

LA DECRETADA REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ¿EL ÚLTIMO «BOTÍN» DE LOS MERCADERES DEL TEMPLO?

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

Extracto:

EL sistema de negociación colectiva español venía arrastrando un número significativo de patologías, estructurales y funcionales, desde hace años, pese a que ha gozado de una razonable buena salud en su conjunto desde 1994. Con la excusa de corregir estas disfunciones de una forma definitiva, el Gobierno ha introducido una reforma importante de los aspectos más relevantes del sistema, si bien detrás de este planteamiento se esconde, o no, una razón claramente económica, tan falsa como potente: para mejorar el empleo hay que mejorar la competitividad, y para ello hay que reducir el precio de la mano de obra, luego hay que hacer un modelo de negociación colectiva que abandone la tradicional lógica concesiva –de mejora–, para abrazar una negociación colectiva más «productiva», más útil para el crecimiento económico. Aunque esta afirmación no está demostrada, ni en el plano teórico ni en el práctico, el legislador promueve la desaparición de ciertos niveles de negociación, como el convenio colectivo de sector provincial, a favor del convenio de empresa, al que se le presume una mayor eficiencia económica. Al tiempo, y por razones políticas, se vuelve a resucitar el deseo de primar los convenios autonómicos o regionales respecto de los convenios estatales. No obstante, el legislador no certifica directamente la defunción de los convenios colectivos provinciales, sino que aún deja un margen de actuación al salvamento, en su caso, por parte de los sujetos sociales, en caso de que lleguen a acuerdos al respecto de los del artículo 83.2 del Estatuto de los Trabajadores.

Este estudio trata de desvelar el sentido profundo de la reforma de la negociación colectiva, evidenciando el dominio de la lectura económica de la misma sobre su imagen de instrumento de cohesión social, al tiempo que analiza los principales cambios. A tal fin identifica los problemas interpretativos más relevantes y aporta soluciones. Termina con una reflexión final sobre la valoración del alcance real de los cambios.

Palabras clave: convenios colectivos, negociación colectiva, productividad y salarios eficientes.

PROMULGATED THE REFORM OF COLLECTIVE BARGAINING: WILL THE LAST «BOOTY» OF THE TEMPLE?

CRISTÓBAL MOLINA NAVARRETE

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

Abstract:

THE Spanish collective bargaining system was dragging a significant number of «pathologies», structural and functional for years, although it has enjoyed reasonably good health as a whole since 1994. Under the guise of correcting these dysfunctions in a definitive form, the Government has introduced a major reform of the most important aspects of the system, but behind this approach is hidden or not clearly economic reason, as false as it is powerful: for improve employment must improve competitiveness and for this we must reduce the «price of labor», then you have to make a model of collective bargaining to abandon the traditional concessive logic –reason for the improvement of workers' rights–, to embrace a more «productive» collective bargaining, more useful for economic growth and improved productivity. Although this claim is not proven, nor in theory nor in practice, the legislature encourages the disappearance of certain levels of bargaining, as the «provincial sector collective» agreement for «the company agreement», which is presumed greater economic efficiency. However, the legislature does not directly certify the death of the provincial collective agreements, but that still leaves scope for their salvation, if necessary, by the collective actors, if they arrive at «structure collective agreements» of the Article 83.2 Employment Law.

Keywords: collective agreements, collective bargaining, productivity and efficiency wages.

Sumario

1. Introducción: el «hambre» de «reformas laborales sin fin» de la «bestia».
2. El punto de partida: otra vez «la carreta delante de los bueyes».
3. Diagnóstico de referencia para la reforma: el catálogo de «vicios» («disfunciones») de la negociación colectiva.
4. Tiempo de «terapia»: ejes de la reforma y caracterización del nuevo «modelo convencional productivista».
5. Novedades en la estructura de la negociación colectiva: réquiem por los «convenios colectivos provinciales».
 - 5.1. Un intento de caracterización dinámica de la estructura normativa y convencional española: entre tradición y renovación.
 - 5.2. La llamada a los mecanismos de coordinación convencional: el «rearme» del autogobierno de la estructura contractual colectiva.
 - 5.3. El régimen legal supletorio de reglas de coordinación: las nuevas reglas de concurrencia.
6. La dinamización de los procesos de negociación: «matemos la ultraactividad, resucitemos los arbitrajes obligatorios».
 - 6.1. El desbordamiento del «contenido mínimo» de los convenios en pro del arrumbamiento del modelo estático: la presión legal para negociar.
 - 6.2. La vigencia prorrogada del convenio y el límite temporal a la «regla de la ultraactividad»: ¿incentivo o intimidación para renegociar?
 - 6.3. La desfiguración de las «Comisiones Paritarias» en el nuevo modelo dinámico: las funciones de renegociación y... «chicas para todo».
 - 6.4. Las reformas orientadas a la mejora de la transparencia sobre el sistema convencional: más y mejor información elaborada.
7. El dinamismo de los contenidos; hacia un modelo de gestión basado en la flexibilidad laboral interna negociada.
8. Las reglas de legitimación negociadora: una reforma en clave de modernización.
9. Algunos problemas de derecho transitorio: las limitaciones a la inmediatez de la reforma.
10. Reflexiones finales: más y mejor negociación colectiva ¿algo más que un eslogan publicitario?

Anexo.

«La vida intensa a diario me confirma lo efímero de las derrotas» (también de las victorias)

GIOCONDA BELLI

1. INTRODUCCIÓN: EL «HAMBRE» DE «REFORMAS LABORALES SIN FIN» DE LA «BESTIA»

Entre las principales recomendaciones con las que la Unión Europea (UE) acaba –cumbre de «líderes» europeos de 23 y 24 de junio–, de obsequiar de nuevo a España para que reduzca la tasa de desempleo –el 20,7%, la más alta de la UE y el doble de la media comunitaria–, de cara a los presupuestos de 2012 y el continuo programa de reformas para hacer frente a la crisis, aparecen de modo expreso, entre otras, estas dos:

- Que lleve a cabo la «reforma global de la negociación colectiva».
- Que evalúe los resultados de la «reforma laboral 2010».

En primer lugar, pedirán que se complete y aplique una «reforma global» del sistema de negociación colectiva y del sistema de indexación salarial. El objetivo debe ser, se dice, «garantizar que el crecimiento salarial refleje mejor la evolución de la productividad», de un lado, así como las condiciones a nivel local y de empresa, dando la suficiente flexibilidad para adaptar internamente las condiciones de trabajo a los cambios en la situación económica, de otro.

En el segundo plano se pide que evalúe antes de que acabe el año el impacto de la reforma laboral de 2010 y que, si es necesario, haga más reformas en el mercado de trabajo «para reducir la segmentación y mejorar las oportunidades de empleo para los jóvenes». Esto significa que para la UE siguen dándose los problemas cualitativos, amén de los cuantitativos, que estaban en la base de la reforma laboral: el exceso de temporalidad y el desigual reparto del desempleo por colectivos, de modo que tendría unos claros pagadores de la crisis: junto a los trabajadores del sector de la construcción, los jóvenes, que hoy constituirían en nuestro país casi el 45 por 100 de toda la población desocupada.

Y por si estuviésemos faltos de memoria, nos recuerda que España debe «adoptar» ya la propuesta de reforma de las pensiones para retrasar la edad de jubilación y aumentar el número de años trabajados para calcular las pensiones. A tal fin tendrá que revisar «regularmente» los parámetros de

las pensiones para ajustarlos –lo que es una clara referencia a que la próxima no será más que otro paso más, pero no el único, en un proceso de reforma también sin fin– a la evolución de la esperanza de vida y adoptar más medidas para aumentar la edad de jubilación «real». Aunque, en este mismo contexto, asistamos a la continuidad de situaciones escandalosas que quiebran esta idea, como el sistema de «prejubilaciones» anunciado por Telefónica.

En suma, el «hambre», en términos metafóricos, de «reformas laborales» crece exponencialmente, tanto como la «real», a consecuencia de la multiplicación de los niveles de pobreza en todos los «mundos», incluido el primero, mucho más en el resto. No solo se pide que todas las instituciones sociolaborales estén puestas en jaque al mismo tiempo, sino que han de estarlo continuamente, por cuanto ninguna parece ser una solución efectiva y se constata la persistencia de los mismos o análogos problemas a los que se pretendía combatir. Aunque quizás lo mejor fuera evaluar si, en efecto, son las instituciones laborales las que verdaderamente exigen ese cambio radical y continuo, conforme a las demandas de los «mercados financieros» de más y más flexibilidad y productividad, o las verdaderas reformas están en otro lugar, como en unas instituciones bancarias –sistema de financiación de la economía– y en unos modelos de gobierno corporativo –política de retribución de directivos–, que se resisten al cambio. No deja de ser paradójico que los «mercados financieros» sigan sin resolver sus tensiones, por la falta de un gobierno y una regulación adecuada e internacional que ponga coto a su lógica puramente especulativa, pero dicten los modelos de cambio de otros «mercados institucionales», no meramente económicos, como es el mercado de trabajo y el sistema de relaciones laborales, cuyo funcionamiento óptimo presupone una adecuada financiación de las empresas –y trabajadores autónomos– y modelos y políticas socialmente responsables de gestión empresarial, y no viceversa.

No se ve así por los grandes «sumos sacerdotes» de la economía. Se puede comprobar con esas «perlas» que, casi a diario, nos deja para la posteridad una de las «autoridades» más «fundamentalistas» de la economía española, como es el «señor» gobernador del Banco de España, uno de los mayores azotes institucionales con que cuenta la regulación sociolaboral española. Pero no está solo. El miembro del consejo de gobierno del Banco Central Europeo, el español José Manuel González Páramo, ha afirmado que cualquier «reforma del sistema financiero será insuficiente si no se logra crear un mercado de trabajo flexible». Una nueva vía de apremio más, para crear un marco de negociación colectiva que favorezca la contratación.¹ Todos son conscientes de las muchas cuestiones irresueltas en el sistema financiero, entre ellas la inmoralidad de «agencias de calificación» privada que someten a presiones hasta la asfixia a Gobiernos enteros, temerosos de las rebajas de calificación, pero no se dan pasos definitivos para su arreglo, pese a las reformas también introducidas en este ámbito. En cambio, pese a la evidente «ignorancia científico-técnica», además de incompetencia institucional, en materia de negociación colectiva, todos se permiten opinar pontificando al respecto.

Sea como fuere, el dato objetivo es que de nuevo nos encontramos ante una reforma laboral más. Realizada la primera con la Ley 35/2010, con continuas réplicas que no dejan de generar ciertos sobresaltos –la última el Real Decreto 801/2011, de 10 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo–, y pendiente la del sistema de pensiones, como se decía, que entra ya en su recta final, ahora le ha tocado a la negociación colectiva, a través del Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación

¹ En: <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/06/10/economia/1307708122.html>.

colectiva. Un nuevo real decreto-ley que, confirmando el abuso descarnado de esta figura en estos tiempos, no será ni mucho menos definitivo, ni tan siquiera en el corto plazo, en la medida en que tendrá una segunda parte –seguramente tan deficiente e inútil como la primera–. En efecto, como también es habitual, la ley que finalmente se apruebe en septiembre u octubre de 2011 sobre esta materia, una vez tramitado como proyecto de ley, incorporará algunos cambios significativos, a través de enmiendas presentadas por los grupos nacionalistas, que canalizarán ciertas reivindicaciones de la organización patronal que no han sido recogidas por la norma gubernamental.

Asimismo, y como una película «vieja», ya estrenada, se trata de una reforma que viene en gran medida presidida, además de por el referido «mandato imperativo» de las autoridades económicas comunitarias, puestas más que al servicio de la «gobernanza europea», como deberían, al de la garantía de los intereses de los citados «mercados financieros», por un estrepitoso fracaso, uno más, del Diálogo Social. Desde el mes de febrero de 2011, organizaciones sindicales y empresariales iniciaron un proceso de reforma pactada del sistema de negociación colectiva en España que, por razones de todos conocidas –sobre todo la presión empresarial por una reforma mucho más radicalmente liberal de lo que se estaba llevando a cabo por los órganos de la CEOE–, ahora ha vuelto a fallar. Esta quiebra de las negociaciones habría llevado al Gobierno, por enésima vez, a desdecirse del compromiso alcanzado en otro tiempo, como fue, tanto en 2004 como en 2008 y según recuerda la propia exposición de motivos (EM) del Real Decreto-Ley 7/2011, el considerar la reforma de la negociación colectiva como un ámbito específico y propio para la autonomía colectiva, de modo que solo a través de sus acuerdos podría alcanzarse una reforma de las funciones, estructuras y contenidos de la negociación colectiva óptima.

En un plano de fondo, el punto de partida de esta reforma gubernamental de la negociación colectiva se sitúa en la necesidad de acabar con las «disfunciones» que habría ido acumulando a lo largo de más de un cuarto de siglo. Disfunciones sobre las que habría un consenso amplio, esto es, un diagnóstico común, a juicio de la EM.

Bastaría traer aquí a colación el nuevo y agrio conflicto que se ha suscitado en el ámbito académico entre «laboralistas» y «economistas», y dentro de estos entre los de signo más liberal y los de tendencia más socialdemócrata, para evidenciar que esa versión gubernamental del «diagnóstico consensuado» está alejada de la realidad. Como ya sucediera respecto de la primera fase de la reforma laboral, la llevada a cabo en el sistema de relaciones laborales e instituciones del mercado de trabajo con la Ley 35/2010, el proceso de reforma ha ido precedido de una dimensión épico-intelectual. Así, el activismo de ciertos economistas en aras de una mutación radical del modelo regulador de la negociación colectiva ha sido replicado con la movilización de un grupo de laboristas que, manifiesto mediático incluido, se muestran firmes partidarios de la defensa del modelo vigente, sin perjuicio de los necesarios cambios, aunque en un sentido bien diferente del auspiciado por el grupo de economistas.²

En apretada síntesis, como exige este momento introductor, la «lucha» se cierne en torno a los valores principales a los que ha de servir la negociación colectiva, como una institución básica no

² Puede leerse el escrito «Negociación Colectiva, competitividad y modernización del sistema de relaciones de trabajo», encabezado por la ilustre profesora Margarita RAMOS QUINTANA y firmado por un amplio elenco de autorizados y solventes catedráticos de Derecho del Trabajo. En: http://www.elpais.com/articulo/primer/plano/Negociacion/colectiva/competitividad/modernizacion/elpepueconeg/20110320elpneglse_12/Tes.

solo del «mercado de trabajo» y del sistema de relaciones laborales sino del sistema social en su conjunto. Para los laboristas, los fines de la reforma del sistema de negociación colectiva no solo deben ser los de «eficiencia económica» y «flexibilidad de gestión», sino que, igualmente deben estar llamados a atender al valor de la «cohesión social», por tanto a su capacidad para mantener y mejorar las garantías de los derechos de los trabajadores. Para los economistas a los que se hace alusión, hoy muy influyentes en las instituciones que nos gobiernan –o más bien nos abandonan a los designios que dictan los célebres y recurrentes «mercados financieros»–, en cambio, la negociación colectiva debería mutar su piel y convertirse, como vienen promoviendo las autoridades económicas europeas –Comisión– y mundiales –Fondo Monetario Internacional (FMI)–, en un instrumento determinante para la «mejora de la competitividad» de las empresas, a través del fomento de la productividad, y también del «empleo», mediante el intercambio –por tanto a través de la negociación– de la ansiada «flexibilidad interna» o modificativa –aceptada por parte de los trabajadores– por la «flexibilidad externa» o de salida –renunciada por parte empresarial–.³

¿Y quién ha ganado en esta lucha, ciertamente desigual en el actual contexto dominado más por la ideología que por la ciencia?, podríamos preguntarnos. Por supuesto no vamos a desvelar el final de la «película», o del «partido», cuando apenas acaba de comenzar la exposición. Amén de que ese final está por escribir, en cuanto ni estamos en la última fase ni los resultados pueden depender solo de los cambios normativos, sino básicamente de la aplicación que genere la reforma. En todo caso, solo al final del análisis de los aspectos claves de esta dimensión de la reforma laboral el lector podrá tener un juicio propio, que es mi pretensión. Volveremos en breve sobre esta sugerente lucha académica –a veces de discursos, otras de «egos»–.

No obstante, no os puedo dejar de ofrecer alguna pista en torno a quien resulta más creíble para el «legislador gubernamental». En la EM, una vez reconocido, con total razón pero que en el contexto de la reforma suena más bien a pura cortesía o acto protocolario, que el sistema tiene «virtudes evidentes», se pone de manifiesto cuál es el sentido fundamental de la crítica a sus «disfunciones». Y aquel no es otro que la pérdida de «eficiencia y, particularmente, capacidad de adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo y del propio modelo de relaciones laborales» –EM, II, párrafo segundo–.

Comparemos este diagnóstico con el realizado por el grupo de economistas comentado, según el cual la salida de la crisis «requiere una profunda reasignación sectorial del empleo y un aumento sustancial de la flexibilidad interna de las empresas», resultando ambos, «inviabiles con la estructura y los contenidos actuales de la negociación colectiva, que imponen límites muy restrictivos a la flexibilidad salarial y a la reorganización interna». La regulación actual habría generado prácticas causantes, en el sentir de este grupo, de una «alta inflación, pérdidas de competitividad, un bajo crecimiento de la productividad y una excesiva volatilidad del empleo». Tal «rosario de males» se debería no tanto a desregulaciones de los sistemas financieros, al fomento de modelos productivos más basados en la especulación que en la innovación... de eso no se dice nada, sino en gran parte «a la regulación normativa».

³ Se trata, como es conocido, de la posición defendida por los sectores económicos más cercanos al enfoque jurídico-liberal de las soluciones a la crisis y que tienen como «abanderado» al conjunto de economistas agrupados en torno a FEDEA –Fundación de Estudios de Economía Aplicada–. Pueden verse las propuestas lanzadas en marzo de 2011 para la reforma de la negociación colectiva en *El País*, 8 de marzo de 2011.

Las virtudes de la misma –alto nivel de cobertura convencional, escasa conflictividad, autonomía de los sujetos negociadores–, no compensarían los «vicios» acumulados en el tiempo, todavía más negativos «en un nuevo contexto caracterizado por una creciente integración económica... y grandes cambios tecnológicos». No parece difícil, pues, hallar múltiples paralelismos entre ambos planteamientos, el de la Fundación de Estudios de Economía Aplicada (FEDEA), y el del Gobierno, sobre la reforma, total o pleno en el diagnóstico, menos, aunque también relevante, en las «terapias», como veremos.

La llamada a este escenario de diversidad de posiciones «científicas», y también a su lucha, viene a cuento de situar adecuadamente el contexto de la reforma, que es análogo al de la de 2010: el hambre desatada de cambios de esa «bestia» en que se ha convertido la política de reformas socio-laborales a favor de las demandas de los mercados financieros, cuya voracidad es tal que resulta potencialmente susceptible de devastar instituciones enteras. No parece que haya límites contundentes de ningún tipo, ni de fondo ni de forma, por lo que todo cambio sociolaboral que pueda contribuir a salir de esta profunda crisis, parece legitimado. El último acto, por el momento, que así lo confirmaría es el reciente *Auto del Tribunal Constitucional –TCO– de 7 de junio de 2011*, que ni tan siquiera ha considerado adecuado entrar a conocer el fondo de la cuestión de inconstitucionalidad –CI– presentada por la Audiencia Nacional, a través del Auto de 28 de octubre de 2010, que dudaba de la constitucionalidad de la reducción de salarios pactados colectivamente y en vigor realizada por el Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo. El Auto del TCO concluye la inadmisión de tal CI.

En suma, el objetivo final no es la reforma, esto es, el cambio de regulaciones más o menos obsoletas y disfuncionales, sino una mutación del modelo normativo, y también de la experiencia, de negociación colectiva. De ser un instrumento visto sobre todo como inagotable vía de mejora de los derechos de los trabajadores –imagen concesiva–, ahora se quiere poner el acento en su instrumentación al servicio de los objetivos económicos y sociales fundamentales, la competitividad empresarial, de una parte, y la generación –o al menos el mantenimiento– de empleo, de otra. De ahí la aspiración a una «reforma global», esto es, de todas las piezas del sistema ordenador de la negociación colectiva, afectando a las funciones de la negociación colectiva, su estructura, los sujetos legitimados, el procedimiento y, cómo no, a los contenidos.

Por eso asistiremos a la erosión de ciertas instituciones otrora básicas, como la sujeción de los convenios empresariales a lo dispuesto por los convenios superiores, incluidos los de nivel sectorial, o el favor por las fórmulas de composición autónoma de conflictos, la relegación de instituciones que forman parte del pasado, como es el «arbitraje obligatorio», aunque se introduzcan con una pretendida duración temporal. Ciertamente, la patronal quería una reforma más profunda, de ruptura con el presente, de modo que la autonomía colectiva se comportara en gran medida como la autonomía de la voluntad, dejando al arbitrio empresarial buena parte de lo negociado en aras del noble –aunque apócrifo– evangelio del «intercambio de flexibilidad por empleo». El Gobierno, dice introducir una reforma «profunda», pero «equilibrada».

Una vez más, situado el problema en su adecuado contexto y evidenciado el sentido que persiguen los diferentes actores con una misma realidad, ahora se trata de alcanzar, por nosotros mismos, una comprensión de la reforma, de manera que podamos valorar el sentido y alcance a partir de su conocimiento, no antes, a través de los muchos prejuicios ideológicos que están anegando esta época.

No hay duda ya que, fuera también pero sobre todo en España, la crisis tiene mucho de ideológica, en cuanto que es una oportunidad para desvanecer algunos de los principios claves sobre los que se ha asentado el modelo de relaciones laborales clásico en general, y en particular el sistema convencional. Nadie puede negar seriamente la necesidad de reformas en todas las instituciones laborales, y por supuesto en la negociación colectiva. Pero tampoco es dudoso que la reforma sostenida por ciertos sectores se orienta en una dirección distinta de la que predicán, de modo que más que a «más y mejor negociación colectiva», según el gran eslogan –¿será algo más?– de la auspiciada por el Gobierno, terminará provocando «menos y peor negociación colectiva».

2. EL PUNTO DE PARTIDA: OTRA VEZ «LA CARRETA DELANTE DE LOS BUEYES»

Que vivimos una crisis profunda, con un impacto extremadamente negativo sobre el empleo, especialmente en España y con mucha diferencia respecto de los países más desarrollados de la UE, y que es necesaria una «modernización» de nuestro sistema de negociación colectiva, lacrado por disfunciones y pesadas inercias que se arrastran desde hace décadas, son dos datos que nadie puede negar. Ahora bien, lo que ya no es en modo alguno pacífico, y lo más probable es que sea incierto, es que se asocien de modo directo ambas situaciones, como hacen quienes preconizan una reforma de la negociación colectiva que haga de la competitividad su máxima. Desde esta óptica, se pone el acento en el dato normativo a la hora de identificar los problemas y, por tanto, las soluciones, de modo que sería en la «regulación normativa» donde habría que encontrar el origen de las «disfunciones», pretendidas o reales, de la negociación colectiva en España, y, por tanto, las soluciones.

Paradójicamente, quienes adoptan una posición eminentemente amparada en el liberalismo económico, que preconiza la reducción de una parte importante de las actuales «garantías legales» de la negociación colectiva estatutaria, a favor de un mayor dinamismo y libertad de negociación, sobre todo por parte de los empresarios, lo hacen con un enfoque típico del «institucionalismo económico». De modo que se busca en la reforma normativa la «receta mágica» para producir los cambios.

De este modo, a falta de una mayor capacidad, o voluntad, de producir reformas en los demás «factores» que integran el «modelo productivo» y el patrón de «crecimiento económico» de un país, se señala a las instituciones laborales como el centro sobre el que operar esas transformaciones, de modo que en su finalidad emerja al primer plano no el bienestar individual, colectivo y social, sino otras funciones, como incentivar la productividad de los trabajadores y reducir el impacto de las situaciones económicas negativas sobre el empleo. En consecuencia, para hallar el equilibrio de mercado y para mejorar la productividad marginal del trabajo, pasando de permanentes «reajustes de empleo» a «reajustes del precio» de este –salarios y demás condiciones de trabajo–, se apela al papel de los poderes públicos para reorientar sus instituciones hacia esos objetivos, hoy centrales. Para ello no se duda en desempolvar lo más arcaico y rancio de la visión económica –el liberalismo individualista neoclásico: los mercados son todos ellos reflejo del libre encuentro de la oferta y la demanda, también el mercado de trabajo–, de modo que si se consigue *maximizar la flexibilidad del precio* del factor trabajo –las condiciones de trabajo colectivamente pactadas–, se conseguirá un óptimo ajuste entre oferta –quienes están dispuestos a «dar»– y demanda –quienes necesitan– de empleo. En con-

secuencia, bastará, como fórmula mágica, asegurar que la norma laboral hace de este objetivo su referente principal –función productiva–, para que muy pronto veamos incrementarse, casi como el maná, los empleos.

Claro, poco se dice de, quizás porque no se sabe o porque interesa ignorar, la complejidad de los mercados de trabajo, de los sistemas de relaciones laborales y de la autonomía colectiva negociadora como poder social con fuerza creativa de normas reguladoras de aquellos. Las reglas que ordenan el modelo negociador colectivo no son solo el resultado de un «marco normativo», sino que se integran en un sistema más amplio dotado de una gran diversidad interna, de una extraordinaria riqueza funcional, de una dimensión policéntrica y extraordinariamente abierto a la influencia de factores extrajurídicos –económicos, organizativos, políticos, institucionales, culturales...–. Al igual que los «sistemas de empleo», los sistemas de negociación colectiva responden en su configuración y funcionamiento a una gran diversidad de variables, no solo de orden jurídico-normativo. Así, en el plano económico, cabe destacar especialmente la dimensión y las características del «tejido productivo» –diversidad y especificidad de empresas, sectores, mercados...–, el entorno económico –presiones del mercado, cambios productivos y tecnológicos; tipo de producción predominante...– y las estrategias de competitividad de las empresas. En el plano «político-institucional», hay que destacar la incidencia de factores tales como las características organizativas de los dos actores básicos de las relaciones colectivas, empresarios y trabajadores.

El enfoque reformista, en cambio, concentra su atención en el papel normativo, en el de la regulación institucional, relegando los demás. Esta lógica parte del carácter siempre racional de las decisiones de empresa –ninguna querría despedir si no tiene buenos motivos económicos para ello (sic)–, y de la función limitadora de la autonomía empresarial de las instituciones. Por tanto, reclama del Gobierno que estas reduzcan su clásica inclinación protectora de la «parte más débil» de la relación laboral –los trabajadores–, que en el ámbito de la negociación colectiva significa una regulación de tipo «concesivo» –mejores condiciones de trabajo en cada renovación de convenio–, a favor del incremento de su función de mejora de la eficiencia económica –productividad marginal, rendimiento, competitividad...–.

En consecuencia, se construye una imagen simplificada y maniquea de la norma laboral en general, y de la colectiva en particular: la experiencia convencional es resultado básicamente de las normas que la regulan y estas apenas habrían experimentado cambios en 30 años, luego devienen a todas luces obsoletas, además de disfuncionales. El documento de FEDEA que trata de dar fuste teórico a esta lógica de reforma normativas, en buena parte subyacente –aunque lo oculte– a los proyectos sostenidos por el Gobierno a tal fin y publicados en el BOE, es inequívoco a este respecto:

«La experiencia demuestra que la estructura y los contenidos de la negociación colectiva en España no cambiarán... si no cambia su regulación. La reforma... de 2010 ha dado un primer paso en la dirección adecuada al permitir, mediante acuerdo..., la no aplicación de las condiciones laborales establecidas en convenios colectivos de ámbito superior en las empresas con problemas de viabilidad. Sin embargo, es un avance insuficiente en términos de la flexibilidad interna requerida por las empresas en el contexto económico actual. Ahora resulta imprescindible dar pasos adicionales para completar la reforma.»⁴

⁴ En: <http://www.fedea.net/negociacion-colectiva/PDF/9-propuestas-negociacion-colectiva.pdf>.

Pero si algo demuestra con solvencia la experiencia, y también el estudio detenido y con rigor del complejo sistema negociador español, es que ni la estructura ni los contenidos de la negociación colectiva son hoy uniformes ni constantes respecto del pasado, ni tampoco ha bastado nunca un cambio normativo para modificar las inercias y resistencias que, sin duda, tiene la negociación colectiva para adaptarse a los nuevos tiempos. La reforma, también unilateral, de 1994 es un ilustrativo ejemplo de esta disociación entre reformas normativas y cambios inmediatos convencionales.

No estamos ante meras disquisiciones de tipo teórico o inútiles «peleas de gallos académicos», sino que tiene su dimensión política e institucional, como también se ha indicado al referir a la apuesta de ciertas instituciones monetarias –Banco de España, o más concretamente su gobernador, al FMI, al Banco Central Europeo– por favorecer los cambios en el factor normativo laboral, pese a la mayor centralidad de otros para provocar los cambios que se quieren. Pero va más allá. Cualquiera que lea con algún detenimiento la prensa de estos días habrá asistido al espectáculo de «mentidos» y «desmentidos» entre miembros del Gobierno respecto a dónde hallar la causa de los problemas del desempleo en España y, por tanto, también de las soluciones. Así, el ministro de Trabajo, sin duda fruto de un «calentón dialéctico», no muy aconsejable para un político que quiera permanecer en el cargo pero expresando la pura verdad, contestó a las provocaciones de los «banqueros» españoles que no se cansan de pedir más reformas laborales ignorando que lo pendiente realmente de resolver son las disfunciones del sistema financiero, y les recordó, lo evidente y es que «no tenemos el mejor mercado de trabajo ni las mejores instituciones del mundo, pero no son las causantes del desempleo en nuestro país, sino más bien los comportamientos del sistema financiero y la asunción de riesgos en el sector inmobiliario durante el *boom*».

Pero como lo científicamente correcto a menudo no lo es políticamente, pronto será desmentido por su colega la ministra de Economía, al mismo tiempo vicepresidenta segunda, exculpando a la banca e inculcando básicamente a un «ente abstracto», de resultados muy visibles pero causas muy difusas: «Eso es la causa del desempleo, un desequilibrio macroeconómico».⁵ La ministra, pues, acusada a menudo de poco competente en economía, recurre al argumento de siempre de la teoría neoclásica propia de la economía liberal e individualista: si conseguimos que los intercambios de mercado, también en el ámbito del trabajo, vuelvan a recuperar sus «equilibrios», lograremos reajustar tanto la macroeconomía –niveles de empleo– como la microeconomía –rentabilidad de cada empresa–, y volveremos a niveles óptimos, o al menos tolerables socialmente, de «empleo».

¿Y cómo se hace eso? ¿Apostando por mayor calidad del factor trabajo, por una mayor capacidad innovadora de nuestras empresas, por una mayor solvencia de las entidades que operan en los mercados? Sí, pero eso tarda y no depende solo del Gobierno. Mejor dar más flexibilidad a los empresarios, poniendo las instituciones al servicio de su función de ajuste laboral, antes que de la de innovación productiva.

Como la ministra de Economía española, el FMI lo tiene muy claro: con «**costes laborales inflexibles**», el desempleo persistirá, por tanto empréndase con «valentía» el camino de descentralizar hasta el extremo máximo la negociación colectiva para que dependa de las empresas, «y no de las regiones», menos aún de las provincias, para permitir que los salarios – y en general todas las

⁵ Se puede seguir en <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/06/14/economia/1308066470.html>.

condiciones de trabajo— «se ajusten a las condiciones específicas de cada empresa». ⁶ «E voilà!» Con este ajuste continuo de «precios» de inmediato veremos como el empleo reverdecerá en España como un jardín en primavera lluviosa. Por enésima vez, las recetas económicas liberales, que son bicentenarias, «salvarán» la situación.

En suma, por mucho que la ciencia —y la historia— esté de parte de quienes sostienen que es más perentorio cambiar los entornos económicos y el sistema financiero que envuelven el marco laboral, favoreciendo el crecimiento económico y la innovación organizativa, tecnológica y ocupacional, la política se empeña en seguir el discurso de quienes ven en las «instituciones jurídico-laborales» los principales obstáculos para salir de la crisis, o, como se acepta mejor, para poder beneficiarse de la recuperación cuando esta se produzca. En fin, podemos debatir «si son galgos, o podencos», si cambiar las normas sirve realmente para provocar cambios en el empleo —que ya vemos que no, con la experiencia de 2010—, pero la realidad es más tozuda, y lo cierto es que ya está aquí el segundo gran capítulo de la reforma laboral: ahora toca el turno a la institución reguladora por antonomasia del «precio» del trabajo, la negociación colectiva.

3. DIAGNÓSTICO DE REFERENCIA PARA LA REFORMA: EL CATÁLOGO DE «VICIOS» («DISFUNCIONES») DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Pero si el enfoque que alienta la reforma es el de la mutación de la institución de autorregulación colectiva de las condiciones de trabajo de *sistema de límites* al poder empresarial en aras de la mejora de los salarios y demás condiciones laborales, a través de la consagración de múltiples «garantías legales» de estabilidad, a fuente de reglas de mejora de la productividad, mediante la ampliación de la flexibilidad en la gestión y la eficiencia económica de los resultados de la mano de obra, se necesita un presupuesto legitimador de la misma. Y este no es otro que la identificación de un amplio catálogo de «vicios», «disfunciones» o «distorsiones» de la negociación colectiva actual. En suma, un «balance negativo» entre su Haber —«virtudes»— y su Debe —«vicios»—.

El legislador gubernamental es contundente al respecto. Una vez hecho el poco más que protocolario reconocimiento de las bondades del sistema para el pasado, se apresurará a concluir que, junto a las «virtudes, el sistema de negociación colectiva ha ido acumulando en este tiempo algunas disfunciones...», tal y como ya indicamos. A este respecto, llama la atención que, sin duda buscando fuentes de legitimidad perdida al tratarse de una reforma unilateral e impuesta —aunque perfectamente incluida dentro de sus competencias constitucionales, al menos en la posibilidad de llevarla a cabo, otra cosa es que no puede realizarla con cualquier contenido—, el Gobierno enfatice que en el panorama o «catálogo de disfunciones» que él identifica exista una suerte de «consenso», tanto en el plano «académico» como en el plano «social». Así se pondría de manifiesto, nos recuerda la EM, en el Acuerdo Social y Económico del 2 de febrero de 2011 (ASE), en que los interlocutores sociales se comprometían a corregir tales problemas por la vía de una reforma dialogada y pactada, lo que se ha frustrado.

⁶ Vid.: <http://www.elconfidencial.com/archivos/ec/2011062129fmi.pdf>, pág. 6.

Si hacemos caso a los escritos del grupo de economistas que abanderan el movimiento de reforma de la negociación colectiva en la dirección emprendida por el Gobierno, aunque no estén plenamente satisfechos con las medidas –«terapias»– finalmente afrontadas, como no lo están ni los unos –los empresarios e instituciones internacionales que asumen su posición de mercado– ni los otros –los sindicatos, que rechazan también una parte importante de sus contenidos–, el legislador parece tener razón. Así, se lee que

«Compartiendo el diagnóstico de los problemas del sistema de negociación colectiva enunciado en dicho acuerdo...».

Si situamos el análisis en un plano general es posible aceptar ese planteamiento, por cuanto sí que hay una sustancial coincidencia en evidenciar los grandes aspectos que requerirían reajustes normativos, aunque realmente serían precisas más bien nuevas prácticas convencionales y, por tanto, voluntades concordes de los dos sujetos de la negociación colectiva de llevarlas a cabo, lo que se ha dado en ciertos sectores de negociación pero no en otros. En este sentido, los cuatro grandes problemas de la negociación colectiva española pueden agruparse en torno a los siguientes aspectos:

1. La «estructura atomizada e invertebrada» de la negociación colectiva. Aquí habría una doble distorsión, que se arrastra desde hace tiempo, si bien a día de hoy no evidencia una situación uniforme en todos los sectores. Así, conviviría una «extremada atomización» de unidades –muchos ámbitos– junto a su «deficiente vertebración» –escasa articulación y coordinación de la concurrencia entre las múltiples unidades de negociación–.

En este marco de problemas, el enfoque de reforma conforme a la exigencia de los «mercados» –ese ente mítico que arruina bolsas, derriba Gobiernos, intimida a los Estados, subordina democracias, allana ciudadanías...–, exigiría básicamente:

- a) Para la gestión de situaciones «patológicas» («situaciones económicas negativas») de la empresas: «acuerdos de descuelgue» de los convenios.

Es una demanda fundamental de la organización patronal y del sector de opinión, económico y académico, que abandera sus reivindicaciones. Pese a que la reforma 2010 ya promovió una sustancial modificación del régimen de este instrumento de gestión empresarial de situaciones críticas –nueva redacción de los arts. 82.3 y 85.3 del Estatuto de los Trabajadores (ET)–, favoreciendo la negociación de empresa en detrimento de la negociación de sector –cualquiera que fuese su ámbito–, que perdió toda posibilidad de condicionar el recurso a los acuerdos modificativos del régimen económico –y funcional (modificación del art. 41.6 ET)– de las empresas, no parece ser suficiente para la política orientada a facilitar los reajustes empresariales de las condiciones laborales a fin de adaptarlas a las exigencias de gestión productiva y rentable. De ahí, que se pida eliminar algunos de los límites que ha previsto la Ley 35/2010 al uso de esta vía, como el relativo al límite de la duración del acuerdo de inaplicación salarial, de modo que se prevea su renovación indefinida, no como ahora, que tiene el límite de la vigencia del convenio del que se desmarca o, en todo caso, tres años, por lo que cabe el retorno del régimen precedente, no así con la pretensión de un nuevo cambio propuesto por

el sector económico-patronal, que condiciona directamente la duración del acuerdo a la situación realmente existente, sin límites abstractos o generales, menos absolutos.

Asimismo y para asegurar que no hay bloqueos a esta vía de flexibilidad acordada se propone que todo convenio colectivo prevea –por tanto como contenido mínimo obligatorio– el compromiso previo de someter las eventuales discrepancias a la hora de fijar el nuevo régimen salarial a un «arbitraje obligatorio» y, claro está, vinculante. La previsión de procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias en este ámbito, adaptando al respecto las previsiones de los Acuerdos Interprofesionales, estatal y autonómicos, ya está contenida en el artículo 85.3 c) del ET, pues es contenido mínimo del convenio incluir procedimientos de este tipo, aunque antes de la reforma de la negociación colectiva no fuesen únicamente arbitrajes, sino otras fórmulas. Pero lo que se pide, sin ambages de ningún tipo, es una regla legal que incentive o fomente, cuando no directamente imponga, la inclusión convencional de arbitrajes como mejor instrumento de resolución de conflictos respecto de los descuelgues de convenios.

- b) Para la gestión ordinaria: primacía del convenio de empresa respecto del convenio sectorial, en especial del provincial.

El enfoque económico de la reforma exigía una mayor descentralización de nuestro sistema de negociación colectiva. Esta exigencia teórica tiene un evidente sentido práctico: primar el convenio de empresa sobre el de sector. El presupuesto de partida es la continua reducción de la cobertura de los convenios de empresa en nuestro país, con lo que el grado de descentralización de nuestro sistema habría ido cediendo terreno, a diferencia de lo sucedido en otros países de nuestro entorno. La explicación de esta deriva, inadecuada para el enfoque económico neoclásico y liberal, no estaría en el peso evidente de la pyme en nuestro tejido productivo, que dificultaría la negociación de empresa, sino estrictamente en la prohibición legal estatutaria de la concurrencia entre convenios de empresa y de ámbito superior, sin que la posibilidad de descolgarse en situaciones patológicas, como se ha indicado anteriormente, sea a día de hoy una práctica usual, por las persistentes complicaciones para negociar tales acuerdos de inaplicación de los regímenes convencionales de ámbitos superiores. De ahí que se proponga introducir una regla legal que favorezca la concurrencia entre los convenios de empresa y los de sector, primando aquellos sobre estos.

Veremos que en este aspecto aquel enfoque ha triunfado ampliamente con la reforma gubernamental, con un cambio radical que, además, se aplicará de forma inmediata. En efecto, recuérdese que más del 70 por 100 de los convenios tienen un marco provincial. Las actuales dificultades de los sindicatos de penetrar en los sectores, mayoritarios, donde la microempresa es la forma de organización mayoritaria del tejido productivo, abriría una situación de gran riesgo de desprotección, tanto sindical como convencional, lo que exigirá sin duda una estrategia sindical de acción en las empresas de menos de 10 trabajadores.

- c) La reducción de la atomización geográfica del sistema convencional.

Pero es evidente que una promoción de las unidades descentralizadas de empresa llevará a una mayor atomización del sistema convencional, incurriendo de nuevo en la perpetuación del problema que querría evitarse. De ahí que, desde diferentes sectores y por motivos dis-

tintos, se apueste por una cierta racionalización de la estructura, de modo que pueda reducirse el número de unidades convencionales. Como es natural, se pone el acento ahora básicamente en la dimensión geográfica y no en la funcional, de modo que, una vez más, los convenios provinciales salen afectados.

En un enfoque económico-mercantil, esta reducción se buscaría ampliando los requisitos legales para otorgar eficacia general a un convenio colectivo de ámbito territorial menor, como son el provincial o el local. En este sentido, a fin de garantizar que los intereses de las microempresas –con menos de 10 trabajadores–, o incluso de las pymes –con menos de 50 trabajadores– están más presentes en los procesos de negociación colectiva, se reclama una elevación del umbral de representatividad de los convenios colectivos provinciales, de modo que de no alcanzar un determinado volumen de empleo y de empresarios, el convenio no tendría eficacia normativa y general, restringiéndose únicamente a las empresas representadas directamente en la negociación. Esta propuesta, que de nuevo pone en cuestión la garantía legal de la eficacia normativa y general del convenio, exigencia constitucional ex artículo 37 de la Constitución Española –STCO 58/1985–, tendría la virtud, además, se dice, de eliminar las barreras mayores que supone para las pymes los elevados costes tanto de firmar un convenio propio como de, en su caso, recurrir al descuelgue de un convenio superior. Por lo tanto, la existencia de convenios provinciales dotados con el referido plus de representatividad puede cumplir una función productiva y de racionalidad estructural –reduciendo el número de unidades a favor de convenios de sector provincial, pero representativos de las necesidades de las empresas de menor dimensión–.

Esta es una cuestión que enlaza de lleno con el tema de la legitimación para negociar convenios colectivos de eficacia normativa y general. Aunque la reforma, como se verá, tiene alguna incidencia al respecto, sobre todo al reforzar las reglas de legitimación empresarial en los convenios de sector, es un aspecto que no ha tenido un especial predicamento en la norma gubernamental, sin duda por el rechazo férreo de los sindicatos.

Junto a este enfoque económico-mercantilista, también presiona para un efecto de reducción del número de unidades el *político-institucional*, conforme al cual se busca la primacía de los ámbitos autonómicos sobre los estatales. Es la célebre cuestión de los «marcos autonómicos de negociación colectiva» –como un trasunto de los «marcos autonómicos de relaciones laborales»– que, promovida con la reforma de 1994, ahora encuentra un significativo e inesperado relanzamiento a raíz de la debilidad gubernamental para poder sostener la reforma y su más que imperiosa necesidad de contar con el apoyo de los partidos nacionalistas. Comprobaremos cómo también este planteamiento ha tenido éxito relativo en el texto del real decreto-ley pero aún lo tendrá más de ser cierto el compromiso que se dice ha alcanzado el Gobierno con el PNV para su convalidación.

- d) Las reglas de coordinación de las unidades de negociación a través del reforzamiento de los acuerdos marco o convenios de articulación.

Tanto en el plano jurídico como en el económico, y a falta de evidencias en torno a la mayor o menor equidad y/o eficiencia de los «modelos centralizados» y de los «modelos descentralizados» de negociación colectiva, existe un notable consenso en que es imprescindible

una adecuada coordinación entre las múltiples unidades de negociación. En consecuencia, una clave de la solución del problema ha de ser recuperar la capacidad de las partes negociadoras para ordenar el sistema, para introducir reglas más claras y precisas sobre la concurrencia entre convenios de diferente ámbito, fijando un sistema racional y coherente de reparto o distribución de materias a regular en cada uno de ellos. Una función que legalmente ha venido siendo atribuida a los «acuerdos interprofesionales», sobre todo a los «acuerdos marco» y que, por diferentes razones, de carácter legal en unos casos y de sociología de las relaciones entre los sujetos negociadores en otros, no han tenido un desarrollo simétrico en los diferentes sectores productivos, de modo que la situación se caracteriza por una gran diversidad.

En este ámbito, una vez más los factores de índole económica se encontrarán con otros de carácter político, de modo que la finalidad, «oculta pero mal traducida en términos de técnica legislativa, de fomentar la negociación colectiva autonómica»,⁷ se ha situado en la raíz de las limitaciones normativas para una negociación articulada. Para ello se trataría de superar las restricciones previstas en el artículo 84 párrafo tercero del ET, sobre todo en la interpretación que llevara a cabo la jurisprudencia en 1998 y que se ha mantenido inmodificada hasta el día de hoy –Sentencia del Tribunal Supremo (STS), 4.^a, de 16 de febrero de 2010–, imputándosele a menudo, quizás con algo de exageración,⁸ el vaciamiento de todo contenido efectivo a los acuerdos marco –y convenios sectoriales estatales generales– previstos en el artículo 83.2 del ET para llevar a cabo ese reparto coordinado y coherente de competencias en orden a la regulación de las materias laborales entre las distintas unidades que, funcionalmente diferenciadas, integran la estructura convencional de cada sector productivo.

2. El carácter *estático* del proceso negociador, de modo que se tardaría mucho en alcanzar un convenio y, alcanzado, se eterniza lograr uno nuevo.

De los dos modelos básicos de negociación colectiva existentes en relación con los tiempos de los procesos negociadores, el «estático» y el «dinámico», el español seguiría respondiendo en gran medida al primero, pese a los esfuerzos realizados por todas las fuentes reguladoras –ley, convenio y jurisprudencia– para promover una evolución de ese modelo estático a otro más dinámico (STCO 184/1991, de 30 de septiembre).⁹ El diagnóstico gubernamental es contundente, quizás por ello tam-

⁷ Por todos, VALDÉS DAL-RÉ, F.: «Jurisprudencia sobre negociación colectiva en 2010», en AA.VV. (Coords.: Toni FERRER, Carlos RESA, Santos RUESGA), *Anuario de Relaciones Laborales 2011*. UGT-CEC. Madrid: Marcial Pons, 2011, pág. 156.

⁸ Nadie duda de lo muy discutible o criticable de la tesis jurisprudencial que otorga al párrafo segundo del artículo 84 del ET la naturaleza de «regla de derecho necesario absoluto», por tanto indisponible para la autonomía colectiva salvo en relación con las materias previstas en el listado del párrafo tercero de aquel precepto. Ahora bien, compartiendo en gran medida los elaborados y atendibles argumentos expuestos por la doctrina más autorizada en esta materia, entiendo excesivo responsabilizar a la tesis judicial del «**mantenimiento del formidable desorden de nuestra estructura contractual colectiva**». Cfr. VALDES DAL-RÉ, F., *op. cit.*

⁹ Conforme a la STCO 184/1991: «En el modelo institucional o dinámico de negociación colectiva, –a diferencia del método contractual basado en la conclusión directa de acuerdos reguladores cerrados, que establecen directamente reglas laborales completas (**que es el tradicional entre nosotros y el que refleja el título III del Estatuto de los Trabajadores**)–, las partes se limitan a establecer las normas constitutivas y las reglas de procedimiento de órganos cuya función consiste precisamente en regular salarios o condiciones de trabajo a través de resoluciones puntuales, en una contratación que puede calificarse de abierta...».

bién excesivo en cuanto que ignora por completo una importante evolución práctica en esta materia. Así, se expresa con rotundidad que «nuestro sistema adolece de falta de... dinamismo... Una vez denunciados, los convenios tardan en empezarse a negociar, las negociaciones se dilatan... y se producen situaciones de... bloqueo. Ello supone que las condiciones... pactadas... se prolongan... sin ajustarse a las nuevas condiciones económicas y productivas...» –EM real decreto-ley, II, párrafo penúltimo–.

Este «modelo estático de negociación» correspondería a una época industrialista en la que la negociación colectiva se vería más como una vía de solución transitoria a conflictos estructurales, mediante el pacto, que como un instrumento de cooperación sindical en la gestión flexible y, por tanto, productiva de la empresa. Un tiempo «post-industrialista» urgido más bien de sistemas cooperativos con la gestión flexible de la empresa requeriría reforzar el carácter contractual del convenio colectivo, garantizando el contacto permanente de las partes firmantes en orden a adaptar las condiciones pactadas a la realidad cambiante. Para el «modelo dinámico», en cambio, la negociación colectiva es un proceso continuo, no agotado en la firma del convenio.

Ya hemos advertido de que esta presentación realmente es maniquea y simplista, pues desconoce deliberadamente que hoy nuestro modelo real o experimentado, más dinámico, de negociación colectiva no responde estrictamente al modelo normativo, más estático. La experiencia conoce una relativa «dinamización» de la negociación colectiva, a través de diferentes instrumentos, uno de los cuales viene siendo el mayor peso de las «Comisiones Paritarias».

Se trata, como es sabido, y pese a la confusión que actualmente existe en torno a su configuración, de órganos mixtos y delegados de la «Comisión Negociadora» del acuerdo y a la que se encargan diversas funciones. Entre las más comunes de estas están las de interpretación, aplicación y vigilancia del pacto, resolviendo, como vía previa –su legitimidad se reconoce en la STCO 217/1991– a otros procedimientos de solución, extrajudicial o judicial, los conflictos derivados de tal interpretación. Funciones que, en su dimensión tradicional, engloban la denominada «administración del convenio». No obstante, estas competencias no agotan su actividad, pues a menudo se le atribuyen por los convenios unas funciones de negociación en sentido estricto, con las virtudes, pero también los problemas, que ello genera.¹⁰

Precisamente, la institucionalización de las «Comisiones Paritarias», que presentan una diversa configuración en la experiencia convencional, refleja un movimiento hacia la convergencia entre el «modelo estático» y el «modelo dinámico» de negociación colectiva. Igualmente los sucesivos «Acuerdos de Negociación Colectiva», desde 2002, pusieron énfasis en el proceso negociador, manifestando la voluntad de los agentes sociales de dinamizar el sistema negocial español y reforzar la autonomía colectiva a través tanto del reforzamiento de las Comisiones Paritarias como del fomento de la utilización de los procedimientos de autocomposición de conflictos, a fin no solo de agilizar la

¹⁰ El desbordamiento funcional de las Comisiones Paritarias no solo genera importantes problemas prácticos, pues a menudo se ven impedidas para afrontar adecuadamente las nuevas tareas, sino también jurídicos, pues no siempre es fácil diferenciar entre «mera gestión» y «renegociación» modificativa. De ahí la abundante jurisprudencia sentada en materia. *Vid.* SSTs, 4.ª, de 20 de mayo de 2004, 14 de marzo de 2007 o 15 de enero de 2008, esta última respecto de un interesante proceso de impugnación de varias disposiciones adicionales del convenio colectivo de la empresa FEVE, que evidencian la centralidad de las funciones de reorganización y gestión de los convenios y sus instrumentos de gobierno.

solución de controversias que conlleven el bloqueo de las negociaciones, sino también de reforzar la autonomía colectiva evitando la excesiva judicialización.

En consecuencia, las principales claves para insistir en esa línea evolutiva, hacia un mayor dinamismo convencional, se centrarán en:

- a) Redefinición y reforzamiento del papel de las *Comisiones Paritarias*.¹¹ A tal fin, la revalorización del origen contractual del convenio impone el reconocimiento a las partes firmantes de un mayor margen de disposición sobre el contenido pactado durante la vigencia del acuerdo colectivo, fomentado incluso el uso de facultades de renegociación para la adaptación del acuerdo a las exigencias económicas y/o productivas cambiantes.
- b) Revisión de la regla de «ultraactividad» de los convenios colectivos, a fin de corregir o reducir la inercia en los procesos de negociación.

La regla de la «ultraactividad» convencional, que se preveía en el artículo 86.3 del ET anterior a la reforma –que prevé también el supuesto de la prórroga tácita por no mediar denuncia, ex art. 86.1 ET–,¹² determinaba la vigencia indefinida de las cláusulas normativas de los convenios mientras no se firme un nuevo acuerdo. Desde un punto de vista jurídico, se ha analizado esta regla como un «mecanismo institucional de estabilización del sistema» de la negociación estatutaria, porque prima la continuidad del mapa de unidades de negociación existente, no solo de sus contenidos. De ahí que sea un aspecto normativo que también incide, si bien indirectamente, en la estructura negocial, en una dirección que desincentiva la renovación del sistema contractual, sin perjuicio de recordar aquí la evolución jurisprudencial en una interpretación restrictiva de esta regla.¹³

Por eso, se entiende que, ya en un plano económico, se critique esta regla legal por actuar como un obstáculo para la renegociación, fomentando al contrario la inercia en la regulación convencional

¹¹ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F.: «La solución de los conflictos colectivos de interpretación y aplicación por las Comisiones Paritarias de los convenios colectivos», en AA.VV., *Mediación y arbitraje en España. El papel de las Comisiones Paritarias*, Madrid: UGT, 2003, págs. 17 y ss. Un estudio clásico al respecto ALEMÁN PAÉZ, F.: *Las Comisiones Paritarias*. Madrid: Civitas, 1995.

¹² En este caso de prórroga automática del convenio por no llevarse a cabo la denuncia en el plazo estipulado para ello en el convenio, resulta aplicable, conforme al sentir mayoritario de la doctrina científica y jurisprudencial, el principio de no afectación ex artículo 84.1 del ET, salvo diversa opción por un convenio colectivo general ex artículo 83.2 del ET. Vid. SSTS, 4.ª, de 5 de junio de 2001 y 2 de febrero de 2004, entre otras. El efecto de estabilidad, o si se quiere, de rigidez, de la estructura convencional es más que evidente, sobre todo si se tiene en cuenta la práctica extendida en nuestra negociación de dejar pasar el momento de denuncia, por la protección que ofrece la «ley de la inercia de las prórrogas».

¹³ Está consolidada y arraigada la jurisprudencia que considera la situación de ultraactividad no como una «vigencia plena», sino «funcional» o limitada, de modo que no persigue mantener la misma situación que durante el periodo de vigencia en sentido estricto, sino tan solo evitar los vacíos de regulación. Por tanto, este problema se acaba con la aprobación de otro convenio posterior, sea de sustitución sea de revisión, por lo que ni impide el cambio de unidad de negociación ni rige el principio de prohibición de afectación o de concurrencia ex artículo 84.1 del ET. En otro caso, dice el TS, «supondrían la petrificación de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación...». Vid. STS, 4.ª, de 17 de mayo de 2004, relativo a la vigencia de un convenio colectivo franja de empresa frente a un convenio sectorial estatal, STS de 2 de febrero de 2004 (Convenio estatal de enseñanza no reglada anterior en situación de ultraactividad frente al convenio autonómico posterior de enseñanza privada de Euskadi), STS de 21 de junio de 2005... La doctrina es hoy de aplicación frente a cualquier unidad, superándose las contradicciones anteriores de la jurisprudencia, que la aplicaba diversamente según se tratara de convenios de sector o de empresa.

de las condiciones de trabajo.¹⁴ La pérdida de incentivos a esta renegociación elevaría los costes de transacción y también los costes de oportunidad de las empresas, que al tener que vencer inercias y reducir su tiempo de reacción a los cambios del entorno económico aumentaría su riesgo de ineficiencia, con el consiguiente perjuicio para su rentabilidad y viabilidad. De ahí la demanda empresarial de eliminación de esta regla de estabilidad-rigidez.

En consecuencia, para el análisis económico de esta regla jurídica, denunciado un convenio y transcurrido un reducido periodo desde que haya sido posible un nuevo acuerdo o un arbitraje, debe establecerse otra regla legal que haga decaer las cláusulas normativas del convenio, no solo las de carácter obligacional, en tal caso. Para la patronal, solo esta previsión normativa presionará a los sindicatos a llegar a un acuerdo, pues ya no pueden mantener las condiciones pactadas anteriormente de manera indefinida. Por su parte, los sindicatos, exigián su mantenimiento porque, al contrario, quienes podían mantenerse en esa posición de inactividad negociadora son los empleadores, que a falta de una regulación convencional podrían acudir bien a su poder de regulación bien a los mínimos legales, con la consiguiente pérdida de las posiciones adquiridas por parte de los trabajadores.

Veremos como la reforma se orientará en esta dirección de fijar plazos mínimos y máximos de negociación.

3. La *rigidez* y *unilateralidad* de los contenidos pactados en los convenios.

En realidad, detrás de la crítica que se hace a la referida lentitud de los procesos de negociación hay un argumento de fondo. Este no es otro que el denunciar la dimensión eminentemente distributiva de la negociación colectiva, a favor de la mejora continua de los derechos de los trabajadores, en detrimento de su dimensión productiva –y de garantía de empleo–, a través del cumplimiento de objetivos de eficiencia económica y de mejora de la competitividad empresarial.

En efecto, una vez más, el reclamo de un mayor dinamismo de los procesos negociadores adolece de un cierto eufemismo, muy frecuente en este ámbito, de modo que se buscan planteamientos y términos que tratan de dar una apariencia de verdad, neutralidad y necesidad de cambios, por parecer equilibrados, cuando realmente hay un objetivo económico e ideológico detrás. En este sentido, la llamada a la ruptura de las inercias de negociación no busca otra cosa, en realidad, al igual que el énfasis puesto en la descentralización de la estructura, que favorecer un cambio en las funciones de la negociación colectiva. De manera que la gestión flexible, esto es, el ajuste continuo de las condiciones de trabajo –«precio» de la mano de obra– a la coyuntura de mercado, constituya una razón principal, no residual o marginal, de los convenios colectivos y no ya solo de otros productos convencionales –negociación de gestión–.

En el modelo clásico, la negociación colectiva «industrialista», se persigue fundamentalmente la igualación de las condiciones de trabajo en un sector productivo concreto, mediante la ampliación progresiva de los derechos sociolaborales, tomando como prototipo un trabajador indefinido y dotado

¹⁴ Las críticas no proceden solo del sector económico del análisis académico, también de amplios sectores jurídicos. Cfr. GOERLICH PESET, J.M.: «La reforma de la negociación colectiva: procedimiento negociador y eficacia de los convenios», en AA.VV., *La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial*. Madrid: MTIN, 2008, pág. 95.

de altas garantías de estabilidad. Sin embargo, la realidad socioeconómica actual evidenciaría que, ante el cambio de sus prototipos socioeconómicos, tanto de la organización empleadora como del trabajador, también el sistema de autorregulación –función de compra de mano de obra– y ordenación –función de gobierno– de sus relaciones ha de cambiar, de manera que a una empresa flexible y a un trabajo inestable le ha de corresponder una norma convencional también flexible y, por tanto, inestable, dinámica, móvil. De nuevo es de todo punto obligado huir de visiones simplificadoras de una compleja y rica experiencia convencional, en gran medida relegada o infravalorada por la reforma.

En efecto, la reforma gubernamental omite que los cambios tanto en los modos de organización del trabajo como en el entorno económico ha llevado, desde 1994 sobre todo, a una negociación colectiva «post-industrialista», que asume, de forma progresiva, nuevas funciones, entre otras la de integración de las necesidades competitivas de la organización del trabajo en la ordenación convencional –función «gerencial»–, de modo que la regulación de las condiciones de trabajo, en su gestación, dinámica y contenido, ya se encuentra hoy estrechamente relacionada con las necesidades organizativas específicas en que esa negociación se enmarca. Hace tiempo, pues, que, conforme evidencia una posición ampliamente asumida por la doctrina iuslaboralista, la negociación colectiva española viene desarrollando una función «gestional» más que apreciable. Con ella se trata de hacer compatible una gestión de la empresa más flexible, menos sometida a las reglamentaciones cerradas típicas de convenios tradicionales, y más abierta a condiciones y controles laxos para el ejercicio del poder empresarial, aún con límites, por supuesto, para asegurar su función transaccional y de equilibrio.

En buena medida, cabe evidenciar cómo el objeto de la negociación colectiva se trasladaría, al menos en parte, desde la «protección primaria de los trabajadores» a la «organización productiva del trabajo», precisamente como una vía para mejorar la garantía de empleo que, con frecuencia, se convierte en una materia convencional. Para ello, no dudará en pasar de una «negociación colectiva distributiva» de los resultados económicos de la empresa, convirtiendo las mejoras de productividad en mejoras de las condiciones de trabajo, a una negociación de las condiciones de producción. Esto es, una «negociación colectiva productiva» o «competitiva».

Esta implica, entre otras cosas, una regulación del ejercicio de las prerrogativas del empresario de forma más flexible, a cambio de incrementos de productividad y del volumen de empleo. En suma, quien conozca las plataformas de negociación del banco empresarial y del banco social de los últimos años sabe que aparecen con frecuencia las peticiones de mayor flexibilidad en la gestión de los recursos humanos y de mayor seguridad jurídica, por un lado, y de mejora del empleo en términos de estabilidad, por otro.

Todo ello se ha traducido en un importante número de convenios colectivos donde el intercambio de «flexibilidad interna» en detrimento de la «flexibilidad externa» halla una clara expresión. Así, a cambio de una mayor flexibilidad en la gestión de aspectos esenciales de la organización del trabajo, el empresario adquiere compromisos de mantenimiento –más que de creación– de empleo. A menudo, la asunción por parte de los trabajadores de objetivos económicos incluso pone en peligro ciertos derechos de naturaleza fundamental, que ha requerido corrección jurisprudencial. Este intercambio, dinámico y flexible lo encontraremos en cláusulas convencionales sobre materias tales como el «tiempo de trabajo» (acuerdos sobre distribución flexible de la jornada, como, por ejemplo, las

«bolsas de hora» y «de días», cuya legitimidad se declaró por la STS de 15 de diciembre de 1998; también, anticipando la reforma de 2010, las que favorecen la reducción de jornada ante situaciones económicas negativas, actuales o previsibles); o el régimen salarial (ejemplo: las conflictivas dobles escalas salariales, legítimas cuando respetan determinados límites o requisitos que excluyan su carácter o efecto discriminatorio, STS, 4.^a, de 3 de octubre de 2000; no en otro caso, STS, 4.^a, de 17 de noviembre de 2009; o la eliminación de complementos personales, tales como el «plus de antigüedad» a partir de un determinado momento, SSTS, 4.^a, de 15 de junio de 2008 y 2 de diciembre de 2009).

Pero no son las únicas materias. También aparece esta función de gestión por parte de los convenios en materias tales como la concreción convencional de las causas de despido económico, a fin de introducir mayor seguridad jurídica, incluso con una apertura significativa respecto de las causas legalmente previstas. Y, cómo no, por no seguir con la enumeración, en la ampliación de las causas de contratación temporal para favorecer la atención de necesidades empresariales. En este último caso, es bien conocida la evolución jurisprudencial. De modo que frente a una primera lectura favorable a esta ampliación convencional de las causas de temporalidad se ha sucedido una posición más restrictiva. Con ello se trata de evitar una excesiva desnaturalización convencional de la regulación legal del principio de la causalidad.

No obstante, el legislador viene insistiendo en la capacidad de la negociación colectiva para ampliar el uso empresarial de los contratos temporales si media acuerdo colectivo.¹⁵ Un claro ejemplo reciente lo hallamos en relación con la ampliación de tres a cuatro años del plazo máximo de los contratos por obra o servicio determinado, conforme a la reforma de la Ley 35/2010.

En definitiva, quien concluye sin más la rigidez y unilateralidad de los contenidos de los pactos colectivos desconoce cómo, en los últimos años, hemos asistido a una significativa evolución de la negociación, con la aparición de una nueva generación de convenios y cláusulas convencionales –«convenios de intercambio»– en los que se produce una transacción explícita entre la mayor flexibilidad interna de la gestión del trabajo a cambio de compromisos de mantenimiento de empleo –de calidad–. Con ello se potencia la dimensión contractual –bilateral– del convenio. En suma, tanto los cambios legislativos como las estrategias de los interlocutores sociales, así como la posición de la jurisprudencia mayoritaria, vienen favoreciendo un sistema de garantías para una negociación más flexible, continua y dinámica, en aras tanto de la gestión productiva de la organización del trabajo como del mantenimiento del empleo.

Cierto, este dinamismo y esta flexibilidad de la negociación colectiva son mayores en los convenios colectivos de empresa, y menores en los convenios de sector, cuya función responde más al modelo tradicional o clásico de armonización de condiciones de trabajo en la «compra» y «gestión» del factor trabajo. Asimismo, es más evidente en la negociación colectiva «informal». Esta ofrece una tipología diversificada, destacando los denominados «acuerdos colectivos de reorganización productiva» –arts. 34, 41, o 51 ET–, que permiten la modificación de convenios colectivos vigentes.

Como es sabido, la potenciación, tras la reforma laboral de 1994, de los acuerdos de empresa, en particular de los derogatorios de convenios colectivos, supuso incluir en el sistema legal reglas

¹⁵ *Vid.* SSTS de 28 de febrero de 1996, 15 de enero de 1997, 8 de junio de 1999 y 20 de noviembre de 2000, entre otras.

especiales de concurrencia entre regulaciones colectivas, a partir de las cuales se da preferencia legislativa a las negociaciones de empresa, por tanto estructuralmente descentralizadas y funcionalmente especializadas en la fijación de reglas de ajuste organizativo. Una proliferación de reglas de preferencia aplicativa de las regulaciones de empresa cuya legitimidad fue aceptada ampliamente por el TS, aún constatando la contradicción con las regulaciones de los convenios colectivos de sector.

Así, sucedió con cierta frecuencia en relación con acuerdos modificativos ex artículo 41 del ET, incluidos los relativos a sistemas de remuneración que derogaban los fijados en los convenios colectivos de sector provincial.¹⁶

De ahí que los sectores que promueven una reforma del sistema de negociación colectiva español en aras de aquel mayor dinamismo y flexibilidad no pretenden sino, en última instancia, hacer converger las formas de negociación institucional o estatutaria –*convenios colectivos*– con las formas de negociación informal –*acuerdos colectivos*–, de modo que los convenios colectivos asuman de manera general, y no relativa como ahora, esa misma función de intercambio de flexibilidad interna y productividad por empleo. Desde esta perspectiva, si como advirtiera hace más de 12 años una autorizada doctrina,¹⁷ esta acusada nueva función gestional, que viene desarrollando desde hace más de una década la negociación colectiva, conllevó un cierto desplazamiento de los convenios colectivos tradicionales, estatutarios y también «extra-estatutarios», a favor de nuevas formas de regulación colectiva de intereses caracterizadas por reglas más abiertas, ahora se pretendería introducir tal función en el interior de la negociación colectiva más formal o institucionalizada. De modo que el convenio colectivo, de empresa sobre todo, pero también en cierto modo el de sector, y no solo el acuerdo de empresa, sea tenido al mismo tiempo que como un instrumento regulador de condiciones de trabajo como una «técnica de gestión» y de «reorganización» permanente de las relaciones de trabajo a las necesidades presentes, de modo específico y cambiante, en cada tiempo y en cada empresa.

Las claves del cambio para hacer frente a este extenso conjunto de problemas y disfunciones estarían en promover:

- *La vinculación de la autonomía colectiva a los objetivos de recuperación de la competitividad, con la eliminación de automatismos –ejemplo los mecanismos de indexación salarial respecto a la inflación («cláusulas de revisión» o «garantía salarial»)– en la fijación de los salarios.*

Realmente es el aspecto fundamental que explica –y para muchos justifica– la reforma.

En efecto, lo que realmente se pretende, de nuevo ocultado tras una amplia gama de enunciados en apariencia razonables y compartibles por todos, es una instrumentación del convenio colectivo al servicio del control del crecimiento de los salarios, incluso de su reducción. Así sucede cuando se pide «vincular salarios a productividad» («Pacto por el Euro»), ignorando que eso ya está previsto desde

¹⁶ Para una legitimación amplia de estos acuerdos modificativos y/o derogatorios STS, 4.^a, de 21 de noviembre de 2006. En particular, para un acuerdo modificativo de sistemas remuneratorios, rechazando que haya relación de jerarquía normativa en estos casos sino preferencia funcional, *vid.* STS, 4.^a, de 11 de mayo de 2004.

¹⁷ *Vid.* RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: «La contractualización del convenio colectivo», *Relaciones Laborales*, 1998-I, págs. 7-8.

hace años en nuestro sistema, como recordaremos, y no ha funcionado por imposibilidad, y falta de voluntad, de las empresas, en cuantificar la productividad. O cuando se recomiendan «buenas prácticas en materia de negociación colectiva» (FEDEA), que solo quieren impedir cláusulas de garantía salarial.

Precisamente, uno de los compromisos básicos del llamado «Pacto por el Euro Plus» –Consejo Europeo de finales de marzo 2011–, la expresión más reciente de formalización de una política de sumisión de la dimensión social a la económico-financiera, es la evaluación continuada de la adecuación de los «salarios» a los «incrementos de productividad». De ahí que, aun asumiendo formalmente que cada país es «soberano» para elegir las «medidas concretas» necesarias para «impulsar la competitividad», se impone a todos los Estados la garantía de una evolución de los costes laborales unitarios «de acuerdo con la productividad». Entre las medidas a adoptar estarían:¹⁸

- La «revisión de los acuerdos de fijación de salario y, cuando sea necesario, del nivel de centralización del proceso de negociación y de los mecanismos de indexación, a la vez que se mantiene la autonomía de los interlocutores sociales en el proceso de negociación colectiva.»
- La «garantía de que la fijación de salarios en el sector público contribuye a los esfuerzos de competitividad en el sector privado (sin olvidar el importante efecto de referencia de los salarios del sector público).»

Sin perjuicio de insistir en que esta insistente llamada a la vinculación entre salario y productividad es una nueva «fórmula mágica», dotada de un significado y contenido extremadamente incierto y en todo caso ambiguo, como la más conocida y también reiterada «flexiseguridad», tras esta idea no hay sino un intento de reducir a cenizas el «modelo salarial concertado» en España. Un modelo que, condicionado siempre por el objetivo de la moderación salarial, en gran medida cumplido, se asentaba, al menos hasta el Acuerdo Interprofesional para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC) 2010 –cuya vigencia tiene tres años– en dos aspectos básicos:

- La referencia principal para el incremento salarial era el objetivo previsto de inflación –IPC–.
- El establecimiento de una cláusula de revisión salarial para garantizar que el incremento final del salario fuese equivalente al de la inflación real, por cuanto lo habitual ha sido en los últimos años –salvo en 2009–, que la inflación prevista fuese menor a la real. Con ello se trataba de garantizar el mantenimiento del «poder adquisitivo», evitando su «devaluación», en aras tanto del bienestar como del consumo y, en consecuencia, de la inversión.

De este modo, el efecto de relativa moderación salarial que suponen los «pactos iniciales» –para 2010: crecimiento 1,3%, con una previsión de incremento del IPC de un 1%–, termina diluyéndose en parte por la incorporación del efecto de revisión propiciado por las referidas cláusulas de salvaguarda o garantía salarial –para 2010: el crecimiento definitivo sería de un 2,1%, al incorporar la variación del IPC interanual de 0,8%–. Aunque la realidad evidencia que el crecimiento salarial final se adapta, en términos generales y medios, a la situación económica, como nos pone de manifiesto

¹⁸ En http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/es/ec/120310.pdf, pág. 16.

que para el 2010 se redujeron los salarios pactados reales –los llamados «salarios monetarios deflacionados» por IPC–, pues la inflación real final fue del 3 por 100, con lo que hay una diferencia del 0,9 por 100, lo cierto es que la acusación a la negociación colectiva de un efecto inflacionario es continua. De ahí la propuesta de diferentes criterios o medidas para eliminar radicalmente este efecto.

Entre estas medidas se hace hincapié:

- En la eliminación de las cláusulas de revisión automática de los salarios. Se dice que es atípico en Europa un nivel de indexación salarial a la inflación tan elevada como en España, pues se situaría en torno al 65 por 100 de los trabajadores cubiertos por convenio. Como es natural, y para simplificar, se relega a letra pequeña el que hay países con elevada productividad que sí tienen análogos niveles –como Finlandia–, y que hay otros, si bien mucho más pequeños, como Bélgica y Luxemburgo, que también los tienen. Pero también se silencia que estas cláusulas han venido reduciéndose en este trienio negro, de modo que del 67 por 100 de 2008, se pasó al 61 por 100 en 2009, y apenas al 45 por 100 en 2010.
- Se recuerda que en algún país, como Francia, la citada vinculación salarial a índices de precios agregados estaría prohibida por ley.
- De no poder políticamente asumirse esa eliminación del mecanismo de la garantía salarial, que es una línea roja para los sindicatos, se propone que se cambien el criterio de referencia del IPC a la «inflación subyacente» (el índice generado por los precios de los servicios y de los bienes elaborados no energéticos), que suele ser significativamente menor, al tiempo que se hace «simétrica», esto es, eficaz tanto cuando hay diferencias positivas –inflación– como cuando las hay negativas –inflación inferior a la prevista (deflación)–. Esta última situación se produjo en 2009, generando conflictos.
- Para mantener el límite o tope máximo de crecimiento vinculado no ya a la productividad sino a la competitividad global de las empresas españolas, se reclama también la necesidad de atender a otros criterios de referencia. Así, para recuperar la brecha abierta en la economía española por la pérdida de competitividad con los competidores europeos, al subir de un modo significativo los costes laborales unitarios en nuestro país, se solicita, en línea con lo sugerido por el referido «Pacto Europeo por el Euro Plus», la previsión de mecanismos de control salarial que se activen cuando las subidas salariales superen a las de los principales competidores. Para ello se reclama la experiencia de países como los Países Bajos en el año 1982, Suecia o Bélgica. Naturalmente, se es consciente de que todo esto exige disponer de un volumen, cuantitativo y cualitativo, de información, que hoy no está disponible, por lo que se proponen instrumentos a tal fin –Agencias de Información, Foros anuales de Competitividad...–.
- Finalmente, se pone de relieve una cierta rigidez, real o pretendida, de los convenios de sector para adecuar los salarios de cada categoría o grupo profesionales, dificultando la respuesta adecuada en cada momento y a cada sector productivo, que se hallan en diferentes situaciones y contextos. De ahí que, de nuevo, se llame a la garantía, por ley, de una negociación colectiva articulada y coordinada, en el ámbito estatal y autonómico, a fin de contener la voracidad reguladora de los convenios superiores relegándola a una ordenación de mínimos, limitada a negociar solo:

«... sobre el crecimiento de la masa salarial, dejando un amplio margen para su distribución entre distintos conceptos de remuneración y entre diferentes colectivos de trabajadores» (Propuesta 9 de FEDEA).

Como luego veremos, siendo político-sindicalmente muy conflictivo alterar los mecanismos de salvaguarda salarial, en un país con fuertes tensiones en materia de inflación y con unos salarios significativamente reducidos en el concierto de los países europeos más desarrollados –el salario más frecuente, según la última encuesta del INE al respecto en 2009, apenas alcanza los 15.000 euros anuales–, la acción de reforma se orientará básicamente en relación con la estructura negocial. Para ello se primará la dimensión empresarial de la negociación colectiva, de modo que la cuantía del salario será una cuestión típicamente de este ámbito.

- *Flexibilidad interna negociada en la gestión de las relaciones laborales, en detrimento de la flexibilidad de salida y unilateral –despidos–.*

Precisamente, para tratar de minar las eventuales rigideces del sistema legal para que el convenio colectivo pueda ser ese deseado instrumento de reajuste continuado –por lo general, claro está, a la baja–, se solicita una intensificación de la flexibilidad, a fin de disponer de un amplio margen para reorganizar los puestos y las jornadas de trabajo, a pesar de que haya un convenio vigente, con el fin de adaptarse a los descensos de actividad y no tener que recurrir a despidos masivos. Frente a quienes le pedían al Gobierno una intervención decidida en la materia, de modo que definiera con claridad y precisión en qué casos, bajo qué condiciones y a través de qué procedimientos se podrían aplicar estas «reorganizaciones» internas, se ha optado, como analizaremos, por remitirlo básicamente a la negociación particular entre la empresa y los agentes sociales. No obstante, incluso se introducirán medidas de este tipo en el contenido mínimo del convenio colectivo, a fin de exigir que, en un estándar básico, todo convenio negocie situaciones de intercambio de flexibilidad empresarial por una gestión anticipada o preventiva del desempleo.

Asimismo, y para garantizar que no se producen bloqueos sindicales definitivos a esta dinámica de gestión flexible y modificativa, se incide de modo intenso en las vías de solución de tales conflictos laborales. A tal fin, como se indicó, no solo se insiste en el recurso a procedimientos de solución extrajudicial y anticipada de las controversias, que realmente es una constante en todos los procesos de reforma laboral y ha sido desarrollada de forma significativa por los propios interlocutores sociales, sino que se reintroduce el favor hacia la figura de los «arbitrajes laborales», incluso, si bien de un modo transitorio, como se verá, «obligatorios». En consecuencia, de nuevo se hace gala de un cierto «intervencionismo administrativo», pese a proclamar a los cuatro vientos –«dime de lo que presumes, y te diré...»–, su respeto a la autonomía colectiva.

4. Modernización de las «reglas de legitimación» para negociar convenios.

Finalmente, otro gran grupo de problemas de la negociación colectiva tiene que ver con la identificación de los sujetos negociadores, esto es, respecto del «sistema de reglas de legitimación». Se trata de una materia especialmente relevante y, al tiempo, conflictiva, como muestra su gran litigiosidad. En última instancia, estas reglas no solo definen la representatividad de los diferentes sujetos sino

que, consecuentemente, también marcan el ámbito de la negociación colectiva estatutaria, al determinar la eficacia normativa y general de los convenios. Desde esta perspectiva de análisis, conviene evidenciar la obsolescencia de ciertas reglas fijadas en los artículos 87 y 88 del ET particularmente, pues habrían permanecido inmodificadas en lo sustancial a lo largo del tiempo, con lo que ignoran la aparición de nuevos ámbitos de negociación conforme a la realidad socioeconómica actual. Pero la ausencia de modernidad no estaría solo en la omisión de las diferentes formas de organización de las empresas, sino en el modelo dual y monopolístico establecido, hoy por completo superado.

4. TIEMPO DE «TERAPIA»: EJES DE LA REFORMA Y CARACTERIZACIÓN DEL NUEVO «MODELO CONVENCIONAL PRODUCTIVISTA»

Hecho el diagnóstico, identificados los problemas, llegaría el tiempo de las «terapias», la propuesta de soluciones, a través de la reforma del marco normativo del sistema de negociación colectiva. Como es natural, si en el diagnóstico no existe el consenso tan significativo que presupone el Gobierno, como se ha intentado acreditar, no hace falta ningún esfuerzo argumental para poner de relieve las grandes diferencias que existen a la hora de encontrar esos «remedios».

Desde este punto de vista, la primera cuestión que se suscita es la relativa al alcance de la reforma, de modo que podría plantearse una opción más parcial y selectiva, o bien otra más sistemática y global, de manera que se aspire a renovar en profundidad, como sugieren los comentarios –excesivos sin duda– del ministro de Trabajo al presentarla en «público» o a la Opinión Pública. Desde luego, el sector económico, empresarial y académico, abogaban por una reforma profunda, ambiciosa, en realidad demoledora de buena parte del modelo vigente y su sustitución por otro decantado hacia la productividad primariamente. En cambio, el enfoque sindical abanderaba una reforma más contenida, que mantuviese inmodificadas las claves o los ejes del sistema actual, si bien con algunos ajustes, en especial en orden a propiciar una estructura convencional más racional y ordenada, gran asignatura pendiente.

Pues bien, en este contexto, el legislador gubernamental parece haber buscado un camino intermedio, de modo que afectando al entero sistema de negociación, a todas sus piezas –estructura, funciones, contenido, sujetos, procesos–, no se hiciera una tabla rasa de sus «elementos esenciales», sino respetándolos, sobre todo en lo que concierne al primado de la «autonomía colectiva». La reforma de la negociación colectiva pretendería, en definitiva, abordar la solución de las disfunciones constatadas sin un modelo de rígido dirigismo o intervencionismo público, sino desde la valoración máxima de la autonomía normativa. En última instancia, el eslogan que la resumiría es ese manido «... para que haya más y mejor negociación colectiva», en aras de más y mejor cohesión social, pues, y también de más y mejor «crecimiento económico» y del «empleo».

No obstante, como ya se ha anunciado y podrá comprobarse al final del recorrido analítico, una vez más la autoconfesión legal es más «propaganda» que realidad, evidenciándose una clara orientación funcional, e ideológica, de la reforma: de una negociación colectiva «concesiva» y «distributiva» –función de mejora del bienestar social– a otra negociación colectiva más «gerencial» y

«productiva» –función de ajuste continuo del precio del trabajo–. A ese fin se orientan tanto los «fines» como la «arquitectura» de la «reforma del sistema de negociación colectiva».

A este respecto, y tratando de ofrecer una visión global de los objetivos básicos y de las novedades principales de esta reforma, cabe identificar cuatro ejes principales sobre los que se asienta la reforma convencional que analizamos y que responden a los cuatro grupos de problemas identificados en el epígrafe anterior. A saber:

1. La estructura de la negociación colectiva: de un «modelo intermedio, atomizado y desorganizado» a otro «descentralizado, con preferencia de la unidad de empresa, y coordinado, mediante un convenio de sector articulador».

Para hacer frente a la doble distorsión evidenciada en la estructura de nuestro modelo convencional –la existencia de un elevado número de convenios colectivos de ámbito reducido y fragmentado, con vocación reguladora totalizante, de un lado, y su escasa relación entre ellos, por faltar reglas precisas y coherentes de articulación entre los mismos, de otra–, se propone mejorar la ordenación colectiva mediante un nuevo régimen en el que prime:

- a) El poder de gobierno de los interlocutores sociales más representativos, a través de la *liberación de los límites normativos* existentes para desplegar toda su capacidad de vertebración y ordenación de los distintos niveles de negociación, «desde el que se considere más oportuno», dice la EM, y sea a través de los acuerdos interprofesionales marco sea de los convenios colectivos sectoriales –art. 83.2 ET–. En suma, se promueve la fijación de un *sistema sectorial autónomo de reglas de coordinación*, de forma que se profundice y se generalicen las mejores experiencias en tal sentido realizadas en los últimos años.
- b) La regulación de adaptación y ajuste aportada por la unidad de empresa, a través de una *regla de preferencia aplicativa* –regla de concurrencia– de la *unidad empresarial* respecto de las de ámbito sectorial, si bien solo respecto de ciertas materias, ampliables a través del sistema sectorial de coordinación fijado en cada caso –art. 84.2 ET–.
- c) La simplificación de unidades de negociación, en la medida en que se pretende, si no eliminar sí reducir, el papel del nivel hasta ahora dominante, el sectorial provincial, si bien, propiciando un *nuevo protagonismo* de un nivel negocial también intermedio, aunque más articulado que el provincial, como es el *convenio autonómico*. De ahí que se establezca otra regla de afectación –de concurrencia– de los convenios autonómicos respecto de los estatales –art. 84.3 ET–, salvo para ciertas materias reservadas a estos y siempre respetando el régimen convencional distinto que pueda fijarse al respecto – nuevo art. 84.4 ET–.

En definitiva, se mantiene un sistema multinivel pero se propicia, de un lado, una mayor descentralización funcional, favoreciendo las unidades de empresa, y de otro, una mayor coordinación, sea estatal sea autonómica. Aunque la última palabra del diseño final se les da a los interlocutores socioeconómicos más representativos, en tanto se lleva a cabo, el legislador cuida de introducir un régimen de tipo supletorio –en defecto de esa regulación convencional coordinadora– orientado a

profundizar en la descentralización del modelo, a costa del nivel provincial. Aunque la regulación ha perdido su dirigismo o intervencionismo, pasando de un sistema de reglas imperativas o de orden público a otro dispositivo, no es en absoluto neutral, como el modelo originario de 1980, sino que promueve un modelo más descentralizado, de forma que parecen asumirse las críticas, tanto jurídicas como económicas, del modelo intermedio hasta ahora dominante. Como se estudiará, la propuesta tiene tanto luces como sombras, eliminando algunos vicios pero adquiriendo otros.

2. El proceso negociador y la vigencia de los convenios: del modelo «estático» al «modelo dinámico».

El gran cúmulo de inercias obstaculizadoras, o ralentizadoras, de los procesos de renovación contractual, como consecuencia tanto de los mecanismos institucionales de estabilización del sistema como de deficiencias de nuestra experiencia y cultura en materia convencional, constituyen otro de los ámbitos disfuncionales y problemáticos a los que se quiere poner remedio. Sin poder ignorar que esos mecanismos normativos son también fuente de seguridad jurídica y antídoto contra los vacíos de regulación, se trataría de erradicar los efectos nocivos o vicios derivados de aquellos, en especial la inercia a la petrificación de unidades convencionales y, en general, del mapa de la negociación colectiva. También aquí, pues, se buscaría ese ansiado objetivo de lograr un equilibrio entre «flexibilidad para las empresas» –también para los trabajadores, según un paradigma bilateral que el legislador gubernamental parece ignorar–, y la «seguridad» para los trabajadores –también para los empresarios–. A tal fin se modifican los artículos 85 –contenido mínimo–, 86 –vigencia de los convenios– 89 –tramitación de los convenios– y 91 –aplicación e interpretación del convenio– del ET.

Las líneas básicas de reforma, en este ámbito, y sin perjuicio del comentario más detenido que haremos de inmediato, a fin de dinamizar el proceso negociador son:

- a) Ampliación del «contenido mínimo» del convenio colectivo, por tanto susceptible de sanción de nulidad de no respetarse (art. 85.3 ET), a fin, entre otros objetivos, de dinamizar los procesos negociadores. De ahí la exigencia de fijar plazos estrictos en las diferentes fases del proceso –plazo mínimo de preaviso para la denuncia del convenio antes de expirar su vigencia (3 meses, salvo pacto en contrario); plazo máximo del inicio de la negociación de un convenio una vez se ha denunciado el anterior (1 mes) y plazo máximo de negociación de un nuevo convenio (art. 89.2, párrafo tercero: 8 meses para convenios con una vigencia menor de 2 años, o 14 meses si son de vigencia superior)–, así como la obligatoriedad de incluir compromisos por parte de los firmantes del convenio de someterse a procedimientos de solución efectiva de cualquier discrepancia entre los sujetos negociadores, una vez agotado el referido plazo máximo de negociación sin lograr acuerdo –art. 85.3 g) ET–. Con lo que se pretende que todos los convenios colectivos dispongan de dispositivos que impidan paralizaciones, dilaciones o bloqueos a la negociación colectiva más allá de un determinado, y corto, tiempo.
- b) En esta misma línea de desincentivar la prórroga de vigencia de los convenios más allá del pactado expresamente, además de la modulación o restricción de la «regla de la ultraacti-

vidad», se prevé la posibilidad de firmar, durante la fase de renegociación del convenio, «acuerdos parciales» de renovación de los contenidos convencionales, durante su tiempo de prórroga, si así se exige por la necesidad de adaptarse a los cambios del entorno –art. 86.3 ET, párrafo tercero–. De este modo, cabe ir anticipando la vigencia de partes del convenio, graduando su entrada en vigor.

- c) Refuerzo de las *Comisiones Paritarias*, contenido mínimo orgánico también del convenio, a fin de que se utilice «para una más adecuada y completa gestión del mismo, en consonancia con los objetivos generales de la reforma». A este respecto, se revitaliza su función tradicional de instrumento de interpretación y aplicación del convenio –art. 91 ET–, atribuyéndole a su intervención el carácter de previa a cualquier otra, judicial o autónoma –de ahí que se reformen los arts. 41.6 y 82.3 ET para introducir esta intervención previa para resolver las discrepancias en torno a los procesos de descuelgue–, y a sus resoluciones la eficacia de convenio colectivo, y de procedimiento de solución de conflictos, en especial respecto de las situaciones de descuelgue. Pero se va más allá, al atribuírsele funciones de «renegociación» del convenio, para adaptar el régimen convencional a circunstancias actuales. En realidad, como veremos, se cambia sustancialmente la naturaleza de este instrumento, optando por la imagen más compleja, y más problemática, de las Comisiones Paritarias, lo que planteará delicados problemas en su aplicación práctica.
- d) Promoción de la eficacia de los sistemas de solución no judicial de conflictos. No solo se establece esta vía como contenido mínimo, sino que se configura como uno de los «mecanismos más potentes» para dinamizar los procesos de negociación. A tal efecto se reedita la confianza en este tipo de vías para la solución de controversias alternativas a la judicial y basadas en la autonomía, pero también de promueve un cambio significativo en el paradigma dominante. Ahora se fomenta «intensamente el arbitraje, favoreciendo la opción por su carácter obligatorio previamente comprometido entre las partes» –Gobierno *dixit*–. De ahí que se ordene la revisión, en un plazo relativamente breve, de los sistemas, estatal y autonómicos, para la solución extrajudicial de conflictos [art. 85.3 g) ET, disp. adic. primera RDL], en esa línea de fomento del arbitraje, incluso obligatorio.
- e) Mayor transparencia de la situación actual en torno a la vigencia –y también efectos– de los convenios colectivos. Es evidente que todos estos cambios en la ordenación convencional y ese mayor dinamismo precisan necesariamente de más y mucho mejor conocimiento de la realidad convencional. De ahí que se proponga una modificación del régimen de información sobre el alcance y contenido de la negociación colectiva, ante las constatadas deficiencias en esta materia, en especial por los incumplimientos y debilidades en relación con la actual «hoja estadística» (disp. adic. segunda RDL). Es de destacar igualmente, ya en el ámbito del reforzamiento de las instituciones públicas competentes en esta materia, el adiós definitivo que se pretende dar a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos –si bien pervivirá en su agonía hasta la creación del nuevo organismo consultivo y asesor; disp. trans. segunda RDL– y la bienvenida que se da a otro órgano consultivo, el «Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva» –nueva dips. final segunda ET–, en cuyo seno pretende revitalizarse un, hoy, mortecino y meramente estadístico «Observatorio de la Negociación Colectiva».

3. La renovación de los contenidos convencionales: de un «modelo concesivo» a un «modelo gerencial» (el intercambio de flexibilidad interna por empleo).

Como ya se advirtió, todos los ámbitos afectados por la reforma, que en general es el entero sistema convencional, giran realmente, fuera de eufemismos, misticismos y fórmulas elípticas, en torno a un único eje: convertir a los convenios colectivos en una técnica normalizada de ajuste permanente del «precio» del factor trabajo –salarios y demás condiciones de trabajo– a las necesidades cambiantes de las empresas, aunque ello signifique un empeoramiento, más o menos transitorio, de derechos y de garantías sociolaborales. El enfoque macroeconómico y eficientista dado a la reforma de la estructura convencional, la potenciación de un proceso dinámico de negociación, liberado de los límites institucionales que hasta ahora habían servido como garantías de estabilidad del sistema, desincentivado la renovación contractual, y, como también se verá, la modernización de las reglas de legitimación, facilitando la creación de las unidades de negociación más acordes con las exigencias de las nuevas realidades de organización empresarial –grupos de empresas, empresas en red–, sirven todas ellas a ese único y mismo objetivo: potenciar la gestión flexible de las relaciones de trabajo. Eso sí, con la contrapartida comprometida, si bien de resultado o éxito incierto, de favorecer así un intercambio de aquella flexibilidad, cierta, por mantenimiento del empleo –incierto siempre–.

Pues bien, esta lógica de intercambio convencional en aras de la competitividad está también especialmente presente en el ámbito de la renovación de contenidos de los convenios colectivos. Aunque hallaremos algunas modificaciones en los artículos del título I del ET especialmente afectados, tras la Ley 35/2010, por esta lógica de reforma orientada a fomentar la flexibilidad interna, como alternativa a la flexibilidad de salida –despidos–, tan del gusto del empresariado español para hacer frente a tiempos difíciles, lo más destacado de esa nueva fase de reforma es la inclusión, nada menos que como «contenido mínimo» del convenio, de compromisos de obligado cumplimiento por parte de los firmantes del acuerdo de introducir medidas de gestión flexible. En esta perspectiva, pues, los principales cambios son:

- a) La adopción de medidas de flexibilidad interna se considera como *contenido mínimo del convenio colectivo*. La nueva letra i) del artículo 85.3 del ET así lo determina. La redacción del texto legal se articula sobre una cláusula general y abierta, admitiendo cualquier tipo de medida susceptible de «contribuir a la flexibilidad interna en la empresa, que favorezcan su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad del empleo en aquella». Pero el legislador, seguro consciente de que la falta de experiencia en un buen número de unidades de negociación –no en otras, como ya se ilustró en el epígrafe anterior–, al respecto, se atreve a ir más allá y fijar un núcleo mínimo indisponible, que ha de aparecer en todo caso, y son las medidas siguientes:
- *Distribución irregular de jornada*. Debe fijarse un porcentaje máximo y mínimo –un 5%, salvo pacto en contrario– de la jornada laboral a distribuir de manera irregular en el año.
 - *Movilidad funcional en la empresa*: procedimientos y periodos temporales y de referencia para la movilidad funcional.

- b) La apertura causal de las «cláusulas de descuelgue salarial». Se introduce un nuevo inciso en el artículo 82.3, párrafo segundo, de modo que ahora las cláusulas de inaplicación del régimen salarial convencional procederán: cuando la empresa (1) «tenga una disminución persistente de su nivel de ingresos» –nuevo supuesto– o (2) cuando «su situación y perspectivas económicas pudieran verse afectadas negativamente como consecuencia de tal aplicación» –supuesto introducido por la Ley 35/2010–, afectando en ambos casos «a las posibilidades de mantenimiento del empleo» –requisito de riesgo ocupacional que es exigible en los dos supuestos–.

4. La modernización de las reglas de legitimación: del «modelo opcional dual» al «modelo sindicalizado».

El último bloque de reformas se dirige a modernizar nuestras reglas de legitimación que, como es sabido, se mantenían acordes con unas estructuras organizativas de las empresas propias de realidades más simplificadas y uniformes, por tanto obsoletas en relación con la dinámica evolutiva de las formas de organización de la empresa, mucho más complejas. Es cierto que la legitimación negocial de los convenios estatutarios ha venido representando uno de los temas más afrontados por la jurisprudencia social en las últimas décadas, por lo que contamos con un importante cuerpo jurisprudencial creado en aplicación de los artículos 87 y 88 del ET. Por lo tanto, esta materia ha ido evidenciando una creciente evolución y, también, cómo no, una mayor complejidad, en el intento de adaptar el sistema legal a las nuevas realidades. Su trascendencia, tanto conceptual como práctica –determina la eficacia general del convenio, cuando menos–, es evidente.

A este respecto, sabido es que la jurisprudencia¹⁹ suele distinguir tres tipos de reglas de legitimación, para ordenar esta materia: la *legitimación inicial* o genérica capacidad para negociar convenios colectivos por parte de los sujetos a quienes se le atribuye (art. 87 ET); la legitimación *plena*, que es el poder de constituir válidamente la Comisión Negociadora (art. 88.1 ET), y la legitimación *decisoria* o deliberadora, que se concretaría en el poder de adoptar acuerdos estatutariamente eficaces (art. 89.3 ET). Sin perjuicio de la mayor o menor corrección de esta triple clasificación, en especial la tercera categoría, y de sus efectos prácticos,²⁰ es lo cierto que el TS ha evidenciado una significativa capacidad para innovar, con sus virtudes y sus defectos, en una materia tan relevante y tradicionalmente considerada de «orden público», hasta crear reglas propias, como la llamada «legitimación cruzada», inventada para dar respuesta a la experiencia negociadora de los grandes grupos empresariales. Pese a todo, queda igualmente claro que tanto razones de seguridad jurídica como de eficacia, así como de respeto a la autonomía, exigían una actualización legislativa, que se ha resistido hasta hoy en extremo.

Pero las «nuevas reglas de legitimación inicial», esto es, de identificación de los sujetos representativos adecuados para conducir los procesos negociadores buscan, como advierte la EM, básicamente dos fines:

¹⁹ Cfr. SSTS, 4.^a, de 11 de noviembre de 2009 y 3 de diciembre de 2009, por citar algunas recientes.

²⁰ Así, por ejemplo, la consideración de un aspecto como la formación de la voluntad interna de la Comisión Negociadora a efectos de atribuir validez a los acuerdos adoptados por ella como un tema de «legitimación», lleva a soluciones discutibles, como la fijación de la mayoría legalmente requerida en el artículo 89.3 del ET atendiendo a criterios de representatividad –STS de 1 de marzo de 2010–. Para una crítica de esta posición por generadora de situaciones contradictorias, como la antinomia entre el artículo 89.3 y el 88.3, de modo que aquel impediría lo que este posibilita, por todos, VALDÉS DAL- RÉ, F.: «Jurisprudencia sobre negociación colectiva...», *op. cit.* pág. 158.

a) La adaptación del sistema convencional al citado dinamismo evolutivo en las organizaciones. En este ámbito, las novedades principales, en el ámbito de las reglas de legitimación inicial, son:

- El reconocimiento legal de las unidades de «grupo de empresas» y de «empresas en red». Se rompe así el rígido dualismo, determinante a su vez de un no menos rígido «monopolio» negociador, de unidades de negociación –de empresa o inferior a la empresa; de sector o de ámbito superior a la empresa– ex artículo 87 del ET. La norma legal consagrará la regla jurisprudencial de la «legitimación cruzada» –banco social: sindicatos más y suficientemente representativos en esa unidad; en el banco económico: la representación elegida por las empresas integrantes–.
- Simplificación de las reglas de legitimación para negociar los polémicos «convenios colectivos franja», que ahora se atribuyen igualmente a las «secciones sindicales», por lo que hallamos una manifestación más de la regla general de sindicalización de los procesos negociadores.
- Clarificación y reforzamiento de las reglas de legitimación de las asociaciones empresariales, ampliando el número de trabajadores ocupados por sus asociados a fin de dar mayor representatividad a estos sujetos, y potenciando el papel de las asociaciones más representativas. Con ello se quiere resolver algunos conflictos frecuentes que este tema ha generado en la práctica, ante la dificultad de medir la representatividad empresarial, así como ampliar los niveles de cobertura negociadora.

b) La promoción, una vez más, de «la flexibilidad interna negociada», fijándose un sistema favorable a la sindicalización. Así, serán las «secciones sindicales» las estructuras representativas competentes para negociar los procesos de toma de decisiones empresariales vinculadas a la reorganización, tanto interna –modificación de los arts. 40, 41 y 82.3 ET– como externa –modificación del art. 51 ET, relativo a los despidos colectivos–.

Aunque en este ámbito las modificaciones son de menor calado, también se ven afectadas las «reglas de legitimación plena», pues el artículo 88 del ET se ha visto afectado, con objeto, se dice, de dar mayor claridad a las normas de composición de la Comisión Negociadora. Las novedades se producen en el ámbito de los convenios de sector y una vez más con el objetivo de facilitar los procesos negociadores en ámbitos donde haya deficiencias de representatividad de los sujetos socioeconómicos, sea por ausencia de órganos de representación de los trabajadores sea por insuficiencia de representatividad de las asociaciones empresariales en tales sectores. De nuevo se acude al socorrido criterio de la mayor representatividad.

En suma, sin perjuicio del análisis más detenido que de inmediato haremos de las principales novedades aquí sintetizadas, y de la valoración que los cambios haya de merecer una vez realizada su exposición, que será divergente sin duda según el punto de vista que se adopte, parece claro que el legislador gubernamental busca algo más que una mera reforma de las piezas disfuncionales del sistema, sustituyendo las que no funcionan por las que cree van a funcionar, para proponer –otra cosa distinta será lograr– un modelo distinto de negociación colectiva respecto del pasado e incluso del

presente. Este modelo es en parte coincidente con algunas experiencias ya logradas en ciertos sectores, por acción de los sujetos negociadores, que ahora querría generalizar, si bien no las menciona, y en otra parte es revisionista porque propone un modelo negociador mucho más descentralizado, haciendo de la empresa un eje básico en el plano estructural, y, en el plano funcional, mucho más «productivo» o de ajuste eficiente que concesivo, distributivo o de cohesión social. En síntesis, se trata de definir y poner en práctica un nuevo modelo, basado en rasgos típicos de una «negociación colectiva más productiva que distributiva»:

- Un modelo convencional estructuralmente descentralizado pero coordinado.
- Basado en procesos de negociación dinámicos y no estáticos.
- Llevados a cabo en una multiplicidad de unidades de negociación adaptadas a las realidades socioeconómicas de cada momento.
- Que, en lo posible funcionalmente diferenciadas y especializadas, se orienten primordialmente hacia el intercambio de competitividad –asumido por el banco social– por (sobre todo mantenimiento del) empleo –compromiso del banco económico–.

¿Está en condiciones la reforma de hacer real este ambicioso cambio? Veámoslo.

5. NOVEDADES EN LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: RÉQUIEM POR LOS «CONVENIOS COLECTIVOS PROVINCIALES»

5.1. Un intento de caracterización dinámica de la estructura normativa y convencional española: entre tradición y renovación

5.1.1. *La estructura convencional como resultante de una pluralidad de factores: la inexistencia de un modelo óptimo generalizable*

Ya hemos indicado cómo el primer eje de la reforma se dirige a corregir buena parte de las graves disfunciones de la estructura negociadora española. Estas distorsiones son criticadas tanto en el plano jurídico, por la obstinación de nuestro Derecho en mantener mecanismos institucionales de estabilización del mapa negociador, como en el plano económico, por las ineficiencias económicas –pérdida de productividad– que se le imputan al modelo negociador de centralización-descentralización «intermedia». En ambos casos se dificultaría la renovación contractual colectiva y su ansiado dinamismo. Sin negar los aspectos de razón que pueden acompañar a ambos tipos de argumentos, es llamativo que el legislador asuma una posición crítica partiendo de una visión extremadamente estática, paradójicamente cuando por doquier habla de todo lo contrario, de la estructura convencional española, pues bien pareciera que apenas se ha movido en tres décadas y, sobre todo, que es análoga en todos los sectores.

Un mínimo análisis de la realidad convencional demuestra que no es así y que existen heterogéneas tendencias en cada sector de actividad. Una vez más, entiendo que se ha querido construir un razonamiento maniqueo, de modo que se haga pasar por disfunción general lo que solo está presente en ciertos ámbitos y, por tanto, se proponga como solución óptima o general una que no puede servir para todos los sectores. Pues si algo está claro en este tema es que ***no hay un modelo óptimo de estructura negocial generalizable para todos los sectores***, siendo en todo caso la única pauta general la de que hay que primar aquel modelo que permita al sistema de negociación colectiva contribuir tanto a la renovación y fortalecimiento de nuestro tejido productivo como de su cohesión social. Para ello conviene simplificar lo que es innecesariamente complejo, y articular de modo coherente lo que es complejo y, por tanto, no se puede simplificar, proponiendo con carácter general la eliminación sin más de niveles –como el sectorial provincial– en beneficio de otros –el de empresa–, cuyos efectos de desorganización y empobrecimiento pueden ser mayores de los previstos en un primer análisis, sin que la remisión continua al carácter puramente supletorio o subsidiario –dispositivo–, de este modelo, sirva de amortiguador, ante la incertidumbre de cuál será la opción de los interlocutores sociales a los que se remite, pese a su descontento.

Tengo la impresión, creo que fundada, de que el Gobierno ha ignorado, de modo deliberado, que la estructura de la negociación colectiva española no responde solo a factores normativos e institucionales, sino a un sistema complejo que ha ido tejiéndose, y retejiéndose, a medida que la actuación y la interlocución de los agentes negociadores han ido alcanzando experiencia y madurez, salvando incluso límites que existían en la normativa y que, como veremos, ahora desaparecen. Pero lo cierto es que en el sistema de negociación colectiva español ya existían, antes de la reforma, los recursos que posibilitaban un modelo coordinado y que un significativo número de sectores los han seguido, pues la revalorización de la articulación negociadora desde la autonomía contractual en los últimos años es un dato constatado y relevante. Esta exigencia de coordinación implica más que simplificar articular, más que eliminar repartir adecuadamente materias para cada nivel adecuado de negociación, por lo que al nivel sectorial, estatal o autonómico, ha correspondido fijar el porcentaje apropiado en cada caso de combinación o relación dialéctica centralización-descentralización. Por eso, apostar por la potenciación de los convenios colectivos de empresa en detrimento, no organizado legalmente más allá de la remisión a la opción que puedan ejercer, en su caso y en su tiempo, los interlocutores, de los convenios provinciales, encierra una opción de una radicalidad y unos riesgos socioeconómicos inexplicables, al tiempo que pueden producirse efectos contraproducentes, como más atomización.

La estructura convencional colectiva no es fruto solo ni de la variable normativa o institucional ni tampoco solo de la económica –tejido productivo y estrategias de competitividad empresarial–, sino que tiene también importantes variables culturales y sociológicas –la pesada herencia del «corporativismo franquista»; patologías derivadas de la necesidad de conservar espacio de poder de los sujetos negociales dentro de sus organizaciones...–. En última instancia, la estructura convencional es uno de los aspectos que más y mejor reflejan el sentido de la autonomía colectiva, por lo que los modos de organizar y lograr los equilibrios de poder internos a la organización de los actores negociadores, así como entre ellos, constituyen una clave básica para ordenar la estructura de la negociación colectiva. Sin corregir o modificar todos estos factores no es posible pensar en cambiar la estructura de modo sustancial, basándolo solo o sobre todo en la reforma del marco jurídico, revisando y renovando un paradigma de estructura convencional sobre cuyas caracterís-

ticas, eso sí, ha venido existiendo un amplio consenso en la doctrina científica,²¹ si bien con valoraciones diferentes.

5.1.2. *Los vaivenes de la política jurídica en materia de estructura: de la «neutralidad» legislativa al «dirigismo político»*

Lo que no puede ignorarse es que la estructura contractual de nuestro sistema de relaciones laborales arrastra una serie de «patologías» que, arraigadas en sus causas, se han ido perpetuando a lo largo del tiempo. Así, a la «atomización», causa tanto de la multiplicación de unidades de empresa –muy elevadas en número pero con reducido peso en el volumen total de empresas y trabajadores cubiertos– cuanto, sobre todo, de las unidades de sector provincial –menor en número pero muy superiores en el volumen de trabajadores a los que afecta–, le ha seguido la ausencia de articulación del sistema, a raíz de la generalizada tendencia a que cada unidad de negociación actuara como una totalidad, como una isla.

Durante el franquismo esta situación hallaría su explicación en la regulación de condiciones de trabajo basada en la privación de la normativa sectorial reglamentaria –Reglamentaciones de Trabajo–, que hacía innecesaria una regulación sectorial estatal y reconducía a los convenios de sector a una negociación de mejora de paupérrimas condiciones reglamentarias, así como en la estructura jerarquizada pero provincial de la Organización Sindical vertical. En cambio, su continuidad sustancial en la década de los años 80 tiene explicación en diversos factores, entre los que destaca, más allá de la evidente inercia histórica del sistema, la singularidad de nuestro tejido productivo –escasa dimensión de las empresas, mercados fuertemente marcados geográficamente–, y la singularidad político-laboral de nuestro país en ese tiempo, en el que el modelo exigido de concertación sobre una política de rentas apostaba por la estabilidad de la estructura y no por experimentar su renovación.²²

No sorprende, pues, en este contexto histórico, social, económico y político que el modelo estatutario originario apostara por mecanismos más de estabilización que de renovación, pero sin cerrarse a esta, más bien lo contrario, en el régimen legal quedó abierta una vía para salir de la inercia del pasado y renovar el sistema. Eso sí, en modo alguno se quiso imponer en un primer momento el cambio. Al contrario, se fiaba a la autonomía colectiva, esto es, a la «soberanía de regulación» de los interlocutores sociales, a través del mecanismo de coordinación y gobierno del artículo 83.2 del ET.

El resultado de este modelo normativo promocional del cambio en abstracto, pero respetuoso con la voluntad de los actores, no fue positivo. La razón estriba en que lejos de incentivar una calmada y racional tarea de revisión contractual, se produjo una cierta instalación en la conservación de la experiencia conocida, de modo que fue predominante una actitud de «pereza contractual». En par-

²¹ De renovado interés RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.L.: *La estructura legal y convencional de la negociación colectiva*, Valladolid: Lex Nova, 2000. Si se recuerda que es la actual secretaria de Empleo, el avisado lector seguro que encuentra algunas claves de la reforma legal en esa obra.

²² Vid. VALDÉS DAL-RE, F.: «Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva», en ed. *Relaciones Laborales, Negociación colectiva y Pluralismo Social*, Madrid: MTAS, 1996; MARTÍN VALVERDE.: «Estructura y proceso de la negociación colectiva», en *Economía y Sociología del Trabajo*, núm. 18, 1992. También, MERCADER UGUINA, J.: *Estructura de la Negociación Colectiva y relaciones entre convenios*, Civitas, 1998.

te debido a la comodidad de la continuidad de lo tradicional, en parte debido al miedo al futuro, al cambio, pues para los sindicatos podía ser sinónimo de inestabilidad, de conflictos, de lagunas de regulación, y para los empresarios, y en general para las organizaciones, de pérdidas de poder.

Parcialmente distinta será la situación a mediados de la década de los años 90, precisamente cuando en España asistimos a otra crisis económica y de empleo muy significativa y que dio lugar a la primera gran reforma legal del modelo estatutario de relaciones laborales en general, y de negociación colectiva en particular. En tiempos de profunda crisis y cambio, como es natural, las características del modelo heredado de los años 70 empezarán a evidenciar sus quiebras profundas, de modo que ni la estabilidad de las unidades –petrificación del mapa de unidades negociadoras– ni la citada vocación de regulación exhaustiva de cada una de ellas –unidades soberanas y aisladas–, ni mucho menos la lógica de mejora de las unidades dominantes, las de nivel sectorial provincial, son ya rasgos acordes a los nuevos tiempos críticos. Qué duda cabe de que era el momento para que los primeros llamados a protagonizar este cambio, los interlocutores sociales, lo hicieran, pero no fue así, ante el desacuerdo al respecto, por lo que fue el legislador de 1994 –con gobierno del PSOE– el que se vio obligado, en solitario, a llevar a cabo el impulso para la renovación.

Antes de recordar muy sumariamente cuál fue ese impulso, pues en buena medida el legislador gubernamental de 2011 caminará en parte sobre lo andado por el legislador de 1994 –potenciación de la negociación colectiva de empresa– y en parte lo corregirá de raíz –reapropiación a los interlocutores sociales de sus poderes plenos de gobierno del sistema, eliminando el dirigismo público de 1994–, conviene poner de relieve que el legislador cuenta con un gran margen de acción en su papel de «garante institucional» de la negociación colectiva –art. 37.2 CE–, pero no lo puede todo. En este sentido, al legislador incumbe establecer un conjunto de reglas que actúen como un «sistema de incentivos» que compatibilicen correctamente la garantía de efectividad de la negociación colectiva –en suma, el eslogan de «más negociación»– con el deber de los poderes públicos de orientar esta institución hacia la consecución de sus objetivos básicos, como son el bienestar, el crecimiento económico y el empleo.

Esto significa que la ordenación de la estructura negocial debe respetar el espacio propio de la autonomía colectiva, pues es la libre elección de unidad el eje básico del sistema –arts. 28 y 37 CE en relación con art. 83.1 ET–, pues, «a diferencia de lo que ocurre en un régimen de tipo corporativo o de signo autoritario, la delimitación funcional y territorial del campo de aplicación del convenio... corresponde a las partes» (STCO 136/987). Entre otras cosas, esto conlleva que ni se puede imponer legalmente un determinado modelo de estructura, ni cabe fijar una relación rígidamente jerarquizada, a diferencia de lo que sucede con el sistema de fuentes en general, entre las diferentes unidades de negociación, pues todas ellas son expresión de un mismo poder originario –reconocido constitucionalmente, no derivado de la ley– de regulación de condiciones de trabajo.

En este marco de facultades y condicionantes es donde tiene utilidad el traer a nuestro recuerdo el intento de la reforma de 1994, y otras posteriores, de replantear algunos de los rasgos del modelo estatutario originario de negociación colectiva. A través de las llamadas «reglas de coordinación» entre convenios colectivos, la ley va a establecer «criterios de preferencia competencial» entre unidades de negociación respecto de ciertas materias y «criterios de solución de conflictos» entre convenios. Este sistema de reglas es hoy una red normativa muy compleja, y no siempre bien articulada, que no se

agota ni mucho menos en los artículos 83 (que recoge más bien reglas de legitimación para la ordenación convencional) y 84 del ET (normas de concurrencia). Así, encontraremos diferentes aspectos normativos que inciden en la estructura y articulación de convenios, y que actúan como mecanismos legales de estabilización –por ejemplo: las cuestiones relativas a la sucesión de convenios, algunos de cuyos aspectos sí serán igualmente reformados, como los relativos a la «ultraactividad» (art. 86 ET), otros no, como el deber de negociar ex artículo 89 del ET–, o como reglas especiales de competencia y articulación –que, como las reglas de preferencia reguladora para los convenios sectoriales estatales, se dispersan a lo largo y ancho de la legislación laboral–. Pero sí son aquellos los nucleares.

De ahí que sobre ellos se hayan concentrado los esfuerzos de reforma. Así sucedió en 1994. Y así ha sucedido en 2011. Por eso, en ellos se concentran los principales conflictos interpretativos, doctrinales y judiciales, que han ido sentando una consolidada, aunque discutible, no unívoca ni coherente, jurisprudencia en materia.²³

Como se ha recordado, en 1980, el legislador adoptó una política del derecho en materia de estructura relativamente neutral, en aras de mantener la estabilidad del sistema –se afirma la igualdad entre convenios, la estabilidad de lo convenido mediante la regla de preferencia temporal (*prior tempore*), el régimen legal es siempre supletorio del régimen convencional–. El resultado fue el ya indicado de perpetuación del modelo negocial atomizado corporativo-franquista. Por su parte, la reforma de 1994 adoptó una política del derecho opuesta, de dirigismo del sistema hacia un modelo de descentralización, favoreciendo tanto las unidades de empresa como las reglas de afectación de los convenios superiores por los sectoriales inferiores –buscaba los autonómicos, pero se encontró con el aumento de los provinciales–. Recuértese que en este tiempo se impondrá una política jurídica caracterizada por la mayor flexibilidad, dinamismo y descentralización de las relaciones laborales, valores que hacen su entrada ya en ese tiempo. Posteriormente, en el bienio 97-98, el dirigismo legal, a través de un mecanismo legislativo diferente, como son las reglas de atribución de competencia reguladora reservada a convenios sectoriales de ámbito estatal –ejemplo arts. 11 y 15 ET: contratos temporales–, se orientó hacia la centralización.

En todo caso, lo más destacable ahora es el claro objetivo legislativo de favorecer una negociación colectiva dinámica –vemos que los fines se repiten, luego ya evidencia las limitaciones de la ley para cambiar las cosas por sí sola, lección que parece no aprender cada sucesivo legislador, incluso siendo del mismo color del de antaño–, articulada y basada en una multiplicidad de niveles negociales funcionalmente diferenciados por su especialización reguladora –cada nivel tendría una función bien diversa en la regulación–. Para ello:

- a) Incidirá directamente en las reglas del artículo 84 del ET, otorgándole un carácter de orden público limitador del juego de la autonomía colectiva.
- b) Romperá la regla general de la no afectación, en aras de la referida mayor descentralización, con lo que a la pérdida de estabilidad y seguridad jurídica en la negociación le sigue la quie-

²³ Últimamente, si bien sobre una lectura más monocromática de esta jurisprudencia, atribuyéndole una rígida afirmación de la «tesis contractualista», *cfr.* LAHERA FORTEZA, J.: *Normas laborales y contratos colectivos*, Ediciones Reus, 2008, págs. 247 y ss.

bra de los equilibrios internos de los convenios. A la devaluación del valor de norma del convenio le seguirá, por la deriva práctica, una evolución errática de la negociación: se buscaba el «policentrismo negocial territorial» –marcos autonómicos–, pero se logró un cierto «cantonalismo», ya que no se multiplicaron los convenios autonómicos sino los provinciales, atrincherados frente a los más renovadores convenios estatales.

- c) Establecerá preferencias reguladoras entre los diferentes instrumentos convencionales para diversas materias, con lo que quiebra el referido principio de igualdad entre unidades.
- d) Potenciará el papel regulador de los acuerdos de empresa con efectos derogatorios sobre los convenios colectivos –arts. 41 y 82.3 ET–.

5.1.3. *Del sistema legal a la «experiencia jurídica»: la estructura negocial en las políticas del derecho judiciales y convencionales*

En el plano jurídico-práctico, esto es, en el ámbito de la observación positiva o de experiencia jurídica, los resultados son manifiestos. A una mayor acción directa de legislador, en detrimento de la autonomía colectiva, le sigue una mayor complejidad del sistema y una creciente inseguridad jurídica. Se dice perseguir un objetivo –más flexibilidad y dinamismo de la negociación–, pero se introducen reglas rígidas. Así, como principal referente de esta complejidad y contradicciones, se ha destacado de un modo unánime la neutralización que el artículo 84, párrafo segundo, del ET haría de la función articuladora de los instrumentos de coordinación del artículo 83.2 del mismo texto legal. En suma, la necesaria reforma del sistema no siguió el mejor camino técnico para realizar la ansiada descentralización y el idolatrado dinamismo –por ejemplo incidir en los mecanismos de estabilización de unidades como la prórroga automática del convenio o la regla de ultraactividad–, sino el más tortuoso de las reglas de concurrencia.

Ahora bien, la experiencia jurídica convencional en materia de ordenación no puede confundirse estrictamente con el dato legal, sino que hay que ofrecer una visión o panorama más amplio, contemplando el entero sistema de fuentes y no solo la legal. A este respecto, especial comentario merece «el diálogo con la jurisprudencia», pues la reforma legal de 1994 supuso una fuerte activación de la acción judicial que fue, por su parte, modelando el juego de los diferentes principios y reglas, con orientaciones diversas y contradictorias. Aunque es difícil identificar en ella una auténtica, única y coherente «política judicial» del derecho contractual colectivo, ante su deber de amparar unos intereses y otros, en un complejo equilibrio, es evidente que se puede apreciar una importante evolución orientada a favorecer más dinamismo en el sistema. Al tiempo que, de un lado consagra ciertas limitaciones al juego de las partes, también abre vías para la renovación contractual.²⁴

Pero, sobre todo, es necesario analizar la evolución que se ha producido en estos años en la regulación contractual de esta materia que, por reacción al dirigismo legislativo, evidencia notables

²⁴ A título de ejemplo: las tesis sobre la legitimidad de las cláusulas de convenios con funciones suplementarias del convenio posterior (STS de 20 de noviembre de 1999, en relación con el convenio de grupo posterior respecto del de empresa anterior); restricción del juego de la regla de ultraactividad del convenio, interpretación expansiva del deber de negociar, lectura restrictiva del supuesto de no afectación, exigiendo que sea estrictamente contradictoria, tesis de la inaplicabilidad de los convenios posteriormente no nulo, como entendía antaño...

experiencias a favor de un nuevo paradigma contractual en la ordenación convencional: más centralizado, más articulado y, sobre todo, basado en una mayor especialización y diferenciación funcional de las distintas unidades. En cierto modo, esta evolución está implícita, aunque no se expresa, en el presupuesto de la reforma de 2011, al consagrar una amplísima capacidad de decisión a los sujetos más representativos para diseñar, en cada caso, la estructura que más se adecue a las características de su sector productivo. Si en el epígrafe anterior se recordó la gran pereza contractual que invadió a los interlocutores sociales hasta finales de la década de los 80 e inicios de los años 90, que entre otros factores motivaría la intervención del legislador de 1994, justo es reconocer el activismo que se produjo para la renovación a mediados de la década de los años 90, evidenciándose nuevas estrategias por parte de las organizaciones sindicales y empresariales más representativas en torno a la estructura y articulación de la negociación colectiva en España. Una política de mayor renovación de la estructura contractual que tuvo entre sus factores clave la *reacción*, a su vez, de los actores socioeconómicos ante la imposición legal de un paradigma o de un modelo contractual más descentralizado.²⁵

Este cambio de óptica, cierto no generalizado a día de hoy pero sí apreciable de modo significativo en un creciente número de sectores importantes de actividad, tuvo su mayor plasmación en el Acuerdo Interprofesional de Negociación Colectiva –AINC– de 1997, donde se dio prioridad a la reforma de la estructura, y que luego ha continuado, si bien de modo más matizado y por otras vías, en los AINC que se han venido sucediendo hasta 2007. Pero también en un buen número de convenios sectoriales generales. Los mecanismos de autorregulación convencional, pues, sí que han dado frutos relevantes, pese a los malos augurios, como se verá, por parte de la doctrina científica y su posición tan hipercrítica como inmovilista. Con carácter general, en esos instrumentos se expresa una estrategia centralizadora, pero articulada, que hace del convenio sectorial estatal la pieza clave para la garantía de unidad y de uniformidad básicas del sector productivo, pero eso sí, asegurando al mismo tiempo la articulación de las diferentes unidades y su especialización funcional.

El avance, nada fácil, de este paradigma de *estructura descentralizada pero sectorialmente ordenada* en un plano estatal –por tanto centralizado–, no se ha producido por igual en todos los sectores productivos. Junto a un buen número de los mismos que han venido permaneciendo indiferentes al proceso de reorganización modernizadora de la estructura convencional, así como respecto de materias clave para la flexibilidad empresarial, tales como el régimen salarial o los sistemas de clasificación profesional, así como las «cláusulas sobre los incentivos ligados a la productividad» –en algunos casos incluso decreciente con el tiempo–, otros sí que han afrontado, a través de convenios colectivos generales, esta revisión de la estructura de la negociación y sus reglas, en una dirección más moderna y racional. Quienes han concluido, en sede doctrinal –tanto jurídica como económica–, que estamos ante un modelo bloqueado e incapaz de evolucionar desde la autorregulación para superar las viejas y nuevas patologías –disfunciones–, pidiendo una reforma legal –que dio lugar al debate sobre su reforma en 2002, como se recordará–, evidencian una posición en extremo rígida y formalista. Una lectura en extremo dogmática, rígida, que ignora tanto la dimensión sociológica de esta cuestión, pues se trata de materias muy complejas que requieren tanto del compromiso de todos los actores cuanto de una capacidad de seleccionar la estrategia más adecuada en cada caso, pues no

²⁵ Junto a este factor reactivo, sin duda el más relevante, hay que añadir otros como la derogación de las Ordenanzas Laborales en 1994, así como el propio repliegue legislativo, con carácter general, a favor de la autonomía colectiva. *Vid. AA.VV.: Estructura sectorial de la negociación colectiva en los ámbitos funcionales de las ordenanzas laborales*, Madrid: CCNCC, 2004.

vale la misma para todos ellos, cuanto la experiencia convencional que sí ha dado pasos en la dirección de un modelo más racional y articulado.

En suma, buena parte de las críticas doctrinales –y también políticas– a la inamovilidad sustancial del modelo responde a una imagen simplificada del sistema que ya no se corresponde con la realidad, caracterizada por una pluralidad de modelos negociales reales, construidos y experimentados, en el interior del sistema normativo español.²⁶ En última instancia, esta imagen es la que se auguró por el AINC 1997, que diseñó una estrategia de reordenación plural del poder contractual, por la convicción de que «los modelos de negociación colectiva pueden ser –y la práctica ha evidenciado que son– múltiples». Esta concepción flexible y plural de concebir la ordenación de la negociación colectiva en España tendrá su influencia en la reforma de 2011, que asume el protagonismo de los interlocutores en la delimitación final de lo que debe ser el sistema, pero, eso sí, en tanto lo hacen de un modo global, se apuesta, de nuevo, por un modelo descentralizado en el que los *convenios de empresa*, por razones de pretendida eficiencia económica, y los *autonómicos*, por razones políticas, sean claves.

5.1.4. Los resultados reales del sistema: la estructura en datos, estadísticos y económicos

Coherentes con nuestro planteamiento, que evidencia la complejidad de las variables o factores a tener en cuenta para comprender adecuadamente el sistema de negociación colectiva en general, y en particular su estructura, conviene no quedarse en el análisis jurídico e ir a los resultados prácticos. La variable más relevante para el análisis de la estructura de la negociación colectiva ha sido hasta ahora el de la población laboral cubierta. Aunque ya hemos visto que esa dimensión se ha quedado hoy insuficiente, y se preconiza más su dimensión macroeconómica.

En todo caso, desde ese enfoque relativo a la cobertura, sí podemos ver qué ha pasado en este tiempo con la estructura convencional. Es manifiesta la consolidación progresiva del sistema y su creciente cobertura, pues cada vez son más los convenios firmados y más las empresas y trabajadores que quedan bajo su amparo, si bien esta ampliación se habría estancado en 2007. Alcanzado el máximo de 6.000 convenios en ese año, hoy se han reducido hasta los 5.500 para 2009, que cubren a más de 1,5 millón de empresas y más de 11 millones de trabajadores. Para el año 2010 la situación es análoga.

A tal fin, hay que recordar la pérdida de importancia relativa de los convenios de empresa –ha reducido el volumen de población protegida, pasando del 13% en 1996 al 11% en 2007–; el incremento de la importancia relativa de los convenios provinciales, evidenciando, no obstante, un cierto estancamiento, y de los convenios nacionales, si bien estos han experimentado un cierto repunte –en torno al 27%–; y el papel estancado de los convenios autonómicos (apenas un 8%) y de grupo (apenas un 1%).

En este contexto normativo y de reformas, la estructura de la negociación colectiva se ha mantenido relativamente estable a lo largo del extenso periodo que va desde 1996 a 2008. La relación

²⁶ Con carácter general, *vid.* PERÉZ DE LOS COBOS, F.: «Conclusiones generales», en *Experiencias de negociación articulada*, Madrid: CCNCC, 2003. Para Andalucía NAVARRO NIETO, F. y SAÉZ LARA, C.: *Estructura y contenidos de la Negociación Colectiva en Andalucía: un estudio sectorial*, CARL, 2002.

cuantitativa entre los tres niveles fundamentales en los que se ordena nuestro sistema –sectorial estatal, sectorial provincial (20%) y de empresa (75%)– apenas si ha experimentado cambios. La creciente presencia de nuevos niveles de negociación, en el ámbito funcional el de «grupo de empresa», y en el geográfico el de «comunidad autónoma», son datos relevantes en el plano más cualitativo que cuantitativo, pues no han conseguido todavía desbordar el espacio marginal o residual que, en un plano estadístico, han venido teniendo desde 1994, por sus reducidos aumentos.

El porcentaje de convenios de empresa sobre el total de convenios vigentes muestra una tendencia claramente creciente en los últimos años, hasta alcanzar más de 2/3 partes del total. Su peso relativo –número absoluto de convenios de empresa– contrasta con su reducida importancia en su influencia reguladora – apenas afecta a un 0,5 por 100 de las empresas y a un 11 por 100 de los trabajadores–. Los convenios sectoriales provinciales apenas alcanzan el 20 por 100 del total, pero cubren más de la mitad del total de los trabajadores – en torno al 53%– y a tres cuartas partes de las empresas (casi el 75%). Los convenios sectoriales estatales representan en torno al 25 por 100 de los trabajadores.

Esta ordenación de la estructura negociadora española se asocia a la estructura productiva de nuestra economía,²⁷ dominada por empresas de reducido tamaño. Sea como fuere, lo cierto es que nos encontramos con notables deficiencias. A saber:

- El estancamiento de la tasa de cobertura, pues se debe más al crecimiento del empleo en su día que de los convenios, que se han recucido. Lo importante no es el número de convenios sino el número de trabajadores cubiertos y también los sectores y empresas que abarca.²⁸
- La marcada dualidad, que ve crecer a los provinciales y mermar los de empresa, con lo que el análisis económico hace su entrada, y se pone de relieve, aunque no hay datos concluyentes, que ese es el peor modelo, por cuanto es el más ineficiente, al aumentar niveles intermedios, sin capacidad de ordenación global y alejado de las empresas, y reducir el del extremo, el de empresa. Una resulta, no estrictamente querida, de la reforma del artículo 84 del ET.
- El olvido por parte de los convenios sectoriales estatales, con carácter general, de la función coordinadora, desarrollando la reguladora, de ahí la función de uniformidad.
- El escaso peso de nuevas unidades que pueden tener efecto positivo de racionalización, como pueden ser los autonómicos y de grupo.

No obstante, no conviene olvidar que el peso decreciente de ambos tipos de convenios sectoriales y el crecimiento del papel de los sectoriales estatales se ligan al creciente protagonismo de estos últimos en la ordenación-coordinación de la estructura de la negociación colectiva en esta década.

Un dato relevante para poner de relieve que no solo existían los instrumentos, como se ha dicho, sino que se han utilizado, pese a las limitaciones normativas referidas y a la no generalización de las

²⁷ Vid. las sucesivas Memorias del Consejo Económico y Social –CES–, así como las de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

²⁸ Vid. LÓPEZ-PITARCH HIGUERA C.: «El reflejo económico de la negociación colectiva», en AA.VV. (Coord.: ESCUDERO, R.), *La negociación colectiva en España: una mirada crítica*, TB-CCOO, 2006, pág. 675.

mismas. En cierto modo, es en este contexto en el que va a incidir la reforma 2011. No obstante, la hegemonía de los dos sindicatos más representativos a nivel estatal (aportan más del 80% de los representantes en las Mesas Negociadoras) sí que parece cuestionarse parcialmente, al ampliar el papel de otros sindicatos, también más representativos, pero de sector y en el ámbito de la Comunidad Autónoma.

Ahora bien, si del dato estadístico se pasa al análisis cualitativo dominante, el relativo a la macroeconomía, se verá que la proliferación de estudios de esta guisa tiende a evidenciar que la estructura intermedia de nuestro modelo, el predominio de los convenios provinciales y el «estancamiento» de los de empresa, llevaría a un resultado ineficiente. Las razones estarían en que los convenios provinciales suelen incorporar un mayor incremento de los salarios pactados, por encima en todo caso de los convenios de empresa. Esta diferencia está en la base de la defensa de un modelo descentralizado de la negociación, por tenerse el nivel de empresa menos inflacionista y más eficiente. Ni que decir tiene que es mucho más complejo explicar esta situación, que además ignora por completo que los convenios provinciales suelen establecer una jornada también mayor que la fijada en los convenios de empresa. Pero, como suele ocurrir, se prefieren las imágenes simplificadas para justificar reformas, aunque luego no se obtengan los resultados queridos, precisamente porque no responden a ningún dato fiable o en todo caso científicamente avalado.

5.2. La llamada a los mecanismos de coordinación convencional: el «rearme» del autogobierno de la estructura contractual colectiva

El artículo 83.1 del ET establece un principio general de libertad de elección para los sujetos de las unidades de negociación. No obstante, esa regla general tiene algunas modulaciones, como son las normas imperativas sobre legitimación negociadora, y la regla jurisprudencial de idoneidad funcional razonable de la unidad de negociación –SSTS de 18 de diciembre de 2002 y 8 de junio de 2005–, pero también las reglas de coordinación negocial. El ET dispone determinados instrumentos normativos a través de los que se atribuye a la autonomía colectiva el protagonismo en la racionalización de la estructura de la negociación colectiva. Estos instrumentos aparecen sobre todo en el artículo 83.2 del ET, precepto que identifica:

- Los instrumentos de regulación.
- Los sujetos que pueden concluirlos.
- Su contenido.

Respecto a los instrumentos de racionalización, la reforma *clarifica*, a través de la inclusión de un nuevo segundo párrafo, que no solo los «acuerdos interprofesionales» –los tradicionales «acuerdos marco»– sino también los «convenios de sector» –estatal o autonómico– pueden realizar esta función articuladora de la estructura contractual. Si en la versión originaria de la norma estatutaria, pensada claramente en un lógica interconfederal acorde con la política de rentas dominante en el tiempo, parecían ser los primeros los llamados a realizar esa función de gobierno de la estructura negocial, la práctica ha demostrado el papel marginal de los mismos y el protagonismo de los convenios sectoriales

estatales en la realización del objetivo de estructuración de la negociación colectiva. Por lo tanto, la llamada específica del nuevo párrafo segundo del artículo 83.2 del ET a los convenios de sector no hace sino consagrar en el plano legal lo que ya era un dato de experiencia negocial, avalado por la jurisprudencia –SSTS de 16 de junio de 1989, 18 de febrero de 1999 y 10 de abril de 2002–.²⁹

En lo que concierne a las reglas de legitimación negocial, se permite que puedan actuar ejerciendo este papel tanto las organizaciones empresariales y sindicales más representativas, de carácter estatal o autonómico, que firmarán los referidos «Acuerdos Interprofesionales Marco» –son convenios que no tienen normas de directa aplicación, como es sabido–, cuanto aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en el artículo 87.2 del ET, para los convenios sectoriales –de ámbito estatal o autonómico–. Se clarifica de este modo igualmente una cuestión que había presentado alguna ambigüedad en la jurisprudencia más reciente.³⁰

Por lo que hace al contenido, también encontramos alguna novedad relevante. Así, en el precepto ahora derogado se hacía referencia a:

- La estructura de la negociación colectiva, esto es, reglas para identificar las unidades de negociación colectiva.
- Reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.
- Principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, esto es, las reglas que han de ordenar las relaciones funcionales entre las diversas unidades de negociación que integran la estructura del sector, de modo que se delimiten las respectivas competencias reguladoras. Incluso se exigía que tales acuerdos fijasen necesariamente las materias reservadas a los ámbitos superiores y, por tanto, prohibidas a los inferiores.

Ahora bien, en la marcada voluntad legislativa de condicionar lo menos posible la actuación convencional, el nuevo precepto elimina de estos contenidos el tercero, de modo que mantiene una referencia explícita solo a las cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, y «en su caso», «las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito». Como veremos al analizar el artículo 84.4 del ET, esta posibilidad de fijar reservas reguladoras no se veda a tales convenios, solo que no es un contenido necesario, dependerá de la decisión que en cada caso adopten los sujetos negociadores en orden al modelo de articulación.

²⁹ Entre otros muchos, artículo del III Convenio estatal de la madera (2007-2011); artículo 11 del IV Convenio colectivo general de la construcción (2007-2011); artículo 1 del XV Convenio colectivo general de la industria química (2007-2009, prorrogado para el 2010 con las mismas tablas salariales, según acuerdo de respuesta a la crisis de la Mesa Negociadora del XVI Convenio general)...

³⁰ Cfr. SSTS, 4.ª, de 10 de julio de 2007, relativa a la calificación como convenio colectivo estatutario ordinario o como Acuerdo Marco del «I Acuerdo Marco Sectorial Estatal de Servicios externos, auxiliares y atención al cliente en empresas de servicios ferroviarios», en cuyo caso no serían de aplicación directa e inmediata sus previsiones. La jurisprudencia fijada sostiene su carácter de convenio colectivo pese al nombre dado al producto convencional, con fundamento no ya en la legalidad de «acuerdos mixtos», sino en la inexistencia de cláusulas de auténtica estructuración de convenios, y 5 de marzo de 2008, que descarta que haya concurrencia entre un convenio sectorial estatal que incluye reglas de estructura junto con otras reguladoras de contenidos y un convenio de empresa.

Ya vimos que uno de los efectos más perniciosos del modelo errático de 1994 fue el desarmar en su función articuladora del sistema a los acuerdos colectivos interprofesionales y sectoriales. Para el TS, con una pretendida reivindicación de signo «autonomista», habría venido a implantar fórmulas de dirigismo contractual, que ponen de manifiesto la preferencia hacia ciertos niveles descentralizados de negociación, por lo que se reduce sensiblemente, por «razones de carácter político», la extensión y vigencia aplicativa del artículo 83.2 del ET.³¹ La diversificación de los centros de poder normativo se llevó a cabo a costa de menoscabar la eficacia de los acuerdos interprofesionales o de sector para la estructuración de la actividad contractual.

En suma, en gran medida se cerraba el paso a las experiencias de racionalización y simplificación autónomas de los procedimientos negociadores. El efecto práctico más relevante de esta jurisprudencia es que las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y las de solución de conflictos de concurrencia entre convenios fijada por los acuerdos interprofesionales marco o por los convenios ex artículo 83.2 del ET carecían de eficacia respecto de los convenios de ámbito superior al de empresa, salvo que se trataran de normas no negociables por estos conforme al párrafo tercero del artículo 84 del ET. De forma que esos acuerdos serían vinculantes tan solo para:

- Los convenios de empresa o inferior.
- Los convenios de ámbito superior a la empresa que no reúnan los requisitos de legitimidad del artículo 84, párrafo segundo.
- Cualquier convenio de ámbito superior a la empresa e inferior al estatal que no respete las materias reservadas ex artículo 84 párrafo tercero.

Hasta el punto de vaticinar que la orientación postulada por el legislador de 1994 llevaría al fracaso de los ensayos posteriores de reorientación del sistema negocial por la autonomía colectiva a partir del AINC 1997, por contradecir las reglas del nuevo artículo 85 del ET. Ahora bien, que fuese una opción legislativa técnicamente errónea, no quiere decir que todo fuese negativo.

La reforma buscaba mayor descentralización y la especialización funcional de los diversos niveles de negociación. Aunque no facilitó afrontar la corrección de las patologías de la negociación colectiva, tampoco cabe descartar sus efectos positivos. Primero, porque la ruptura parcial con el principio de no afectación *ex lege* facilitaba afrontar la falta de articulación de la negociación y el aislamiento de cada unidad, ante la permeabilidad de las unidades de negociación, que debía llevar a reaccionar a los interlocutores sociales, como así sucedió. Segundo, porque permitía la expresión de ciertas opciones de política de negociación que pueden no sentirse reflejados en un sistema rigidamente centralizado en torno a una negociación general de ámbito estatal.³²

³¹ Cfr. SSTS, 4.^a, de 22 de septiembre de 1998 (en relación con el Convenio colectivo estatal de la madera, impugnado por la Asociación Provincial de Empresas e Industrias de la Primera Transformación de la Madera de la provincia de A Coruña), 17 de octubre de 2001 (relativo al I Convenio general del sector de la construcción de ámbito estatal, impugnado por una asociación empresarial también de la provincia de A Coruña y por UGT y CIGA, por establecer una jornada anual superior el convenio estatal en relación con el provincial), o de 26 de enero de 2004, 1 de junio de 2005, entre otras muchas. El más crítico con estas sentencias, casi a modo de cruzada, VALDÉS DAL-RE, F.: «Notas para una reforma del marco legal de la estructura contractual», *Revista de Derecho Social*, núm. 15, 2001, pág. 82.

³² Vid. BAYLOS GRAU, A.: «Unidades de negociación y concurrencia de convenios (en torno a los arts. 83 y 84)», *REDT*, núm. 100, 2000, pág. 1.474.

La realidad ha demostrado que se trataba realmente solo de un mal augurio. Para algunos la reforma de 1994 se llevó a efecto con una defectuosa técnica jurídica con consecuencias perniciosas para el sistema contractual, si bien se explica por un modelo de negociación atrofiado. Es expresivo de la desconfianza del legislador en orden a la capacidad de renovación del sistema por la autonomía colectiva frente a los nuevos desafíos del entorno macroeconómico y la evolución organizativa empresarial.

Es comprensible el intento legislativo de favorecer la articulación de la negociación *ex lege* o evitar la asfixia de la negociación provocada por las tendencias de signo uniformador de los convenios sectoriales estatales, pero no sustrayendo a los actores de la negociación colectiva el poder de establecer reglas de articulación, que es el interés del legislador. Primero, porque impide controlar los descuelgues sectoriales con motivos distintos a los del legislador, como es el de la renovación negocial, pues a menudo se utilizaron para lo contrario, para atrincherarse... Segundo, porque le impide de este modo neutralizar la creciente litigiosidad de la nueva normativa legal, como ilustra la multiplicación de decisiones jurisprudenciales en materia. Tercero, porque mantenían posibilidades de una política laboral unitaria en aspectos fundamentales para un progreso social más armónico –cohesión social–, a través del artículo 84.3.º. Introdujo una cierta cultura de la articulación de unidades y de la complementariedad de las mismas, pues paradójicamente a partir de esta norma se incentivó, por reacción, una ordenación autónoma de las reglas sobre la estructura negocial, asumiendo su debilidad organizativa y dando paso a una tendencia centralizadora más eficiente.

5.3. El régimen legal supletorio de reglas de coordinación: las nuevas reglas de concurrencia

5.3.1. *El principio de no afectación (apartado primero del art. 84 ET): la sustancial continuidad del binomio regla-excepciones*

El núcleo de las normas estatutarias para la coordinación de convenios sigue siendo el artículo 84 del ET, que no es el único a tal fin de ordenación de los procesos de negociación colectiva y racionalización de sus relaciones, pero sí el fundamental. La reforma le ha afectado sustancialmente, clarificando parte de los muchos problemas que ha venido suscitando este complejo precepto y su «grupo normativo», pero al mismo tiempo creando otros delicados problemas interpretativos. Puesto que el fin de la reforma es claramente permitir una mayor descentralización convencional, a favor de los convenios de empresa y sin perjuicio de restablecer el predominio del modelo de ordenación convencional que pueda establecerse en cada caso a través de los citados instrumentos de articulación ex artículo 83.2 del ET, con las modificaciones no se ha mejorado significativamente su defectuosa técnica jurídica.

La arquitectura de este precepto estatutario, a medio camino entre «normas de concurrencia» y «normas de atribución» de competencias reguladoras, se ha venido articulando desde sus orígenes sobre la afirmación de una «regla general» de «no afectación» entre convenios y un amplio catálogo de excepciones, de signo distinto, pues unas buscaban favorecer la descentralización del sistema y otras lo contrario, la centralización. Pues bien, conforme a la remodelación que se hace ahora del mismo, la regla general sigue inmodificada, de modo que un convenio colectivo, «durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto». En su versión más estricta, la regla de no afectación pretende afirmar la intangibilidad del convenio anterior a cualquier

alteración procedente de una norma convencional de diverso nivel y posterior en tanto esté vigente. La regla subyacente es la del respeto a lo pactado en primer lugar –prioridad temporal–, con lo que se refuerza la confianza en el pacto –SSTS, 4.^a, de 20 de mayo de 2003 y 8 de julio de 2005–.

El efecto de esta «conurrencia conflictiva» entre convenios es el de la inaplicación del convenio posterior, no el de la prohibición de negociar y, por tanto, la nulidad de lo negociado, conforme ha terminado por afirmar la jurisprudencia –SSTS, 4.^a, de 18 de febrero de 1999, 16 de julio de 2001 y 13 de noviembre de 2007, entre otras muchas–, corrigiendo posiciones que sí afirmaban la nulidad –STS, 4.^a, de 7 de abril de 1994–. La sanción de nulidad, total o parcial, solo debe quedar para el incumplimiento de las previsiones del contenido mínimo del artículo 85.2 del ET o las reglas que ordenan la negociación estatutaria –legitimación, deber de negociar...–.

Ninguna modificación hay en la reforma al respecto, con lo que perduran algunos de los problemas interpretativos que viene planteando la recta forma de entender los tres elementos que integran la regla general –simultaneidad en el tiempo; cuando estamos ante una afectación concurrente o conflictiva porque se modifique el contenido de un convenio anterior por otro posterior y la delimitación de qué tipos de convenios computan, si solo los estatutarios o también los que quedan fuera de esta garantía–. En todo caso, lo que aquí importa resaltar es que con la continuidad de la regla general se mantendría uno de los principales estabilizadores institucionales del sistema de negociación colectiva, introduciendo al tiempo seguridad jurídica en el mismo. Pero venimos analizando cómo la voluntad de la reforma es justamente lo contrario, el dinamizar o potenciar la renovación de la estructura contractual y de los contenidos negociales, desactivando los mecanismos institucionales que petrifiquen unidades y contenidos. Por eso, la clave reguladora de este precepto y, por tanto, de la reforma está en las excepciones.

Por tanto, como veremos, donde se concentran las novedades es en el régimen de las excepciones. En la versión originaria la regla general se entendía vigente «salvo pacto en contrario, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83 y salvo lo previsto en el apartado siguiente», esto es, relativo, a la posibilidad de afectación de un convenio sectorial estatal por otro sectorial de ámbito inferior. Ahora solo se hace referencia explícita a la excepción convencional – «salvo pacto en contrario negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2» del ET–, sin mencionar las nuevas reglas de afectación que contienen los siguientes apartados del precepto. En realidad, el cambio nominal o de redacción viene exigido por el primado que se da a las reglas de coordinación convencional, que puede disponer del conjunto de todas las excepciones, así como de la regla general, sin que el régimen legal, a diferencia de lo que sucedía antes, sea un obstáculo a ese régimen convencional soberano –SSTS, 4.^a, de 2 de abril de 1998 y 18 de febrero de 1999–, tal y como se ha explicado al analizar el artículo 83.2 del ET y se profundizará al analizar las nuevas reglas de afectación y preferencia establecidas, de modo supletorio eso sí, por el legislador.

5.3.2. *El régimen supletorio de preferencia aplicativa de los convenios de empresa: una excepción descentralizadora a la regla de no afectación*

Como acabamos de ver, si el apartado 1 del artículo 84 del ET establece una regla de coordinación consistente en una *regla general de exclusión* de concurrencia, el apartado segundo del precepto, siguiendo el cambio hacia la descentralización pura de la política del derecho estatal en

materia de estructura convencional y conforme a una técnica jurídica novedosa en su día, en la reforma de 1994, establece una regla afirmativa de concurrencia, como excepción materialmente condicionada a la regla general de no afectación, según la cual, la regulación de los convenios de empresa – incluidos los de grupo y «de empresas en red» o empresas vinculadas por razones organizativas– en ciertas materias prevalece siempre sobre la regulación que al respecto pueda disponer un convenio sectorial, cualquiera que sea su ámbito. Aunque la redacción puede dar lugar a equívocos, conviene poner de manifiesto que esta regla legal de preferencia aplicativa pertenece a la especie de las «reglas de concurrencia» y no propiamente a las de «competencia normativa», pues en ningún momento se excluye la capacidad de los convenios sectoriales para regular las materias cuya prioridad aplicativa se deja a los convenios de empresa. Así lo confirma la redacción legal cuando considera como supletoria esta preferencia aplicativa, que cederá si hay otra «regla distinta sobre concurrencia entre convenios» fijada convencionalmente en los términos del artículo 83.2 del ET.

En realidad, lo que hace el nuevo apartado 2 del artículo 84 del ET es sustituir la regla de preferencia aplicativa otorgada a los convenios colectivos sectoriales de nivel inferior posterior respecto de los convenios sectoriales anteriores superiores –ambos vigentes claro está– por la superioridad aplicativa del convenio empresarial. Esto significa que no serán nulas las normas convencionales sectoriales que contradigan esta preferencia aplicativa del convenio empresarial en las materias a las que refiere el precepto,³³ sino que sencillamente serán postergadas por las fijadas en el convenio de empresa y, claro está, salvo lo que al respecto pueda afirmar un convenio de sector o un acuerdo interprofesional del artículo 83.2 del ET, esto es, relativos a la ordenación de la estructura. Por tanto, y como luego se verá, no creo que pueda en este caso prosperar la interpretación jurisprudencial realizada respecto del párrafo 3.º del viejo artículo 84 del ET –hoy apartado 4, si bien modulado sustancialmente–, según la cual estamos en tal caso en reglas competenciales que, por su contenido prohibitivo y de reserva, exigen la nulidad de las normas convencionales que las contradigan.

Fijada la naturaleza de la regla, conviene insistir en que la radicalidad de su significado, pues supone la plasmación de una extrema descentralización funcional de nuestro sistema en detrimento de la descentralización territorial provincial del mismo, queda condicionada de forma plena por la preferencia aplicativa absoluta que se da al régimen convencional que, eso sí en su caso, pueda establecerse. Eso quiere decir que no es una normativa de orden público o imperativo, esto es, de derecho necesario absoluto, ni relativo, sino dispositivo plenamente. Eso significa que admite el ser desplazado o combinado con otras reglas de solución de problemas de concurrencia, como el principio de especialidad, o el de norma más favorable, en su tiempo rechazados precisamente por ese carácter imperativo –STSJ del País Vasco 27 de febrero de 2011, para el criterio de especialidad; o STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2006, respecto al criterio de norma más favorable–, o con otras reglas de estructura, dando preferencia a otros niveles de negociación respecto del empresarial, y en relación con las materias que indica expresamente –lista nominativa–, u otras. Los convenios del artículo 83.2 del ET podrán, pues, decidir si se mantiene o no esa preferencia, o si se amplía –o se reduce– la lista de materias previstas legalmente, que no es indisponible para la autonomía colectiva ex artículo 83.2 del ET, sino completamente sujeta a su régimen, por lo que en manos de la autonomía colectiva queda su alcance final.

³³ (1) Retribución (cuantía del salario base y todos los complementos salariales, el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos), (2) Tiempo de trabajo (horario y distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones), (3) Clasificación profesional (adaptación a la empresa), (4) Modalidades de contratación (adaptación de los aspectos remitidos por la ley al convenio de empresa, no a los de sector), y (5) Conciliación de la vida laboral y familiar (medias para favorecerla).

Puede ocurrir algo análogo a lo que sucedió ya con la reforma de 1994. Y es que se pretende animar a una ordenación convencional, por tanto, a activar soluciones dadas por los propios interlocutores. Eso sí, en su defecto, si continúan con la pereza contractual que evidencian algunos sectores –no otros, como se ha indicado–, entonces se aplicará el extremo modelo descentralizador abandonado por el Gobierno y exigido por el sector económico que apuesta por la eficiencia... Aunque ya se ha visto que este argumento es relativo.

Los convenios de sector estatal, prácticamente, se limitan a la articulación de los niveles inferiores de negociación y a establecer contenidos mínimos en limitadas materias relativas a condiciones de trabajo. Por el contrario, la negociación colectiva supraempresarial de ámbito inferior al estatal, con independencia del nivel que se escoja, ha desarrollado y, sin duda, puede seguir desempeñando un papel relevante de determinación y objetivación de condiciones de trabajo, como voces empresariales han reconocido. Esta es la posición de un sector importante de la doctrina laboralista. Para las empresas, en especial para las pymes, se dice, el convenio provincial puede constituir una importante herramienta de solución de aspectos y condiciones que a nivel empresarial serían de difícil determinación, lo que no restaría eficacia al objetivo de adaptabilidad de su contenido a la realidad económico-empresarial. Ha de recordarse sobre este extremo que la Ley 35/2010 introdujo importantes dosis de flexibilidad interna, permitiendo que el empresario adopte medidas de modificación de condiciones de trabajo pactadas y proceda al descuelgue salarial respecto de lo establecido en convenios de ámbito superior en situaciones de crisis o dificultad económica.

Los perdedores son los convenios provinciales. El estudio jurisprudencial de los supuestos de inaplicación del convenio sectorial superior por el sectorial inferior permitiría comprobar que la vieja regla del artículo 84, párrafo segundo –regla de concurrencia que constituye una excepción al principio de no afectación del párrafo 1.º del art. 84 ET–, sirvió a menudo para atrincherar a los convenios provinciales respecto del impacto de los tratamientos más renovadores de los niveles estatales,³⁴ o para el sostenimiento de ciertas luchas entre los sindicatos más representativos.³⁵

Entendemos que la estrategia más adecuada es la que ya prefiguraran los propios interlocutores a través del AINC 1997. Este trató de potenciar una articulación negocial basada más en la reordenación de funciones que en la sustitución de unidades de negociación, por tanto basada más en un principio de especialización contractual que en el de simplificación de unidades. Este paradigma de negociación articulada se apoyaba en una unidad central y dominante, el convenio de sector estatal al que corresponderían funciones de unidad y articulación, de un lado, y de otro, de garantía de una regulación uniforme básica. Se busca la racionalización de los procesos de negociación colectiva. Los AINC de 2002-2007 rebajarán su interés por la problemática de la estructura y articulación de la negociación colectiva, pues se fijan sobre todo en la determinación de materias a negociar y contenidos concretos en una diversidad de cuestiones. Se centra ahora el interés en el procedimiento de

³⁴ SSTSJ de Cataluña 5 de mayo de 2006, que hacen prevalecer la regulación dada en el Convenio colectivo para las empresas de transporte de mercancías por carretera de las provincias de Barcelona y Tarragona, en cuanto al complemento de antigüedad, sobre el acuerdo general; Andalucía de 17 de mayo de 2006, que otorga preferencia al régimen salarial del Convenio colectivo de canteras y serrerías del mármol de la provincia de Almería frente al Convenio general de la construcción; Comunidad Valenciana de 29 de marzo de 2007, que da preferencia aplicativa a la indemnización más favorable por fin de contrato prevista en el Convenio provincial de Alicante respecto de la prevista en el Convenio general de la construcción...

³⁵ STS, 4.ª, de 17 de octubre de 2010, en relación con la inaplicación de ciertas normas del I Convenio general estatal de construcción frente al Convenio colectivo provincial de A Coruña de pintura.

negociación, dando contenidos al deber de negociar, sobre procedimientos de solución de conflictos en la negociación, sobre el papel de la Comisión Paritaria, el enriquecimiento de los contenidos y la preocupación por la productividad y el empleo.

El carácter secundario de este tema en las grandes orientaciones para el sistema negocial trazadas por las confederaciones sindicales y empresariales estatales más representativas en los Acuerdos de esta década es solo aparente. Pero se reitera el papel de los poderes públicos. En primer lugar, la función de garantía de la ley de la capacidad reguladora a través de un marco jurídico adecuado. En segundo lugar, se pide apoyo público en materia de estructura. En tercer lugar, por su insistencia en el ámbito de los contenidos.

Se pone ahora énfasis en el carácter bipartito de la negociación, no solo en su procedimiento regulador, sino en el sentido de sus contenidos. De ahí que se quiera explorar –Declaración para el Diálogo Social, Competitividad, Empleo Estable y Cohesión Social, de 2004– fórmulas más convenientes para propiciar la capacidad de adaptación de la negociación colectiva a las necesidades de empresas y sectores productivos, así como para mejorar la productividad. La definición de mecanismos de articulación de la negociación colectiva en sus diferentes ámbitos de acuerdo a los principios de eficacia y transparencia. El papel central de la negociación colectiva como procedimiento no solo de fijación de las condiciones laborales, sino, además, de determinación de políticas de empleo (fomento, formación profesional, estímulos a la estabilidad laboral, entre otras).

5.3.3. *La reafirmación del poder de afectación de los convenios autonómicos a los convenios de sector estatal: a vueltas con los marcos autonómicos*

En realidad, la precedente regla de concurrencia de los convenios sectoriales de ámbito inferior al estatal respecto de este aparece ahora en el apartado 3 del artículo 84 del ET. Ahora bien, con dos novedades extremadamente relevantes. De un lado, una vez más, este régimen es siempre dependiente de lo que puedan decir, en otros términos, los convenios de estructura convencional ex artículo 83.2 del ET. De otro, ya no se permite a todo convenio colectivo sectorial inferior, sino tan solo a los de ámbito autonómico. En consecuencia,

«Salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 de esta ley podrán, en el ámbito de una Comunidad Autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación».

Ahora se formularía con mejor técnica jurídica la pretensión del legislador de 1994. En este sentido se precisa que se trata de favorecer directamente al convenio autonómico respecto del estatal, y no en relación con otros ámbitos territorialmente más amplios que el de una Comunidad pero inferior al estatal.³⁶ Se le concede, así, un derecho de afectación que, una vez más, queda condicionado

³⁶ Para los problemas de delimitación de los ámbitos funcionales y territoriales afectados por este precepto en relación con la regulación anterior, *vid.* STS de 24 de abril de 2006, en un supuesto de convenio de sector y subsector. Para la exclu-

a lo que pueda prever un convenio colectivo de estructura –sea estatal sea autonómico–. Se insiste en que no es un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de respetarse, pues puede ser alterado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales, a diferencia de lo que sucedía anteriormente –STS de 26 de enero de 2004–.

Mantiene las exigencias de legitimación negocial. Los requisitos de los artículos 87 (legitimación inicial) y 88 (legitimación plena). El TS ha venido siendo estricto a la hora de exigir estos requisitos de representatividad –STS, 4.^a, de 24 de abril de 2006–. También ha negado el deber de negociar un convenio sectorial inferior si está vigente un convenio sectorial superior –STS de 10 de abril de 2002.

5.3.4. *La regla de reserva de materias (art. 84.4 ET)*

En el supuesto previsto en el epígrafe anterior, y salvo que resultare de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal negociado según el artículo 83.2, se considerarán *materias no negociables en el ámbito de una Comunidad Autónoma*:

- El periodo de prueba.
- Las modalidades de contratación. No se menciona la excepción relativa a los «aspectos de adaptación al ámbito de empresa», que sí aparecía en el texto anterior a la reforma, en coherencia con la configuración de esta materia como una preferencia aplicativa del convenio de empresa.
- La clasificación profesional – término más preciso técnicamente que el de «grupos profesionales», utilizado en la versión anterior a la reforma–.
- *La jornada máxima anual de trabajo* (materia no contemplada antes);
- El régimen disciplinario.
- Las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales.
- La movilidad geográfica.

Este precepto pretende actuar formalmente como una «regla legal de reserva competencial» a favor del convenio sectorial estatal, a fin de restringir el derecho de afectación reconocido legalmente al convenio sectorial autonómico –antes a todos los convenios sectoriales inferiores a los estatales–. Algunas de las ambigüedades en la delimitación de las materias no negociables, sobre todo relativas a preferencias de tipo parcial no absoluto, que han dado lugar a controversias en la interpretación judicial, se resuelven con la nueva redacción. Así sucede en relación con materias tales como los «grupos profesionales» (para una visión estricta de este concepto STS de 18 de diciembre de 2002, y para una visión más favorable a la ampliación STS de 5 de abril de 2001), que ahora se aclararía que afecta a todo lo que es el régimen de clasificación profesional, y las «modalidades de contratación» (STS de 3 de noviembre de

sión de cualquier otra unidad atípica de negociación de ámbito superior a la empresa, como los convenios de grupo –ahora ya típicos–, *vid.* STS de 27 de octubre de 1999.

2000), que ahora deja fuera la adaptación a la empresa, como indiqué. En cambio, otras permanecen inciertas, como la materia relativa a las «normas mínimas» en materia de prevención de riesgos, pues en realidad un entendimiento estricto hace que no sean negociables en ningún ámbito, ni autonómico ni estatal, y en un sentido amplio es evidente que sí hay aspectos típicos para un convenio autonómico, acorde a la competencia ejercida por la Comunidad Autónoma en este ámbito concertada con los interlocutores sociales.

De nuevo queda abierta esta regulación al régimen convencional que pueda fijarse y que será de aplicación preferente. Por tanto, estamos ante un régimen legal que no es de orden público, indisponible para las partes, sino ante un régimen dispositivo por completo para los convenios de estructura convencional ex artículo 83.2 del ET.

Lo que no se resuelve es el alcance de la expresión «materias no negociables». Un sector de la doctrina entiende que es una «norma híbrida», de modo que si bien actúa como regla de reserva competencial a favor de los convenios sectoriales estatales, no privaría en absoluto a la unidad autonómica de un poder regulador potencial, que solo cedería si de forma efectiva la unidad sectorial estatal regula las materias que son incluidas en la lista lega y, por tanto, reservadas al convenio estatal, con exclusión del convenio autonómico. Pero no en otro caso, pues es pensable que existan convenios sectoriales que no regulen de modo exhaustivo estas materias, con lo que el convenio de sector autonómico bien podría cubrir esos eventuales vacíos o bien podría, incluso, desarrollar una función complementaria, sobre todo en los casos en que la reserva —a nuestro juicio más bien preferencia— no es absoluta. Por tanto, y teniendo en cuenta que en todo caso es el convenio de estructura el que tiene la última palabra, no sería sancionable con nulidad una regulación de este tipo.

En cambio, el TS ha venido entendiendo que estamos ante una regla de reserva competencial en sentido estricto y, por tanto, tiene un sentido prohibitivo de reglas sobre estas materias en el convenio sectorial inferior —ahora el autonómico—. Por lo tanto, entre sus efectos, este enfoque significa que las cláusulas del nivel autonómico sean nulas de pleno derecho, y no inaplicables. Precisamente, esta jurisprudencia, en exceso restrictiva e incoherente con la evolución que el TS ha experimentado en el modo de entender el artículo 84 del ET en su conjunto, en especial el sentido de las reglas de coordinación concurrencial entre convenios, se inició con la declaración de nulidad de las cláusulas de un convenio colectivo autonómico —el Convenio colectivo de Galicia para las actividades de ayuda a domicilio—, por regular materias —entre otras salud laboral, clasificación profesional y régimen disciplinario— contenidas en el Convenio colectivo laboral estatal de residencias privadas de personas mayores y del servicio de ayuda a domicilio, que había entrado en vigor un año antes que el autonómico.³⁷

La doctrina de suplicación es mucho más dubitativa al respecto. Por supuesto la mayoría se adhiere a la posición fijada por la jurisprudencia del TS. Sin embargo, no faltan los que acogen la tesis, a mi juicio más razonable y coherente con la lectura dada por el propio TS, corrigiendo su posición anterior, respecto del apartado 1, de la preferencia aplicativa de las reglas del convenio sectorial estatal, asumiendo

³⁷ Vid. STS, 4.ª, de 18 de enero de 2004. En el mismo sentido STS de 27 de octubre de 1999, en relación con los convenios de varias empresas del Grupo Zúrci, por entrar a regular la movilidad geográfica y el régimen disciplinario que el convenio de sector estatal de seguros excluye de la negociación en ámbitos inferiores, y 19 de julio de 2007, también en relación con un Convenio Autonómico, en este caso el relativo a la industria de hostelería y turismo de Cataluña en relación con el II Acuerdo Laboral de ámbito estatal del sector de hostelería, que declara la nulidad de los preceptos del convenio autonómico concurrentes pese a reconocer que tienen periodos de vigencia más amplios que el estatal.

do la función de regla materialmente de coordinación o concurrencia. Por tanto, si esta regulación es anterior debería vedar, por eficiencia y eficacia, no por una cuestión de validez, la regulación autonómica convencional, pero de producirse simplemente quedaría de todo punto inaplicada, y si es posterior, desplazaría la aplicación de las previsiones del convenio autonómico –STSJ, Social, del País Vasco de 7 de febrero de 2006, o STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de febrero de 2007, que se apunta también a la tesis de la aplicación preferente de la regla estatal a la autonómica (en el caso era la provincial); así como la STSJ de Castilla-La Mancha de 15 de junio de 2006–. Debe tenerse en cuenta igualmente que el propio TS ha venido sosteniendo que la sanción de nulidad solo debe aplicarse de forma restrictiva, cuando estemos ante la ausencia de respeto a normas sustantivas de derecho necesario absoluto, lo que ya no sucede con la reforma. Es cierto que con la reforma se persigue simplificar y agilizar el sistema de negociación, evitando reiteraciones, pero también es cierta su pérdida de dirigismo.

Por razones análogas, y sobre todo por el radical cambio de naturaleza jurídica de este régimen de coordinación convencional, que deja de ser de orden público para convertirse, se insiste, en plenamente dispositivo para los convenios de estructura, también debería revisarse la interpretación jurisprudencial que considera nula aquella cláusula convencional de ámbito superior que incluya más materias de las previstas en la lista de las no negociables por el convenio autonómico –SSTS, 4.^a, de 18 de diciembre de 2002 y de 2 de febrero de 2004, entre otras–. Si bien se considera hoy como una «extralimitación ilegítima, que operaría como causa independiente de nulidad, sin necesidad de concurrencia real previa de Convenios», contraria a una norma de orden público y, por tanto, invasora de una facultad constitucional y legal de regulación a favor del convenio autonómico, entiendo que debería ser aplicable el mismo criterio que se ha visto para la situación inversa. En realidad, estamos en un ámbito en lo que se quiere impedir no la existencia de diversos niveles reguladores, sobre todo si se tiene en cuenta que no todos negocian todo –aunque podrían–, sino el desorden, esto es, el que no haya reglas claras de preferencia aplicativa. En cualquier caso, una vez más, será la propia autonomía colectiva la que esté en condiciones de ordenar todo esto, por cuanto el régimen de reservas legales es también disponible.

En cualquier caso, debe tenerse este régimen como provisional, lo que en sí mismo no ayuda mucho a generar cultura sobre el valor de las normas aprobadas y la necesidad de darles aplicación práctica, en la medida en que nacen con fecha de caducidad y apenas tienen unos meses, o días de vida. Como se ha podido saber, si bien a resultas de informaciones en los medios de comunicación y que como tales no tienen el debido rigor científico, pero sí anuncian «nuevas», el Grupo Parlamentario Vasco EAJ-PNV, a cambio de abstenerse en la votación para convalidar el real decreto-ley y permitirle, ha firmado un acuerdo con el Gobierno y con el Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados para que, durante la tramitación como proyecto de ley, se suprima parte del artículo 84.3 del ET, entiendo que la parte que permite a los convenios ex artículo 83.2 del ET alterar la regla de preferencia aplicativa ahora concedida a los convenios autonómicos, y se modifique el 84.4 del ET, entiendo que en la dirección de reducir el listado de materias «no negociables» en el marco del convenio autonómico.³⁸ En suma, se trataría de fijar la supremacía –soberanía– de los convenios auto-

³⁸ Según ha explicado Josu Erkoreka, portavoz del PNV, si bien es sabido que lo ha hecho con una exageración extrema que hace dudar del alcance real del acuerdo, «con las enmiendas de supresión y modificación –que vamos a presentar conjuntamente con el Grupo Socialista durante la tramitación como proyecto de ley– dejamos claro que en caso de concurrencia, se da prevalencia manifiesta al ámbito negociador autonómico» al tiempo que ha añadido, «vamos a reducir el listado de materias (del art. 84.4) consideradas NO negociables en ámbitos diferentes al estatal, en aquellas comunidades autónomas en las que existen sindicatos diferentes y más representativos que los de ámbito estatal, como es el caso de Euskadi o Galicia». Pueden verse sus declaraciones en: http://www.eaj-pnv.eu/noticias/eajpnv-consigue-que-los-convenios_27271.html?pagActual.

nómicos sobre los estatales, consiguiendo en sede de política jurídica convencional y de gobierno convencional, la hegemonía autonómica que no logran, de momento con la plenitud que desean, en el plano del gobierno político e institucional.

6. LA DINAMIZACIÓN DE LOS PROCESOS DE NEGOCIACIÓN: «MATEMOS LA ULTRA-ACTIVIDAD, RESUCITEMOS LOS ARBITRAJES OBLIGATORIOS»

6.1. El desbordamiento del «contenido mínimo» de los convenios en pro del arrumbamiento del modelo estático: la presión legal para negociar

La esencial libertad de negociación que consagrará el modelo constitucional de negociación colectiva y garantiza, en parte, el modelo legal estatutario, que pese a ello, como se ha visto, introduce algunos condicionantes importantes, se traduciría en el «proceso negociador» que, como es natural, debe tenerse por esencialmente libre. Esto significa que los sujetos legitimados para negociar pueden decidir cuándo, cómo y dónde negociar. Sin embargo, la realidad en nuestro modelo institucionalizado es algo diferente, de modo que un importante número de aspectos de tal proceso aparece fuertemente «formalizado», sin perjuicio de la preocupación porque no sea formalista, sino flexible (STS, 4.ª, de 30 de junio de 1998).

Pues bien, el legislador de la reforma va a insistir en un aspecto tradicional de nuestro sistema convencional, que de nuevo se arrastra históricamente de la época –dictadura– franquista, y que no es otro que el gran «intervencionismo» que presenta. Ese intervencionismo se refleja en múltiples aspectos del proceso, entre los que cabe citar la ampliación de «contenidos mínimos» del convenio colectivo, cuya ausencia debe llevar a la sanción de nulidad del convenio. Pero este intervencionismo legal ahora asumiría una dirección diferente a la tradicional, de modo que si en su versión originaria el objetivo básico era el de la seguridad, y a su realización se entendían la mayor parte de las «garantías legales», la actual reforma lo que pretende es promover la mayor agilización posible del proceso, de modo que no se eternice sino que sea lo más dinámico y fluido posible. De ahí que introduzca, como ya se anticipó, en el contenido mínimo del convenio la fijación de plazos.

Así, entre la ampliación de obligaciones a incluir como contenido mínimo del convenio ex artículo 85.3 del ET, está la de fijar plazos en todas las fases del proceso:

a) Será obligatorio determinar un **plazo mínimo para su denuncia**, antes de la finalización de la vigencia del mismo, que será, salvo pacto en contra, de **3 meses**.

Recuérdese que la denuncia es la declaración de voluntad para dar por extinguida la vigencia del convenio, pero no necesariamente para abrir una nueva negociación, que formalmente solo se manifiesta mediante la facultad de comunicación que tienen los sujetos legitimados respecto de la voluntad de iniciar negociaciones con la otra parte. Es la comunicación escrita la que marca el comienzo del proceso negociador, no el de la denuncia. Por eso, se ha introducido una reforma en el artículo 89.1 del ET para convertir en obligatorio lo que ahora se hacía solo en ocasiones, y es presentar

de modo simultáneo ambas declaraciones de voluntad. Así, aquel precepto incluye el siguiente inciso: En el supuesto de que la promoción del proceso de negociación sea el resultado de la denuncia de un convenio colectivo vigente, la comunicación deberá efectuarse simultáneamente con el acto de la denuncia. Con lo que se pretende, una vez más, agilizar el proceso.

Asimismo, se prevé ahora, que denunciado un convenio, y en ausencia de regulación en los convenios colectivos de acuerdo con el artículo 85.3 del ET –lo que es llamativo, pues se configura como contenido mínimo, por tanto obligatorio, otra cosa es que el propio legislador asume las dificultades de controlar esta materia, por lo tanto busca soluciones previendo, paradójicamente, el incumplimiento del deber legal–, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 89.2 del ET. Así, en el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación, se procederá a constituir la comisión negociadora; la parte receptora de la comunicación deberá responder a la propuesta de negociación y ambas partes establecerán un calendario o plan de negociación, *debiéndose iniciar esta en un plazo máximo de quince días* –novedad que introduce la reforma, siempre en la dirección de agilizar el proceso– a contar desde la constitución de la comisión negociadora.

b) La fijación de **plazos máximos para el inicio de la negociación** de uno nuevo: remisión a los plazos del artículo 89.2 del ET.

La letra e) del artículo 85.3 del ET también obliga a fijar un plazo máximo para el inicio de la negociación que, a falta de convenio que especifique un régimen diverso, ya sea más favorable o menos –no hay límite para la decisión convencional–, será el previsto en el artículo 89.2 del ET. Esta remisión es ambigua porque el precepto al que se remite establece dos tipos de plazos máximos, unos para la constitución de la Comisión Negociadora –un mes desde la recepción de la comunicación (que debe ser el mismo plazo que para la denuncia)– y para el inicio del plan de negociación –15 días desde la constitución de la Comisión–, y otros para la duración máxima del proceso.

Como es natural, la remisión ha de entenderse hecha al párrafo segundo del artículo 89.2 del ET, pues el párrafo tercero fija el plazo máximo de duración, y queda claro que no va a ser el mismo el de inicio que el de duración.

c) Plazo máximo del proceso negociador.

Pero, sin duda, la cuestión que más polémica ha levantado es la relativa al deber de fijar un plazo máximo para la renegociación del convenio, para la renovación del contenido convencional. Pues en juego está la clásica institución de la «ultraactividad», regulada en el artículo 86 del ET. A falta de regulación expresa, el plazo máximo para la negociación de un nuevo convenio que se determinará en función de la duración de la vigencia del convenio anterior, será –arts. 85.3 y 89.2, párrafo tercero–:

- Ocho meses cuando la vigencia del convenio anterior hubiese sido inferior a dos años, o
- Catorce meses en los restantes convenios, a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia.

El problema será quién y cómo controla de modo efectivo la presencia de estos contenidos. Teóricamente corresponde a la autoridad laboral, pero esta tarea apenas se ha venido desempeñando, por

lo que será necesaria una enorme labor de asistencia técnica por parte de organismos autónomos, como por ejemplo el Consejo de Relaciones Laborales y Negociación Colectiva que se cree o los autonómicos, en sus respectivos ámbitos territoriales y en ese creciente espacio o «marco autonómico de relaciones laborales», que retomaran los Estatutos de Autonomía y que ahora la reforma parece relanzar.

6.2. La vigencia prorrogada del convenio y el límite temporal a la «regla de la ultraactividad»: ¿incentivo o intimidación para renegociar?

Un *núcleo duro* de la reforma de la negociación colectiva lo constituye, como se vio, la denominada «ultraactividad» de los convenios colectivos, o la continuidad de la aplicación de sus condiciones objetivas de trabajo, una vez denunciado y abierto el periodo de renegociación del nuevo convenio que sustituirá al anterior. Como es sabido, la regulación de esta regla en el artículo 86.3 del ET, que suponía la vigencia del convenio más allá de la finalización del periodo pactado para poner fin a la misma, en lo que respecta a sus cláusulas normativas, no a las obligacionales, responde a la existencia de una garantía legal para evitar vacíos reguladores frente a retrasos.

Pues bien, a esta regla de ultraactividad convencional se le imputa el efecto de producir inercia en el proceso de negociación para alcanzar un nuevo convenio. El motivo de su rechazo radica, fundamentalmente, en la falta de adecuación de los costes salariales y de la jornada de trabajo a las nuevas realidades de la actividad económica mientras se está sustanciando el procedimiento negociador. Pero nada se dice, y falta por analizar, del grado de indeterminación, inseguridad y, por consiguiente, de conflictividad que puede generar en nuestro sistema de relaciones de trabajo el *limbo jurídico* a que conduciría la supresión del efecto ultraactivo, al desaparecer todo marco objetivo de condiciones de trabajo.

En este marco, se ha apelado a la madurez y responsabilidad de los negociadores para alcanzar acuerdos acerca de los contenidos y el modo en que estos continuarán aplicándose durante los periodos de negociación del convenio posterior. En última instancia debe tenerse en cuenta que es una cuestión clave para la estabilidad del marco de negociaciones y, por tanto, es un valor básico en un sistema avanzado de relaciones de trabajo, presupuesto clave al mismo tiempo para la eficiencia del mismo sistema productivo, que exige la estabilidad y no la incertidumbre sobre la regulación de las condiciones de trabajo en cada momento. En este sentido, el nuevo artículo 86.3 del ET, prevé diferentes situaciones. Así:

- a) La vigencia del convenio dependerá del pacto realizado por los sujetos negociadores.
- b) Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia. Se trata de las normativas, según la regulación clásica, porque «las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga –cláusulas de paz social– durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia». Como puede verse, ahora se cambia la redacción, pues en la versión anterior se preveía la pérdida de vigencia, denunciado un convenio y en tanto no se alcanzase un acuerdo expreso nuevo, de todas las «cláusulas obligacionales», no ya solo de las relativas al «deber de paz social». Surge la duda ahora de si ha de entenderse la pérdida de vigencia de todas o solo de estas. En principio, deberíamos entender que, dado el cambio legislativo, la voluntad ha sido el fijar el mismo régimen de vigencia prorrogada para todas las cláusulas del convenio, sin distinción de su

naturaleza, teniendo en cuenta que la vigencia no se prolongará más allá de un determinado periodo máximo, según la nueva regulación. Además, se permiten acuerdos parciales de vigencia. No obstante, la regulación actual es, a mi juicio, innecesariamente confusa.

- c) Las partes podrán adoptar «acuerdos parciales» para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados –no distingue tampoco aquí entre contenido normativo y obligacional, con lo que sí resuelve el gran problema de delimitación de unas y otras, fácil en unos casos pero difícil en otros– con el fin de adaptarlos a las condiciones en las que, tras la terminación de la vigencia pactada, se desarrolle la actividad en el sector o en la empresa. Estos acuerdos tendrán la vigencia que las partes determinen.
- d) Sujeción de los conflictos derivados del proceso negociador que impidan el acuerdo dentro de los plazos máximos –de 8 o 14 meses, según la vigencia del convenio afectado–, a procedimientos de solución extrajudicial.

En efecto, el nuevo artículo 86.3 incorpora dos nuevos párrafos finales, que, siguiendo la tónica general de la reforma, pretenden garantizar que no haya ningún bloqueo sostenido del proceso negociador. De ahí que se prevea que, mediante los Acuerdos Interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 –de nuevo es ambigua la referencia, pero debe entenderse que remite a los Acuerdos Interprofesionales para materias concretas del artículo 83.3 ET, no a los de estructura del artículo 83.2 ET–, se deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación sin alcanzarse un acuerdo. Estas vías de solución alternativa a la judicial deben incluir «el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y solo será recurrible conforme al procedimiento y con base en los motivos establecidos en el artículo 91».

Este régimen convencional de acuerdos deberá especificar criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje. En particular deberá reflejar, 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.

No obstante, haciendo una clara concesión a razones de tutela del trabajador, en detrimento de la recurrente dimensión económica, se prevé la continuidad de la vigencia del convenio si fracasan todas las vías, esto es, se mantendrá la vigencia del convenio:

- Cuando hubiera transcurrido el plazo máximo de negociación sin acuerdo y las partes del convenio no se hubieran sometido a tales procedimientos.
- O estos no hubieran solucionado la discrepancia.

Sin embargo, conviene traer a colación lo dispuesto en la **disposición adicional primera** del Real Decreto-Ley 7/2011, que parece cubrir una limitación transitoria del principio de primado de la autonomía colectiva, pues en tanto los acuerdos interprofesionales establezcan esos procedimientos,

las partes se someterán a un procedimiento de arbitraje de forma obligatoria. Con lo que además de las dudas sobre la constitucionalidad de una medida de este tipo, se suscitan también dudas en torno a la coherencia de la regulación estatutaria reformada, en la medida en que se prevé que el arbitraje es obligatorio pero, al tiempo, se contemplan situaciones en las que puede no haber esta sujeción. Las contradicciones están, pues, servidas.

En todo caso, es manifiesto que esta regla pretende en cierto modo –buscando un equilibrio transaccional– dar satisfacción a las reivindicaciones empresariales, en la medida en que articula una vía para «desarmar» las posiciones de resistencia por parte de los representantes de los trabajadores, aunque, cierto es, genera una relativa inseguridad jurídica y, por lo tanto, también económica, en cuanto que es incierta la posición a adoptar por el árbitro. Se diga lo que se diga es, a mi juicio, una vía para la recuperación de la vieja fórmula de los «laudos de obligado cumplimiento». Pareciera como si la forma de solventar el conflicto laboral con los controladores aéreos en orden a la renegociación de su convenio hubiese «creado escuela», y el legislador parece no ver problema alguno en extender, durante un tiempo acotado, si bien incierto, el de la renovación de los acuerdos interprofesionales estatal o autonómico para la solución extrajudicial de conflictos. Ya escribimos en su día que ese modo de actuar no sería aislado y es que «cuando las barbas del vecino veas cortar...».

El único argumento que se da por el poder institucional que ha creado la norma es el carácter temporal de esta restricción del derecho constitucional, pero habría que preguntarse si concurren los presupuestos para autorizar una «suspensión temporal» de los derechos fundamentales de carácter colectivo reconocidos y garantizados en la Constitución. El arbitraje obligatorio no solo rompe la tradición y experiencia en esta materia seguida hasta ahora, tras el modelo estatutario de relaciones laborales, sino que además genera muchos problemas prácticos, por cuanto no hay ahora mismo árbitros suficientes para poder asumir un volumen de actividad de este tipo.

El arbitraje es una fórmula de hetero-composición de los conflictos y discrepancias laborales, por lo que representa un retroceso en los avances que podría arrojar el ejercicio maduro y responsable de las facultades inherentes a la autonomía colectiva, de modo que, siendo el arbitraje una fórmula jurídicamente viable, encierra, sin embargo, un cambio en nuestro modelo de negociación colectiva, hasta ahora basado en la gestión y administración del convenio por órganos paritarios. En suma, el «arbitraje laboral» gana un extraordinario terreno en el ámbito colectivo, pese a que había tenido un menor desarrollo a favor de otras fórmulas de solución de conflictos sociolaborales, como la mediación y la conciliación. De ahí que se prevea la necesidad de introducir reformas en los sistemas autonómicos, y estatal, de solución extrajudicial de conflictos. En un plano general ambas tendencias son hoy visibles en el concierto internacional y nacional, pues al fomento del «arbitraje» en el marco de las relaciones mercantiles, se acompaña el favor por la «mediación» en el seno de las relaciones civiles.

6.3. La desfiguración de las «Comisiones Paritarias» en el nuevo modelo dinámico: las funciones de renegociación y... «chicas para todo»

Con el mismo objetivo de fomentar una gestión continuada y dinámica del proceso de negociación, configurándolo como un proceso permanente, no fragmentado entre el momento inicial de nego-

ciación y el posterior de renegociación, vencida la vigencia de lo pactado –convenio colectivo–, se revaloriza el papel de las Comisiones Paritarias. Estas forman parte igualmente del «contenido mínimo» y han experimentado en este tiempo una extraordinaria revalorización, desbordando con mucho las funciones que le han correspondido originariamente, centradas en la «aplicación e interpretación» de los convenios. Según ya se anticipó, este creciente protagonismo de la Comisión Paritaria se ha considerado como una de las principales expresiones de la convergencia entre el «modelo estático» de negociación –el tradicional en España– y el «modelo dinámico» –el que se quiso promover a partir de 1994 sobre todo–. En la medida en que las Comisiones Paritarias son expresión de la autonomía colectiva (STCO 184/1991), su revitalización refleja una importante madurez del sistema de relaciones laborales.

Ahora bien, es evidente que esta vertiente positiva de la revalorización de este órgano de gestión convencional tiene efectos no tan positivos, y en todo caso inciertos, por lo que se multiplican los interrogantes que genera esta figura, ampliando las ya más que significativas dificultades legales y prácticas para su funcionamiento óptimo. Así, en el plano jurídico, venimos asistiendo a la desfiguración o desnaturalización de las Comisiones Paritarias, al asumir funciones muy heterogéneas que dificultan un claro entendimiento de esta institución, en parte «órgano delegado» de la Comisión Negociadora, por tanto una prolongación de esta para la gestión ordinaria de los pactos alcanzados. De ahí que se haya visto más que como un órgano consolidado como una figura en busca de identidad funcional y de sentido, en la medida en que el aumento de funciones heterogéneas plantea importantes problemas de articulación de las Comisiones Paritarias con otras piezas del sistema, como es la Comisión Negociadora, pues la asunción de funciones negociadoras afecta a su composición y a su entendimiento como órgano permanente de negociación, y como son también los procedimientos autónomos de solución de conflictos, con los que se relacionan, bien como trámite previo, bien como instancia integrada en tales sistemas –por ejemplo en el Servicio Interconfederal de Mediación y Arbitraje (SIMA)–, sin que quede suficientemente clara la naturaleza de su intervención. Han sido múltiples los problemas que han generado en esta dimensión, lo que ha dado lugar a una abundante, y no siempre coherente, jurisprudencia en la materia, que ahora conviene revisar.

Por otro lado, en el plano práctico, es manifiesta la saturación de su actividad. De modo que con una excesiva frecuencia se le atribuyen tantas tareas que apenas puede realizar incluso las tradicionales, con lo que termina inutilizándose de tanto que se quiere usar, muriendo en cierto modo de éxito. Por lo que sin una adecuada gestión o planificación de sus funciones resultan completamente inviables en muchos casos.

Sea como fuere, y sin necesidad de entrar ahora en estas disquisiciones, lo cierto y verdad es que el legislador de la reforma ha asumido plenamente esta evolución y ha reconocido en el plano legislativo la multiplicación de funciones de estos órganos. De modo que ahora ejercerán básicamente las siguientes:

a) La clásica relativa a la resolución de conflictos derivados de la interpretación y aplicación del convenio colectivo. Se trata de la función de autocomposición de los conflictos en la llamada «vía previa paritaria» – arts. 85.3 h), 1.º y 91.1 ET; arts. 10.1 y 14. 2 d) ASEC–. El agotamiento de la vía previa paritaria se convierte así en requisito o presupuestos de procedibilidad –STCO 217/1991–. El nuevo artículo 91.4 del ET aclara que las resoluciones de la comisión paritaria sobre interpretación o aplicación del convenio tendrán la misma eficacia jurídica y tramitación que los convenios colectivos.

Ahora bien, ampliando las dificultades de articulación entre las diferentes vías de solución de conflictos previa a la judicial referida, el nuevo artículo 91.2 del ET prevé que, «no obstante» esta atribución a la Comisión Paritaria, «en los convenios colectivos y en los acuerdos a que se refiere el artículo 83.2 y 3 de esta ley, se podrán establecer procedimientos, como la mediación y el arbitraje, para la solución de las controversias colectivas derivadas de la aplicación e interpretación de los convenios colectivos». El acuerdo logrado a través de la mediación y el laudo arbitral tendrán la eficacia jurídica y tramitación de los convenios colectivos, siempre que, como es natural, quienes adopten el acuerdo o suscriban el compromiso arbitral tengan la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un convenio colectivo conforme a lo previsto en los artículos 87, 88 y 89 de esta ley. Pero esto no supone desplazar a la Comisión Paritaria, pues el artículo 91.3 del ET exige su intervención previa.

b) El conocimiento y la resolución de las discrepancias tras la finalización del periodo de consultas en materia de modificación sustancial de condiciones de trabajo o inaplicación del régimen salarial de los convenios colectivos, de acuerdo con lo establecido en los artículos 41.6 y 82.3 del ET, respectivamente.

La centralidad de las Comisiones Paritarias como expresión de una negociación permanente y dinámica lleva al legislador a convertirlo en una vía adecuada para conocer también de este tipo de conflictos. Conforme prevén los artículos 41.6 y 82.3 del ET, en caso de desacuerdo en los respectivos periodos de consultas referidos en relación con los descuelgues –funcionales o salariales–, cualquiera de las partes podrán someter sus discrepancias a la Comisión Paritaria del convenio. Esta dispondrá de un plazo máximo de siete días para pronunciarse, a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. Solo cuando no se llegue tampoco a acuerdo en la Comisión Paritaria se podrá acudir a los procedimientos de mediación y arbitraje que recogen esos preceptos y que también constituyen contenido mínimo del convenio.

Pero la reforma va más allá en su confianza renovada en la Comisión Paritaria. Esta podrá intervenir en los casos en que «no exista representación legal de los trabajadores en la empresa». Al convenio colectivo le corresponde, como contenido mínimo del mismo, fijar el tipo de actuación de la Comisión Paritaria en tales casos [art. 85.3 h), 4.º ET]. Recuérdese que en estos supuestos la legislación ya prevé, tras la reforma operada por la Ley 35/2010, que para las empresas sin órganos de representación de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por estos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma –arts. 41.3 y 82.3 ET–.

De nuevo se plantea un cierto conflicto de articulación entre el papel de las Comisiones Paritarias y estos órganos específicos de representación, por cuanto que la redacción legal deja abiertas las formas de intervención del órgano paritario en tales casos, siendo disponible para el convenio. No obstante, habrá que entender, para que la interpretación sea coherente, que su intervención será la misma que cuando hay órganos de representación, de modo que la Comisión Paritaria no podrá ser la que lleve directamente la negociación del descuelgue en tales casos, sino que resolverá las discrepancias al respecto cuando no se alcance acuerdo entre los empresarios y los órganos representa-

tivos específicos en el periodo de consultas. Aunque la cuestión no está clara al disponer las Comisiones Paritarias ahora de una clara habilitación legal para realizar negociaciones de adaptación.

c) Funciones de adaptación o, en su caso, modificación del convenio durante su vigencia.

En este caso, deberá incorporarse a la Comisión Paritaria la totalidad de los sujetos legitimados para la negociación, aunque no hayan sido firmantes del convenio, siendo exigible la concurrencia de los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 de esta ley para que los acuerdos de modificación posean eficacia general.

Sin duda es la previsión más novedosa, también la más conflictiva. Es evidente que la novedad es más normativa que práctica, pues ya se ha recordado cómo ha sido muy frecuente en los últimos años que se atribuyera a las Comisiones Paritarias una facultad de verdadera negociación futura y permanente. Precisamente, son las que más controversias y dudas han suscitado, sobre todo en relación con la composición de este órgano para respetar las reglas de legitimación negociadora y, por tanto, los imperativos constitucionales relativos al derecho a la negociación colectiva. De ahí que la regulación legal incorpore la jurisprudencia mayoritaria recaída en la materia, pues han sido multitud los pronunciamientos judiciales que ha resuelto los conflictos generados por tal actuación, impugnándose con frecuencia estos acuerdos de renegociación –SSTS, 4.^a, de 20 de mayo de 2004, 14 de marzo de 2007 y 15 de enero de 2008, entre otras–. Desde esta perspectiva, conviene tener en cuenta que no siempre es fácil en la práctica distinguir entre «acuerdos de gestión aplicativa» o de desarrollo del convenio y «acuerdos de gestión modificativa» o «adaptativa», por lo que teniendo en cuenta que según se trate de uno u otro tiene que articularse una diferente composición, los problemas lejos de resolverse se multiplicarán. Pero la opción legal es esta, con lo que se consagra en vía legislativa la desnaturalización plena de la Comisión Paritaria, o, si se quiere, alternativamente, la mutación jurídica de la Comisión Paritaria, acorde, eso sí, con un modelo dinámico o de negociación permanente.

En todo caso, el convenio colectivo deberá establecer los procedimientos y plazos de actuación de la Comisión Paritaria para garantizar la rapidez y efectividad de la misma y la salvaguarda de los derechos afectados. En particular, deberá establecer los procedimientos para solucionar de manera efectiva las discrepancias en el seno de dicha Comisión, incluido su sometimiento a los sistemas no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83.3 del ET.

6.4. Las reformas orientadas a la mejora de la transparencia sobre el sistema convencional: más y mejor información elaborada

Como ya se dijo en la presentación del panorama global de reformas, todo este intento de remoción o revisión del modelo de negociación colectiva español, a fin de propiciar un cambio significativo, exige disponer de una información, y de ofrecer unos servicios de apoyo, de los interlocutores sociales, que hoy no se tienen, pese a los avances realizados a tal fin. Para provocar el cambio hay que conocer adecuadamente la situación, y para ello hay que tener una plena información, tanto cuantitativa como cualitativa. Pero actualmente esa información es más cuantitativa y se basa en las Estadísticas de Convenios que elaboran tanto el ministerio como las Comunidades Autónomas. Pero esa información, a su

vez, se asienta sobre «la hoja estadística» que deben cumplimentar las Comisiones Negociadoras y entregar a las respectivas autoridades laborales. Ahora bien, de todos es sabido, como reconocen los propios sujetos negociadores, que el cumplimentado de la hoja estadística es en general muy deficiente, sobre todo por la falta de la información necesaria en lo que respecta al número de trabajadores y empresas cubiertos por cada convenio. Entre otros problemas, esta deficiencia dificulta el conocimiento y cálculo de los crecimientos salariales y de las jornadas laborales pactadas en el conjunto de la negociación, ya que estos se calculan a través de las cantidades acordadas en cada convenio colectivo ponderadas por el número de trabajadores que corresponde a cada convenio.

En fin, consciente el legislador gubernamental de estos y otros problemas de la información estadística, se propone una reforma de los instrumentos de información convencional en profundidad para antes de finalizar el año 2011, de modo que a la revisión de las «hojas estadísticas» se añade la incorporación de nuevos instrumentos informativos, a fin de obtener «información completa y rigurosa de los contenidos de la negociación colectiva» –disp. adic. segunda RDL–. Pero es obvio que no se precisa solo más y mejor información, sino también «conocimiento» cualitativo de todos los aspectos del sistema, así como capacidad de gestión de todo el volumen de información que debe producirse. Para eso es necesario contar con instrumentos técnicos e institucionales públicos. Por eso se precisa igualmente revisar el órgano consultivo específico que hasta el momento hay al respecto, dando una fecha de caducidad a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos –disp. trans. segunda RDL– y su sustitución por el *Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva* –según la nueva disp. final segunda ET–. Deberán tenerse en cuenta también los órganos autonómicos creados previamente a tal fin.

7. EL DINAMISMO DE LOS CONTENIDOS; HACIA UN MODELO DE GESTIÓN BASADO EN LA FLEXIBILIDAD LABORAL INTERNA NEGOCIADA

Pero el dinamismo –el continuo movimiento– no se quiere solo en los procesos, en realidad esta exigencia es puramente instrumental para lo que realmente se busca, que no es otra cosa que la movilidad de las condiciones de trabajo, esto es, la capacidad de revisar pronto y en el sentido querido por el empresario las condiciones pactadas a fin de dar respuesta, cómo no, a lo que «demanda el mercado» –esta vez no el financiero sino el económico en el que cada empresa compete–. En la convicción legislativa, falacia para muchos, «superchería» –«creencia que no tiene fundamento estrictamente racional o científico y que consiste en atribuir carácter mágico a una determinada palabra, cosa o instrumento»– para otros, de que un continuado ajuste de las condiciones de trabajo, a la baja por supuesto, a la situación económica de la empresa y del entorno –discurso neoclásico económico– tendrá efectos salvadores para el empleo, la búsqueda de la flexibilidad interna se convirtió en un caballo de batalla de la Ley 35/2010. Aunque es un dato comúnmente aceptado que los cambios que a tal fin se introdujeron son ineficaces, por mínimos y desenfocados, de modo que muy difícilmente los empleadores la utilizarán como alternativa a la temporalidad y a la facilidad de extinción contractual que se da en esa misma reforma, el Gobierno sigue obstinado en esta idea, de modo que ahora se vuelve sobre ella, dando un paso más, de forma que esa flexibilidad interna no solo se refuerce sino que se negocie, con lo que se le daría no ya solo un aire de normalidad –más frecuencia–, sino también de legitimidad –presidida por el acuerdo–.

Que el convenio colectivo no es intangible es hoy una evidencia. Eso significa no ya solo el «principio de modernidad», sino también que puede ser afectado por una norma posterior que restrinja sus contenidos. Así se deriva del Auto del TCO de 7 de junio de 2011, ya indicado, que no considera pertinente la CI no ya solo porque no afectaría a la regulación general sino porque tampoco la llamada «intangibilidad» formaría parte del contenido esencial, distinguiéndose del aspecto de la «fuerza vinculante» de los convenios. Al margen de las críticas a esta doctrina, evidencia una visión más dinámica, y también inestable de las fuentes de autorregulación colectiva de las relaciones laborales, esto es, de los convenios. Pero una cosa es esta idea de reafirmación de la modernidad de la lógica de la negociación, de modo que no se ancle en un enfoque eternamente de mejora y al margen de las situaciones reales en cada tiempo, y otra que se convierta en un contenido mínimo de todo convenio.

Eso es lo que hace, sin embargo, el legislador gubernamental de reforma. De ahí que superando claramente el carácter formal y de gestión procedimental que ha tenido siempre esta institución convencional, que la reforma lleva hasta su extremo, como se ha visto, ahora asumiría una dimensión material o de fondo, de manera que también incorpora contenidos de regulación directa de las condiciones de trabajo y del modo de organización flexible de la gestión laboral. Aunque ese contenido, de momento, es muy básico, y coincide en general con una práctica bastante extendida en la negociación española, no deja de ser significativo en el plano cualitativo, y plantea aún más problemas que en los supuestos anteriores para su control por parte de la autoridad laboral y, por tanto, para garantizar básicamente la efectividad de esta previsión.

Así, se establecen como medidas para contribuir a la **flexibilidad interna** de la empresa, de forma particular, por tanto de presencia obligada en todo convenio, y sin perjuicio de la libertad que tienen para incorporar otras medidas, o estas mismas pero con otro alcance, las siguientes:

- a) Un **porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año** y que, salvo pacto en contra, será de un **5 por 100**.
- b) Y los procedimientos y los periodos temporales y de referencia para la **movilidad funcional** en la empresa.

En el caso de la distribución irregular de jornada se asume como contenido mínimo del convenio, por tanto ya no potestativo de él, una materia que, como se recordará, aparecía remitida hasta ahora a los convenios o, en su defecto, a los acuerdos colectivos de empresa –art. 34.2 ET–. En realidad, como se ha dicho, no es una radical novedad para la experiencia convencional, porque de las cláusulas sobre jornada laboral más frecuentes incorporadas en los convenios colectivos figuran las que autorizan una distribución irregular de la jornada a lo largo del año, que viene a cubrir a día de hoy en torno a la mitad de los trabajadores con convenio, lo que pone de manifiesto que este aspecto de la reforma de 1994 sí tuvo éxito. En cambio, otras cláusulas de gestión flexible del tiempo, como la relativa a la superación por convenio de la jornada ordinaria máxima diaria de 9 horas, también permitida por la reforma de 1994, apenas tiene incidencia, pues no afecta más que a un 20 por 100 de la población ocupada y cubierta por convenio. También cabría mencionar el recurso, cada vez mayor, como se dijo también más arriba, a formas de gestión flexible del trabajo, como las relativas a la creación de «bolsas de horas», o la reducción de jornada.

En cambio, baja es la incidencia de las cláusulas de movilidad funcional, y en general respecto de otras materias de flexibilidad interna, como la relativa a la modificación de condiciones sustanciales de trabajo. Más relevantes son las cláusulas relativas a la clasificación profesional y a la promoción en el trabajo, ámbito en el que, de forma laxa o genérica en efecto, puede tener más sentido la regulación de la materia relativa a la movilidad funcional, así como otras cuestiones, tales como la relativa a la «polivalencia funcional». Recuérdese que la referencia convencional es a título de ejemplo o de «buenas prácticas», pero la remisión legislativa es a una cláusula general, relativa a todo tipo de medida que pueda acreditarse contribuya a ese intercambio siempre presente, aunque tácito, entre flexibilidad interna a cambio de un compromiso de mantenimiento de empleo, de modo que sin esa dimensión bilateral el sentido de la medida carece de justificación y se entiende solo como instrumento al servicio de la reducción progresiva de los costes laborales en aras de más beneficio de los empresarios o de consolidación del poder empresarial, en detrimento del papel de estabilizador de la negociación colectiva.

En la reforma se hacen otras modificaciones de menor alcance, aunque no deja de ser relevante. Además de la referida sindicalización –atribución a las secciones sindicales de la competencia para los periodos de consulta en caso de cláusulas o acuerdos de descuelgue–, que se orienta más a reforzar el carácter negociado de la flexibilidad que esta, hay retoques en algunos preceptos que han constituido el núcleo de la misma en la primera fase de la reforma. Así, ya mencionamos el nuevo supuesto contemplado en el artículo 82.3 del ET respecto de las cláusulas de descuelgue salarial, a fin de facilitar el recurso a esta vía en caso de pérdidas continuadas.

Entroncando con este asunto, lo que no tiene ninguna referencia expresa en la reforma es la cuestión, hoy en el centro del debate, como ya se indicó al referir la incidencia del «Pacto por el Euro» en esta reforma, relativa a la gestión flexible del salario en general y, en particular, a su vinculación al parámetro de la productividad. Es una cuestión todavía pendiente y que no ha querido afrontarse ahora por la gran crítica que levanta por parte sindical, pese a que esta vinculación ya estaba presente en los Acuerdos de Negociación Colectiva. No cabe duda de que una de las materias sobre las que más incide la flexibilidad interna es la salarial. Ahora bien, introducir en la fijación del salario mecanismos susceptibles de ser utilizados para asegurar su evolución atendiendo a factores como la productividad y el empleo, la vinculación de los salarios con productividad, encierra una opción de política del derecho contractual muy delicada, además de arriesgada.

En primer lugar, en el propio terreno práctico, pues el desarrollo de nuestra negociación colectiva no ha conocido hasta ahora un sistema de medición o cuantificación de esta naturaleza, por lo que no existen parámetros de medición objetiva ensayados y experimentados. Ligar, por el contrario, salarios con evolución del IPC ha comportado indudables ventajas, entre las que cabe destacar el aseguramiento de un poder adquisitivo en la contraprestación retributiva en la relación de trabajo. Ello, a su vez, repercute en el consumo y contribuye a dinamizar la economía. En segundo lugar, hacer depender los costes salariales de los niveles de productividad comporta, entre otros, el efecto de derivar a los trabajadores un mayor porcentaje de riesgo empresarial –es su salario el que soporta las consecuencias de una deficitaria o mala gestión empresarial– y ampliar el empobrecimiento de la población trabajadora, especialmente en un momento como el actual de progresiva ascensión del IPC y previsible subida de los tipos de interés. Con lo que se perjudica tanto el consumo como la inversión. De ahí la necesidad de tratar este tema con mucho más detenimiento y sin dejarse llevar por cantos de sirena.

8. LAS REGLAS DE LEGITIMACIÓN NEGOCIADORA: UNA REFORMA EN CLAVE DE MODERNIZACIÓN

Si hay un aspecto de la reforma en el que existe un sustancial acuerdo entre todos los sectores es en relación con la necesidad de modernizar, en el sentido en que se ha hecho, y al margen de que se discuta el mayor o menor acierto de alguna de sus previsiones, las reglas de identificación de los sujetos legitimados o capacitados para negociar convenios. A este respecto, nuestro modelo adolecía de una obsolescencia extrema que estaba planteando muchos problemas, solo en parte resueltos por una doctrina jurisprudencial no siempre afortunada, y en todo caso a menudo incoherente. De ahí que en este plano las garantías legales adquieren un especial significado.

Debe recordarse que en nuestro sistema legal, la negociación colectiva de eficacia general exige un estrecho vínculo entre la representatividad de las organizaciones y la legitimación de los sujetos negociadores, de manera que esta última supone sobre todo una garantía de suficiente o adecuada representatividad de los intervinientes en el proceso negociador. Por tanto representa un derecho de los sujetos más representativos a participar en esos procesos –STCO 73/1984–. Como se recordó, la garantía de ese derecho debe producirse básicamente en dos momentos: el inicial, cuando se promueven las negociaciones, fase en la que los sujetos con capacidad negociadora toman la iniciativa, y el constitutivo de la Comisión Negociadora.

En esta materia existe también un amplio debate entre unos enfoques y otros, en la medida en que mientras el análisis jurídico de garantías reafirma la justificación del requisito clásico de la representatividad, el análisis económico pretende que sea en algún modo alterado, de manera que se atienda sobre todo, para determinar la eficacia general del convenio, a la base empresarial y laboral que concretamente tiene cada convenio colectivo, y no a la inicial y previa representatividad del sujeto negociador. En este sentido, los convenios colectivos de ámbito superior a la empresa tienen unas reglas de legitimación perfectamente adecuadas a exigencias de base constitucional, esto es, son negociados por sujetos de muy amplia base representativa, como son las organizaciones sindicales y empresariales más representativas con carácter general. Por consiguiente, desplazar la obligatoriedad del convenio colectivo no sobre la base de criterios de la representatividad que ostentan los sujetos que los negocian, sino sobre el número de empleados y número de empresas afectadas por el convenio, alteraría de forma radical las bases constitucionales del sistema de relaciones de trabajo.

Por otro lado, desde una perspectiva jurídica, se han evidenciado las deficiencias de la dualidad del tipo de representación de los trabajadores en la negociación colectiva empresarial, de modo que se tienda a reconocer legitimación negocial a las organizaciones sindicales en razón de su representatividad, para dotar al régimen de coherencia y uniformidad en la determinación de los sujetos negociadores. En cambio, el enfoque económico evidencia la utilidad de esa legitimación opcional, porque ese permite una mayor diversidad de opciones para el empleador, que puede elegir, en atención a sus intereses, con qué órganos de representación laboral, unitarios o bien sindicales, quiere negociar.

Las reformas atenderán en parte a estas exigencias, organizando los cambios en torno a la doble categoría de legitimación reconocida, la inicial y la plena. Las primeras se centran en el artículo 87 del ET, donde bajo el título de legitimación se indican los sujetos y, en su caso, los requisitos de

representatividad que estos deben cumplir, diferenciando según el convenio sea de empresa o inferior o bien supraempresarial. Las segundas se encuentran recogidas en el artículo 88 del ET, dedicado a la «Comisión Negociadora», órgano deliberante capaz de vincular *erga omnes*. Precisamente, dada esta extensión de la eficacia personal del convenio, es necesario que la norma se asegure de que los intereses mayoritarios de las dos partes afectadas por el convenio están representados adecuadamente en el órgano, de ahí que se incorpore un segundo requisito de legitimación negociadora –el quórum mínimo de eficacia–.

A ello hay que añadir, como se dijo, una tercera categoría de creación jurisprudencial, aunque discutible y discutida en el plano científico, relativa a la «legitimación decisoria» –STS de 19 septiembre de 2001–, cuyo fundamento estaría en el artículo 89.3 del ET, según el cual los acuerdos que se adopten en la comisión negociadora de los convenios precisan reunir en todo caso el voto favorable de la mayoría de cada una de las representaciones, laboral y empresarial, presentes en ella. En realidad se trata más bien de una regla de procedimiento, de ahí que se encuadre dentro de las normas de tramitación, que también han sido, en parte, modificadas, a fin de propiciar la agilidad o dinamismo comentados al proceso.

Por lo que hace a la «legitimación inicial» o «básica», de intervención negociadora (art. 87 ET), **en representación de los trabajadores, las principales novedades son:**

a) La referida relevancia de la representación sindical (**secciones sindicales**) de empresa, especificándose que la legitimación de estas para la negociación de los **convenios de empresa o ámbito inferior** requerirá: (1) que así lo acuerden y (2) que en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité o delegados de personal.

Esta sindicalización de la legitimación para negociar en representación de los trabajadores emerge como regla general, pues aparece en otros preceptos –para el periodo de consultas en relación con la movilidad geográfica y modificación de condiciones sustanciales de trabajo, arts. 40 y 41 ET; para el periodo de consultas en los despidos colectivos, art. 51 ET–, y también en relación con los **«convenios franja»** de empresa, legitimando únicamente a las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta. No obstante, este favor hacia la sindicalización de la negociación de empresa a través de la intervención de las secciones sindicales en modo alguno supone privar de legitimación, según la regla clásica, a los órganos de representación unitaria.

b) La asunción legislativa de la polémica regla jurisprudencial de la «legitimación cruzada»: la legitimación para negociar los convenios de un **grupo de empresas** o de «empresas en red –que afecten a una **pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas** o productivas y *nominativamente identificadas* en su ámbito de aplicación–, **es la misma que para el convenio sectorial**.

Precisamente, en este caso, que sí revela una gran novedad, los órganos de representación unitaria quedan privados de esta legitimación negociadora, al otorgar el monopolio a los sindicatos más representativos, con carácter general –estatal o autonómico–, o en el ámbito funcional de referencia –STS, 4.ª, de 25 de mayo de 2006–. Como es sabido, con ello se recoge, de una forma rígida eso sí, la evolución jurisprudencial en esta materia, que pasó de reconocer legitimación a los órganos de

representación unitaria, o sindical, de la empresa, a aceptar la legitimación de los sindicatos, pese a considerar el ámbito de grupo como integrado en el ámbito empresarial, por la complejidad organizativa de los grupos. Es lo que se ha denominado la tesis de la legitimación cruzada, en la medida en que la jurisprudencia creaba una solución específica para estas realidades no previstas en la norma legal, componiendo una legitimación diferente y asimétrica para cada banco representativo: el de empresa para el banco económico, y el superior a la empresa, para el banco social. Quebraba de este modo el dualismo clásico y el carácter alternativo y no acumulativo de la legitimación. Aunque esta tesis fue muy polémica, hasta fraccionar en dos a la propia Sala de lo Social del TS, se unificó el criterio a partir de la STS, 4.^a, de 21 de diciembre de 1999, manteniéndose inmodificado desde entonces en un buen número de decisiones que después se han producido –STS, 4.^a, de 18 mayo de 2004–.

Con la recepción legislativa de esta tesis jurisprudencial se simplifica el panorama, pero no por eso se acierta en la decisión. Porque de este modo se aplica una tesis muy rígida, que no distingue ni la estructura compleja o más sencilla del grupo, ni la existencia o no de órganos específicos unitarios que abarquen a todo el grupo, como pueden ser los «comités de grupo», creados por algunos convenios colectivos de este ámbito. Por tanto, la solución legislativa, además de ser imprecisa porque no define qué se entiende por «grupo empresarial», exigiendo tan solo que haya un listado de carácter nominativo, es rígida, porque desconoce la riqueza organizativa de la parte laboral en la actual experiencia convencional. En consecuencia, queda planteada la cuestión de si en los casos en que haya estructuras unitarias de grupo estas pueden ejercer el derecho a la negociación colectiva, entendiendo que se trata no tanto de un grupo en sentido estricto –unidad de decisión económica–, sino de una unidad económica y social, por tanto asimilable a la empresa –convenio de ámbito empresarial–. Aunque la literalidad de la norma no deja mucho margen interpretativo, su rigidez exige una cierta corrección en aras del derecho a la negociación colectiva de estos órganos y a la flexibilidad que debe existir en este ámbito, según uno de los ejes básicos de la reforma. Si bien es evidente también el que hay un propósito firme de reforzar la sindicalización del proceso negociador.

En este sentido, una cuestión dudosa será la relativa a la legitimación de las secciones sindicales de grupo, o, en su caso, las creadas en un ámbito transversal como es el de las «empresas en red» o empresas vinculadas. Aunque no siempre existen, sí hay experiencias en las que se crean estos órganos de representación con un ámbito global para el conjunto económico-organizativo, más allá de cada empresa integrante. La jurisprudencia ha aceptado esta legitimación, pues no puede olvidarse que las secciones sindicales constituyen o forman parte del sindicato al que pertenece (STS de 28 de febrero de 2000), constituyendo tanto un órgano interno al sindicato como externo, en su proyección a la empresa o estructura organizativa de referencia.

Un problema análogo puede plantearse en relación con las empresas en red o empresas vinculadas, que carecen de menor solidez en el marco regulador y también en la experiencia socioeconómica y convencional. No obstante, aquí la remisión al sindicato y la exigencia de una relación nominada puede facilitar el ejercicio de la legitimación y también la seguridad jurídica.

Respecto a la **legitimación para negociar por la parte empresarial** lo único novedoso es que se especifica que, corresponderá a la «representación de las empresas» si se trata de convenios de grupo de empresas o que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación. Con lo que, como vemos,

se confirma la referida legitimación cruzada, pues mientras que las organizaciones o asociaciones empresariales no tienen cabida, sí la tienen los sindicatos.

Por lo que hace a los **convenios sectoriales** las novedades son:

En primer lugar, se atribuye la legitimación para negociar convenios sectoriales, además de a las asociaciones empresariales que cuenten con al menos el 10 por 100 de las empresas del sector, que a su vez den empleo al mismo porcentaje de trabajadores –según la previsión precedente–, también a las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio den ocupación al 15 por 100 de los trabajadores afectados, según la nueva regla de legitimación.

En segundo lugar, para los supuestos en que no haya asociaciones empresariales con **suficiente representatividad** (no existan asociaciones con la representatividad referida en el anterior supuesto), la legitimación será de las asociaciones de este tipo más representativas (ámbito estatal: las que cuenten con el 10% o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, y si son de Comunidad Autónoma que cuenten en ese ámbito con un mínimo del 15% de las empresas o trabajadores).

Por lo que hace a la legitimación plena, el artículo 88 del ET también experimenta algunos cambios, si bien no son sustanciales. Así, tras afirmar la regla general según la cual el reparto de miembros con voz y voto en el seno de la Comisión Negociadora se efectuará con respeto al derecho de todos los legitimados según el artículo 87 del ET –legitimación inicial– y en proporción a su representatividad, lo que es una obviedad, se recuerda el requisito para la constitución válida de la comisión: que cada bloque represente a la mayoría –absoluta en el caso del banco sindical– de su ámbito. A estos efectos, lo más notorio es la fijación de una novedosa regla para garantizar que se pueden constituir las Comisiones Negociadoras aunque no haya representación, bien sindical bien empresarial, o de ambas. Así, cuando no existan órganos representativos de los trabajadores quedará válidamente constituida, por esta parte, con la integración de los sindicatos más representativos –estatales o autonómicos–, y cuando no existan asociaciones empresariales suficientemente representativas, estará constituida de modo válido con la presencia de las asociaciones empresariales más representativas, entendidas en los términos del referido artículo 87.3 c) del ET.

9. ALGUNOS PROBLEMAS DE DERECHO TRANSITORIO: LAS LIMITACIONES A LA INMEDIATEZ DE LA REFORMA

Finalmente, conviene hacer una breve referencia a algunas de las cuestiones relativas a la aplicación temporal de la reforma. La fórmula de real decreto-ley, no por abusada hasta el extremo, implica que se busca la mayor inmediatez posible en la aplicación de las reformas, pues se trata de una norma «urgente». Como es natural, ese objetivo debe conciliarse con las exigencias de seguridad jurídica. Aunque hemos asistido en los últimos tiempos a reformas laborales cuyas principales reglas incluso se diferían en el tiempo, pese a utilizar el régimen de la legislación de urgencia, parece claro que las normas de esta guisa deben contar con un régimen transitorio lo más favorable posible a la entrada en vigor inmediata de los cambios promovidos.

Esta exigencia de inmediatez es relativa en el caso de la reforma colectiva, pues es manifiesto que los procesos en este ámbito no son perentorios y requieren un cierto tiempo de asimilación de los cambios y asunción por parte de quienes son los llamados a su realización y de quienes en realidad dependen, que son los sujetos negociadores. En este marco, la disposición transitoria primera fija el régimen de aplicación temporal de las normas que contiene el real decreto-ley. Y a tal fin, divide las soluciones atendiendo al tipo de materias reformadas. Así:

- a) Las reglas de **legitimación negociadora, y las relativas a la flexibilidad interna negociada**, se aplicarán a las comisiones negociadoras que se constituyan, y a los periodos de consultas que se inicien, **a partir de la entrada en vigor de la norma**. Por lo tanto, se mantienen en vigor las regulaciones anteriores a esta entrada en vigor para las negociaciones y consultas ya iniciadas. En consecuencia, aquí la inmediatez se diluye.
- b) Las **reglas relativas a la agilización del proceso negociador**, por tanto los plazos más perentorios para la denuncia, inicio de negociaciones y duración máxima del proceso negociador, serán de aplicación tan solo **a los convenios cuya vigencia pactada termine a partir de la entrada en vigor** de la norma urgente. Por lo tanto, quedan fuera de esta presión temporal o compulsión a la renegociación todos los convenios, que son realmente el meollo del problema, cuya vigencia prorrogada se produzca con anterioridad a la entrada en vigor de la norma de urgencia. Sin duda es una norma coherente con las dificultades que la puesta en práctica de esta norma tiene, pero resulta poco comprensible con la voluntad de dinamizar los procesos, pues deja fuera a los actuales, que en teoría son los tomados como referencia para impulsar una reforma de este tipo.
- c) Las restantes reglas incorporadas como contenido mínimo del artículo 85.3 del ET serán de aplicación a los convenios colectivos suscritos también a partir de la norma de reforma.

10. REFLEXIONES FINALES: MÁS Y MEJOR NEGOCIACIÓN COLECTIVA ¿ALGO MÁS QUE UN ESLOGAN PUBLICITARIO?

Una vez expuestos y comentados los principales puntos de la reforma, el lector debería estar en mejores condiciones para extraer sus propias conclusiones, sin quedar abducido por la «guerra de propagandas» en que terminan convirtiéndose las puestas en escena por sus actores y sus valoraciones. Así, el ministro de Trabajo ha defendido que es la reforma «más atrevida y profunda jamás realizada» (sic).³⁹ Así, para acabar con la «rigidez interna» de las compañías, que les «lleva a los despidos», el objetivo del Gobierno es «dar más flexibilidad a las empresas sin desproteger a los trabajadores». Al mismo tiempo hace una reforma legal y ahora reglamentaria que se orienta a facilitar los despidos preventivos. Pero esta es otra historia.

La existencia de una pluralidad de unidades de negociación es un rasgo histórico de todo sistema continental de negociación colectiva y, por tanto, de sus sistemas de relaciones laborales. Se

³⁹ Quizás haya que ponderar algo de exceso por su condición de andaluz, jiennense para más señas, que somos menos dados a exagerar que otros andaluces, es cierto.

han seguido en su ordenación dos criterios básicos. De un lado, el geográfico y funcional, derivado de la creciente complejidad organizativa de los trabajadores y empresarios en un sector económico dado. De otro, el relativo a la función desnivel de negociación en el sistema (interconfederal: función de gobierno –política–, sectorial –regulación uniforme y articulación– y de empresa –función de mejora y también de adaptación–). La evolución se dirige no hacia la centralización sino hacia un policentrismo regulador, con diversificación de los niveles y de sus funciones de regulación, y un marcado protagonismo del nivel empresarial. Lo que está en juego no es la dimensión descentralizada, que es inherente a la sociedad de nuestro tiempo, caracterizada por la complejidad y diversidad, sino su carácter de «organizada» o más bien «caótica» o desorganizada.

Se impone cada vez más el análisis macroeconómico en la negociación colectiva, de modo que no tienen entrada solo los factores de cohesión social y bienestar, como en los últimos años, y recuperando la dimensión más originaria y genuina de la negociación como «acuerdos tarifarios». Un modelo óptimo desde el punto de vista de la eficiencia económica tampoco existe, como evidencian los estudios al respecto, que no alcanzan resultados concluyentes. En todo caso, ese discurso adquiere un marcado protagonismo y exige coordinación sectorial y descentralización organizada, como en la mayor parte de los países de mayor desarrollo en Europa –Alemania o Francia–. Es evidente la influencia de la estructura de la negociación colectiva en el equilibrio macroeconómico y en el mercado de trabajo (salarios, inflación, desempleo). No existe acuerdo científico concluyente, pero sí se evidencia que la descentralización de empresa es buena, pero siempre que haya coordinación central.⁴⁰

Los modelos negociales intermedios serían los más ineficientes, de ahí que se hayan cargado las «culpas» de nuestros males sobre los «convenios provinciales», pues son los que más determinan la calificación de nuestro modelo como intermedio, ignorando que cumplen otras funciones también útiles, o las pueden cumplir. Estas ineficiencias macroeconómicas –inflación, pérdida de productividad– y del mercado de trabajo –mayor desempleo– se comprobarían por la mayor rigidez del modelo: a los incrementos salariales mayores le seguiría la menor adaptación a las exigencias de flexibilidad en materias básicas como la estructura del salario, ordenación de tiempo de trabajo y los sistemas de clasificación profesional. La ineficiencia se agravaría por varios motivos. Primero, porque suele seguir una lógica escalonada de mejora, de forma que a menudo el provincial introduce mayores concesiones laborales que el nivel estatal. Segundo, porque respondería más a factores institucionales y políticos que económicos –exigencias del tejido productivo–. Asimismo, el nivel de empresa –o el de grupo empresarial, e incluso el de red– es uno de los que mejor reflejan el desbordamiento de la típica función reguladora de la negociación colectiva, primando, como se vio, las funciones de adaptación a los requerimientos del entorno económico –función gerencial–. De ahí que se concluya la pobreza en términos de eficiencia de un sistema que combina un grado intermedio de centralización-descentralización con una insuficiente coordinación y un exceso de atomización (FEDEA).

Ahora bien, conviene tener en cuenta algunos datos. En primer lugar, no está científicamente demostrado que el desplazamiento hacia el extremo más puro de la descentralización –el primado del nivel de empresa– resulte mucho más eficiente económicamente. En segundo lugar, no parece práctica tal opción, teniendo en cuenta la estructura del tejido productivo español, basado no ya en pymes

⁴⁰ Vid. RUESGA BENITO, S. *et al.*: *Análisis económico de la negociación colectiva en España*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Madrid, 2007, págs. 44 y ss.

sino incluso en las «microempresas» – en torno a dos tercios de las empresas españolas tendrían menos de 6 trabajadores–, con la consiguiente dificultad de constituir sujetos negociadores, al menos que resultaran creíbles por parte del «banco social». En tercer lugar, tampoco puede pensarse en desplazar por completo las funciones clásicas de la negociación a favor de la moderna función de gestión flexible, en la medida en que la complejidad de la sociedad actual y de las políticas orientadas a conciliar crecimiento económico con empleo y cohesión social o bienestar, requieren más bien la diversificación de tareas o de funciones reguladoras y, por tanto, es necesario más que suprimir distribuir mejor los papeles, adscribiendo cada nivel a su respectiva función «más típica».⁴¹

Por eso, el mejor modelo, aun reconociendo que no habrá ninguno óptimo por igual en todos los sectores, será el que combine:

- Simplificación razonable de la estructura, reduciendo el número de unidades y, por lo tanto, de convenios, que no pueden estar en España en torno a los 6.000.
- Articulación o coordinación de los diferentes niveles en el plano sectorial estatal –o autonómico en su caso–, mediante mecanismos que aseguren la adhesión de los diferentes niveles a la estrategia sectorial, buscando un reparto de las funciones, de modo que ninguna sea totalitaria en su ámbito.
- Garantía de un espacio propio a los niveles descentralizados, en especial al de empresa, que debe desarrollar la función que le es más típica, la de gestión y organización de las relaciones de trabajo.

No es solo el interés macroeconómico y ocupacional el que debe orientar la ordenación convencional, olvidando el interés tanto empresarial como laboral, a una regulación convencional que permita una adecuada competencia. Para ello la existencia de mínimos convencionales uniformes es fundamental. No se puede olvidar que la negociación colectiva es, en nuestra mejor tradición, un buen instrumento de cohesión sociolaboral del sistema económico, garantizando al tiempo una razonable situación de «paz social». Por eso, el papel de la negociación de sector es básico para ordenar materias tales como las formas de contratación, la garantía mínima de una jornada laboral razonable o los procesos de reestructuración de sectores productivos.

El legislador ha dado pábulo, si bien siempre condicionado al diferente criterio formalizado en acuerdo de los actores colectivos, a las críticas, tanto jurídicas como económicas, que pedían una urgente revisión del nivel sectorial, eliminando como regla general los niveles intermedios, esto es, el convenio provincial, en línea con lo propuesto en otras experiencias.⁴² Sin embargo, no es comprensible una eliminación general e inmediata de este nivel, como parece pretenderse. Dada la heterogeneidad de nuestro tejido productivo –condicionantes diferentes de mercado, de entorno, de presión competi-

⁴¹ Cfr. DEL REY GUANTER, S.: «Una década de transformación del sistema de negociación colectiva y la "refundación" de la teoría jurídica de los convenios colectivos», en *Relaciones Laborales*, núm. 1-2, 1996, págs. 96 y ss.

⁴² En esta misma dirección aparece la propuesta sindical italiana de reforma de su modelo de negociación o contratación colectiva: «Proposta di linee guida per la riforma della contrattazione collettiva», de 10 de octubre de 2008. El documento está disponible en: www.eguaglianza-liberta.it.

va, de actividad...–, y sus características –reducida dimensión de la mayor parte de las empresas–, los convenios sectoriales provinciales pueden seguir jugando una función relevante, sea de signo centralizador –evitando la dispersión que supone el nivel de empresa pequeña–, sea descentralizador –evitando una extrema uniformidad estatal, o, al contrario, eventuales insuficiencias de regulación estatal–.

Sin embargo, el legislador parece haber hecho también su opción de política jurídica contractual en otro sentido. Con la apariencia que le da la argumentación basada en la racionalidad propia de toda operación simplificadora de unidades, ha filtrado su favor por un nivel también intermedio pero más articulador, como es el del convenio autonómico, con lo que de paso se aseguraba una necesidad política: los votos necesarios para convalidar la reforma. Para el legislador, debería ser, salvo una opción convencional en contrario expresamente formalizada en un acuerdo ad hoc para ello conforme al artículo 83.2 del ET, el convenio sectorial autonómico y no ya el provincial el que realizara esas funciones de racionalización, sea, cuando lo precise así el tejido productivo de referencia, en sentido centralizador –función de uniformidad– sea, también cuando se precise, en sentido descentralizador –función de adaptación–, si bien en este segundo caso solo para determinadas materias, evitando reeditar la tentación, a menudo desplegada por los convenios sectoriales provinciales, de regular de manera totalizadora las materias en su unidad.

En consecuencia, argumentos macroeconómicos se cruzan con otros políticos, acogiendo la tesis «de descentralización autonomista» en el ámbito político, dando mayor fiabilidad o confianza a quienes persiguen hacer coincidir el principio de autogobierno político con el de autogobierno convencional en una misma Comunidad. Por tanto, no son solo los factores económicos sino los político-partidistas los que han jugado un papel clave en la reforma ahora auspiciada, como por lo demás ya sucediera en 1994. Sabido es que no será posible siempre conciliar ambos requerimientos, el ajustar los niveles a los imperativos económicos y a los imperativos político-autonomistas (o nacionalistas). Si bien no deja de tener razones económicas y sociales el introducir el principio de autonomía territorial en el gobierno del sistema, con lo que de nuevo hallamos un interesante paralelismo entre el sistema de fuente estatal y el convencional. En todo caso, la complejidad está servida.

En el nivel sectorial estatal, si bien de forma implícita no directa, se ha encargado, en coherencia con el nivel descentralizado que quiere instaurar, de promover ciertas remodelaciones del mismo, clave para la coordinación centralizada. Así, de un lado, se ha asegurado que, si quiera por reacción en contra de su opción, las partes se vuelvan a tomar en serio los mecanismos de articulación y coordinación convencional, de modo que se reactiven o potencien los acuerdos interprofesionales de estructura o los convenios sectoriales generales con cláusulas normativas sobre tales aspectos. Por lo tanto será una materia que, aun no recogién dose como contenido mínimo, al menos de momento, deberá ganar espacio en la futura negociación colectiva posreforma.

De otro, se busca constreñir su regulación a las funciones que le son típicas, evitando pretensiones igualmente totalizadoras. Su regulación debe centrarse, además de en aquellas normas de estructura y solución de conflictos de concurrencia, en la fijación de regímenes mínimos uniformes para el conjunto de sector en materias muy concretas y que así lo demanden, de modo que ni invadan el espacio creciente del nivel de empresa –función de adaptación funcional y organizativa– y del autonómico –función de adaptación territorial e institucional–.

En suma, se trata de una regulación de promoción, más que de imposición, al menos con carácter general, de un sistema convencional colectivo orientado de modo primario a la dinamización del tejido productivo y al fomento de la competitividad de las empresas, como contraprestación a una mayor capacidad para mantener el volumen de empleo. Para ello ha operado cambios normativos que devuelven la soberanía de la ordenación del sistema a los interlocutores sociales, que dejan de tener obstáculos para ello. Ahora bien, el legislador no está dispuesto a esperar tranquilamente a que esos interlocutores recojan el guante que les lanza, sino que introduce un incentivo negociador, más a los sindicatos que a los empresarios, aunque de signo en cierto modo intimidatorio o compulsivo, lo que desde luego es paradójico, porque les ha dicho: «el sistema es vuestro, vosotros tenéis la responsabilidad de ordenarlo, yo os elimino las principales barreras que lo impedían, pero si no lo hacéis, en tiempo y forma, esto es, ya, entrará en vigor efectivo un modelo radicalmente descentralizado, que otorgue el gran protagonismo al nivel de empresa y, en su caso, al autonómico, liquidando los provinciales» –quizás sea casualidad, aunque no creo en ellas, pero hay que reparar en que esta opción corre en paralelo al debate abierto hoy sobre la inutilidad de las «Diputaciones Provinciales» y su ineficiencia–.

En suma, el legislador de 2011 parece preferir una coordinación convencional sectorial voluntariamente asumida, pero no renuncia a introducir su reordenación, si bien le otorga una naturaleza dispositiva, por tanto a desplazar por la autonomía. Por lo que al tiempo que libera y maximiza su capacidad de gobierno, intentando contentar a los interlocutores sociales, o al menos no levantarlos en pie de guerra, lanza otro mensaje de confianza a los celeberrimos y enigmáticos –aunque tienen rostro e identificables «razones sociales»–: «el viento de las reformas nos traerá más regulación de empresa y dará un nuevo golpe a la vieja institución provincial, ahora en su dimensión convencional». Esto es, en definitiva, la reforma está «a Dios y al Diablo». Si se leen los estudios fomentados por algunos grandes bancos se verán las sorprendentes similitudes entre sus páginas y la del BOE en esta materia.

Ahora bien, se echa claramente de menos una visión integral de la negociación colectiva como instrumento regulador y también como fuente de cohesión social. La reforma se dice equilibrada y ya hemos visto que no supone realmente un absoluto desmantelamiento, al menos de momento y a espera de lo que decidan las partes en orden al importante desafío que le ha lanzado el Gobierno para sostener el modelo vigente, pero está claramente escorada en una dirección. Dice querer «más y mejor negociación».

Pero al margen de premiar en un concurso de eslóganes publicitarios esa feliz frase resumen, la reforma ¿es algo más que cosmética?

Ya hemos visto que ni por su origen ni por sus contenidos tiene el mejor de los pronósticos. El rechazo de los actores es evidente, y la debilidad de sus contenidos para conseguir los ambiciosos objetivos, lastran sus posibilidades. No pueden ignorarse aspectos positivos. Pero tiene algunos problemas de muy considerable relieve. No ya solo de constitucionalidad, sino de seguridad jurídica, y sobre todo de control de efectividad... La previsión de instrumentos de ayuda puede colaborar, como el Consejo de Relaciones Laborales y Negociación Colectiva, pero es evidente que se muestra muy, demasiado, insuficiente.

Para otros, el texto del Gobierno no soluciona, sin embargo, estas discrepancias, ya que deja en manos de un árbitro externo la resolución última de los conflictos, por lo que la clave estaría en

esos «arbitrajes obligatorios» que prevé, si bien con carácter de transitoriedad. Una vez más, pues, la reforma desplazaría la responsabilidad a otra sede, y no la afrontaría directamente.

Terminamos como empezamos. El hambre de reformas laborales es insaciable como una vía, sin duda errática, para resolver problemas de gran calado que están en otros factores, pero más ingobernables para las instituciones, porque supondría el que la democracia se impusiera a los actores económicos transnacionales, esos célebres mercados, que parecen invisibles y con exigencias racionales, cuando no es así. Baste recordar cómo el FMI dice que la reforma emprendida por el Gobierno vía real decreto-ley contiene «disposiciones prometedoras que deben ser aprovechadas pro-activamente por los interlocutores sociales». Sin embargo, «no queda claro» el éxito de esta reforma para el FMI, especialmente por la flexibilidad de la negociación a nivel empresarial, por lo que exige «una reforma más radical». Pero ¿hasta qué extremo?

Si no fuera por el oportunismo diría que es «indignante» tener instituciones de esta pretendida fama recomendando recetas tan simples. Quizás haya llegado el momento de que la política esté a la altura de las demandas de nuestras sociedades, y estas a la altura de los tiempos y no viviendo fuera de ellos.

Es socialmente inaceptable y científicamente errado que, en un momento de transferencia masiva de rentas desde el trabajo al capital –los ricos cada vez son más y más ricos, los salarios cada vez más pobres y la brecha salarial entre grupos desbordante–, se quiera reducir a escombros la función distributiva de la negociación colectiva. Es un instrumento para asegurar un cierto reparto equitativo del crecimiento de la riqueza, y si bien puede haber problemas de ajuste, no pueden convertirse en la normalidad. De nuevo se cargan las tintas sobre unos mismos hombros. No es demagogia, sino estricta realidad, que exige una firme contestación, no ya solo social, sino institucional. La bilateralidad de la negociación es un dato que no puede ignorarse ni relegarse, pero en sus estrictos sentidos, no pasando, conforme a la ley del péndulo de un extremo –que nunca se dio– a otro –que sí tiene visos de crecer y multiplicarse–. De nuevo los «chicago school» parecería que han vuelto a triunfar.

De todos modos, una vez más no todo está escrito. Es posible la racionalización. Para ello los interlocutores sociales deben asumir sus responsabilidades y, como les arenga el propio legislador, deberán retomar los acuerdos interprofesionales. Aunque solo sea en la lógica de autodefensa o de reacción frente al nuevo «intervencionismo» estatal, como ya sucedió antes, debería poder darse una respuesta, no solo eficiente sino equitativa, al nuevo escenario macroeconómico –crisis– y social –desempleo y empobrecimiento de las clases laboriosas–.

ANEXO

Objetivos buscados	Instituciones convencionales afectadas	Intensidad de la reforma
Articulación coherente de las miles de unidades de negociación	Artículos 83.2 y 84 del ET <ul style="list-style-type: none"> • Clarificación y simplificación de la <i>Estructura negociacional: jaque a los convenios sectoriales provinciales</i> • Reglas de <i>solución de conflictos de concurrencia</i> entre convenios colectivos • Afectación convenios estatales por convenios autonómicos en ciertas materias • Carácter dispositivo y no de orden público reglas artículo 84 del ET 	Moderada
Proximidad de la unidad negociadora a las relaciones laborales	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Concurrencia</i>: preferencia nivel de empresa (art. 84) 	Alta
Dinamismo de contenidos y procesos de negociación	Artículos 85, 86 y 89 del ET <ul style="list-style-type: none"> • Ampliación <i>contenidos mínimos</i> (plazos máximos, <i>procedimientos de solución extrajudicial basados en el arbitraje, incluso obligatorio</i>, flexibilidad interna negociada...) • Limitación <i>ultractividad</i> y potenciación Comisiones Paritarias 	Alta
Modernización o adaptación a nuevas realidades	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Reglas de Legitimación</i> (artículo 87 ET): grupos de empresas, empresas-red, asociaciones empresariales, convenios-franja • Clarificación composición <i>Comisión Negociadora</i> 	Moderada
Transparencia y mejor información	<i>Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva</i> Mejora información sobre negociación colectiva	Relativa o baja