

La reforma de la negociación colectiva



Foto cedida por el Ministerio de Trabajo

**Francisco Vila Tierno,
Profesor Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social. Universidad de Málaga**

La cuestión que nos ocupa es la de comentar el contenido del R.D. Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE 11 de junio). Para ello, parece oportuno comenzar con una serie de reflexiones previas y, en este sentido, hay que situar a esta norma en el conjunto de medidas de reforma que encuentran su máxima expresión en la Ley 35/2010. Y es así, entre otras razones, porque la actual reforma, la de la negociación colectiva, responde, precisamente, a una llamada del legislador en aquélla, para proceder a este cambio en la estructura y sistema convencional.

Analizando los preceptos retocados, el art. 1 bajo el título «Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de los convenios colectivos» modifica los arts. 83 y 84. Y a priori, hay más de concurrencia que de estructura, puesto que ésta se encomienda a la vía negocial del art. 83.2 y, en segundo término, de un modo indirecto a través de lo previsto en las reglas descentralizadoras del art. 84.

Precisamente la estructura se deduce de un modo complejo, a partir del art. 84, que bajo el epígrafe «Concurrencia», es el precepto central de esta materia, mientras que si hablamos de estructura debemos girar siempre en torno al art. 83.2 ET.

Decimos que el art. 84 ET es el elemento central cuando tratamos de concurrencia porque se mantiene tal cual su párrafo primero como regla general para convenios de distinto ámbito y según el mismo, vigente un convenio colectivo no podrá pactarse otro que le afecte en su ámbito, salvo excepciones.

En este punto se ha dado un vuelco fundamental a las reglas de concurrencia anteriores. Hasta ahora, al remitir el art. 84 a lo previsto en el 83.2 y «al párrafo siguiente», la regla de la antigüedad era aplicable salvo en dos supuestos principales. Por una parte, conforme a lo previsto en Acuerdo Marco (como ahora, en la que sólo se cambia la redacción). Por otra parte, exceptuado por una regla, la del anterior párrafo segundo del art. 84, que ahora desaparece y vuelve a la situación anterior a 1994. Según ésta, dos convenios colectivos de ámbito sectorial (el primero de ámbito geográfico superior) se articulaban de acuerdo con una habilitación del primero hacia el segundo, siempre y cuando se reunieran requisitos relativos al quórum o la imposibilidad de negociar determinadas materias (las que ahora se contemplan en el 84.4).

La primera excepción la encontramos en el apartado segundo del art. 83.2, que como hemos señalado, ha sido objeto de modificación en determinados aspectos

de su redacción. Concretamente desaparece la referencia a la posibilidad de establecer *«principios de complementariedad entre las distintas unidades de contratación, fijándose siempre en éste último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores»*. El motivo de ello no es otro que, fundamentalmente, la desaparición de los antiguos párrafos segundo y tercero del art. 84 y, por otra parte, para responder a la nueva ordenación de la negociación. Ésta, siguiendo un juego de articulaciones y excepciones toma como punto de referencia el art. 84.1 y el 83.2. En este último caso, se deja amplia flexibilidad al Acuerdo Marco u otro, para que establezcan la estructura de la negociación y las reglas de concurrencia a aplicar, favoreciendo, de este modo un mayor margen de acción y no un sometimiento expreso a reglas rígidas de articulación o complementariedad (estableciendo cláusulas sobre estructura).

Ello enlaza con las modificaciones del art. 84. En primer lugar, como se ha dicho, se eliminan los párrafos 2º y 3º de ese precepto, suprimiendo, de ese modo, una excepción a la regla general que le antecede.

En este sentido se incluye ahora una nueva excepción algo confusa. Se trata del nuevo apartado 2º del art. 84 que, por primera vez, otorga prioridad aplicativa a un tipo de convenio colectivo frente al resto, los de ámbitos de empresa y, además, frente a cualquier otro, eso sí: salvo lo que pueda señalar de conformidad con el 83.2 ET. Pero esa prevalencia no es absoluta, sino para el conjunto de materias enumeradas de la a) a la f) en ese mismo precepto o las que se puedan ampliar por un convenio o acuerdo del 83.2. Del mismo modo, se hace extensiva esa prevalencia al grupo de empresas o las empresas en red.

Pero decíamos que una prevalencia confusa porque es relativa. Expliquémoslo de manera más detallada. Se nos dice que un convenio de empresa tiene prioridad aplicativa frente a cualquier otro sectorial, ¿pero cuándo pueden coexistir dos convenios de ámbito distinto en situación de posible concurrencia? Cuando el convenio colectivo de empresa es anterior en el tiempo. Pero entonces prevalece no por esta regla especial del art. 84.2, sino por la general del art. 84.1. O en otro caso, vigente el convenio sectorial no se puede negociar uno de empresa en el marco de esa unidad negociada. ¿O sí? Pues ciertamente, cuando se sigue lo contemplado en el art. 83.2, es decir, que un Acuerdo Marco o un convenio sectorial, lo han tenido que permitir o habilitar.

A partir de ahí se plantean dos nuevas hipótesis: que el Acuerdo Marco o convenio sectorial no diga nada al respecto. Recuérdese que no tiene ya que establecer principios de complementariedad, sino, en



Francisco Vila Tierno

su caso, reglas de concurrencia, pero esta ya viene definida por la ley: la prevalencia del de empresa. O una segunda posibilidad: esta regla anterior se formula con carácter dispositivo, esto es, que si el acuerdo marco o convenio del 83.2 establece otra regla de concurrencia distinta, como de hecho puede hacer, ésta se aplicaría por encima del art. 84.2 y dejaría de tener prevalencia el convenio de empresa.

A continuación los apartados segundo y tercero del art. 84 establecen la segunda de las excepciones que sustituyen a los anteriores párrafos 2º y 3º del art. 84; esto es, el retorno a la situación anterior a la Ley 11/1994. De esta forma se procede a ordenar un sistema descentralizado en el que cobran importancia los convenios colectivos autonómicos. Esto es, se descentraliza pero únicamente con alcance autonómico, que es precisamente la intención del legislador en 1994, pero que supuso, en la práctica, una flexibilización absoluta en la que los convenios colectivos provinciales adquirieron un importante protagonismo. Lo que sí debemos concluir con carácter definitivo es que la descentralización territorial en los términos que se conocían, (esto es, no restringida a la de carácter autonómico), pasa a mejor vida (salvo lo que se establezca vía art. 83.2 ET).

Con respecto a los contenidos y vigencia de los convenios, se modifican los arts. 85 y 86 ET.

Modificaciones de la Comisión Paritaria

Comencemos por las modificaciones respecto a la Comisión Paritaria. Aquí lo que se produce, no es una ampliación de las funciones tradicionalmente asumidas por la Comisión Paritaria, sino que las que se venían desarrollando en la práctica y reconocidas por la jurisprudencia, entran a formar parte del decálogo de materias que obligatoriamente deben precisarse en un convenio colectivo para que éste tenga validez. Esto supone, en consecuencia una mayor concreción del contenido necesario del convenio. Así, en primer término, se deben precisar los términos y condiciones para el conocimiento de las cuestiones que afecten a la aplicación e interpretación de convenios para lo que se remite al art. 91. Es ésta una función tradicionalmente asumida por dicha Comisión que se refleja ahora de manera expresa, si bien, con alguna modificación en el citado art. 91 ET para atribuir en primer término y con carácter previo al conocimiento de un conflicto colectivo por la jurisdicción social o por el procedimiento extrajudicial establecido por la vía del art. 83.2 ET, la revisión a través de la comisión paritaria e impedir, de este modo, que el conflicto se enquistase, se prolongue o pase a otras instancias al margen de la solución por los propios implicados.

En segundo término se le atribuyen funciones de revisión o modificación del convenio, pero según los parámetros recogidos en el mismo. Esto quiere decir que si el procedimiento se aparta de los requisitos formales allí previstos, esta revisión carecerá de validez. En este caso, se trata de un supuesto que ha sido sobradamente comentado en nuestra doctrina judicial que había señalado que en estos casos, la comisión paritaria se convertía en comisión negociadora por lo que tendría que darse cabida a todos los sujetos legitimados de acuerdo a las reglas de los arts. 87 y 88, pues en otro caso, el acuerdo no sería válido. Esta interpretación es justamente la que se incorpora al precepto y, por tanto, debería señalarse en el contenido del convenio el modo en el que dichas partes, aún no firmantes del convenio y por tanto ajenas a la Comisión Paritaria,

se incorporan a la misma cuando ésta adquiere una dimensión negociadora.

De este modo, lo pactado originalmente, las condiciones pactadas en un convenio colectivo estatutario se pueden cambiar en cualquier instante por un proceso distinto al de las modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo de carácter colectivo, al que elude por la puerta de atrás, así como sus posibles vías de impugnación. Esto parece chocar, en parte, con lo establecido en el art. 89 ET respecto a la imposibilidad

Aquí lo que se produce no es una ampliación de las funciones tradicionalmente asumidas por la Comisión Paritaria, sino que las que se venían desarrollando en la práctica y reconocidas por la jurisprudencia, entran a formar parte del decálogo de materias que obligatoriamente deben precisarse en un convenio colectivo para que éste tenga validez.



Foto cedida por el Ministerio de Trabajo

de negociar un convenio vigente. Además difícilmente concuerda en un sistema negocial en el que se sigue defendiendo el equilibrio de los convenios.

De igual modo se reconoce la función de la comisión paritaria en los supuestos de discrepancias en los casos del art. 41.6 (modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo) y 82.3 (descuelgue salarial). Estos preceptos, son, a su vez, también modificados, de manera que ahora se nos dice que, por la vía del art. 83.2, en los supuestos de discrepancias en los períodos de consulta y como paso previo a acudir a un mecanismo extrajudicial de solución de conflictos (a los que se nos hace referencia en los preceptos citados establecidos), se llevará el asunto al conocimiento de la comisión paritaria que deberá resolver en el plazo de 7 días. Se amplía así tanto el plazo como los cauces para alcanzar

un acuerdo antes de exportar el conflicto. Así mismo, se establecerá su forma de participación en aquellos procesos de modificación sustancial de las condiciones de trabajo colectivas o descuelgue salarial en los que no exista representación legal de los trabajadores.

Medidas de flexibilidad

De manera absolutamente independiente a lo anterior, es imposible en los tiempos que corren, buscar una reforma que no haga más de un guiño a la flexibilidad. Y aquí se produce en el apartado i) del art. 85.3. De un modo muy parecido a la definición de las causas alegadas en el art. 41 se nos dice que para favorecer su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda y la estabilidad en el empleo, se contemplarán medidas que consisten en establecer un porcentaje de la jornada que puede establecerse de manera irregular a lo largo del año, en defecto de pacto será un 5%. Y los períodos temporales y procedimientos para la movilidad funcional. Estas cuestiones necesitan varias aclaraciones:

- Primero, que se trata de meros ejemplos, no se ha introducido una lista cerrada, sino todas aquellas medidas que puedan contribuir a los objetivos señalados.

- Sensu contrario, no se podrán adoptar medidas de flexibilidad por aquellos motivos, no contempladas en el convenio de manera expresa;

- No se exige justificación de las mismas ni su acreditación como en otros preceptos del mismo ET.

- Respecto de la jornada irregular, se aparta de la regulación general del art. 34 ET, eximiendo del procedimiento allí descrito para poder fijar como mínimo un 5%.

- No se establecen topes legales, por lo que se podría llegar a pactar que hasta un 99%. Pero es que tampoco la fórmula es acertada, si se dice que se fijarán los porcentajes máximo y mínimo ¿por qué el legislador sólo dispone uno de ellos?, ¿el 5% es un mínimo y un máximo en ese supuesto?

- Respecto a la movilidad funcional parece oportuno, dada la indefinición respecto al procedimiento y los períodos del art. 39, establecer un sistema de complementariedad a través de esta fórmula.

- Por último, ¿es obligatorio incluir alguna de estas medidas? Respecto a la jornada irregular que el 5%, pero ¿qué ocurre con la indefinición respecto a la movilidad funcional? ¿Y cuáles son los efectos de no incluir ninguna medida de flexibilidad interna? ¿Carece de validez el convenio colectivo que adolece de la ausencia de algunos de los elementos aquí enumerados como contenido necesario del mismo?

Duración y vigencia del convenio

Respecto al contenido del convenio se ha dejado para el final todo lo relativo a la regulación de su duración y vigencia temporal, porque ello entronca con otros preceptos como el 86 y el 89 que, de igual modo, han sido objeto de reforma.

Por un lado, en el apartado d) del art. 85.3 ET se indica que se debe incluir la forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo previo. Antes se nos hablaba de un período de preaviso sin llegar a concretar, mientras que ahora se nos indica que lo que debe establecerse es el plazo mínimo de denuncia antes de la finalización del mismo que será de tres meses de no fijarse otro distinto.

A partir de ésta, todas las reglas tienen como finalidad hacer ágil el proceso de transición del convenio vencido a la negociación y entrada en vigor del que lo sustituye. Ello supone que el siguiente apartado, el e) disponga que es preciso fijar un plazo máximo para iniciar la negociación una vez denunciado el anterior que, si no se sustituye, será el mismo establecido en el art. 89.2. A estos efectos, el referido art. 89 modificado, establece, en su párrafo primero, que cuando la promoción del proceso de negociación sea como consecuencia de la denuncia del convenio vigente, serán simultáneas denuncia e iniciativa para negociar y, en ese caso, se estará a lo que disponga el propio convenio, se dispondrá de un mes para la constitución de la comisión negociadora, a lo que ahora se añade que se comienza





realmente a negociar en un plazo máximo de 15 días desde la referida constitución. Es decir, se introduce dinamismo y celeridad al proceso marcando los tiempos. Y para ello se pone un tope a la negociación desde la pérdida de vigencia del anterior: 8 meses si aquél duraba menos de dos años o 14 si la vigencia fuese superior. Fíjense que se refiere al ámbito temporal definido en el convenio, no a su duración real como consecuencia de prórrogas o ultraactividad, en cuyo caso, puede ocurrir que aquellos plazos establecidos no tengan presente que un convenio bien puede llevar aplicándose 8 ó 9 años cuando su vigencia inicial era únicamente de uno.

¿Pero qué ocurre si transcurren los plazos y no se denuncia o denunciado no se alcanza un acuerdo? En cuanto a la falta de denuncia no se modifica nada, el convenio se sigue aplicando como consecuencia de la prórroga automática. Si se denuncia por una de las partes entran en juego las modificaciones sobre el art. 86.3 y la famosa ultraactividad del convenio.

En este punto se ha producido una importante modificación. Hasta ahora se establecía que denunciado el convenio colectivo perdían su vigencia las cláusulas obligacionales mientras que ahora, salvo lo que expresamente indique el convenio, durante el proceso de negociación se mantiene la vigencia de aquél y únicamente decaen las cláusulas por las que se hubiera renunciado a la huelga vigente el convenio colectivo. Es decir, no sólo continúa la ultraactividad, sino que además se amplían sus efectos.

En otro orden y en la misma línea de las modificaciones parciales que pueden realizarse mediante la comisión paritaria con funciones negociadoras, cuando el convenio está en vigor, la comisión negociadora (el texto se refiere a los sujetos con legitimación), puede alcanzar acuerdos parciales que sirvan para adaptarse (otra vez flexibilidad) a las necesidades del sector o de la empresa mientras que se continúa negociando el nuevo convenio colectivo.

Obviamente, esto no dejan de ser soluciones temporales, ya que la negociación no puede dilatarse de manera indefinida, para ello, como hemos señalado, se han fijado unos plazos máximos. A los efectos de evitar, por tanto, las situaciones de impasse negocial o de paralización definitiva de la negociación y sólo por la vía de los acuerdos interprofesionales del art. 83.2 (no se admite, por ejemplo, convenios colectivos) se establecerán procedimientos que sirvan para solventar las discrepancias una vez superados aquellos plazos máximos. Y aquí se incluye el compromiso de someterse a un arbitraje. En el acuerdo interprofesional tiene también que especificarse si el arbitraje es voluntario u obligatorio y, en su defecto, será obligatorio.

Se está cerca, de manera peligrosa, al arbitraje obligatorio inconstitucional, por eso se insiste en su ubicación en el seno de un acuerdo interprofesional, esto es, un pacto, en el que se declare el carácter obligatorio o no del mismo. Pero, no obstante, lo que sí presenta una dudosa constitucionalidad es la previsión en las disposiciones adicionales, de establecer un arbitraje obligatorio mientras los Acuerdos Interprofesionales regulan esta materia.

Todo ello para concluir finalmente con una opción que parece que desvirtúa lo anterior. Y es que si no hay pacto, si ha transcurrido el plazo máximo y las partes no se han sometido a un procedimiento de los señalados o éste ha concluido sin efecto positivo, se mantendrá la vigencia del convenio. Una duda: ¿completo? Y una afirmación: tantas vueltas para llegar luego otra vez a la misma ultraactividad (o mayor).

Legitimación negocial

Seguidamente se establecen las reglas de legitimación negocial. Y, al margen que se ha mejorado la redacción, lo más importante es lo siguiente:

-Se mantienen los dos niveles de legitimación, en el art. 87 y 88 ET, siendo la legitimación plena la contemplada en el art. 88 salvo lo indicado respecto a los convenios de empresa en el mismo 87. Se distingue en este sentido la legitimación inicial (art. 87) y la plena (art. 88 y parte del 87), pero para los convenios de empresa,

como decíamos, se contempla en el art. 87. Y es que se establece que pueden negociar (legitimación inicial) los representantes legales o los sindicales, pero a estos últimos se les exige la mayoría de los miembros del comité. La primera cuestión es por qué no se establece la mayoría también, como en el párrafo siguiente respecto a los delegados de personal y, como segunda cuestión es que se debe indicar que la mayoría se requiere pero para la legitimación plena (para la inicial es tener implantación o ser de un sindicato más representativo), esto es, para poder iniciar la negociación, para poder constituir la comisión negociadora.

-En este sentido, se potencia la actuación de las secciones sindicales. Por un lado, se sustituye la denominación representación sindical por sección sindical, pero es que además, rompiendo la tradición de no dar prioridad a ningún tipo de representación (legal o sindical), en esta reforma se apuesta por la sindical, ya que se nos dice de manera expresa

que si éstas tienen la mayoría del comité o entre los delegados de personal (mismo requisito pero no en paralelo que se exige para la legitimación inicial), les corresponde a ella la negociación. Misma regla que se ha introducido en los períodos de consultas de los acuerdos del 41.6 y 82.3 ET (bajo el título de flexibilidad interna negociada). Y si negocian

las secciones sindicales, siempre tienen que negociar las de los sindicatos más representativos, por el contrario a si negocian la representación unitaria, que puede significar una exclusión de éstos si no cuentan con algún miembro en la misma. Supone, por tanto, una prevalencia de las secciones sindicales y los sindicatos más representativos.

-Se regula la legitimación para negociar en los grupos de empresas o en empresas vinculadas por razones organizativas -empresas en red- considerándolas como una sola empresa, pero con las reglas establecidas para los convenios sectoriales en lo que se corresponde con el banco social.

-Se regula de un modo más claro el convenio franja, eliminando la remisión al art. 80 (que inducía a error) e introduciendo los requisitos de la votación directamente en este precepto.

- Ante los supuestos de falta de acreditación de la representatividad empresarial, que no cuentan con un registro como el resultante de las elecciones sindicales, se venían produciendo problemas para negociar, e incluso existía la posibilidad de impugnación por



Se potencia la actuación de las secciones sindicales. Por un lado, se sustituye la denominación representación sindical por sección sindical, y, rompiendo la tradición de no dar prioridad a ningún tipo de representación (legal o sindical), en esta reforma se apuesta por la sindical, ya que se nos dice de manera expresa que si éstas tienen la mayoría del comité o entre los delegados de personal (mismo requisito pero no en paralelo que se exige para la legitimación inicial), les corresponde a ella la negociación.

no tener uno de los sujetos legitimación negocial. La jurisprudencia venía reconociendo el criterio de notoriedad para ello, pero ahora se sustituye por la acreditación automática para negociar en los ámbitos en los que no hay patronales con la representatividad suficiente a las asociaciones empresariales que tienen la condición de más representativas a nivel nacional o autonómico (para la legitimación inicial y plena de los arts, 87 y 88).

-El mismo criterio pero para la legitimación plena del art. 88 se dispone respecto a los mismos supuestos y los sindicatos más representativos a nivel nacional o autonómico, lo que implica, nuevamente, potenciar la figura de los más representativos.

Otras modificaciones menores puede ser la creación del Consejo de Relaciones Laborales y de Negociación Colectiva que sustituye a la CNCC.

Por último, otra cuestión no menos importante, es que el juego de la disposición transitoria supone que la aplicación de la norma para agilizar el procedimiento es desde ya, esto es, es de aplicación inmediata.