/2017, de 24 de abril, en la que se afirma que en la versión vigente del artículo 86 del ET, denunciado el convenio, «se mantiene en vigor en su totalidad, sin distinguir ahora cláusulas normativas u obligacionales, durante 1 año desde la denuncia, salvo pacto en contrario, lo que resuelve claramente los riesgos de petrificación». Por su parte, de la STS de 21 de enero de 2019 (rec. 25/2018) se deduce claramente, aunque no es el argumento que sostiene la *ratio decidendi*, que cuando no rija el régimen legal, por haberse pactado la pervivencia de la vigencia del convenio tras su denuncia, también habrá que entender que estamos ante situaciones en las que, con independencia de su duración, el convenio ultraactivo se encuentra vigente a efectos de la prohibición de concurrencia mientras esté viva la negociación, aunque no se esté impermeabilizando una unidad inferior frente a su absorción por la superior. Sin embargo, pueden mencionarse otras sentencias –como la de 24 de septiembre de 2018 (rec. 173/2017), relativa a un caso de transmisión de empresa– en las que el tribunal continúa manteniendo la tradicional falta de vigencia del convenio ultraactivo a efectos de la prohibición de concurrencia y el consiguiente cambio de unidad de negociación (a pesar de ser la unidad inferior la que se encontraba en situación de ultraactividad).

Ante este posible cambio en la orientación «clásica» del tribunal en un tema de tanta trascendencia, es posible efectuar varias reflexiones de interés (López, 2018, pp. 78-79). En primer lugar, mientras rija el actual régimen legal es importante matizar la afirmación según la cual el convenio denunciado se mantiene en vigor en su totalidad: no hay que olvidar en ningún caso que pierden su vigencia las cláusulas obligacionales por excelencia, que son

las de renuncia a la huelga. En segundo lugar, la aceptación de la opción hermenéutica en virtud de la cual el convenio ultraactivo se encuentra siempre vigente a efectos de la prohibición de concurrencia (tanto durante el año del art. 86.3 como durante la vigencia prorrogada por voluntad de las partes) equivale a mantener la tesis de la impermeabilización si la negociación está activa, con independencia de que el convenio denunciado sea el de ámbito superior o el inferior. Por ello, surge inmediatamente una duda que precisa ser aclarada: ¿no está ignorando esta interpretación los argumentos –plenamente vigentes– que justificaban la tesis interpretativa «clásica»? No cabe olvidar que esta tesis –que partía de la base de que la finalidad de la prórroga del art. 86.3 es cubrir vacíos normativos y no impedir el paso a las restantes unidades de negociación– pretendía originalmente proteger la libertad de elección de unidad de negociación consagrada en el artículo 83.1 del ET y el derecho a la negociación colectiva de los sujetos legitimados en los niveles inferiores de negociación frente a su absorción por los niveles de ámbito superior, siempre que se haya iniciado y esté viva, lógicamente, la negociación de otro convenio en esa misma unidad inferior (*vid.* STS de 17 de mayo de 2004, rec. 101/2013).

4.5. El contenido de los convenios colectivos

El contenido de la negociación colectiva viene marcado, de algún modo, por su carácter de negociación colectiva laboral, según precisa el artículo 37.1 de la CE. Aunque el término «laboral» debe entenderse en un sentido amplio, englobando todas las cuestiones que afectan a las relaciones laborales y que, lógicamente, sean disponibles por las partes negociadoras, el contenido de la negociación colectiva vendrá limitado por el respeto a aquellos otros derechos o valores protegidos por la Constitución con igual o superior intensidad que el derecho a la negociación colectiva, ya sea en su formulación constitucional, ya sea en la formulación dada por leyes ordinarias que sean concreción adecuada de los mismos.

Por esta razón, resulta criticable que el ET no deje suficientemente claro cuáles son las materias negociables y sus límites, existiendo una excesiva dispersión entre las normas legales reguladoras (arts. 3.3, 82.2 y 85.1 y 2 ET y 42, 238 y 239 Ley general de la Seguridad Social) y, sobre todo, una falta de concreción de las mismas y de sus límites. Una actuación en este sentido podría contribuir a la correcta solución de los supuestos dudosos que puedan surgir (como el resuelto por la STS de 14 de abril de 1999, rec. 3374/1998, sobre la ampliación de capital de la empresa) y que, cada vez con mayor frecuencia, se van a plantear desde el punto de vista del derecho de la competencia.

En segundo lugar, cabe denunciar la existencia de un vacío legal respecto a cuáles son las consecuencias jurídicas del incumplimiento del contenido mínimo exigible a todo convenio colectivo. Resulta criticable, pues, que el artículo 85.3 del ET siga sin resolver la contradicción que aparece al inicio del mismo entre el respeto a la voluntad de las partes negociadoras y el aparente mandato imperativo sobre el contenido mínimo necesario de los convenios colectivos.

Finalmente, por lo que se refiere a los reenvíos de la ley al convenio colectivo, la ley de remisión, a nuestro juicio, debería ser plenamente consciente del tipo de remisión que efectúa –si dispositiviza la regulación de una materia, si delega totalmente en el convenio colectivo su regulación o si la delega parcialmente–, dado que los efectos de cada tipo son bien distintos. En efecto (Sala y López, 2018, p. 69):

En la dispositivización de la regulación de una determinada materia, admitiendo el pacto colectivo (e, incluso, en ocasiones, el pacto individual) en contrario, la norma legal solamente se aplicará en defecto de norma convencional sobre esa materia.

En el caso de delegación total de la regulación de una materia, de no existir una expresa regulación de la misma en el convenio colectivo, no existirá regulación y la ordenación de esa materia pertenecerá al ámbito del poder de dirección y organización de la empresa.

En el caso de delegación parcial respecto de la regulación de una materia, se plantea el problema de saber cuándo nace para el trabajador el derecho que la ley establece, en la medida en que resulta incompleta la regulación legal sin la asistencia del convenio colectivo.

Por lo demás, en unos y otros supuestos, las remisiones se hacen, en unos casos, a los convenios colectivos en general; en otros casos, tan solo a los convenios colectivos sectoriales supraempresariales; y, en otros más, a los acuerdos entre la empresa y los representantes del personal. En alguna ocasión se llega más lejos en la remisión legal, haciéndola a la propia contratación individual.

4.6. El procedimiento de negociación

Puesto que un modelo democrático de negociación colectiva se encontrará siempre a salvo de eventuales intervenciones de la Administración pública en el procedimiento de negociación de los convenios colectivos, la libertad es la regla general en la materia. Ahora bien, además de las intervenciones dirigidas a constatar la existencia del convenio –que se traducen en las exigencias de forma escrita, depósito, registro y publicación del convenio–, el legislador añade otras reglas, consecuencia de la necesidad de rodear a un convenio dotado de eficacia jurídica normativa y personal general de seguridades y precauciones procedimentales (Palomeque y Álvarez, 2016, p. 209), relativas a la iniciación del procedimiento negociador y la mayoría necesaria para adoptar acuerdos.

En cuanto a la iniciativa para negociar el convenio, el artículo 89.1 del ET dispone que corresponde, en exclusiva, y a diferencia de lo que sucede con la denuncia del convenio, a las partes legitimadas en virtud de los artículos 87 y 88 del ET. En consecuencia, si la denuncia del convenio a que se refiere el artículo 86 del ET no equivale necesariamente a la comunicación

exigida para abrir nuevas negociaciones que regula el artículo 89, aunque en bastantes ocasiones tales actos se lleven a cabo conjuntamente, deberían determinarse con claridad los sujetos legitimados para llevar a cabo una y otra (por todas, SSTS de 1 de junio de 1990 y 27 de septiembre de 1997, rec. 3311/1996). Así, cabría incorporar a la ley el criterio seguido por la STS de 2 de diciembre de 2016 (rec. 14/2016), que, matizando la anterior de 21 de mayo de 1997 (rec. 3312/1996), considera que quien promueve simultáneamente denuncia y promoción de la nueva negociación del convenio colectivo debe contar con legitimación plena, pero la mera denuncia del convenio puede activarse por cualquiera de los sujetos con legitimación inicial, siempre controlada por referencia al momento en que se lleva a cabo.

Por otro lado, sería conveniente precisar el significado de la denominada jurisprudencialmente «legitimidad negociadora» o cualidad de los sujetos que entra en juego a la hora de adoptar acuerdos, «de tal suerte que solamente alcanzarán eficacia aquellos que estén avalados con el voto favorable de cada una de las dos representaciones» (STS de 19 de julio de 2018, recs. 156/2017 y 169/2017, con cita de jurisprudencia anterior). Es decir, cabría incorporar a la regla legal sobre la adopción de acuerdos en el seno de la comisión negociadora contenida en el artículo 89.3 del ET («Los acuerdos de la comisión requerirán, en cualquier caso, el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones») la interpretación jurisprudencial en virtud de la cual el término «representaciones» equivale a partes negociadoras y no a miembros de la comisión negociadora, de forma que el voto favorable de cada una de las dos representaciones se refiere al voto proporcional o «mayoría representada en la mesa de negociación y no al número de los componentes de cada uno de los bancos que integran la mesa» (por todas, SSTS de 3 de junio de 2008, rec. 3490/2006, o 1 de marzo de 2010, rec. 27/2009).

Por último, y con el fin de evitar los problemas que implica su falta de concreción, sería recomendable especificar el contenido integrante del deber de negociar de buena fe mediante la elaboración de un «código de buena conducta negocial», cuya aplicación podría ampliarse a los distintos productos derivados de la autonomía colectiva. Hasta el momento, esta exigencia legal se ha ido concretando en recomendaciones plasmadas en sucesivos acuerdos interconfederales de negociación colectiva, tales como inicio rápido de la negociación tras la denuncia del convenio anterior; intercambio de información entre las partes negociadoras; mantenimiento de la negociación abierta por ambas partes hasta el límite de lo razonable; formulación de propuestas y alternativas por escrito, en especial ante situaciones de dificultad en la negociación; o acudir a la mediación o arbitraje, de acuerdo con lo previsto en los sistemas de autocomposición de los conflictos de carácter estatal o de comunidad autónoma, en casos de discrepancia o ruptura de las negociaciones.

5. Conclusiones

Con carácter general, la consecución de un modelo adecuado de relaciones laborales –caracterizado, a nuestro juicio, por «más y mejores convenios colectivos» en el momento

normativo y por «más y mejores mediaciones/arbitrajes» en el momento aplicativo– exigiría efectuar, al menos, tres revisiones esenciales del actual marco regulador del sistema de negociación colectiva.

La primera supondría demandar al legislador, para la solución de los problemas relacionados con la estructura de la negociación colectiva, el respeto de dos principios básicos: uno, la atribución a la autonomía colectiva de una real y efectiva facultad para reformar la estructura de la negociación colectiva; y, dos, el reconocimiento de la diversidad de los modelos de estructura negocial, en función de las características de cada sector de actividad.

La segunda pasaría por devolver a la prórroga ultraactiva del convenio colectivo su finalidad de cobertura de vacíos normativos, pero sin que ello propiciase la petrificación de la negociación colectiva, ni hiciese necesario acudir a técnicas extrañas al sistema de fuentes del derecho del trabajo. Para ello, de no admitirse la instauración de la figura del arbitraje «voluntario/obligatorio», probablemente habría que pensar, sin llegar al mantenimiento *sine die* de la ultraactividad de todos los convenios, en la vigencia ultraactiva de aquellas materias que regulaban los acuerdos de cobertura de vacíos, manteniendo así los derechos básicos de los trabajadores (retribución y tiempo de trabajo) y aquellas cuestiones que, de no regularse por convenio, no podrían aplicarse de ninguna manera según nuestra legislación (clasificación profesional y régimen disciplinario).

La tercera revisión debería conducir, además de a una «sindicalización» de las comisiones *ad hoc* que pueden intervenir en la negociación de las inaplicaciones o descuelgues del convenio, a una corrección de los «excesos» acaecidos en la materia, fundamentalmente por lo que a la definición de las causas se refiere, de manera que pudiese hablarse de su pervivencia para situaciones de auténtica crisis empresarial.

Es evidente, sin embargo, que la negociación colectiva no se integra únicamente por aspectos estructurales o relativos a su marco regulador que pueden –y deben– ser reformados por la ley. La negociación colectiva posee también una dimensión coyuntural, referida a su estructura y a los contenidos de los pactos colectivos, en cuya reforma el legislador únicamente puede coadyuvar, pues solo es susceptible de ser transformada en la propia negociación colectiva por las partes contratantes. Cabría mencionar en este sentido, por ejemplo, la mejora en la importantísima delimitación de los ámbitos funcionales de los convenios sectoriales, que resulta totalmente necesaria para acabar con las dificultades que presenta en muchas ocasiones la determinación del convenio colectivo aplicable a determinadas empresas, en especial si desarrollan actividades nuevas difícilmente reconducibles a las enumeradas en el ámbito funcional del convenio sectorial. Dicha mejora es, obviamente, no tanto una cuestión legal cuanto convencional, pues depende de que las partes negociadoras efectúen una delimitación de los ámbitos funcionales de los convenios supraempresariales precisa y actualizada, que tenga en cuenta los cambios o nuevos subsectores de actividad que hubieran podido surgir en el sector, sin incurrir en redacciones excesivamente parcas o

genéricas –que puedan generar interferencias con los ámbitos funcionales de otros convenios colectivos– ni en una mera copia de los ámbitos funcionales de convenios anteriores.

Del mismo modo, en el terreno de los contenidos, queda en manos de las partes negociadoras exclusivamente evitar cláusulas convencionales «peligrosas» (Sala, 2017, pp. 109 y ss.) como son las repeticiones innecesarias de preceptos legales o reglamentarios vigentes –que, de no transcribirse correctamente, pueden generar problemas interpretativos posteriores– o las remisiones a normas derogadas –que, si se quieren «convencionalizar», deberían incorporarse literalmente al contenido del convenio colectivo–. Y, desde luego, solo de los negociadores depende reconducir el uso de las «cláusulas de vinculación a la totalidad» a los términos fijados por la jurisprudencia (STS de 22 de septiembre de 1998, rec. 263/1997, exigencia a la contraparte de renegociación del convenio, salvo las cláusulas declaradas judicialmente nulas); evitar la incorporación de «cláusulas de respeto de los derechos adquiridos» (principalmente si se entienden como una exigencia de respeto a las condiciones más favorables para los trabajadores disfrutadas con base en el convenio anterior, pues ello introduce un trato desigual sin otra justificación que la fecha de contratación); precisar el sentido de las «cláusulas de absorción y compensación de condiciones» (que muchas veces se confunden con las de garantía *ad personam* y se refieren, además, a disposiciones legales y convencionales anteriores, organizando un *totum revolutum* de muy difícil interpretación y aplicación); o, en fin, hacer desaparecer, por superfluas, las «cláusulas de derecho supletorio».

Así pues, los principales problemas que hoy tiene la negociación colectiva española seguramente dependen más de los interlocutores sociales que de la ley. De ahí que el diálogo social y el consenso entre los agentes sociales sean, con toda probabilidad, más importantes en materia de negociación colectiva que en otras materias laborales. Conviene no olvidar, por ello, que los intentos de negociación bipartita iniciados en los últimos tiempos fracasaron por culpa de todos (Gobiernos e interlocutores sociales) y provocaron que los Gobiernos, primero el socialista y más tarde el popular, ante la falta de acuerdo, tuvieran que intervenir aprobando los dos reales decretos-leyes sucesivos de reforma laboral.

Referencias bibliográficas

Bodas Martín, R. (2016). Aproximación doctrinal a la problemática de la legitimación de la representación de los trabajadores. En *Legitimación negocial. XXVIII Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva*

(pp. 85-110). Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Casas Baamonde, M.^a E. (2016). La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa. En *Los convenios de empresa*

- de nueva creación tras la reforma laboral de 2012 (pp. 13-75). Madrid: Confederación Sindical de CC. OO.
- Cruz Villalón, J. (Dir.). (2019a). *La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*. Madrid: Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social.
- Cruz Villalón, J. (2019b). La representatividad empresarial: diagnóstico y propuestas de reforma. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 2, 147-166.
- Esteve Segarra, A. (2019). *Puntos críticos en el tratamiento jurisprudencial e inspector de la descentralización empresarial, la contratación laboral y las empresas multiservicios*. Albacete: Bomarzo.
- Fernández Domínguez, J. J. (2015). Legitimación y protagonistas de la negociación colectiva. En *Perspectivas de evolución de la negociación colectiva en el marco comparado europeo. XXV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 15-133). Madrid: Cinca.
- Gárate Castro, J. (2019). *Lecturas sobre el derecho a la negociación colectiva*. Madrid: Cinca.
- Goerlich Peset, J. M.^a (2017). Convenio colectivo de empresa negociado por la representación unitaria: ¿tiene límites la aplicación del principio de correspondencia? *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 35, 1-9.
- Leonardi, S. y Pedersini, R. (2018). *Multi-employer bargaining under pressure. Descentralisation trends in five European countries*. Bruselas: ETUI.
- López Terrada, E. (2018). Nuevos puntos críticos sobre la prohibición de concurrencia de convenios colectivos, su término final y sus excepciones. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 48, 70-101.
- López Terrada, E. y Todolí Signes, A. (2015). El convenio colectivo de empresa en materia salarial: un estudio sobre la prioridad aplicativa y sus problemas jurídicos. *Derecho de las Relaciones Laborales*, 7, 743-753.
- Mercader Uguina, J. R. (2015). ¿Qué fue del convenio colectivo de empresa?: la estructura de la negociación colectiva tras la reforma laboral. En I. García-Perrote Escartín y J. R. Mercader Uguina (Dirs.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual* (pp. 79-113). Madrid: Lex Nova Thomson Reuters.
- Molina Navarrete, C. (2014). *Escenarios de «post-ultraactividad del convenio»: soluciones judiciales a la incertidumbre*. Albacete: Bomarzo.
- Monreal Bringsvaerd, E. (2018). *Vigencia ordinaria de los convenios colectivos, ultraactividad y contractualización judicial de sus condiciones de trabajo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- OIT. (2015). Trends in collective bargaining coverage: Stability, erosion or decline? Recuperado de <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_409422.pdf>.
- OIT. (2017). *Informe inicial para la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*. Recuperado de <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_591504.pdf>.
- Palomeque López, M. C. y Álvarez de la Rosa, M. (2016). *Derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Roqueta Buj, R. (2019). Representatividad empresarial y negociación colectiva sectorial. *Aranzadi Social* (en prensa).
- Sala Franco, T. (2013). La duración y la ultraactividad de los convenios colectivos. *Actualidad Laboral*, 10, 1.214-1.226.



Sala Franco, T. (2017). *Guía de la negociación colectiva*. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Sala Franco, T. y Lahera Forteza, J. (2018). La representación de los trabajadores en la empresa. En T. Sala Franco (Dir.), *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral* (pp. 37-50). Madrid: Francis y Taylor.

Sala Franco, T. y López Terrada, E. (2018). La negociación colectiva. En T. Sala Franco (Dir.), *Propuestas para un debate sobre la*

reforma laboral (pp. 51-74). Madrid: Francis y Taylor.

Valdés Dal-Ré, F. (2012). *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*. Granada: Comares.

Valdés Dal-Ré, F. (2016). Las reglas de concurrencia entre convenios colectivos. En J. M.^a Goerlich Peset (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco* (pp. 1.481-1.494). Valencia: Tirant lo Blanch.