

UN ANÁLISIS CRÍTICO DE LA REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA OPERADA POR EL REAL DECRETO LEY 7/2011

RESUMEN:

En el presente estudio se efectúa un análisis crítico del Real Decreto Ley 7/2011 de Reforma de la negociación colectiva. Tras una breve introducción, en la que se alude a los avatares de la aprobación del RD Ley y al fracaso en la tramitación de un proyecto de ley que corrigiera sus defectos y le diera plena legitimidad, a continuación se exponen los tres objetivos que se propone cumplir el RD Ley: (i) mejorar la ordenación del mapa de la negociación colectiva (ii) introducir mayores niveles de dinamismo y agilidad en el sistema de negociación y (iii) adaptar el sistema de legitimación a las actuales realidades de estructura y organización empresarial. Seguidamente, tras analizar las distintas modificaciones llevadas a cabo en el ET para alcanzar dichos objetivos, se realiza una valoración crítica del grado de consecución por la Reforma de los mismos, concluyéndose que no se han logrado, identificándose en defensa de dicha opinión diversas carencias, indefiniciones y defectos de los que adolece el RD Ley (falta de reglas precisas sobre estructura y concurrencia de convenios, omisión de consideración alguna a la negociación colectiva extraestaturaria, falta de sensibilidad hacia las microempresas, excesiva remisión a lo que se acuerde en los pactos del 83.2, no resolución del problema de la ultraactividad “eterna”, etc.)

ÍNDICE:

1.	INTRODUCCIÓN	2
2.	OBJETIVOS MARCADOS POR EL REAL DECRETO LEY 7/2011	3
3.	LAS MODIFICACIONES LLEVADAS A CABO EN FUNCIÓN DE LOS OBJETIVOS PERSEGUIDOS	5
3.1	MEJORAR LA ORDENACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA:	5
3.1.1	LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	5
3.1.2	CONCURRENCIA DE CONVENIOS	8
3.2	INTRODUCIR AGILIDAD Y DINAMISMO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA	19
3.2.1	EL ARTÍCULO 85: EL CONTENIDO MÍNIMO DEL CONVENIO	19
3.2.2	EL ARTÍCULO 86: LA VIGENCIA DEL CONVENIO	23
3.3	ADAPTAR EL SISTEMA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA A LAS NUEVAS O RENOVADAS REALIDADES EMPRESARIALES	26
3.3.1	ARTÍCULO 87 DEL ET: LA LEGITIMACIÓN INICIAL	26
3.3.2	ARTÍCULO 88 DEL ET: LA LEGITIMACIÓN NEGOCIAL	28
4.	VALORACIÓN CRÍTICA (Y PERSONAL) DE LA REFORMA	29

1. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto Ley 7/2011 de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (en adelante, RD Ley 7/2011), se aprobó por el Consejo de Ministros el 10 de junio de 2011, siendo convalidado por el Congreso de los Diputados con una exigua mayoría en la sesión plenaria de 22 de junio de 2011¹.

Convalidado el Real Decreto Ley, se aprobó asimismo su tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia en la misma sesión del 22 de junio, dando lugar a que el 1 de julio se publicara en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el correspondiente Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (procedente del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio).

Sin embargo, en esta Legislatura no se ha aprobado la correspondiente Ley que sustituya al Real Decreto Ley, ni se aprobará, teniendo en cuenta que el referido proyecto de ley aparece en la relación de iniciativas caducadas publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales el 28 de octubre de 2011 con motivo de la Disolución de la IX Legislatura.

De este modo, en el momento actual nos encontramos con un Real Decreto Ley, convalidado por el Congreso de los Diputados, que dispone de fuerza de ley, de manera que los cambios introducidos por el mismo en la regulación de la negociación colectiva contenida en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET) serán aplicables en el futuro a la misma, sin perjuicio de lo que pueda deparar la próxima legislatura, durante la cual podría bien no hacerse nada, o bien ponerse en marcha los correspondientes mecanismos oportunos que desemboquen en una nueva reforma de la negociación colectiva.

A la espera de ver qué nos depare el futuro, el objetivo del presente estudio es (i) identificar los objetivos que en su Exposición de Motivos se propone alcanzar el Real Decreto Ley 7/2011 de Reforma de la negociación colectiva, (ii) analizar las diversas modificaciones que sobre el cuerpo normativo del Estatuto de los Trabajadores lleva a cabo el Real Decreto Ley , en aras de alcanzar dichos objetivos, tratando de desmenuzar

¹ Para ver la tramitación del RD Ley 7/2011 de 10 de junio:

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI9&PIECE=IWA9&FMT=INITXD1S.fmt&FORM1=INITXLUS.fmt&DOCS=1-1&QUERY=%28I%29.ACINI.+%26+%28REAL+DECRETO+LEY+7%2F2011%29.ALL.

Y para ver la correspondiente tramitación del subsiguiente Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (procedente del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio):

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IWI9&FMT=INITXDSS.fmt&DOCS=1-1&DOCORDER=FIFO&OPDEF=ADJ&QUERY=%28I30%2F000044*.EXPO.%29

el contenido de las mismas, poniéndolo en relación con el escenario normativo existente con anterioridad a la misma, apuntando algunas observaciones críticas, y por último, (iii) efectuar un valoración crítica de si la reforma operada ha alcanzado los referidos objetivos con la suficiente claridad.

2. OBJETIVOS MARCADOS POR EL REAL DECRETO LEY 7/2011

El Real Decreto Ley tras comenzar alabando el sistema de negociación colectiva existente, identifica a continuación una serie de disfunciones del mismo que le restan eficiencia y capacidad de adaptación, agrupándolos en tres grupos de problemas:

- **Las disfunciones relacionadas con la estructura de la negociación colectiva:** su excesiva atomización, la falta de orden o la ausencia de reglas claras para resolver los conflictos de concurrencias son algunos de los problemas que se mencionan.
- **Las disfunciones relacionadas con una falta de agilidad y dinamismo del sistema,** mencionando como ejemplos de dichas disfunciones la dificultad para adaptar con prontitud las condiciones de trabajo a las situaciones económicas y productivas cambiantes (flexibilidad interna) y la lentitud y a menudo bloqueo de los procesos de negociación y renovación de convenios una vez agotada su vigencia.
- **Las disfunciones relacionadas con la falta de adaptación de las normas de legitimación para la negociación colectiva a las nuevas realidades empresariales y formas de organización y estructuración de las empresas.**²

² Fragmento de la Exposición de motivos:

“Junto a virtudes evidentes, el sistema de negociación colectiva ha ido acumulando en este tiempo algunas disfunciones que le restan eficiencia y, particularmente, capacidad de adaptación a las condiciones cambiantes de la economía y del empleo y del propio modelo de relaciones laborales. Disfunciones que, con mayor o menor grado de acuerdo, han sido diagnosticadas hace tiempo por todos aquellos sujetos que de una u otra manera actúan en la negociación colectiva: los propios interlocutores sociales, los académicos y los expertos y los poderes públicos.

Una parte de esos problemas tienen que ver con la estructura de la negociación colectiva, entendida como la ordenación de las relaciones entre la pluralidad de unidades de negociación existentes. Por un lado, la «atomización» de nuestra negociación colectiva, que supone que existen un muy elevado número de convenios colectivos, con ámbitos de aplicación reducidos y fragmentados, sin apenas relación entre ellos, que en ocasiones se superponen entre sí y en otros casos producen la paradoja de que el grado de cobertura de la negociación colectiva no alcanza a la totalidad de los trabajadores. Junto a ello, la desvertebración de la negociación colectiva, su falta de orden, la ausencia de reglas claras sobre la concurrencia entre los convenios colectivos de distinto ámbito y las materias en ellos reguladas.

Un segundo grupo de problemas de nuestra negociación colectiva tiene que ver con sus contenidos y su agilidad y dinamismo. Nuestro modelo de convenios colectivos tiene dificultades para ajustar con prontitud las condiciones de trabajo presentes en la empresa a las circunstancias económicas y productivas por las que atraviesa aquélla en los diferentes momentos del ciclo o de la coyuntura económica. En no pocas ocasiones ello dificulta la adopción de medidas de

Identificados los referidos tres grupos de problemas, la Exposición de Motivos alude a la imposibilidad constatada de los agentes sociales para alcanzar un acuerdo que solvente los mismos, lo que obliga al Gobierno a la aprobación del Real Decreto Ley con el objetivo de afrontar dichas disfunciones, si bien, tratando que dicha “ingerencia” en la autonomía colectiva no sea excesivamente intromisiva.

Dicha premisa ha derivado, en opinión de la que suscribe, en un cierto abuso por parte del Real Decreto del inciso “*salvo pacto en contrario*” y en una redacción en ocasiones ambigua, complicada o escueta, que propicia interpretaciones variopintas, generando una considerable inseguridad jurídica.³

Partiendo de lo anterior, son tres los objetivos y ejes de actuación que se marca el Real Decreto Ley:

- Favorecer una ordenación del sistema de negociación colectiva.⁴

Para lo cual procede a modificar los artículos 83 y 84 del ET relativos a la estructura de la negociación colectiva y la concurrencia de convenios.

flexibilidad interna en la empresa, esto es, la modificación de aquellas condiciones de trabajo aplicables a las relaciones laborales. Esto conduce a que, a diferencia de lo que sucede habitualmente en otros países, los ajustes no se produzcan incidiendo sobre los salarios o sobre la jornada de trabajo, sino a través de la adopción de medidas de flexibilidad externa, más traumáticas, como los despidos, produciendo un fuerte impacto en nuestro volumen de empleo y en un mercado de trabajo como el español tan sensible al ciclo económico. Además, nuestro sistema adolece de falta de agilidad y dinamismo, en particular cuando finaliza la vigencia pactada de los convenios colectivos. Una vez denunciados, los convenios tardan en empezarse a negociar, las negociaciones se dilatan en el tiempo y se producen situaciones de paralización y bloqueo. Ello supone que las condiciones de trabajo pactadas en el convenio anterior se prolongan en el tiempo sin ser renovadas, sin ajustarse a las nuevas condiciones económicas y productivas, lo que termina por producir perjuicios tanto a las empresas como a los trabajadores.

Por último, el sistema de negociación colectiva presenta otros problemas relacionados con quienes negocian los convenios colectivos, con las reglas de legitimación. Así, esas reglas se han mantenido sin modificaciones en el tiempo, de manera que tendencias presentes en nuestro mercado de trabajo como la aparición de nuevas realidades empresariales, las diferentes formas de organización y reestructuración de las empresas o la descentralización productiva no se han visto acompañadas de reformas que propiciarán el desarrollo de la negociación colectiva en todos esos ámbitos.”

³ En este sentido se señala en la Exposición de Motivos:

“Esta reforma de la negociación colectiva pretende abordar las disfunciones antes apuntadas. Pero quiere hacerlo respetando plenamente los elementos esenciales de nuestro sistema de negociación colectiva y, singularmente, respetando la autonomía colectiva. Con esta premisa básica, los objetivos principales de esta reforma de la negociación colectiva [...]”

⁴ *“Primero, **favorecer una mejor ordenación de nuestra negociación colectiva**, propiciando a la vez una negociación colectiva más cercana a la empresa y una negociación colectiva sectorial más adaptada a la situación de cada concreto sector de actividad económica.”*

- Introducir mayores niveles de dinamismo y agilidad en la negociación colectiva.⁵

Para lo cual procede a modificar los artículos 85, 86, 89 y 91 del ET relativos al contenido de los convenios, la vigencia de los convenios, la tramitación de los convenios, y su aplicación e interpretación, respectivamente, y también los artículos 41.6 y 82.3, relativos a la modificación sustancial de condiciones de trabajo y al descuelgue salarial.

- Adaptar el sistema de negociación y la legitimación a las nuevas realidades empresariales.⁶

Para lo cual modifica por un lado, los artículos 87 y 88 del ET y por otro los artículos 40,41, 51 y 82.3 del ET.

A continuación se analizan las distintas modificaciones llevadas a cabo, incidiendo en los efectos que van a conllevar dichos cambios, y efectuando las correspondientes observaciones críticas.

3. LAS MODIFICACIONES LLEVADAS A CABO EN FUNCIÓN DE LOS OBJETIVOS PERSEGUIDOS

3.1 MEJORAR LA ORDENACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA:

Tal y como se señalaba anteriormente, con el objetivo de **favorecer una mejor ordenación de nuestra negociación colectiva**, propiciando a la vez una negociación colectiva más cercana a la empresa y una negociación colectiva sectorial más adaptada a la situación de cada concreto sector de actividad económica, el RD Ley 7/2011 ha modificado los artículos 83 y 84 del ET relativos a la estructura de la negociación colectiva y la concurrencia de convenios respectivamente.

3.1.1 LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Las modificaciones llevadas a cabo sobre **el artículo 83 del ET** han sido básicamente las siguientes:⁷

⁵ “Segundo, **introducir mayores niveles de dinamismo y agilidad en la negociación colectiva**, tanto en los procesos de negociación de los convenios colectivos como en sus contenidos, de manera que se aumente su capacidad de adaptabilidad a los cambios en la situación económica y sociolaboral en unos términos que equilibren flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores.”

⁶ “Tercero, **adaptar el sistema de negociación colectiva a las nuevas o renovadas realidades empresariales** que actúan en nuestro mercado de trabajo, incluyendo nuevas reglas de legitimación para la negociación de los convenios colectivos y para favorecer la flexibilidad interna negociada con los representantes de los trabajadores.

⁷ Comparación de la redacción anterior y posterior a la Reforma del RD Ley 7/2011 del artículo 83:

- Se modifica la redacción del precepto, simplificándola, limitándose la actual redacción a atribuir a los pactos en él regulados la capacidad de “establecer cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito”.
- Se extiende la capacidad para negociar pactos que estructuren la negociación colectiva a las organizaciones empresariales y sindicales meramente representativas, con carácter adicional a las más representativas.⁸

A este respecto, quizá sea conveniente apuntar que la Reforma también ha afectado a las reglas de legitimación, y por lo que a este punto interesa, a las reglas de legitimación empresarial en los convenios sectoriales, con el objetivo de potenciar la legitimación negocial de las asociaciones

REDACCIÓN ANTERIOR A LA REFORMA	REDACCIÓN POSTERIOR A LA REFORMA
<p>1. Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden.</p> <p>2. Mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos las organizaciones sindicales y asociaciones patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores.</p> <p>3. Dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado 2 de este artículo, tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos.</p>	<p>1. Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden.</p> <p>2. Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.</p> <p>Estas cláusulas podrán igualmente pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en la presente Ley.</p> <p>3. Dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado 2 de este artículo, tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos.</p>

8 CARLOS GONZÁLEZ GONZÁLEZ (Magistrado del Juzgado de lo Social Nº 3 de Pamplona), en el comentario «Reforma de la negociación colectiva» RAD num. 6/2011 (BIB 2011/1359) señala:

“Como se observa se sigue encomendando a estos acuerdos interprofesionales la regulación de la estructura que deba tener la negociación colectiva, y se mantiene la posibilidad de que esa regulación se realice por convenios del mismo ámbito estatal o autonómico, aunque se precisa que debe tratarse de convenios «sectoriales». No se exige en estos casos que el convenio se haya pactado por las organizaciones más representativas, remitiéndose a los requisitos de legitimación previstos en el art. 87.2 del ET, lo que implica que la estructura puede regularse por convenios o acuerdos de las organizaciones más representativas y también por las representativas. Con anterioridad a la reforma la legitimación se reconocía exclusivamente a los sindicatos más representativos. La exposición de motivos alude a la finalidad de acomodar el art. 83.2 ET a la realidad convencional, lo que permitirá seguir ordenando los distintos niveles de negociación desde el nivel que se considera más apropiado para ello, en el que pueden identificarse mejor las peculiaridades de cada sector, así como la necesidad o conveniencia, en su caso, de abrir la negociación colectiva a ámbitos inferiores.”

empresariales que cuenten con escasas empresas afiliadas pero que tengan muchos trabajadores.⁹

Respecto a las modificaciones operadas en el artículo 83 del ET, quizá lo más criticable a la Reforma no es lo que se ha cambiado, sino lo que no se ha contemplado, concretamente, la **total falta de alusión a cómo deberán resolverse los conflictos de concurrencia entre estos propios pactos estructuradores del artículo 83 del ET.**

En este sentido, el RD Ley 7/2011 considera instrumentos hábiles para establecer reglas de estructura a:

- Los acuerdos interprofesionales: estatales y de comunidad autónoma.
- Los convenios colectivos sectoriales: estatales y de comunidad autónoma.

Puede por tanto ocurrir que distintos pactos de los contemplados en el artículo 83.2 del ET regulen la estructura de la negociación colectiva concurriendo conflictivamente, generando consecuentemente una total inseguridad jurídica entre los agentes sociales que negocien los convenios colectivos que deban someterse a la reglas de estructura establecidas por dichos pactos.

En estos casos de concurrencia de pactos del artículo 83.2 del ET, la aplicación de la regla “prior in tempore” (aplicación preferente durante su vigencia del convenio colectivo anterior, frente al posterior de distinto ámbito) que se recoge en el artículo 84.1 del ET, y que supone la regla general para la resolución de conflictos de concurrencia entre convenios colectivos, no parece la solución más conveniente, puesto que viendo la redacción de la misma, supondría entrar en un juego rocambolesco o de “pescadilla que se muerde la cola”, ya que el propio artículo 84.1, como luego se analizará, establece como excepción a la regla general la existencia de pactos en contrario negociados conforme al artículo 83. 2 del ET. Véase, los mismos acuerdos interprofesionales estatales y de comunidad autónoma y los convenios colectivos sectoriales estatales y de comunidad autónoma con capacidad de establecer reglas de estructura, y cuya eventual concurrencia conflictiva es precisamente la que se quería salvar.

Quizá este riesgo podría haberse salvado estableciendo unos criterios de preferencia entre los distintos pactos contemplados en el artículo 83.2 del ET (subsidiariedad -por ejemplo, considerar que los convenios sectoriales sólo puedan establecer la estructura en caso de que no la establezca un acuerdo interprofesional-, especialidad -preferencia de la estructura establecida por los convenios sectoriales frente a los interprofesionales-, o primacía de un ámbito espacial determinado – bien del estatal, bien del autonómico).

⁹ TOMAS SALA FRANCO (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valencia) en «La Reforma de la negociación colectiva (Real Decreto Ley 7/2011, de 11 de junio)» Estudios de la Revista Actualidad Laboral N° 18 octubre 2011.

Sin embargo, nada se establece al respecto por la Reforma, siendo éste uno de los aspectos que cabía esperar que aclarase la futura ley que resultase del Proyecto de Ley de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (procedente del Real Decreto-ley 7/2011, de 10 de junio), ley que, sin embargo, no llegará, teniendo en cuenta la caducidad del proyecto comentada al comiendo de este estudio.¹⁰

En definitiva, habrá que esperar a ver cómo resuelve la jurisprudencia esta cuestión cuando le sea planteada.

3.1.2 CONCURRENCIA DE CONVENIOS

Analizado el efecto de la reforma sobre los pactos con capacidad de estructurar la negociación colectiva, procede entrar a estudiar las modificaciones introducidas **en materia de concurrencia de convenios**, siendo a este fin de especial interés efectuar un atento análisis del **artículo 84 del ET** antes y después de la Reforma operada por el RD Ley 7/2011.

El artículo 84 del ET (en conexión con el artículo 83 anteriormente comentado) establece las normas esenciales en cuanto a la concurrencia de convenios colectivos estatutarios.

La Reforma respeta en lo sustancial la regla general para solucionar los problemas de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, establecida en el párrafo primero del artículo 84 del ET (ahora apartado 1 del artículo 84 del ET), limitándose a (i) variar ligeramente su redacción y (ii) suprimir el inciso final *“salvo lo previsto en el apartado siguiente”*.¹¹

De este modo, se mantiene el criterio general “prior in tempore” según el cual un convenio colectivo estatutario no puede verse afectado durante su vigencia por lo dispuesto en otro convenio colectivo estatutario de ámbito distinto.

Donde incide de un modo sustancial la Reforma es en las excepciones a la aplicación de dicho criterio general.

¹⁰ La problemática que puede surgir de la concurrencia conflictiva de acuerdos interprofesionales estatales y autonómicos y convenios colectivos sectoriales estatales y autonómicos que establezcan reglas de estructura al amparo del artículo 83.2 del ET, ha sido abordada, entre otros, por D. TOMAS ARRIETA HERAS (Presidente del Consejo de Relaciones Laborales de Euskadi), en las charlas celebradas en el Ilustre Colegio de Abogados del Señorío de Vizcaya el 9 de septiembre de 2011. Ponencia «La Estructura de la Negociación Colectiva y las Reglas de Concurrencia a partir del RD Ley 7/2011».

¹¹ Redacción anterior a la Reforma del párrafo primero del artículo 84 del ET:

“Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83 y salvo lo previsto en el apartado siguiente.”

Redacción posterior a la Reforma del apartado 1 del artículo 84 del ET:

1. Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2.

Antes de la Reforma las excepciones a dicha regla general contempladas en el referido artículo 84 del ET podían resumirse en las siguientes:

1. Que un acuerdo interprofesional o convenio de ámbito estatal o de comunidad autónoma de los establecidos en el artículo 83.2 del ET estableciera normas distintas para resolver los conflictos de concurrencia (excepción prevista en el propio párrafo primero del artículo 84 del ET).
2. Que el convenio o acuerdo negociado con posterioridad (el convenio “invasor”) fuera (i) un acuerdo o convenio de ámbito superior al de empresa, (ii) que afectara a otro de ámbito superior a aquél, y (iii) se cumplieran los siguientes requisitos:
 - Respecto a la legitimación para su negociación: que los sindicatos y asociaciones empresariales que hubieran negociado el convenio “invasor” reuniesen los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 del ET, y que el convenio “invasor” hubiera sido respaldado por *“las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación”*, lo que suponía que las representaciones sindicales y empresariales que hubieran acordado el convenio debían representar respectivamente a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal de las empresas afectadas por el ámbito de aplicación del convenio, y a los empresarios que ocupasen a la mayoría de los trabajadores afectados por los mismos.
 - Respecto a su contenido: que el referido convenio “invasor” no regulara las siguientes materias: el período de prueba, las modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica.

Esta excepción a la regla general, recogida en los párrafos segundo y tercero del artículo 84 anterior a la Reforma, fue introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo¹² (hasta entonces, el artículo 84 del ET sólo contenía la regla general “prior in tempore”), y en la práctica supuso un considerable reforzamiento de la negociación colectiva en el ámbito provincial, convirtiéndose así los convenios provinciales en los más abundantes en el ámbito supraempresarial.

En cuanto a la relación entre las dos excepciones antedichas, la jurisprudencia se encargó en dar preferencia a la segunda de ellas (la excepción consistente en la prioridad aplicativa del convenio de ámbito superior al de empresa, pero de ámbito inferior al afectado, negociado con posterioridad a este último, siempre

¹² Ley 11/1994, de 19 de mayo, que modifica determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores, del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral, y de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (BOE 23 mayo 1994, núm. 122, [pág. 15805]; rect. BOE 15 junio 1994, núm. 142, [pág. 18631])

que se cumplieran los requisitos de los párrafos 2 y 3 del artículo 84 del ET) frente a la primera (la excepción consistente en las reglas de resolución de conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito introducidas por acuerdos interprofesional o convenios colectivos de carácter estatal o de comunidad autónoma a los que aludía (y alude) el artículo 83.2 del ET).

Dicha preferencia se fundamentaba en la interpretación de las palabras con las que comenzaba el párrafo segundo del artículo 84 del ET, párrafo que introduce la segunda de las excepciones antedichas: **“En todo caso, a pesar de lo establecido en el artículo anterior, [...]”**¹³

El primer inciso **“en todo caso”**, se interpretó en el sentido de que confería a la excepción introducida por el mentado párrafo segundo del artículo 84 del ET la condición de “derecho necesario” que ha de ser obligatoriamente respetado.

Y en cuanto al segundo inciso **“a pesar de lo establecido en el artículo anterior”**¹⁴, se interpretó en el sentido de que la excepción consistente en la prevalencia del convenio supraempresarial inferior posterior, respecto al convenio supraempresarial superior anterior no podía verse mermada o anulada bajo ningún concepto por las reglas de estructura establecidas por los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos estatales y de comunidad autónoma del artículo 83.2 del ET mediante la ampliación de materias no regulables por los convenios supraempresariales de ámbito inferior, pues de lo contrario se estaría privando del carácter de derecho necesario a la referida excepción del párrafo segundo del artículo 84 del ET, y se estaría dejando sin efecto el objetivo último de la Reforma introducida por la Ley 11/1994 en cuanto a la estructuración de la negociación colectiva, que no era otro que potenciar los convenios colectivos supraempresariales de ámbito inferior, en la práctica, los convenios sectoriales provinciales.

Eso sí, para que operase la preferencia por la excepción del párrafo segundo del artículo 84 (prevalencia del convenio supraempresarial inferior posterior, respecto al convenio supraempresarial superior anterior) frente a la excepción que podían suponer las reglas de estructura introducidas por los acuerdos interprofesionales y convenios estatales y de comunidad autónoma del artículos 83.2 del ET, era requisito indispensable que el convenio supraempresarial de ámbito inferior al vigente con anterioridad (i) se hubieran acordado cumpliendo los requisitos de legitimación del párrafo segundo del artículo 84 del ET, y (ii) que la regulación

¹³ *“En todo caso, a pesar de lo establecido en el artículo anterior, los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 de esta Ley podrán, en un ámbito determinado que sea superior al de empresa, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior siempre que dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación.”*

¹⁴ El artículo anterior era (y es) el artículo 83 del ET, que es aquél en el que se alude a los acuerdos interprofesionales y a los convenios colectivos estatales y de comunidad autónoma con facultades para introducir reglas de resolución de conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, que afecten a la regla general “prior tempore” del apartado primero del artículo 84 del ET.

contenida en el mismo no se refiriera a ninguna de las materias reseñadas en el párrafo tercero del artículo 84 del ET.

A este respecto, resultan especialmente ilustrativas las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7576), de 3 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9631) y de 17 de octubre de 2001 (RJ 2002/3075).¹⁵

¹⁵ Concretamente, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2011 2001 (RJ 2002/3075), haciendo mención a las dos anteriores, se señala:

“ [...]”

a) *La extensión y vigencia aplicativa del art. 83-2 del Estatuto de los Trabajadores han quedado sensiblemente reducidas «por mor» de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 84, pues ya no alcanzan a aquellos convenios y acuerdos colectivos que, siendo de ámbito inferior a los pactos a que alude este art. 83-2, tienen un radio de acción superior a la empresa.*

b) *Ahora bien, las reglas que se contienen en estos preceptos son de una marcada complejidad, lo que significa que no todos los convenios de ámbito superior a la empresa e inferior al de los contemplados en el art. 83-2 quedan fuera del alcance de este último artículo; puesto que para que tal exclusión se produzca es necesario además que el convenio cumpla los requisitos que determina el comentado párrafo segundo del art. 84, y también que la regulación contenida en el mismo no se refiera a ninguna de las materias que se reseñan en el párrafo tercero de dicho art. 84.*

c) *Ello supone que las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y las que tienen por objeto la solución de los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, establecidas en los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos a que alude el art. 83-2, tienen plena fuerza vinculante en relación con los siguientes convenios colectivos comprendidos dentro del ámbito de aquéllos: Los convenios de empresa o de ámbito inferior a la empresa; los de ámbito superior a la empresa que no reúnan los requisitos que exige el párrafo segundo del art. 84; los de ámbito superior a la empresa, aunque cumplan las exigencias de dicho párrafo segundo del art. 84, en cuanto traten de la regulación de las materias a que se refiere el párrafo tercero de tal precepto.*

d) *En consecuencia, y por el contrario, las reglas sobre estructura de la negociación colectiva y las de solución de conflictos de concurrencia entre convenios estatuidas en los acuerdos interprofesionales o en los convenios colectivos a que se refiere el art. 83-2, carecen de virtualidad y fuerza de obligar en lo que concierne a aquellos otros convenios colectivos que, encontrándose en el radio de acción de los anteriores, son de ámbito superior a la empresa y cumplen los demás requisitos que impone el párrafo segundo del art. 84, siempre que sus normas no traten sobre las materias mencionadas en el párrafo tercero de este precepto.*

No hubo pues en este caso aplicación indebida del párrafo segundo del art. 84, pues a su amparo, los autores del Convenio Colectivo Provincial de la Coruña de Pintura si estaban facultados, como acertadamente afirma la sentencia recurrida, para alcanzar acuerdos sobre jornada aunque afectaran a lo dispuesto en el Convenio General de la Construcción, puesto que se trata de materia que no está incluida entre las innegociables que tasadamente enumera el precepto en su párrafo tercero.

QUINTO

El recurso construye su segunda línea argumentativa en torno al art. 7 del Convenio General de la Construcción. Sostiene, en síntesis, que pese a lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 84 ET, los negociadores del Convenio Colectivo impugnado no podían establecer pacto alguno

contrario al Convenio General, aunque la materia afectada no fuera de las enumeradas en el párrafo tercero del citado precepto, porque los signatarios de este último Convenio, Confederación Nacional de la Construcción (CNC), Federación Estatal de la Construcción, Madera y Afines de CC OO (FECOMA) y FEMCA-UGT, habían renunciado expresamente, y así consta en su art. 7, «al ejercicio del derecho que, a tal efecto, les otorga el párrafo segundo del art. 84 del Estatuto de los Trabajadores». Y tal renuncia impedía tanto a UGT como a la Asociación Provincial de Empresarios de la Construcción de A Coruña «APECCO», que pertenece a la CNC alcanzar acuerdos en el Convenio provincial que afectaran lo ya pactado en el General, pese a las facultades que a los negociadores de aquel ámbito reconoce el art. 84, párrafo segundo. No es posible, sin embargo, compartir tal conclusión.

La naturaleza de la previsión introducida en el párrafo segundo del art. 84 por la Ley 11/1994 de 19 de mayo (RCL 1994, 1422 y 1651) , fue analizada también por esta Sala en sus ya aludidas sentencias, de 22-9-1998 y 3-11-2000. Y en la primera de ellas por cierto –aunque en el recurso se niegue tal evidencia– en relación con una cláusula de renuncia prácticamente idéntica a la del art. 7 del Convenio General de la Construcción. Pues bien, se afirma literalmente en ellas que:

No cabe duda que los mandatos que recogía y recoge el referido art. 83-2 han resultado afectados por la nueva redacción del art. 84, párrafo segundo, pues éste ha reducido y limitado el alcance y extensión de aquellas disposiciones. Puede sostenerse que este nuevo párrafo segundo del art. 84 ha venido a implantar fórmulas de dirigismo contractual que ponen de manifiesto la preferencia hacia ciertos niveles de negociación de ámbito reducido. Este art. 84, párrafo segundo, ha estatuido, por razones de carácter político, un sistema de descentralización contractual que restringe las facultades que el art. 83-2 ha venido concediendo a los convenios colectivos y a los acuerdos interprofesionales de modo tal que en ámbitos inferiores al de estos convenios y acuerdos, pero superiores al de empresa, se pueden suscribir pactos colectivos «que afecten a lo dispuesto en los de ámbito superior».

«Así pues –siguen diciendo aquellas sentencias–, el párrafo segundo del art. 84 concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que no sean las que se exponen en el párrafo tercero de este art. 84. Siendo claro, como se ha dicho, que el mandato establecido en la norma comentada (párrafo segundo del art. 84) “ no es disponible a través de los instrumentos contractuales ahí mencionados, siendo ineficaces los pactos en contrario, sea cuales fueren sus ámbitos territorial y funcional ”. La redacción y expresiones de este párrafo segundo del art. 84, sobre todo las frases “en todo caso” y “a pesar de lo establecido en el artículo anterior”, dejan patente que, en primer lugar, esta disposición prevalece sobre el número 2 del art. 83; y, en segundo lugar, que se trata de un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales ». Y más adelante, al concluir, vuelven de nuevo a afirmar que «debe insistirse en que el precepto que contiene el párrafo segundo del art. 84 es de derecho necesario, lo que significa que no puede reconocerse virtualidad ni eficacia a aquellos pactos o contratos que lo contradigan».

Es evidente pues que, de acuerdo con la doctrina expuesta y la indisponibilidad del art. 84, no cabe reconocer al art. 7 del Convenio General la virtualidad y fuerza anulatoria que pretende la parte recurrente, siendo indiferente para ello, como antes apuntamos, que también firmara UGT el Convenio General y su ineficaz cláusula de renuncia. Quiere ello decir que la regulación de jornada que se impugna debe ser mantenida. Lo contrario supondría privar al párrafo segundo del art. 84, de su carácter de «ius cogens», y permitir a los negociadores del ámbito superior eludir por la vía del pacto el mandato expreso del legislador y dejar vacía de contenido la nueva orientación de «adaptabilidad en la negociación colectiva» y descentralización contractual que subyace en el precepto y constituyó uno de los objetivos de la reforma laboral del 94 según se indica expresamente en el preámbulo de la Ley 11/1994, para cercenar de raíz los derechos que ésta ha querido atribuir a los negociadores de un ámbito inferior, siempre que sea superior al de empresa.

Tras la Reforma llevada a cabo por el Real Decreto Ley 7/2011, el artículo 84 del ET se ha visto considerablemente afectado en lo que a las excepciones a la regla general “prior in tempore” se refiere, debiendo destacarse los siguientes aspectos:

- Amparándose en la necesidad de reforzar la “flexibilidad interna” en las empresas, se han sentado las bases para **potenciar los convenios colectivos de empresa**, introduciéndose en el apartado 2 del artículo 84 del ET una nueva excepción al principio general “prior in tempore”, consistente en la **prioridad aplicativa de los convenios de empresa respecto a cualquier convenio supraempresarial vigente con anterioridad en determinadas materias**¹⁶.

De este modo, a diferencia de lo que ocurría en el escenario normativo anterior a la Reforma del RD Ley 7/2011 (en el que, aparte de los acuerdos y convenios del artículo 83.2 del ET, sólo los convenios colectivos supraempresariales de ámbito inferior a otro vigente con anterioridad de ámbito superior, que cumplieran las exigencias de legitimación y materias inabordables previstas en los párrafos segundo y tercero del artículo 84 del ET podían afectar a la regla general), tras la Reforma, los convenios de empresa también van a poder afectar a convenios colectivos vigentes con anterioridad a ellos en determinadas materias.

- Por otro lado, aparentemente con el objetivo de hacer frente a la excesiva atomización de la negociación colectiva en el país, **se propicia un debilitamiento de la posición preeminente de los convenios colectivos sectoriales de ámbito provincial**, al privar a los mismos de la especial protección y reforzamiento que les suponía la excepción que, con anterioridad a la Reforma llevada a cabo por el RD Ley 7/2011, venía regulada en los párrafos segundo y tercero del artículo 84 del ET.

En este sentido, la excepción a la regla general “prior in tempore” consistente en la prioridad aplicativa de los convenios colectivos supraempresariales de ámbito inferior frente a la de otro vigente con anterioridad pero de ámbito superior, no ha sido íntegramente suprimida, pero sí se ha visto cercenada en perjuicio de los convenios provinciales.

Concretamente, donde antes se aludía al regular la referida excepción a los acuerdos o convenios negociados “*en un ámbito determinado que sea superior al de empresa*” (y que incluía, por tanto a los convenios provinciales, siendo éstos los especialmente reforzados por la mentada excepción), ahora se hace referencia exclusiva a los acuerdos o convenios negociados “*en el ámbito de una Comunidad Autónoma*”.

¹⁶ La prioridad aplicativa de los convenios de empresa respecto a los convenios supraempresariales referenciada también es extensible a los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas que se refiere el artículo 87.1 del ET.

De este modo, el juego de la nueva redacción de los apartados 2 y 3 del artículo 84 del ET debiera derivar en la práctica en un debilitamiento ingente de la preeminencia de los convenios sectores provinciales frente a los convenios colectivos de otros ámbitos, al verse privados por un lado (i) de la capacidad para modificar convenios colectivos de ámbito superior vigentes con anterioridad, y por otro, (ii) poder ser afectados por los convenios colectivos de empresa en virtud de la nueva excepción a la regla general introducida en el apartado 2 del artículo 84 del ET.

Señalar, no obstante, que ello no significa que desaparezca el ámbito provincial de la estructura de la negociación colectiva.

A este respecto, debe recordarse que el artículo 83.1 del ET, que consagra la libertad de elección de la unidad de negociación, no ha sido afectado por la Reforma.

Asimismo, cabe la posibilidad de que los pactos del artículo 83.2 del ET, con capacidad de establecer reglas sobre la estructura de la negociación colectiva, puedan atribuir a los convenios provinciales un espacio propio para la regulación de determinadas materias.

Pero en cualquier caso, resulta evidente la debilitación de los convenios provinciales como ámbito de negociación preferente.

- Asimismo, la excepción anteriormente contenido en el párrafo segundo del artículo 84 del ET, y ahora regulada en los apartados 3 y 4 del mismo, ha sufrido otra serie de cambios en su redacción que, si bien en una primera lectura rápida pudieran pasar inadvertida la trascendencia de los mismos, tras una lectura sosegada se evidencia la patente relevancia de aquéllos.

Entre los cambios más relevantes destaca la sustitución de la expresión “*En todo caso, y a pesar de lo establecido en el artículo anterior*” (párrafo segundo del artículo 84 del ET anterior a la Reforma) por la expresión “*Salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2*” (84.3 del ET tras la reforma) al regular la excepción consistente en la preferencia aplicativa del convenio negociado en el ámbito de una comunidad autónoma, frente al negociado en el ámbito estatal en determinadas materias (antes, del convenio supree empresarial inferior frente al superior anterior).

Dicho cambio implica echar por tierra la jurisprudencia anteriormente mencionada, contenida, entre otras, en las sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7576), de 3 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9631) y de 17 de octubre de 2001 (RJ 2002/3075), puesto que lo que se determinó en aquellas sentencias al analizar supuestos en los que se planteaban conflictos de concurrencia entre convenios colectivos provinciales y estatales, ya no resulta extrapolable a los eventuales conflictos que puedan surgir en el futuro entre convenios de ámbito autonómico y de ámbito estatal.

La eliminación del inciso “*En todo caso*” supone la pérdida de argumentos para defender el carácter de “derecho necesario” e intocable de la excepción del artículo 84.3 del ET.

Y si pudiera surgir alguna duda respecto a si verdaderamente la voluntad del legislador es privar a la referida excepción de su supremacía, basta con seguir leyendo el precepto para que se disipe cualquier género de duda, confirmándose que efectivamente ésa es la voluntad del legislador.

En este sentido, el artículo 84.3 del ET (antes párrafo segundo del artículo 84) ha visto cómo la expresión “*a pesar de lo establecido en el artículo anterior*”, que venía a reforzar el “*en todo caso*”, ha sido sustituida por otra expresión de efectos totalmente antagónicos: “*salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2*”

De este modo, si bien con anterioridad a la reforma los pactos establecidos en el artículo 83.2 del ET no podían bajo ningún concepto desproveer de efectos a la excepción del párrafo segundo del artículo 84, ahora la nueva redacción les deja la puerta abierta, e incluso les invita a afectar a la excepción del artículo 84.3 el ET.

Dicho margen de afectación que se otorga a los pactos del artículo 83.2 del ET parece ilimitado. De la lectura de los apartados 3 y 4 del artículo 84 del ET se deduce que dicha afectación lo mismo puede consistir (i) en eliminar la excepción del artículo 84.3 de raíz, (ii) en ampliar la relación de materias no negociables en el ámbito autonómico, y porqué no (nada contiene el artículo 84.4 que pueda hacer pensar lo contrario) (iii) en reducir o incluso suprimir la relación de materias no negociables en el ámbito autonómico.

Por tanto, ya no existe la garantía de que los convenios colectivos de ámbito de comunidad autónoma vayan a tener prioridad aplicativa respecto a los de ámbito estatal anterior, ni aun cuando se negocien con los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88 del ET y respeten el límite de materias vedadas del 84.3 del ET (seguridad que, si bien exigiendo un complejo análisis caso por caso, sí se tenía con la redacción anterior).

Habrà que esperar a ver cómo se desarrolla a partir de ahora la negociación de los pactos del artículo 83.2 del ET para poder determinar el verdadero alcance de la presente modificación.

- Por último, debe advertirse que al regular la nueva excepción a la regla general consistente en la prioridad aplicativa de los convenios de empresa en determinadas materias, dicha excepción parece quedar también a la suerte de lo que puedan establecer los pactos del artículo 83.2 del ET.

En este sentido, si bien el artículo 84.2 del ET dispone que “*la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior*” en determinadas materias que enumera a continuación, ello se

somete al condicionamiento siguiente: “*Salvo que un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma negociado según el artículo 83.2 estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios*”.

Surge aquí sin embargo cierta confusión respecto al alcance intervencionista que pueden llegar a tener los pactos del artículo 83.2 del ET.

La excepción del artículo 84.2 del ET se condiciona a que los pactos del artículo 83.2 del ET puedan establecer normas distintas sobre la estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios, de donde cabría interpretarse que los referidos pactos del artículo 83.2 del ET podrían (i) privar totalmente de efecto a la excepción del artículo 84 del ET o (ii) modular su alcance, bien ampliando la relación de materias en las que tiene prioridad aplicativa el convenio de empresa, bien reduciendo la misma.

Sin embargo, el hecho de que en el párrafo último de la nueva redacción del artículo 84.2 se diga expresamente que “*Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 podrán ampliar la relación de condiciones de trabajo anteriormente señalada*” podría ser interpretado en un sentido que indirectamente restringiera el alcance intervencionista de los pactos del artículo 83.2 del ET, de manera tal que éstos sólo pudieran ampliar la relación de materias negociadas en el ámbito de la empresa con prioridad aplicativa, pero no reducir la relación de las mismas (y por ende, tampoco anular por completo ésta nueva excepción).

Una interpretación en este sentido, podría dar lugar a que, en el actual escenario, resultase trasladable a los convenios de empresa la jurisprudencia proteccionista de los convenios supraempresariales de ámbito inferior (en la práctica, proteccionista de los convenios provinciales), anteriormente comentada, que atribuía carácter de “derecho necesario” a la anterior excepción del párrafo segundo del artículo 84.

Cierto es que la protección de los convenios provinciales tenía una fuerza argumental superior. En este sentido, el inciso “*en todo caso, a pesar de lo establecido en el artículo anterior*” – inciso que no existe al regular la excepción consistente en la prioridad aplicativa de los convenios de empresa – era un argumento especialmente potente para defender la preeminencia de la referida excepción. Sin embargo, no debe despreciarse la existencia de otros argumentos dignos también de defender que la nueva excepción introducida en el artículo 84.2 del ET es “derecho necesario” que no puede ser cercenado por los pactos del artículo 83.2 del ET:

- En primer lugar, si el último párrafo del artículo 84.2 del ET señala que los pactos del artículo 83.2 pueden ampliar la relación de materias cuya regulación en un pacto de empresa tienen prioridad aplicativa, una interpretación a “sensu contrario” conllevaría que si lo que pueden hacer es ampliar la relación de materias, lo que no pueden hacer es reducir la relación de materias.

- En segundo lugar, si se permitiera a los pactos referidos en el artículo 83.2 del ET afectar a la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, reduciendo o incluso eliminando la relación de materias en las que tendría prioridad aplicativa aquél, se estaría dejando vacío de contenido uno de los propios objetivos marcados por el RD Ley 7/2011 en su Exposición de motivos: la prioridad aplicativa del convenio de empresa en aquellas materias más cercanas a la realidad de la empresa.¹⁷

Señalar que este argumento fue uno de los utilizados en las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1998 (RJ 1998/7576), de 3 de noviembre de 2000 (RJ 2000/9631) y de 17 de octubre de 2001 (RJ 2002/3075), para defender la indisponibilidad de la excepción entonces recogida en el párrafo segundo del artículo 84.¹⁸

El problema aquí estriba en saber qué es lo que quiere exactamente el legislador. En este sentido, si bien parece que el legislador es proclive a otorgar esa prioridad aplicativa a los convenios de empresa en determinadas materias, no es menos cierto que el contexto en que se ha aprobado el RD Ley 7/2011 (tras la falta de adopción de un acuerdo entre los agentes sociales) también ha supuesto que el legislador haya tratado de posicionarse lo menos posible en la regulación del mismo, tal y como se deduce de la propia Exposición de motivos³.

De este modo, no sería descabellado pensar que, en caso de que los agentes sociales en el ámbito de un pacto de los del 83.2 del ET decidiesen dejar sin efecto lo provisto por el artículo 84.2, ello no sería necesariamente incompatible con la voluntad del legislador.

¹⁷ En este sentido, la Exposición de motivos reza: *“En cuanto a los conflictos de concurrencia entre convenios, por un lado se mantiene la tradicional regla general sobre prohibición de afectación del convenio durante su vigencia por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto. A la vez, la nueva redacción del artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores fija una prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre un convenio de ámbito sectorial en relación con determinadas materias. Son éstas las que se identifican como más cercanas a la realidad de las empresas, y en las que, en mayor medida, encuentra justificación una regulación particularizada, en aras de conseguir una mejor acomodación de las relaciones laborales al entorno económico y productivo en que se desenvuelven. Con todo, este conjunto de materias no tiene carácter exhaustivo, sino que serán los acuerdos y convenios que fijen la estructura de la negociación colectiva los que puedan identificar otras materias, distintas de las expresadas, susceptibles de ser incluidas en los convenios de empresa.”*

¹⁸ Concretamente, en dichas sentencias se argumentó precisamente en apoyo del carácter indisponible de la excepción del segundo párrafo del artículo 84, que una postura contraria a dicha indisponibilidad supondría *“dejar vacía de contenido la nueva orientación de «adaptabilidad en la negociación colectiva» y descentralización contractual que subyace en el precepto y constituyó uno de los objetivos de la reforma laboral del 94 según se indica expresamente en el preámbulo de la Ley 11/1994, para cercenar de raíz los derechos que ésta ha querido atribuir a los negociadores de un ámbito inferior, siempre que sea superior al de empresa.”*

Nuevamente habrá que esperar a ver cómo se desarrolla de aquí a futuro la negociación colectiva y los conflictos que deriven de la misma para que judicialmente se pueda completar la configuración legal.

Por último, por lo que respecta a este apartado relativo al primero de los objetivos marcados por la Reforma (favorecer una mejor ordenación de nuestra negociación colectiva, propiciando a la vez una negociación colectiva más cercana a la empresa y una negociación colectiva sectorial más adaptada a la situación de cada concreto sector de actividad económica) existen al menos otras dos **consideraciones críticas** que procede formular:

- La total falta de consideración por parte de la Reforma de un hecho existente en la realidad de la negociación colectiva insoslayable: la existencia con carácter adicional a una negociación colectiva estatutaria, de una negociación colectiva extraestatutaria, especialmente relevante en el ámbito de las empresas, que cada vez es más habitual también en ámbitos supraempresariales.

A este respecto, se ha desaprovechado la oportunidad de cuando menos hacer mención a dicha realidad, y de establecer por escrito normas de interacción entre dicha realidad extraestatutaria y la estatutaria, más allá de las construcciones jurisprudenciales realizadas hasta ahora, no siempre en una misma dirección.

- Relacionado con lo anterior, y considerando la supuesta apuesta por una negociación colectiva más cercana a la empresa, sorprende la falta de sensibilidad de la Reforma hacia las microempresas o las estructuras organizativas descentralizadas, donde por lo general se carece de capacidad para suscribir convenios colectivos estatutarios, ante la imposibilidad legal de disponer de una representación colectiva que suscriba dichos convenios, siendo el único medio capaz de articular los resultados una negociación colectiva el convenio colectivo estatutario.

De este modo, siendo que los únicos convenios colectivos de empresa mencionados en el nuevo artículo 84.2 del ET a los que se les otorga prioridad aplicativa en determinadas materias respecto a los de ámbito supraempresarial son los estatutarios, se está dejando fuera de ese beneficio de regular libremente determinadas materias en el ámbito empresarial a un volumen considerable de empresas, pudiendo verse perjudicadas al competir con otras empresas de mayor tamaño que sí pueden acordar esos convenios colectivos de empresa estatutarios, y por tanto adaptar a su propia realidad condiciones laborales tan importantes y determinantes en la marcha de un negocio como las salariales o las horarias.

Se echan de menos medidas tendentes a hacer frente a dicha situación, como podría haber sido una apuesta por el carácter contractual y no normativo del convenio de empresa, eximiendo a los convenios de empresa a los que se otorga una prioridad aplicativa en determinadas materias en el artículo 84.2 del ET de las particulares exigencias de legitimación, formales y

procedimentales establecidas en el Título III del ET, haciendo hincapié en el carácter vinculante que tienen los contratos en relación a las partes que lo suscriben libremente, sin necesidad de que para que opere dicho carácter vinculante sea necesario otorgarles carácter normativo.¹⁹

Otras alternativas posibles, y de repercusión diversa, podrían ser una reforma del Título II del ET en lo atinente a los órganos de representación en la empresa, con el objeto de dar cabida a la creación de órganos de representación en las pequeñas empresas con capacidad para suscribir convenios colectivos de empresa estatutarios conforme a las normas de legitimación actuales, o el establecimiento de nuevas normas para la legitimación de negociación de convenios en el ámbito empresarial, cuestión ésta última que se tratará al analizar el tercero de los objetivos de la Reforma.

3.2 INTRODUCIR AGILIDAD Y DINAMISMO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Con el objetivo apuntado en segundo lugar, de introducir mayor dinamismo y agilidad en la negociación colectiva, se llevan a cabo diversas modificaciones en los artículos 85, 86, 89, 91, 41.6 y 82.3 del ET.

En este punto, el análisis se centrará en los artículos 85 y 86, sin perjuicio de la alusión a las modificaciones efectuadas en los demás preceptos mencionados, con motivo del análisis de los dos primeros.

3.2.1 EL ARTÍCULO 85: EL CONTENIDO MÍNIMO DEL CONVENIO

El artículo 85 del ET, relativo al **contenido de los convenios colectivos**, se ve afectado en su apartado tercero, mediante una considerable ampliación del contenido mínimo obligatorio del mismo.

La verdad es que el artículo 85.3 resulta a ratos contradictorio, puesto que si bien se supone que las distintas cuestiones incluidas deben formar parte obligatoriamente del contenido mínimo del convenio, en no pocas de ellas se establecen previsiones supletorias para el caso de que las partes no hayan pactado algo distinto al respecto.

En este sentido, en el artículo 85.3 se añaden o modifican como contenido mínimo necesario diversos aspectos, en aras **a conseguir un mayor dinamismo en el**

¹⁹ A este respecto resulta de interés la defensa que el Catedrático en Derecho del Trabajo, D. FEDERICO DURÁN LOPEZ realiza en pro del carácter de contrato colectivo del convenio colectivo, criticando el reconocimiento como norma (carácter normativo) que se otorga a los mismos, recogida entre otras publicaciones en «Estado Social y Autonomía Colectiva: 25 años de negociación colectiva en España» XII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, Cuarta Ponencia “*Los convenios colectivos, el sistema de fuentes y las relaciones laborales*” CCNCC.

En este sentido, la alternativa planteada vendría a ser una apuesta más modesta de dicha corriente, limitada a los convenios colectivos de empresa.

proceso de negociación del convenio, a favorecer la resolución de posibles discrepancias tanto durante la negociación del convenio como durante su vigencia, y a facilitar el establecimiento de normas de flexibilidad interna, cabiendo efectuar las siguientes observaciones respecto a las modificaciones llevadas a cabo:

- El **apartado d)** relativo a la **denuncia del convenio colectivo** insiste en la obligación de establecer la forma y condiciones de denuncia del convenio, así como un **plazo mínimo para dicha denuncia** anterior a la finalización de la vigencia del convenio.

No obstante, a continuación recoge una previsión supletoria para el caso de que no se diga nada, en cuyo caso el plazo mínimo para la denuncia de los convenios colectivos será de tres meses antes de finalizar su vigencia, lo cual no deja de encerrar cierta contradicción (si el plazo de denuncia debe formar parte del contenido mínimo del convenio, ¿cómo puede ser que no se prevea nada al respecto?)

En relación con el plazo de denuncia, se ha criticado por la doctrina la total ausencia de referencia a un plazo máximo de denuncia, cuya ausencia no impediría a priori que un convenio pudiera ser denunciado al día siguiente de su entrada en vigor, lo cual resulta desatinado.²⁰

- El nuevo **apartado e)** contempla la obligación establecer un plazo máximo para el **inicio de la negociación de un nuevo convenio** una vez denunciado el anterior, recogándose al igual que ocurría en el párrafo anterior una previsión supletoria para el caso de que el convenio colectivo no establezca el plazo máximo para el inicio de las negociaciones.

Esta vez el plazo supletorio se establece remitiéndose al **artículo 89. 2 del ET**, donde se señala que en caso de que el convenio colectivo denunciado no prevea nada respecto al plazo máximo para el inicio de las negociaciones, en el plazo máximo de un mes a partir de la recepción de la comunicación de promoción de las negociaciones – que en el apartado 1 del mismo artículo 89 vincula al acto de denuncia del convenio- se deberá proceder a constituir la comisión negociadora; y en un plazo máximo de quince días a contar desde la constitución de la comisión negociadora, deberá establecerse por las partes negociadoras un calendario o plan de negociación.

En relación con este nuevo apartado e) y su previsión supletoria, pueden surgir situaciones absurdas, como consecuencia de ponerlas en juego con el apartado d) relativo a la denuncia del convenio y su previsión supletoria.

²⁰ A este respecto, resulta de especial interés el Comentario que efectúa A. ARUFE VARELA, en «La denuncia del convenio colectivo, tras el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes en materia de negociación colectiva» RAD nº 5/2011 (BIB 2011/1119), en el que tras criticar la falta de previsión, junto con el plazo mínimo, de un plazo máximo para la denuncia, concluyendo mediante una interpretación que define de “ingeniería jurídica”, que el plazo de denuncia máximo del convenio debe ser el mes anterior al plazo mínimo de denuncia.

Algunos convenios colectivos prevén en relación con la denuncia del convenio, que el mismo queda denunciado desde el momento de su firma, con la mera finalidad de que no se produzca la prórroga automática del mismo.

Sin embargo, si un convenio colectivo que tuviera dicha cláusula no previera nada respecto a la fecha de inicio de las negociaciones, entrando en juego por tanto la previsión supletoria del artículo 89 del ET, se produciría el absurdo de que al mes siguiente de haber negociado un convenio, que puede ser para dos, tres o más años, habría que comenzar ya las negociaciones del siguiente.

- El nuevo **apartado f)** señala como contenido mínimo del convenio la obligación de establecer un **plazo máximo para la negociación de un nuevo convenio**, señalando que se determinará en función de la duración de la vigencia del convenio anterior. A continuación el presente precepto también prevé una previsión supletoria - *“Salvo pacto en contrario, este plazo será de ocho meses cuando la vigencia del convenio anterior hubiese sido inferior a dos años o de catorce meses en los restantes convenios, a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia.”*-, previsión que se repite en el último párrafo del artículo 89.2.

Adicionalmente a la censura ya comentada respecto al establecimiento de normas supletorias cuando supuestamente se trata de cuestiones que deben formar parte obligatoriamente del convenio colectivo, en este caso se plantea una pequeña duda de interpretación: cuando se indica que el *“plazo será de ocho meses cuando la vigencia del convenio anterior hubiese sido inferior a dos años”*, ¿se está excluyendo a los convenios de dos años? Del tenor literal parece que sí, pues de lo contrario hubiera sido mucho más correcto decir *“inferior o igual a dos años”*. Considerando que por lo general los convenios se negocian para años completos, si se interpreta que los convenios colectivos excluidos son sólo los de menos de dos años, en la práctica la previsión de un periodo máximo de negociación de 8 meses verá reducida su aplicación por lo general a convenios de un año (vigencia temporal, por otra parte, poco frecuente).

- En la nueva **letra g)**²¹ se recoge como contenido mínimo que ha de tener el convenio colectivo **el compromiso de las partes de someterse a procedimientos de solución efectiva de discrepancias cuando se agote el plazo máximo de negociación sin alcanzarse acuerdo**.

Dicho precepto supone un paso más de la apuesta del legislador a favor de los procedimientos extrajudiciales para la resolución de conflictos y situaciones de bloqueo en las negociaciones, ya evidenciada con motivo del Real Decreto

²¹ *“La adhesión y el sometimiento a los procedimientos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo, siempre que éstos no fueran de aplicación directa”.*

Ley 10/2010 y la Ley 25/2010, que entre otros preceptos, modificaron el artículo 85.3 c) del ET, y los artículos 41.6 (modificación sustancial de condiciones de trabajo recogidas en convenios colectivos estatutarios) y 82.3 (descuelgue salarial) para dar cabida a los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos para solventar de manera efectiva las discrepancias.

Asimismo, dicho precepto debe ponerse en relación con el artículo 86 del ET, relativo a la vigencia de los convenios, que se analizará posteriormente.

- En la **letra h) del artículo 85.3** -anteriormente apartado e)- se amplía considerablemente el contenido mínimo que ha de tener el convenio en relación con las **comisiones paritarias**, ampliación debida al fuerte reforzamiento del papel de éstas por parte de la Reforma.

Así, por ejemplo, en materia de **interpretación o aplicación de un convenio**, se establece la intervención obligatoria de la comisión paritaria con carácter previo al planteamiento formal del conflicto en el ámbito de los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos (nuevo artículo 91.3 del ET) atribuyéndose a su resolución la eficacia jurídica de los convenios, reconocimiento que antes no tenían (nuevo 91.4 del ET).

También, conforme al apartado 2º del mismo artículo 85.3.g) se llega a atribuir a las comisiones paritarias la **facultad de modificar el convenio**. A este respecto, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el precepto prevé la obligación de tener que incorporar a la comisión a los demás sujetos legitimados para la negociación.

Asimismo, se prevé la posibilidad de su **intervención en los procedimientos de modificación sustancial de condiciones y de descuelgue salarial a requerimiento de cualquiera de las partes**.

A modo de crítica respecto a este incremento de facultades conferida a la comisión paritaria, cabría señalar que en algunos casos genera dudas si las competencias asignadas contribuyen a dar agilidad a la administración convenio y su adaptación a la realidad económica cambiante, o por el contrario hipertrofian el camino hasta lograr el fin perseguido.

Piénsese por ejemplo en el supuesto de una empresa que desee llevar a cabo una modificación de un aspecto regulado en su propio convenio, en el que la comisión paritaria del mismo esté conformada por las mismas personas que pactaron en su día el convenio, siendo estas mismas personas a su vez las que hayan debatido durante el periodo de consultas sobre la procedencia de la modificación. En esos casos, el sometimiento previo de la cuestión a la comisión paritaria del convenio previsiblemente tenga pocas expectativas de éxito, y no se habrá hecho más que alargar el procedimiento hasta lograr el fin perseguido, siendo que cuando se llegue a una solución, puede que ya sea demasiado tarde.

- Por último, en la **letra i) del artículo 85**, se señala la obligación de recoger en el convenio colectivo *“medidas para contribuir a la flexibilidad interna de la empresa”*, en particular: (i) *“un porcentaje máximo y mínimo de la jornada de trabajo que podrá distribuirse de manera irregular a lo largo del año.”* señalándose que *“Salvo pacto en contrario, este porcentaje será de un cinco por ciento.”* (ii) *“Los procedimientos y los períodos temporales y de referencia para la movilidad funcional en la empresa.”*

La verdad es que la imprecisión de este apartado resulta elevada. No se sabe cuáles son las medidas de flexibilidad interna a las que se refiere, al margen de las dos mencionadas. En cuanto a la distribución irregular de la jornada, parece que obligatoriamente ha de fijarse un porcentaje, no quedando claro cómo ha de jugar ese porcentaje, con otras previsiones que hasta ahora contemplaran los convenios, como las bolsas de horas, los turnos especiales, etc. Y en cuanto a la referencia a la movilidad funcional, esta es tan indefinida, que convendría que se aclarara si se está previendo la posibilidad de establecer unos procedimientos, con efectos y consecuencias diferentes de los establecidos en el artículo 39 del ET.

3.2.2 EL ARTÍCULO 86: LA VIGENCIA DEL CONVENIO

El artículo 86 del ET, relativo a la vigencia de los convenios, se modifica considerablemente por la Reforma, modificando y ampliando notablemente **su apartado 3**²², para contribuir a la agilizar la negociación de los convenios. En este

²² Nuevo Artículo 86.3 del ET:

“3. La vigencia de un convenio colectivo, una vez denunciado y concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio.

Durante las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo, en defecto de pacto, se mantendrá su vigencia, si bien las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia. Las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados 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.

Mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83 , 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, incluido 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 sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91 . Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

En defecto de pacto, cuando hubiera transcurrido el plazo máximo de negociación sin alcanzarse

sentido, dichas modificaciones debe ser analizadas sin perder de vista los apartados d), e), f) y en particular el g) del artículo 85.3 del ET anteriormente mencionados, y que también persiguen lograr un procedimiento de negociación de convenios más ágil, que logre superar las situaciones de bloqueo.

Son aspectos novedosos del artículo 86.3, entre otros, los siguientes:

- Se da fin a la compleja distinción entre cláusulas obligacionales y normativas (y su consiguiente distinto tratamiento en cuanto a la ultraactividad)²³, optándose por mantener la vigencia ultraactiva de todo el convenio (en defecto de pacto), a excepción de las cláusulas de renuncia a la huelga, en tanto no prosperen las negociaciones de un nuevo convenio.
- Se regula la posibilidad de adopción de acuerdos parciales, con la vigencia que las partes determinen, para la modificación de alguno o algunos de los contenidos prorrogados 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.
- Se recoge el mandato a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, de 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, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar, entre otras cosas, si el sometimiento al procedimiento de arbitraje es obligatorio o voluntario; previéndose que en defecto de pacto específico sobre dicho aspecto, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

Este punto debe ser puesto en relación con la paralela obligación, ya mencionada y recogida en el artículo 85.3.g) del ET, de que todos los convenios han de tener como contenido mínimo *“la adhesión y el sometimiento a los procedimientos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el*

un acuerdo y las partes del convenio no se hubieran sometido a los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o éstos no hubieran solucionado la discrepancia, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo.”

²³ Artículo 86.3 del ET anterior a la Reforma:

3. Denunciado un convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales.

La vigencia del contenido normativo del convenio, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio. En defecto de pacto se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio.

transcurso del plazo máximo de negociación sin alcanzarse un acuerdo, siempre que éstos no fueran de aplicación directa.”

También debe tenerse presente la Disposición Adicional primera del RD Ley 7/2011, donde se otorga plazo a los acuerdos interprofesionales de resolución extrajudicial de conflictos para adaptarse a las nuevas previsiones del RD Ley hasta el 31 de junio de 2012, previéndose que mientras tanto, en caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora de un convenio, una vez agotado el plazo máximo de negociación, será obligatorio someterse al arbitraje como procedimientos de solución efectiva de discrepancias.²⁴

Sin duda el legislador muestra una especial preferencia por el sometimiento obligatorio al arbitraje como cauce para la resolución efectiva de discrepancias una vez agotado el plazo para la negociación de los convenios, cuestión cuya constitucionalidad ha sido ampliamente discutida por la doctrina.

Sin embargo, no asume la responsabilidad de establecerlo de un modo definitivo como el único procedimiento válido para dicho fin, encomendando la toma de decisión a este respecto a los acuerdos interprofesionales de resolución extrajudicial de conflictos.

En cualquier caso, el legislador asume la posibilidad de que los acuerdos interprofesionales de resolución extrajudicial de conflictos establezcan la aplicación de otros procedimientos distintos del arbitraje obligatorio para el desbloqueo de las posturas enconadas en la negociación de un convenio, como podrían ser la conciliación o la mediación, pues de lo contrario, sería absurda la previsión contenida en el último párrafo del artículo 86.3 para el caso de que no se logre un acuerdo respecto al contenido del convenio (se prevé el mantenimiento de la vigencia del convenio denunciado), una vez agotados los procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos.

Al margen de la cuestión de la eventual inconstitucionalidad del sometimiento al arbitraje obligatorio, tema sobre el cual se podría escribir muchas líneas, resulta

²⁴ Disposición Adicional Primera del RD Ley 7/2011:

“1. Sin perjuicio de la autonomía colectiva, las organizaciones empresariales y sindicales más representativas en el ámbito estatal y de Comunidad Autónoma adoptarán antes del 30 de junio de 2012 las iniciativas que correspondan para la adaptación de los procedimientos no judiciales de solución de conflictos establecidos mediante los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico previstos en el artículo 83 del Estatuto de los Trabajadores a las previsiones contenidas en este real decreto-ley.

2. Hasta tanto los acuerdos interprofesionales a que se refiere el apartado anterior establezcan los procedimientos previstos en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores, según la redacción dada al mismo por este real decreto-ley, en caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora y transcurrido el plazo máximo de negociación de los convenios colectivos, las partes se someterán a un procedimiento de arbitraje.”

especialmente criticable a la Reforma en este punto la falta de decisión para establecer un plazo fin definitivo de ultraactividad de los convenios, lo cual hubiera ahorrado muchos quebraderos de cabeza en relación a la fuerza vinculante de muchos convenios que actualmente se encuentran en ultraactividad.

Sin embargo, una vez más en la presente Reforma, se evita la adopción responsable de una decisión sobre las cuestiones planteadas en las negociaciones previas de los agentes sociales, pese a la trascendencia de las mismas.²⁵

3.3 ADAPTAR EL SISTEMA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA A LAS NUEVAS O RENOVADAS REALIDADES EMPRESARIALES

Como último de los objetivos de la Reforma, se señala el de adaptar el sistema de negociación colectiva a las nuevas o renovadas realidades empresariales que actúan en nuestro mercado de trabajo, para lo cual modifica por un lado, los artículos 87 y 88 del ET, y por otro los artículos 40,41, 51 y 82.3.

3.3.1 ARTÍCULO 87 DEL ET: LA LEGITIMACIÓN INICIAL

Respecto a la modificación del artículo 87 cabe resaltar los siguientes aspectos:

- **En la negociación de empresa se da prioridad a la representación sindical** frente a la unitaria, decisión que también se adopta en los artículos 40, 41, 51 y 82.3 para los periodos de consulta previstos en dichas disposiciones, señalando que la intervención corresponderá a las secciones sindicales cuando éstas así lo acuerden, y siempre que sumen la mayoría de los miembros de la representación unitaria.

Supone esta modificación el reconocimiento a los sindicatos de una de las propuestas planteadas en su propuesta sindical de 31 de mayo, y que abrirá un amplio debate respecto al reparto de funciones entre representación unitaria y sindical.⁹

- Se aborda expresamente la negociación de los convenios para un grupo de empresas, así como la de los convenios que afectan a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, atribuyendo la legitimación para negociar en representación de los trabajadores a los

²⁵ Resultan de amplio interés tanto el documento “Aspectos más importantes para incorporar en el acuerdo sobre reforma de la negociación colectiva” de 2 de junio de 2011 elaborado por CEOE y CEPYME como el documento “Texto para el acuerdo sobre la Reforma de la Negociación Colectiva: Propuesta sindical de 30 de mayo de 2011” elaborado por UGT y CCOO, para tener una idea del escenario en el que se aprobó el RD Ley 7/2011.

A este respecto, resaltar también el trabajo de JORDI GRACIA VIÑA (Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Barcelona) «Análisis de las cuestiones relativas a la negociación colectiva previas a la modificación de la normativa de junio 2011» Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 26 (2011).

sindicatos conforme a las normas de legitimación de la negociación colectiva sectorial.

- También se regula la legitimación para negociar en representación de los trabajadores en los “convenios franja” atribuyéndosela a las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta.²⁶
- En cuanto a la negociación sectorial, la representación de los trabajadores no se ve afectada, sí viéndose alterada sin embargo la empresarial:
 - Se incorpora como sujetos legitimados a negociar en determinado ámbito geográfico y funcional a las asociaciones empresariales que den ocupación a un 15% de los trabajadores afectados⁹, sin exigírseles porcentaje alguno de empresarios.
 - Se atribuye la legitimación para negociar a las asociaciones empresariales más representativas de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma en aquellos sectores en que no haya asociaciones empresariales con representatividad suficiente conforme a las normas de legitimación sectorial ordinarias, con el objetivo de extender la negociación colectiva hacia mayores niveles de cobertura.

En relación con estas normas de legitimación, y a modo de observación, llama la atención que, así como en los procedimientos de modificación sustanciales de condiciones, movilidad geográfica, descuelgue salarial y despido colectivo sí se ha previsto la posibilidad de constituir una comisión bien de trabajadores, bien sindical que asuma la representación de los trabajadores en los correspondientes periodos de consultas y negociaciones, nada parecido se ha planteado en este sentido para actuar en representación de los trabajadores en la negociación de convenios colectivos de empresa cuando no existe una representación legal.

De este modo, tal y como se comentaba anteriormente en este estudio al analizar la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, se plantea cierta discriminación hacia las microempresas, que ante la imposibilidad de negociar un convenio colectivo de empresa que regule condiciones (en las materias permitidas) que se ajusten más a su realidad en empresarial, tendrán que quedar sometidas a un convenio sectorial que no siempre tenga en cuenta sus

²⁶ “Cuando se trate de convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado 2 de este artículo para la negociación de los convenios sectoriales.

En los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimados para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta.”

particularidades, mientras observan como empresas de mayor tamaño sí pueden llevar a cabo dicha adaptación.

3.3.2 ARTÍCULO 88 DEL ET: LA LEGITIMACIÓN NEGOCIAL

Definidas las reglas de legitimación inicial, los cambios acometidos en **el artículo 88 del ET**, persiguen fundamentalmente evitar la existencia de supuestos en el ámbito de negociación sectorial en los que, salvada la legitimación inicial, no resulta posible la constitución de una mesa negociadora que pueda dar lugar a un convenio estatutario.

De este modo, junto a los cambios consistentes en (i) establecer con claridad que el reparto de los miembros en la comisión negociadora entre los distintos legitimados se debe efectuar en proporción a su representatividad, (ii) clarificar que si se designa un presidente de la mesa negociadora, éste tendrá voz pero no voto y (iii) variar los números de miembros que deben componer la representación de cada parte en la mesa negociadora (15 en los convenios sectoriales y 13 en el resto), se recogen una serie de excepciones a las reglas generales para la válida constitución de la comisión negociadora en los ámbito sectorial.

De este modo, sentada la regla general de que *“La comisión negociadora quedará válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio.”* se prevén las siguientes dos salvaguardas:

- *“En aquellos sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma.”*
- *“En aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones empresariales estatales o autonómicas referidas en el párrafo segundo del artículo 87.3 c)”*

Señalándose que en ambos supuestos, el reparto de los miembros de la comisión negociadora se efectuará en proporción a la representatividad que ostenten las organizaciones sindicales o empresariales en el ámbito territorial de la negociación.

Se trata nuevamente, en definitiva, de tratar de extender la negociación colectiva hacia los mayores niveles de cobertura posibles.

4. VALORACIÓN CRÍTICA (Y PERSONAL) DE LA REFORMA

Conforme al análisis efectuado a lo largo del presente escrito de (i) los objetivos que se proponía la reforma y (ii) de las concretas modificaciones llevadas a cabo en el Estatuto de los Trabajadores para la consecución de dichos objetivos, la sensación que le queda a la que suscribe el presente estudio es que la Reforma se queda muy lejos de alcanzar los objetivos propuestos, posiblemente en parte (i) como consecuencia de las prisas de última hora con las que se aprobó el referido RD Ley, dando lugar a que se quedaran en el tintero muchos temas, y en parte (ii) como consecuencia de la falta de acuerdo entre los agentes sociales que precedió y motivó su necesaria aprobación, dando lugar, a que el legislador, si bien asumió la responsabilidad de proceder a la regulación de la materia, se ha tratado de ingerir lo menos posible con la nueva regulación en la autonomía colectiva, dejando a la posterior actuación de los agentes sociales la concreción de diversos aspectos.

Pasando a analizar individualmente el grado de consecución de cada uno de los objetivos marcados, empezando por el primero (“*favorecer una mejor ordenación de nuestra negociación colectiva, propiciando a la vez una negociación colectiva más cercana a la empresa y una negociación colectiva sectorial más adaptada a la situación de cada concreto sector de actividad económica.*”), la sensación que se obtiene una vez analizados los artículos 83 y 84 en su nueva redacción, es que el RD Ley no ha logrado su objetivo. En este sentido:

- No se ha resuelto la eventual concurrencia conflictiva entre los propios pactos estructuradores de la negociación colectiva regulados en el artículo 82.3 del ET.
- Se han establecido nuevas excepciones a la regla general “prior in tempore” en materia de concurrencia de convenios, que resultan imprecisas en cuanto a su alcance, entre otros motivos por el abuso del “salvo pacto en contrario”, lo que va a generar nuevos dilemas.
- Se ha obviado totalmente la existencia de una negociación colectiva paralela a la negociación estatutaria, la extraestatutaria, perdiendo la oportunidad de incorporar al cuerpo legal una mención expresa a dicha realidad y de establecer unas normas de articulación entre las dos realidades.
- Si bien se señala que se pretende propiciar una negociación colectiva más cercana a la empresa, introduciendo a tal fin la prioridad aplicativa de los convenios de empresa en determinadas materias, no se ha tenido en absoluto en cuenta a las microempresas como beneficiarias de dicha medida, toda vez que al no tener una representación ni unitaria ni sindical de los trabajadores con la que negociar, no van a poder acordarse convenios colectivos de empresa estatutarios.

Respecto al segundo de los objetivos marcados “*introducir mayores niveles de dinamismo y agilidad en la negociación colectiva, tanto en los procesos de negociación de los convenios colectivos como en sus contenidos, de manera que se aumente su capacidad de adaptabilidad a los cambios en la situación económica y sociolaboral en unos términos que equilibren flexibilidad para las empresas y seguridad para los trabajadores.*”, si bien el RD Ley introduce nuevas previsiones que

definitivamente buscan dicho objetivo, acusa numerables defectos técnicos en la redacción de los mismos, y lo que es más importante, cuando ha de asumir la responsabilidad de tomar decisiones trascendentes, o bien se ampara en la autonomía colectiva de los agentes sociales para que delegar a otros dicha responsabilidad (véase el caso del sometimiento obligatorio al arbitraje), o bien omite cualquier tipo de previsión (como ha ocurrido con el establecimiento de un plazo máximo a la ultraactividad).

Finalmente, por lo que respecta al tercer y último objetivo *“adaptar el sistema de negociación colectiva a las nuevas o renovadas realidades empresariales que actúan en nuestro mercado de trabajo, incluyendo nuevas reglas de legitimación para la negociación de los convenios colectivos y para favorecer la flexibilidad interna negociada con los representantes de los trabajadores”* si bien se llevan a cabo algunas modificaciones que contribuyen a tener una visión más clara de la legitimación para negociar determinados convenios (convenios de grupos de empresa, convenios que afectan a una pluralidad de empresas vinculadas entre sí o los convenios franja), lo cual contribuye a aportar una mayor seguridad jurídica, se introducen otras normas que van a generar previsiblemente una gran conflictividad e inseguridad (la apuesta por las secciones sindicales como órgano preferente en la negociación de convenios a nivel de empresa, que generará dudas sobre el papel de los representación unitaria en las empresas). Y finalmente, bien intencionadamente o por olvido, no se contemplan normas respecto a la legitimación negocial en el ámbito de las microempresas en las que no existe representación ni unitaria ni sindical.

Por tanto, conforme a todo lo anterior, no cabe sino tener la esperanza de que en la nueva legislatura se retome de nuevo la cuestión de la negociación colectiva, y se lleve a cabo una reforma que sí cumpla los objetivos señalados.