

REVISTA ELECTRÓNICA  
DE ACCESO ABIERTO  
ISSN 2282-2313

*Revista Internacional y Comparada de*

**RELACIONES  
LABORALES Y  
DERECHO  
DEL EMPLEO**

*Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT*

*Directores Científicos*

Arturo Bronstein (*Argentina*), Martín Carillo (*Perú*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi García Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Ana Virginia Gomes (*Brasil*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Roberto Pedersini (*Italia*), Rosa Quesada Segura (*España*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canadá*), Marly Weiss (*Estados Unidos*), Marcin Wujczyk (*Polonia*).

*Comité de Gestión Editorial*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)  
Michele Tiraboschi (*Italia*)

*Comité de Redacción*

Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Paulina Galicia (*México*), Helga Hejny (*Reino Unido*), Martina Ori (*Italia*), Eleonora Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), Alma Elena Rueda (*México*), Lavinia Serrani (*Italia*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*).

*Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista*

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

*Redactor Responsable de la Gestión Digital*

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

# La negociación colectiva en España tras las reformas de 2010, 2011 y 2012\*

Juan Escribano Gutiérrez\*\*

---

**RESUMEN:** Las reformas laborales llevadas a cabo en España en los últimos tres años han modificado los caracteres más significativos de su sistema de relaciones laborales. Junto a la reforma del sistema de contratación, despidos, modificación sustancial de condiciones de trabajo, clasificación profesional, etc., se han alterado profundamente las características del régimen de negociación colectiva. El análisis sistemático de la normativa reguladora resultante lleva a una conclusión fundamental: el convenio colectivo ha dejado de ser un instrumento adecuado de limitación de las facultades unilaterales del empresario. El Autor analiza la vías a través de las cuales dicho resultado se consigue.

**Palabras clave:** Reforma laboral – España, convenios colectivos de trabajo, flexibilización laboral.

**SUMARIO:** I. *Introducción. Antiguas competencias para una negociación más ágil.* II. *Ampliación del contenido del convenio: paso previo para la flexibilidad convencional.* III. *Legitimación negocial tras las reformas de la negociación colectiva en España.* IV. *Pérdida de eficacia normativa de los convenios colectivos.* V. *Apología del convenio colectivo de empresa.* VI. *Ultraactividad o como presionar a los trabajadores a perder sus derechos.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

---

\* El presente estudio reproduce el material elaborado, convenientemente ampliado y actualizado, para la impartición de un seminario en la Universidad de la Lorena (Metz) bajo el auspicio de la Profesora Barbara Palli.

\*\* Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de Universidad de Almería.

## I. Introducción. Antiguas competencias para una negociación más ágil

Tras el estallido de la actual crisis económica se manifestó, contundentemente, por nuestros representantes políticos que tal crisis tenía una consideración exclusivamente financiera y que, de ningún modo, afectaría a la regulación de las condiciones de trabajo. Tan sólo cuatro años después del peor estallido financiero desde el crack del 29, en España se han sucedido, sin solución de continuidad, un conjunto de reformas que, vistas desde la distancia, están perfectamente coordinadas con el fin de conseguir un deterioro de las condiciones laborales de la clase trabajadora y que, desde la perspectiva de poco más de un año desde la aprobación del último hito reformador, han resultado un rotundo fracaso en la solución de los problemas estructurales de nuestro sistema de relaciones laborales<sup>1</sup>.

En el supuesto de la negociación colectiva, habría que establecer, como antecedente ya lejano de las reformas de 2011 (R.D-Ley 7/11, de 10 junio) y 2012 (R.D-Ley 3/12, de 10 de febrero, posteriormente, tramitado en sede parlamentaria como Ley 3/12, de 6 de julio), la reforma que tuvo lugar en España en 1994 (Leyes 10 y 11/94, de 19 de mayo) y que supuso la alteración de buena parte de las características que el sistema de negociación colectiva había tenido desde la aprobación del Estatuto de los trabajadores de 1980.

En aquella reforma de 1994, presidida por el deseo de flexibilizar las condiciones de trabajo, se optó por varias vías para alcanzar dicho objetivo. Fundamentalmente, se persiguió la retirada de la norma legal y reglamentaria de la regulación de cuestiones hasta entonces monopolizadas por las mismas. Dichos espacios de regulación fueron encomendados a la negociación colectiva, que se convertía de este modo en el mecanismo de implementación de buena parte de las queridas medidas de flexibilidad<sup>2</sup>, uniéndose así el ordenamiento jurídico español al camino iniciado en otros ordenamientos jurídicos durante la anterior década. En concreto, como se sabe, la llegada al poder de François Mitterrand en Francia, supuso la aprobación de importantes reformas jurídico-laborales, entre las que destacó la relativa a la negociación colectiva (Ley de 13 de noviembre de 1982), en la que se admitió, por

---

1 Lago Peñas, J.M., “Un análisis cuantificado de los efectos de la reforma laboral sobre el empleo”, *Colección Estudios de la Fundación Primero de Mayo*, nº 61, 2013.

<sup>2</sup> Cfr. Menéndez Calvo, R., *Negociación colectiva y descentralización productiva*, CES, Madrid, 2009, pp.53 y ss.

primera vez, la posibilidad de un nuevo modelo de convenios colectivos derogatorios o de gestión<sup>3</sup>.

No obstante, el otorgamiento de estas nuevas facultades a la negociación colectiva en aras a introducir una mayor flexibilidad en la regulación de las condiciones de trabajo dependía, en última instancia, de la voluntad o la capacidad de negociación de los interlocutores sociales en este sentido.

En la medida en que la confianza puesta en los interlocutores sociales, como necesarios protagonistas de tales previsiones, se ha visto, desde la perspectiva del legislador, defraudada o, al menos, no se ha llevado a cabo con la premura deseada, el legislador ha terminado asumiendo el papel de dinamizador, en un contexto, recuérdese, fuertemente deslegalizado. Se renuncia, pues, a la premisa básica de las reformas hasta ahora aprobadas: en aquellas, en un intento de favorecer la competitividad de las empresas, se aceptó la necesidad de proceder a una flexibilización del mercado de trabajo, rechazando, no obstante, según sus autores, «una fórmula puramente desreguladora en el terreno laboral, en la que desaparezcan las garantías legales de la posición individual de los trabajadores o las facultades colectivas expresadas en la negociación colectiva. La revisión y la reforma de la normativa laboral debe hacerse conservando los elementos diferenciadores de la cultura política europea, que se expresan en términos de libertad sindical, negociación colectiva y protección social».

No debe olvidarse que el incremento de la importancia de la negociación colectiva en la década de los noventa se produce con el objeto de posibilitar un aumento de la flexibilidad laboral<sup>4</sup>. Esta orientación responde a una clara intención político-ideológica. En este sentido, Gérard Lyon-Caen, a la hora de analizar el Derecho del Trabajo resultante de la potenciación de la negociación colectiva y el retroceso de la Ley, calificaba abiertamente nuestra disciplina como «Derecho neo-liberal»<sup>5</sup>.

---

3 Véase Barthélémy, J., *Négociation collective d'entreprise: dérogations ou concessions*, D.S., 1988, pp. 254; Saramito, «Les accords dérogatoires», *Droit Ouvrier*, 1990, p. 253; Borenfreund, «La résistance du salarié à l'accord dérogatoires», *Droit Social*, 1990, pp. 626; y Palli, B., *La modification et la dénonciation des conventions collectives de travail (Étude comparative en droits français, hellénique et britannique)*, Thèse Strasbourg, 2006.

4 Cfr. Valdés Dal-Ré, F., *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, MTSS, 1996, p. 51.

5 Efectivamente, este autor afirma expresamente que «el Derecho del trabajo francés es un derecho neo-liberal. Su piedra angular se encuentra en la libertad del trabajo [...]. Los

Sin embargo, dos décadas después de aquella acometida contra el Derecho del Trabajo protector, tales medidas se han convertido en insuficientes para aquellos que reivindican un ordenamiento laboral destinado a facilitar las mayores dosis de flexibilidad posible. Por ello, se hace necesario, en una suerte de segundo paso indispensable para el legislador, el flexibilizar los mecanismos de creación y modificación de los convenios para que aquellas ya antiguas funciones desplieguen toda la extensión posible.

Asimismo, y paradójicamente, se han alterado algunos de los caracteres diseñados por las reformas de la década de los noventa respecto a las relaciones entre ley y convenio colectivo. En aquel momento, se potenció sobremanera la supletoriedad como instrumento de coordinación entre ley y convenio colectivo. Es decir, la ley abandonó su vocación de regulación universalizadora para dejar al convenio colectivo total libertad en la determinación de importantes aspectos de la relación de trabajo. Por el contrario, en las más recientes reformas se retorna a la utilización de una técnica legislativa mucho más imperativa que tiene como objetivo asegurarse de que los deseos flexibilizadores defendidos por el legislador no dependan del convenio colectivo para su implementación.

Junto a ello, y para llevar a cabo el objetivo último de las reformas, se han alterado los aspectos básicos de la negociación colectiva: legitimidad negocial, estructura negocial, eficacia del convenio colectivo, duración del mismo, etc. Todos estos factores, como ya hemos avanzado, están destinados a conseguir que los enormes potenciales flexibilizadores del convenio colectivo en el marco del Derecho del Trabajo de la flexibilidad no encuentren excesivos obstáculos o, al menos, asegurarse de suprimir buena parte de los existentes.

Conforme a estas premisas de partida, las dos sucesivas reformas del sistema de negociación colectiva, sin incrementar las funciones otorgadas hace casi dos décadas a la autonomía colectiva, vienen a agilizar las posibilidades del convenio colectivo en aras a la fragmentación y deterioro del marco de regulación de las condiciones de trabajo. El análisis del propósito legislador tendente a la búsqueda de agilidad para desarrollar funciones ya antiguas de la negociación colectiva será el hilo discursivo que nos permitirá entender en toda su extensión el nuevo marco normativo.

---

salarios son negociados libremente por los interlocutores sociales y en caso de conflicto el Estado apenas interviene» (*Droit du travail*, París, Dalloz, 17ª edición, 1994, p. 37).

## II. Ampliación del contenido del convenio: paso previo para la flexibilidad convencional

El contenido del convenio colectivo en el ordenamiento jurídico español es, como regla general, abierto. Esto es, no existen unas materias reservadas ni excluidas a priori a la negociación colectiva. Es la norma jerárquicamente superior la que podrá perfilar sus límites. Los convenios colectivos, según establece el art. 85.1 del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), y dentro del respeto de las leyes, pueden regular materias de índole económica, laboral, sindical, asistencial y, en general, las que afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de las relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales.

Curiosamente, en la reforma introducida por el RD 3/2012, de 10 de febrero, se retorna a la técnica, prácticamente desaparecida en el Derecho del Trabajo español, del derecho necesario absoluto, en esta ocasión, para condicionar las posibilidades de regulación del convenio colectivo en la mejora de determinadas aspectos de la relación de trabajo. En concreto, podemos citar algunos ejemplos significativos: la imposibilidad de rebajar la duración del período de prueba de un año en el contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a emprendedores (art. 4 R.D-Ley 3/12, de 10 de febrero); la imposibilidad de alterar el carácter preferente del convenio colectivo de empresa para la regulación de determinadas y destacadas materias, como más adelante detallaremos (art. 84.2 ET); o la exigencia de que, en el diseño del sistema de clasificación profesional, el convenio colectivo acuda en exclusiva al grupo profesional (art. 22 ET), exigiéndose que en el plazo de un año todos los convenios colectivos en vigor adapten sus sistemas de clasificación profesional al nuevo marco jurídico previsto en este artículo (Disposición Adicional Novena). El aumento del derecho necesario absoluto es, precisamente, uno de los aspectos de la reforma que ha sido resaltado más contundentemente a la hora de analizar el incremento de la función de gestión del convenio colectivo<sup>6</sup>.

En segundo lugar, como hemos adelantado, el contenido de los convenios colectivos puede beneficiar o perjudicar a los trabajadores. Se profundiza, ahora, en la huida de aquel tradicional esquema en el que cada

---

<sup>6</sup> Valdés Dal-Ré, F., «La reforma de 2012 de la negociación colectiva: la irrazonable exacerbación de la función de gestión», *Relaciones Laborales*, nº 23, 2012.

nuevo nivel de regulación estaba llamado a mejorar lo establecido en el jerárquicamente superior<sup>7</sup>.

Asimismo, la atribución de mayores competencias negociadoras por el legislador es claramente interesada. Así, por ejemplo, el aumento de facultades en favor del convenio colectivo viene seguido de una fuerte descentralización negocial donde el desarrollo de una negociación realmente bilateral está puesta en cuestión, configurándose el convenio colectivo de empresa como nivel de negociación prioritario.

Las notas anteriores conducen a un modelo de negociación colectiva, desde el punto de vista de su contenido, altamente paradójico. Así, por ejemplo, no se admite la resistencia individual frente a convenios colectivos restrictivos pero se admite la “representación directa” para flexibilizar el procedimiento de negociación colectiva y los niveles de protección del convenio colectivo vigente. Práctica que, en otros momentos, fue constitucionalmente cuestionada por las Sentencias del Tribunal Constitucional 105/92, de 1 de julio o 238/05, de 28 de junio.

Por último, a pesar de la aparente potenciación del convenio colectivo, éste se encuentra en peligro ante un imparable proceso de individualización cada vez más acentuado y destacado doctrinalmente, y especialmente visible como consecuencia de la potenciación de las facultades de modificación unilateral del empresario (art. 41 ET) en relación a las materias previstas en dicho precepto y que tengan su origen en pactos o acuerdos de empresa y convenios colectivos extraestatutarios.

Todas estas características quedan resumidas en una fundamental: la atribución normativa de cada vez mayores competencias a la negociación colectiva se ha realizado con un objetivo programático muy claro, que no es otro que el de rebajar los niveles de resistencia pasiva de los derechos reconocidos a los trabajadores y el de posibilitar mecanismos dúctiles de modificación de dichas condiciones.

Como advertencia final, no podemos dejar de recordar que «no todos los espacios dejados por el legislador serán retomados por la negociación colectiva», como expresamente se encargó de recordar la Sentencia del Tribunal Constitucional 121/01, de 4 de junio, lo que puede llevar aparejado una potenciación de las facultades de regulación unilateral del empresario<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> Un análisis de esta concepción tradicional puede verse en Lyon-Caen, G., «Anomie, autonomie et hétéronomie en droit du travail», en AA.VV., *Homage à Paul Horion*, Lieja, Université de Liège, 1972, pp. 173 y ss.

<sup>8</sup> Cfr. Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, CES, Madrid, 2000.

### III. Legitimación negocial tras las reformas de negociación colectiva en España

Las sucesivas reformas acaecidas desde 2010 procuran, en lo referente a la legitimación para la negociación de convenios colectivos, acabar con aquellos obstáculos que han impedido llevar hasta sus últimas consecuencias las enormes posibilidades del convenio colectivo como vía de flexibilidad. Una de las “dificultades” para alcanzar este objetivo está relacionada con las propias características del sistema productivo español así como con la inexistencia, en muchas ocasiones, de interlocutores válidos para la negociación en el seno de las empresas.

No podemos olvidar que en España, en aplicación del art. 62.1 ET, en las empresas de cinco o menos trabajadores no existen representantes de los trabajadores, y que, si se supera este número pero no se sobrepasa los nueve trabajadores, serán los propios trabajadores quienes decidirán promover voluntariamente elecciones sindicales. Teniendo en cuenta que en España casi el 78% de las empresas tienen menos de 6 trabajadores y que esa cifra alcanza el 87 % si añadimos las que no superan los 10 trabajadores<sup>9</sup>, se imposibilitaba la implementación de buena parte de las deseadas facultades de la negociación colectiva por falta de interlocutores válidos que representen a los trabajadores. Es por ello que las recientes reformas han procurado crear mecanismos de negociación al margen de los tradicionalmente previstos.

Con este objetivo, el RD-Ley 7/11, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, estableció, en relación con los convenios colectivos de empresa y de ámbito inferior que pueden ser negociados, alternativamente, por la representación unitaria y la sindical en la empresa, la preferencia de las secciones sindicales frente a los comités de empresa y delegados de personal. Para que esta preferencia opere será necesario que las secciones sindicales lo acuerden y sumen, en su caso, la mayoría de los miembros del comité de empresa o de los delegados de personal (art. 87.1 ET). Es decir, se amplían las posibilidades de la representación sindical en la empresa para la negociación de convenios colectivos de dicha ámbito, sin dar, no obstante, el salto a reconocer a éstas plena capacidad negociadora en el supuesto de que no hubiera representación unitaria en la misma.

---

<sup>9</sup> <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/bel/EMP/index.htm>

Desde nuestro punto de vista, el objetivo fundamental pretendido por el legislador es el de conseguir, en el supuesto de negociaciones que planteen división en el banco social, la posibilidad de «marginar a miembros de comités y delegados de personal independientes (es decir, que se hayan presentado al amparo del art. 69.3 ET como grupo de trabajadores) en las consultas y negociaciones más importantes en la empresa. Cuando negocian las representaciones unitarias, resulta preciso constituir una comisión negociadora en proporción a su presencia en los órganos unitarios. Aunque los independientes puedan constituir sólo una pequeña parte de la comisión, tienen voz y voto en ella, y pueden participar activamente, en todos los sentidos, en la dinámica negociadora. Al privilegiar el canal sindical, los independientes ni siquiera tendrán asiento en la comisión negociadora»<sup>10</sup>. Todo ello matizado por el hecho de que la negativa de una sección sindical fuertemente representada en los órganos de representación estatutaria prácticamente hace imposible la preferencia negociadora<sup>11</sup>.

No obstante, el problema de negociación de convenios colectivos en este tipo de empresa se mantiene abierto y de difícil interpretación doctrinal, alejados pues de la solución dada en el Derecho del Trabajo francés por el art. L. 2323-24 del Código de Trabajo donde dicha legitimidad se otorga a uno o varios trabajadores expresamente designados por las organizaciones sindicales más representativas dentro del sector.

Este vacío de regulación sólo se plantea respecto de la negociación *ex novo* de convenios colectivos, no así de la posible inaplicación de anteriores convenios colectivos. En este sentido, la reforma operada a través de la Ley 35/2010 introdujo en el ordenamiento jurídico español un nuevo sujeto de negociación, en este caso, para la inaplicación de los convenios colectivos. En concreto, en la nueva redacción dada al art. 41 ET se reconoció la posibilidad de que, en aquellas empresas que carecieran de representantes, los trabajadores designaran una comisión *ad hoc* nombrada directamente por los propios trabajadores. Esta posibilidad no sólo se refiere a la modificación de acuerdos y pactos de empresa sino que, conforme al art. 82.3 ET, también poseerán la legitimidad para

---

10 Cfr. Gómez Abelleira, F.J., «La reforma de las garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación negocial y comisión negociadora», en García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 136.

11 Cruz Villalón, J., «Texto y contexto de las reformas de la negociación colectiva de 2011 y 2012», en Prados De Reyes, F.J., *Reformas estructurales y negociación colectiva (XXX Jornadas Universitarias andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, CARL, 2012, pp. 69 y ss.

inaplicar convenios colectivos del Título III ET en materias tales como jornada de trabajo, horario, régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración y cuantía salarial, etc.

De esta manera se evidencia de modo claro cuál es la voluntad del legislador español. No se necesita alterar radicalmente el sistema de legitimación negociada ideado en el art. 87.1 ET, puesto que siempre cabrá la posibilidad de configurar, a través de la comisión designada a través del procedimiento del art. 41 ET, una “regulación inaplicadora” respecto de una gran cantidad de importantes cuestiones establecidas en los correspondientes convenios colectivos de sector o de empresa, como prevé el art. 82.3 ET.

#### **IV. Pérdida de eficacia normativa de los convenios colectivos**

Otro de los pilares de las reformas de 2011 y 2012 ha consistido en intentar reducir la eficacia normativa reconocida al convenio colectivo en el art. 37 CE. De nuevo inspirado en la misma lógica, el legislador de los noventa potenció el convenio como instrumento regulador básico en detrimento de un Derecho del Trabajo más juridificado, entre otras cuestiones, por la mayor facilidad de modificación, por las mayores dosis de ductilidad de sus contenidos. Básicamente, el hecho de que la regulación de la mayor parte de las condiciones de trabajo sea llevada a cabo a través de convenios colectivos, en un contexto de retirada de la norma estatal, permite procesos de modificación mucho menos costosos que los que entraña una modificación de una ley o reglamento. Además, los procesos de alteración-retroceso de dichos derechos son mucho menos conflictivos puesto que dichas modificaciones están segmentadas y, en muchas ocasiones, respaldadas por los representantes de los trabajadores.

Así pues, unas reformas embarcadas en la necesidad de flexibilizar las condiciones de trabajo habrían de pasar, necesariamente, por implementar una reducción del rigor y resistencia al cambio del instrumento de regulación por excelencia tras las reformas del Estatuto de los Trabajadores de 1994.

En lo que aquí interesa, las últimas reformas del Estatuto de los trabajadores han supuesto, respecto de la eficacia real de los convenios colectivos, la introducción de los siguientes elementos de flexibilización respecto de las condiciones de trabajo disfrutadas por los trabajadores colectivamente.

*a) Modificación sustancial de condiciones de trabajo establecidas en pactos, acuerdos de empresa y convenios colectivos extraestatutarios.*

Este procedimiento se encuentra previsto en el art. 41 ET, reservado a partir de la reforma introducida por el RD-Ley 3/12, de 10 de febrero, a la modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual y colectivas independientemente de cuál sea el origen de tales condiciones<sup>12</sup>. A partir de esta norma, el carácter individual o colectivo estará determinado por el número de trabajadores afectados por la medida modificadora. Sólo quedan al margen de este procedimiento modificador aquellas condiciones de trabajo establecidas en convenios colectivos del Título III ET, cuyo procedimiento de inaplicación está regulado en el art. 82.3 ET.

Conforme al procedimiento del art. 41 ET, las condiciones de trabajo establecidas en acuerdo o pacto de empresa o en convenios colectivos extraestatutarios podrán ser modificadas sin ningún tipo de restricción de manera unilateral por el empresario, siempre que dicha modificación posea carácter individual. Es decir, siempre que la modificación no afecte a un número de trabajadores superior al previsto en el art. 41.2 (diez trabajadores en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores en la inmensa mayoría de las ocasiones, dados los datos del sistema productivo español), corresponderá al empresario unilateralmente la decisión de la modificación, recuérdese, de aspectos tan importantes como la jornada, la cuantía salarial o el régimen de trabajo a turnos.

En el caso de que la modificación supere los anteriores límites, la decisión también será, en última instancia, unilateral pero con el requisito de llevar a cabo un período de consultas de quince días previo a la toma de decisión empresarial. En las empresas en que existan representantes legales de los trabajadores, estos serán los interlocutores del empresario durante todo el proceso de modificación sustancial. Por el contrario, en las empresas en las que no exista representación legal de los trabajadores, éstos podrán optar entre atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes

---

<sup>12</sup> Cfr. González González, C., «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo tras la Ley 3/12, de 6 de julio», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n° 9, 2013; RAMOS MORAGUES, F., «Modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo», *Aranzadi Social*, n° 44, 2012; e Iglesias Cabero, M., «Modificación sustancial de las condiciones de trabajo», *Actualidad Laboral*, n° 2, 2013.

designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. Esta designación habrá de llevarse a cabo en el plazo de cinco días.

*b) Inaplicación en la empresa de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable*

Al margen del procedimiento previsto en el art. 41 ET, y mucho más significativo a los efectos que aquí interesan, el art. 82.3 ET regula, a partir del RD-Ley 3/12, de 10 de febrero, el procedimiento de inaplicación de condiciones de trabajo reguladas en convenios colectivos del Título III, independientemente de su ámbito de aplicación. En dicho precepto, se prevé la posibilidad de inaplicar un convenio del Título III, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art. 87.1 ET.

Las reformas de la negociación colectiva han llevado a cabo un auténtico torpedeo de la intangibilidad del convenio colectivo, hasta el punto de implementar o flexibilizar hasta seis mecanismos de inaplicación del convenio colectivo distintos. Así, siguiendo a GOÑI SEIN<sup>13</sup>, podemos mencionar, junto al previsto en el art. 82.3 las siguientes técnicas negociadas de inaplicación directa: inaplicación por adopción negociada de un nuevo sistema de clasificación basado en grupos profesionales (art. 22 ET, Disp. Adic. 9ª Ley 3/2012); inaplicación por negociación de un convenio colectivo «sui géneris» de empresa (art. 84.2 ET); la modificación del convenio colectivo durante su vigencia (art. 86.1 ET); la modificación del convenio colectivo en situación de prórroga tras la terminación de la vigencia inicial (art. 86.3 ET); la «desectorialización» o sustitución del convenio de sector por el de empresa, una vez denunciado y concluida su duración.

Centrándonos en el supuesto previsto en el art. 82.3 E.T., ante todo, hemos de advertir que la separación de este procedimiento del previsto en el art. 41 ET es puramente formal, ya que, en el marco de la empresa, el convenio colectivo será sustituido, respecto de las más importantes

---

13 Goñi Sein, «Técnicas de inaplicación de los convenios colectivos: flexibilidad interna negociada», *Aranzadi Social*, n° 9, 2013.

aspectos de la prestación de trabajo, por el acuerdo de inaplicación. Dicho acuerdo de inaplicación no sólo inaplica el convenio sino que crea un nuevo régimen jurídico sustitutivo de aquel.

El procedimiento previsto en dicho precepto se inicia con un período de consultas similar al art. 41 con el objetivo de inaplicar algunas de las condiciones de trabajo detalladas en tal precepto, con independencia del carácter del convenio colectivo a inaplicar, esto es, sea este de sector o de empresa.

En este nuevo régimen jurídico destacan dos aspectos. En primer lugar, la generosidad con que se valora la concurrencia de causas que justifiquen la adopción de la medida. En concreto, bastará la disminución persistente de su nivel de ingresos y ventas. En todo caso, «se entenderá que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos», concluye el nuevo precepto.

En segundo lugar, en lo que aquí ahora interesa, en los supuestos de ausencia de representación legal de los trabajadores en la empresa, éstos podrán atribuir su representación a una comisión designada conforme a lo dispuesto en el art. 41.4 ET (anteriormente analizado). Esto es, están legitimados para inaplicar convenios colectivos del Título III aquellos que no poseen capacidad para su negociación.

La trascendencia de este reconocimiento, a partir de la reforma del RD-Ley 7/11, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, de capacidad para la inaplicación formalmente bilateral de los convenios colectivos del Título III, ha sido relacionado incluso con prácticas inconstitucionales expresamente rechazadas por nuestro Tribunal Constitucional.

Esta regulación de la inaplicación en la empresa de las condiciones de trabajo previstas en convenios colectivos del Título III y, en especial, la atribución de legitimidad desde la perspectiva de los trabajadores a esta comisión *ad hoc*, implica la mayor flexibilización del convenio colectivo de las implementadas por las recientes reformas. Se consigue por la vía legal, como acabamos de mantener, una vieja reivindicación empresarial consistente en, dadas determinadas circunstancias económicas, técnicas, organizativas o de producción, poder separarse del cumplimiento de un convenio colectivo anteriormente negociado con los representantes de los trabajadores, a través de un procedimiento individualizado, al margen pues de los mecanismos y legitimidades necesarias para la aprobación de dicho convenio colectivo. Este sistema de inaplicación del convenio colectivo ha

sido tradicionalmente calificado por nuestra doctrina y jurisprudencia como «autonomía individual en masa»<sup>14</sup>.

El Tribunal Constitucional ha analizado en varias ocasiones esta problemática, enraizada directamente con las relaciones entre autonomía individual y colectiva<sup>15</sup>. Estas situaciones están siempre sujetas a sutiles equilibrios en muchas ocasiones no resueltos expresamente por nuestro ordenamiento jurídico. La parquedad del art. 3 ET a la hora de definir el espacio de la autonomía individual y su relación con las fuentes del derecho, especialmente el convenio colectivo, puede acarrear importantes problemas interpretativos. Al mismo tiempo, la delimitación de dichos espacios va más allá de una mera reflexión jurídica y engarza directamente con la concepción que del propio Derecho del Trabajo, y de sus características básicas, se parta.

El Tribunal Constitucional configuró en su sentencia 105/92, de 1 de julio, el primero de los grandes pilares de la doctrina constitucional en esta materia. El recurso de amparo que dio lugar a este pronunciamiento tuvo como objeto la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 26 de enero de 1988, que había aceptado la licitud de una práctica empresarial según la cual se ofrecía de manera genérica a la totalidad de la plantilla la posibilidad de inaplicar individualmente el régimen de jornada establecido en el convenio colectivo, a cambio de lo cual se ofertaba una compensación dineraria<sup>16</sup>.

En la citada sentencia se entraba por vez primera a analizar el fondo del asunto, al contrario de lo que había ocurrido con anterioridad cuando fue denegada la admisión a trámite de un supuesto semejante por Auto 1074/88, de 26 de septiembre. Esta tendencia empresarial, y la confirmación de su validez por el Tribunal Central de Trabajo, había sido objeto de críticas por parte algún sector de la doctrina, llegando a ser

---

<sup>14</sup>García-Perrote Escartín, «Autonomía individual "en masa" y antisindicalidad», *Relaciones Laborales*, 1989-II, pp. 256 y ss.

<sup>15</sup>Véase, Escribano Gutiérrez, J., «Convenio colectivo y autonomía individual en masa», *Temas Laborales*, nº 84, 2006, pp. 155-165.

<sup>16</sup> Dicha práctica fue analizada y criticada -con anterioridad incluso a las sentencias del Tribunal Constitucional que entraron a conocer de la misma- por García-Perrote Escartín, I., «Autonomía individual "en masa" y antisindicalidad», *Relaciones Laborales*, 1989-II, pp. 263 y ss.

calificado como un mecanismo de fuga de la regulación uniforme del convenio colectivo estatutario<sup>17</sup>.

En síntesis, la doctrina contenida en la sentencia 105/92 consiste en afirmar que el espacio natural que en el sistema de fuentes tiene asignada la autonomía de la voluntad no puede imponerse respecto del lugar atribuido a la autonomía negocial del conjunto de los trabajadores formulada a través del convenio colectivo. La consecuencia inmediata que la sentencia del Tribunal Constitucional extrae de esta necesaria subordinación es que el convenio colectivo sólo puede ser objeto de modificación a través de los procedimientos de modificación y denuncia de estén arbitrados al efecto por el legislador. De lo contrario, «de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores, sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37 C.E.»<sup>18</sup>. En definitiva, de nuevo se trata de agilizar los procesos negociadores y eliminar obstáculos ante la negociación de convenios colectivos de concesión.

Esta sentencia pretendía, por tanto, evitar que mediante la cobertura de actuaciones bilaterales y plurales se impusieran adhesiones en masa que ocultasen «una trasgresión del resultado colectivo, a través de una vía formalmente individual, aunque realmente colectiva, y que margina el papel de los sindicatos como interlocutores negociales y desconoce la fuerza vinculante del convenio».

No obstante, esta doctrina del Tribunal Constitucional fue matizada con posterioridad por el propio Tribunal en la sentencia 208/93, de 28 de junio. En resumen, en esta última se valoraba la constitucionalidad de un supuesto de modificación individual de las condiciones retributivas, consistente en la introducción de una serie de gratificaciones temporales y pluses de disponibilidad, compensando así la creación de una obligación de disponibilidad asumida por ciertos trabajadores, no encontrándose ninguna de estas condiciones contempladas en el propio convenio colectivo. El Tribunal Constitucional en 1993 admitió la validez de lo acordado justificando su decisión fundamentalmente en el hecho de que

---

<sup>17</sup>Cfr. Casas Baamonde, M.E. y Baylos Grau, A., «La organización del trabajo y autonomía individual: la "desregulación" del convenio colectivo», *Relaciones Laborales*, 1988-I, 171 y ss.

<sup>18</sup> Fundamento Jurídico Sexto de la STCo 105/92, de 1 de julio.

las mismas no perjudicaban a los trabajadores. Junto a ello, el Tribunal se basaba en que las medidas cuestionadas se encontraban exentas de ánimo alguno de antisindicalidad, dado que las condiciones ofertadas por la empresa en esta ocasión no suponían una tentativa de soslayar y evitar la intervención de los representantes sindicales, puesto que dichas medidas no tenían la trascendencia, importancia y significación necesarias para que la presunta pretensión antisindical pudiera considerarse existente<sup>19</sup>.

Se introducían además dos argumentos de capital importancia en lo que respecta a las relaciones entre autonomía individual y colectiva: los relativos a la capacidad del contrato de trabajo para regular aquellas materias que no lo hubieran sido por el convenio colectivo, y al hecho de que «la mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva no supone un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión».

En definitiva, el Tribunal Constitucional abrió, en la sentencia 208/93, nuevas vías de potenciación de la autonomía individual: por una parte, se aceptaba la regulación de las materias no contempladas en el convenio colectivo; y, por otra, se reconocía la capacidad de aquélla para la consagración de condiciones de trabajo que no supusieran una alteración sustancial que marginase el pacto colectivo.

Estas declaraciones del Tribunal Constitucional fueron reiteradas posteriormente en su Sentencia 74/96, de 30 de abril, en la cual se consideraba que, si bien no es descartable la hipótesis de que a través de pactos favorecedores suscritos individualmente entre trabajador y empresa se cobije una estrategia empresarial destinada a mermar la posición profesional que en el ámbito de la mediación laboral corresponde por mandato constitucional a las organizaciones sindicales, ello no ocurre de manera automática. Con posterioridad, la Sentencia del Tribunal Constitucional 107/00, de 5 de mayo, tuvo ocasión de pronunciarse sobre un supuesto un tanto diferente por cuanto que no se trataba de alterar un convenio colectivo vigente, sino de suplantar el espacio que debiera ocupar un convenio dejado de negociar ante la imposibilidad de que las partes llegaran a un acuerdo. Dado que este acuerdo no se alcanza, la empresa procede a una negociación individualizada con sus trabajadores. Ante esta situación, el Tribunal Constitucional reiteró que la autonomía individual no puede proceder a la modificación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo cuando ello, atendiendo a la

---

<sup>19</sup> Fundamento Jurídico Cuarto.

trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la función negociadora de las organizaciones sindicales o vacíe sustancialmente el contenido efectivo del convenio.

Por último, la Sentencia del Tribunal Constitucional 238/05, de 26 de septiembre, como ya se hizo en la Sentencia del Tribunal Constitucional 105/92, y apartándose del posicionamiento posterior de este tribunal, niega la posibilidad de hacer prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores sobre la autonomía colectiva plasmada en el convenio colectivo legalmente pactado entre los sindicatos y la representación empresarial. De lo contrario, mantiene el Constitucional, «quebraría el sistema de negociación colectiva configurado por el legislador, cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37.1 Constitución Española» (F.J. Cuarto). Todo ello a pesar de que no se produce una modificación o derogación expresa del contenido del convenio colectivo, que se mantendría en vigor para el resto de los trabajadores y en los aspectos no afectados por el nuevo horario para los trabajadores que aceptaran la genérica oferta empresarial.

Sin embargo, los convenios colectivos no han de «petrificar» las condiciones pactadas. Por el contrario, ha de conjugarse semejante fuerza vinculante con la necesidad de adaptar el convenio colectivo a las alteraciones de las condiciones económicas, técnicas, etc., si bien el procedimiento a seguir habrá de ser el previsto en el propio convenio colectivo y en el Estatuto de los Trabajadores. La resistencia al cambio del convenio se predica frente a la autonomía individual, que, como es el caso, puede incluso introducir una modificación que sea más beneficiosa para el trabajador individualmente considerado. Frente a los procedimientos estatutarios, en concreto el del art. 41 ET (tras la reforma art. 82.3) o los previstos en los convenios, no cabría objetar ningún tipo de reserva constitucional. Es decir, la inconstitucionalidad de la modificación no viene ni por el contenido de la modificación ni por el carácter de lo modificado (el convenio colectivo), sino únicamente por la utilización de un instrumento no autorizado por el convenio colectivo empleado para dicha modificación<sup>20</sup>.

---

20 En el mismo sentido se pronuncian las SSTCo 107/00, de 5 de mayo y 225/01, de 26 de noviembre.

Esta es precisamente la línea que el legislador de las reformas de 2010, 2011 y 2012 ha explotado hasta sus últimas consecuencias<sup>21</sup>. De este modo, crea un procedimiento formalmente bilateral e inscrito dentro de los procedimientos de inaplicación de los convenios colectivos pero que, en la práctica, no se diferencia en exceso de la, en su día, rechazada por el Tribunal Constitucional autonomía individual «en masa». Se trata de un procedimiento sólo formalmente bilateral puesto que una auténtica capacidad de negociación no puede darse respecto de unos sujetos expresamente elegidos para llevar a cabo la negociación de la inaplicación convencional y que, además, no gozan de las garantías atribuidas a los representantes de los trabajadores<sup>22</sup>.

Volviendo a la idea que nos sirve como hilo conductor, podemos afirmar que unos sujetos sin legitimidad para negociar un convenio colectivo de empresa, sí que poseen la suficiente para poder llevar a cabo una inaplicación de cualquiera otro convenio, incluidos los de ámbito superior («sea este de sector o de empresa» se encarga de remarcar el art. 82.3 ET). Se consigue, pues, despojar de toda resistencia pasiva a los convenios colectivos, creando una suerte de unidad de negociación-inaplicación totalmente descentralizada. Por tanto, y dado la estructura productiva española fuertemente segmentada, aquellas competencias generosamente cedidas por el legislador en favor de la negociación colectiva, se convierten, por la vía de los hechos, en competencias unilaterales del empresario. Además, la atribución de competencias a esta comisión de trabajadores terminará menoscabando la presencia de organizaciones sindicales en el seno de la empresa<sup>23</sup>.

Aun en el caso de que los trabajadores tuvieran el suficiente poder de negociación como para negarse a implementar la inaplicación del convenio colectivo por las supuestas necesidades empresariales, no significará, en última instancia, que el convenio colectivo quede inmune desde el punto de vista de su aplicación. En concreto, nos referimos a la posibilidad, una vez finalizado el proceso de negociación previsto en el art. 82.3 ET, de que la empresa, descontenta con el resultado de tal proceso, acuda al arbitraje obligatorio de la Comisión Consultiva Nacional

---

21 Baylos Grau, A., «En la onda de las reformas estructurales: la negociación colectiva colonizada desde la unidad económica empresaria», *Cuadernos de la fundación*, nº 20, 2011, p. 6.

22 García Viña, J., *La negociación colectiva en España tras las Últimas Reformas*, Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 244.

23 Guamán Hernández, A. y Illueca Ballester, H., *El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo*, Sequitur, Madrid, 2012, p. 112.

de Convenios Colectivos<sup>24</sup>. La decisión de este órgano (o el equivalente de la respectiva Comunidad Autónoma) tendrá la misma eficacia que los acuerdos alcanzados en período de consultas y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91 ET.

La atribución de esta competencia en favor de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, orientada a quebrar la resistencia de los representantes de los trabajadores, nos evoca inmediatamente el laudo de obligado cumplimiento establecido en el artículo 25.b) del Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, cuya inconstitucionalidad fue declarada por la importante Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril. No debemos olvidar que los órganos llamados a resolver el conflicto son de naturaleza administrativa, aunque tengan una base tripartita y faciliten la participación de las organizaciones sindicales y empresariales. La Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981 ya advirtió que el recurso a este tipo de procedimientos debe limitarse a casos excepcionales y ampararse en la defensa del interés general, lo que no parece muy acorde con el significado y alcance atribuido a los acuerdos de descuelgue en el artículo 82.3 ET.

*c) Estatuto jurídico del trabajador designado como integrante de la comisión de negociación de la inaplicación convencional*

Como hemos podido comprobar, el legislador consigue, a través de la creación de un nuevo sujeto legitimado para negociar la inaplicación del convenio colectivo de empresa o sectorial aplicable en la misma, superar el problema más importante ante el que se encontraba la introducción de mayores niveles de flexibilidad en la empresa (art. 82.3 ET). Sin embargo, el legislador no ha establecido ningún tipo de referencia a un posible estatuto jurídico de los trabajadores designados expresamente para llevar a cabo la negociación de la inaplicación de los convenios colectivos aplicables en materias tan importantes como la jornada de trabajo, el horario o la cuantía salarial.

De esta manera, como hemos mantenido con anterioridad, la nueva regulación posterior a las reformas de 2011 y 2012, supone un menoscabo de la eficacia de los convenios colectivos, sometidos a una situación de permanente interinidad. Además, las escasas garantías que los sujetos

---

<sup>24</sup> Sobre el nuevo marco normativo regulador de esta institución, puede verse Blasco Pellicer, A., «El nuevo Reglamento de la Comisión consultiva nacional de convenio colectivos», *Relaciones Laborales*, nº 1, 2013.

legitimados para la negociación de la inaplicación convencional del convenio de empresa o sectorial en el contexto empresarial incrementa dicha situación de pérdida de eficacia. Ello ha generado un importante desarrollo doctrinal en aras a determinar qué garantías serían extensibles a estos nuevos protagonistas de nuestra actividad negocial.

En este sentido, las posturas doctrinales se han dividido a la hora de aportar una interpretación a esta crucial cuestión. Por una parte, hay autores que opinan que los miembros de esta comisión *ad hoc* no conforman una nueva instancia representativa por lo que no sería posible extenderles las garantías de éstas, calificándolos como meros portavoces de los trabajadores<sup>25</sup>. Por el contrario, otro sector doctrinal, partiendo de las competencias atribuidas a tales representaciones, junto al hecho de que asumen una representación concedida expresamente por el resto de sus compañeros, llega a la conclusión de que habría que concederles el estatus de auténticos representantes y, como tales, habrán de estar protegidos por derechos semejantes a los que se atribuyen al resto de los representantes de los trabajadores<sup>26</sup>.

A pesar de los esfuerzos teóricos en este sentido<sup>27</sup>, hemos de advertir que los mismos chocan con un doble obstáculo. Por una parte, con el hecho de que muchas de las garantías atribuidas a los representantes de los trabajadores lo son en exclusiva en favor de las representaciones tradicionales (sindicales o estatutarias), como es el caso de la legitimación activa en el proceso de conflicto colectivo (art. 154 de la Ley 36/11, de octubre, reguladora de la jurisdicción social). En segundo lugar, esta exclusión es una consecuencia del propio deseo del legislador de crear un ámbito de inaplicación ágil, posibilitado, fundamentalmente, por el desequilibrio de la posición de los negociadores. De no ser así, hubiera concedido dicha legitimación para la negociación de la inaplicación convencional a sujetos que ya poseen las garantías tradicionalmente atribuidas a los representantes de los trabajadores, como hubiera una comisión externa a la empresa conformado por representantes de los sindicatos representativos en el sector al que pertenezca la empresa.

---

25 Alfonso Mellado, A., «Las medidas para incrementar la flexibilidad interna», AA.VV., *La reforma laboral en el Ley 35/10*, Valencia, Tirant lo Blanch, p 112.

26 De La Villa Gil, L.E., «Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa en escondida en la reforma laboral de 2010», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 23, 2011, p. 6.

27 Nieto Rojas, P., «Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores», en Escudero Rodríguez, R., *La negociación colectiva en las reformas de 2010, 2011 y 2012*, Cinca, Madrid, p. 77.

*d) Una nueva paradoja: la mayor resistencia al cambio del convenio colectivo extraestatutario*

Tras las reformas ahora comentadas del Estatuto de los trabajadores, conforme al art. 85 ET, dentro del contenido mínimo de los convenios colectivos se habrá de determinar los procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la no aplicación de las condiciones de trabajo a que se refiere el art. 82.3 ET. Es decir, la inaplicación del convenio colectivo se convierte en otra de las manifestaciones de derecho necesario absoluto hasta ahora prácticamente expulsadas de nuestro ordenamiento jurídico-laboral. Los negociadores del convenio colectivo no pueden, de ningún modo, decidir la intangibilidad del convenio colectivo que se negocia en el marco de las correspondientes transacciones.

Sin embargo, no existe previsión alguna al respecto en lo que se refiere al convenio colectivo extraestatutario cuya modificación sustancial se prevé en el art. 41 ET. Es decir, sería imaginable que en el marco de la negociación de esta manifestación de la autonomía colectiva se pactara su intangibilidad futura por la vía de dicho precepto.

Dado que la modificación sustancial de condiciones de trabajo prevista en el art. 41 ET sólo puede afectar a las materias expresamente mencionadas en el propio precepto (jornada de trabajo, horario y distribución del tiempo de trabajo, régimen de trabajo a turnos, sistema de trabajo y rendimiento y funciones) no se podría modificar la cláusula de intangibilidad prevista por dicho convenio colectivo extraestatutario. Dichas cláusulas no serían en ningún momento contrarias al ordenamiento jurídico español, toda vez que la modificación sustancial se concibe como una facultad voluntaria del empresario que, en el marco de la negociación del convenio colectivo extraestatutario, podría renunciar a su ejercicio.

## **V. Apología del convenio colectivo de empresa**

Otro de los grandes ejes sobre los que descansan las reformas de 2011 y 2012 del Estatuto de los trabajadores, es el de priorizar la negociación colectiva de empresa sobre cualquier otro nivel de negociación, lo que ha

sido calificado, desde nuestro punto de vista acertadamente, como nueva vuelta de tuerca más hacia un modelo descentralizado irracional<sup>28</sup>.

Este encumbramiento del convenio colectivo de empresa se lleva a cabo a través de dos fases. En primer lugar, la reforma introducida en el RD-Ley 7/11, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, lo consideró el convenio preferente, salvo acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma que estableciera reglas distintas sobre la estructura de la negociación colectiva. En segundo lugar, con la supresión, a través del RD-Ley 3/12, de 10 de febrero, de la posibilidad excepcional prevista anteriormente, es decir, de nuevo un mandato de derecho necesario absoluto flexibilizador.

De esta forma, el convenio colectivo de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio colectivo sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en una serie de destacadas materias, tales como la cuantía del salario, horario y distribución del tiempo de trabajo, adaptación del sistema de clasificación profesional a la empresa, etc.

Es decir, las más importantes condiciones de trabajo pasarán a estar reguladas por convenios colectivos de empresa de manera prioritaria, sin que exista la posibilidad de alterar semejante prioridad<sup>29</sup>. Además, la lógica del criterio de la preferencia aplicativa favorece su generalización al resto de los contenidos, provocando una importante *vis expansiva*, teniendo en cuenta que esa limitación de contenidos sólo es temporal, dado que lo es tan sólo durante el período de vigencia del convenio sectorial (art. 84.1 ET)<sup>30</sup>.

El legislador flexibilizador da con semejante medida un paso más, quizás el más significativo, en la configuración del convenio colectivo como un instrumento de pura gestión empresarial<sup>31</sup>. De nuevo debemos partir para comprender la trascendencia de semejante medida de la propia estructura productiva de España. En este sentido, a pesar de la fuerte segmentación de nuestra realidad empresarial, el número de empresas con convenio colectivo propio ha sido hasta ahora significativamente

---

28 Molina Navarrete, «De las reformas laborales a un nuevo, e irreconocible, estatuto del trabajo subordinado», *RDTSS*, n° 348, 2012.

29 Correa Carrasco, M., «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales», *R.D.S.*, n° 59, 2012, p.37.

30 Cruz Villalón, J., «Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011», en García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J.R., *La reforma de la negociación colectiva*, *cit.*, p. 36.

31 Valdés Dal-Ré, F., «La reforma de 2012 de la negociación colectiva: la irrazonable exacerbación de la función de gestión», *cit.*

reducido. A través de la última reforma ahora comentada, se trata de acabar con semejante situación indeseada.

Teniendo en cuenta la escasa dimensión media de nuestras empresas, la tradicional huida del convenio de empresa y el acudir a los convenios colectivos sectoriales (en especial de ámbito provincial) como marco protector, estaba plenamente justificado desde la perspectiva de los trabajadores. Esta situación se ve, tras las recientes reformas, significativamente alterada, dando cumplimiento a una antigua reivindicación de los sectores más liberales de la doctrina<sup>32</sup>, a sabiendas de que en el marco de la empresa es tradicional la escasa presencia sindical, consecuencia, en muchos casos, de una represión encubierta del hecho sindical<sup>33</sup>.

Así pues, la potenciación de los convenios colectivos de empresa en un contexto de fuerte segmentación empresarial y de crisis económica y de empleo, tiene como consecuencia lógica el que las distintas empresas, a través de la utilización de este mecanismo convencional, utilizarán el valor de cambio de la fuerza de trabajo como instrumento de competencia entre ellas<sup>34</sup>. La regulación de condiciones de trabajo a través de los convenios colectivos de sector, especialmente provinciales, tenía como objetivo el evitar, precisamente, esta infinita lucha por abaratar los costes laborales<sup>35</sup>. De este modo se da cumplimiento a las consignas dictadas por los organismos internacionales generadores de la peor crisis conocida por el modo de producción capitalista, esto es, el FMI, la OCDE y el Banco Central Europeo<sup>36</sup>.

Además, esta potenciación del convenio colectivo de empresa supone la singularización del derecho español de negociación colectiva respecto de otros modelos comparados tales como el alemán. En éste, su jurisprudencia establece un límite infranqueable al respecto, al vincular la

---

32 Cfr. Durán López, F., «Los convenios colectivos, el sistema de fuentes y las relaciones laborales», en AA.VV., *Estado Social y autonomía colectiva: 25 años de negociación colectiva en España*, Ministerio de Trabajo, Madrid, 2006, pp. 91-105.

33 Guamán Hernández, A. y Illueca Ballester, H., *El huracán neoliberal*, cit., p. 108.

34 Véase, Cardenal Carro, M., «Un supuesto específico de concurrencia: la prioridad del convenio de empresa», en *Convenios y negociación colectiva tras el RDLey 7/2011, de 10 de junio*, Aranzadi Social, nº 5, 2011, p. 19; Baylos Grau, A. y Cabeza Pereiro, J., «La lesividad de los convenios de empresa concurrentes con los de sector al amparo del art. 84.2 ET», *Revista de Derecho Social*, nº 59, 2012.

35 Véase, Cruz Villalón, J., «Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011», cit., p. 37.

36 Una valoración positiva de este proceso puede verse en Mercader Uguina, J., «Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios colectivos», en *La reforma de la negociación colectiva*, Lex Nova, Valladolid, p. 95.

viabilidad jurídica del acuerdo de empresa derogatorio a la aprobación de las partes negociadoras del convenio de sector afectado, entendiendo que, en caso contrario, la autonomía colectiva quedaría desvirtuada. De este modo, la pervivencia del control colectivo a nivel de sector se configura como una garantía *in extremis* de la efectividad del propio sistema de negociación colectiva, algo que, sin embargo, desaparece en nuestro modelo actual a tenor del carácter imperativo o indisponible de la norma legal<sup>37</sup>.

## VI. Ultraactividad o como presionar a los trabajadores a perder sus derechos

Tras el incremento de las funciones de regulación de la negociación colectiva experimentado a partir de la década de los noventa, el convenio colectivo se convirtió en el instrumento básico de regulación de importantes condiciones de trabajo, por ello el aseguramiento de una continuidad en la regulación convencional se convirtió en una cuestión de primer orden.

La Ley 3/12, de 6 de junio, viene a establecer una nueva redacción del art. 86.3 ET, conforme a la cual si transcurre un año desde la denuncia del convenio colectivo sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un laudo arbitral, aquél perderá, salvo pacto en contrario, su vigencia y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación.

De la lectura de tal precepto se desprenden las importantes posibilidades abiertas a la existencia de vacíos de regulación en espacios anteriormente ocupados por convenios colectivos. Dos cuestiones requieren de interpretación. En primer lugar, el precepto subordina la finalización del período de ultraactividad a la inexistencia de pacto en contrario. Dicho pacto no hace referencia, como aparecía en el precepto anterior a la reforma, a las cláusulas del convenio cuya vigencia finalizó, sino a un pacto posterior, introduciendo el legislador otra regla de derecho necesario absoluto<sup>38</sup>. Es decir, que serán los negociadores del nuevo convenio los que pueden decidir la continuidad, más allá del período previsto por el precepto, de las cláusulas normativas del convenio

---

37 Correa Carrasco, M., «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales», *cit.*, p.47.

38 Sempere Navarro, A.V., «Reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012», *Aranzadi Social*, nº 1, 2012.

colectivo denunciado. Pacto, por otra parte, más que improbable dado el nulo interés que la parte empresarial va a tener en que ello se produzca.

En segundo lugar, como cláusula de salvaguarda, una vez finalizado el plazo de un año, se procederá a la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior correspondiente. Si no existe un convenio superior aplicable o si, existiendo, contempla condiciones inferiores a las que venían disfrutando los trabajadores en virtud del convenio extinguido, éstas se incorporarán a sus contratos de trabajo y podrán ser alteradas unilateralmente por el empresario a tenor de lo dispuesto en el artículo 41 ET. Aspecto este último que, sin duda, favorece las conductas obstruccionistas de los empresarios durante el proceso de negociación colectiva, ya que, si no se llega a un acuerdo, se encuentran amparados por esta disposición legal que se aplicará siempre en última instancia para imponer la devaluación salarial<sup>39</sup>.

De este modo, durante el período que media entre un convenio y otro, en el caso de que las partes que negocian no decidan el mantenimiento del convenio anterior y no haya convenio de ámbito superior aplicable, se producirá inevitablemente el paso a un primer plano de la autonomía individual o, en última instancia, de la decisión empresarial, acentuándose el grado de disparidad en la posición jurídica de trabajador y empresario. Se adivina, de esta forma, un claro desincentivo empresarial hacia la negociación del nuevo convenio colectivo, puesto que para la parte empresarial será más ventajoso no negociar aquellas materias cuya única regulación sea convencional, sobre todo si ya han perdido efectividad desde el momento de la pérdida de vigencia del convenio colectivo que ha de sustituirse, o, en todo caso, valorar qué materias merecen negociación.

Conforme se desprende de lo anterior, es posible comprobar cómo un aparente incremento de las facultades de la negociación colectiva puede suponer, en última instancia, una precarización de los derechos de los trabajadores individualmente considerados, así como un incremento de las facultades unilaterales de la parte empresarial. En el supuesto de que no se pacte el mantenimiento de la ultraactividad por parte de los negociadores, el proceso de negociación del nuevo convenio colectivo se verá condicionado por la presión que supone la necesidad de cubrir los vacíos normativos existentes o evitar las posibles peores condiciones del convenio superior aplicable. Para que el objetivo de conceder un mayor protagonismo a la negociación colectiva en la determinación de su propia

---

39 Guamán Hernández, A. Y Illueca Ballester, H., *El huracán neoliberal*, cit., p. 123.

duración hubiese sido efectivo, sin implicar los riesgos que el nuevo modelo conlleva, debería haberse optado por un sistema mixto, que si bien garantizara un cierto período de estabilidad entre convenios, dejara a las partes negociadoras un cierto margen de decisión sobre la duración del período al que se va a extender la prórroga.

## VII. Conclusiones

Llegados a este punto sólo nos queda ratificar algunas de las hipótesis que aventuramos al comienzo de nuestro análisis de la nueva regulación de la negociación colectiva en España. En concreto, sólo es posible comprender en toda su extensión el significado de la misma si la relacionamos con el resto de las modificaciones que el Derecho del Trabajo ha experimentado tras el estallido de la crisis económica de 2008.

A partir de ese momento, se han sucedido una multitud de normas presididas por un objetivo fundamental, esto es, flexibilizar las condiciones de trabajo a través de un significativo aumento de las facultades unilaterales empresariales. Estas facultades unilaterales han encontrado tradicionalmente el límite de la bilateralidad de la negociación colectiva.

El convenio colectivo, como se encargó de demostrar la más reputada doctrina laboralista, puede desempeñar un destacado papel de gestión y deterioro de las condiciones de trabajo de los trabajadores. Es por ello que, al mismo tiempo que aumentaba la temporalidad contractual, aumentaban las facultades unilaterales empresariales en la determinación del objeto del contrato y se descausalizaba el despido, se incrementaban las competencias de la negociación colectiva.

No obstante, para llevar hasta sus últimas consecuencias estas potencialidades, se hacía necesario debilitar los procesos negociadores y la propia fortaleza del fruto de la negociación colectiva durante la vigencia pactada. Es este el objetivo de las reformas más recientes del ordenamiento jurídico español.

El mismo se ha hecho efectivo, básicamente, a través de las siguientes vías:

1. La unidad de negociación se descentraliza hasta sus últimas consecuencias. La empresa se convierte en el lugar de referencia de los nuevos convenios. Ello se consigue, no sólo considerándola como la unidad de negociación prioritaria, sino también a través de la admisión de mecanismos de inaplicación de los convenios colectivos sectoriales en el ámbito empresarial.

2. En segundo lugar, se debilita el banco social al atribuir la legitimidad negociadora de importantes condiciones de trabajo a sujetos que no tienen atribuidas ningún tipo de garantías y que sólo formalmente puede atribuírseles un carácter colectivo.

3. En tercer lugar, la duración pactada en el propio convenio colectivo se convierte en una pura formalidad, dadas las múltiples posibilidades de modificación y/o alteración del contenido convencional.

4. Todos estos objetivos se consiguen, por último, a través de un incremento de la incidencia normativa en el marco de la negociación colectiva. De este modo, la técnica del derecho necesario absoluto se convierte en el mecanismo ideal para imponer a los negociadores un determinado modelo de negociación colectiva.

En definitiva, las reformas llevadas a cabo en el sistema español de negociación colectiva ha respondido a un claro proyecto ideológico<sup>40</sup> que ha tenido como eje fundamental acabar con las resistencias colectivas de los trabajadores y conceder al empresario unos enormes poderes en la gestión de su empresa. Para ello se ha de admitir, sin ningún tipo de reserva, la consideración del trabajo como una mercancía de la que es necesario disponer de la manera más flexible posible.

## VIII. Bibliografía

Alfonso Mellado, A., “Las medidas para incrementar la flexibilidad interna”, AA.VV., *La reforma laboral en el Ley 35/10*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Barthélémy, J., «Négociation collective d’entreprise: dérogations ou concessions», *D.S.*, 1988.

Baylos Grau, A., «En la onda de las reformas estructurales: la negociación colectiva colonizada desde la unidad económica empresarial», *Cuadernos de la fundación*, nº 20, 2011.

Baylos Grau, A. y Cabeza Pereiro, J., «La lesividad de los convenios de empresa concurrentes con los de sector al amparo del art. 84.2 ET», *Revista de Derecho Social*, nº 59, 2012.

---

40 Rodríguez Piñero y Bravo Ferer, M., «La réforme espagnola de la négociation collective de 2011/2012», *Revue de droit comparé du travail et de la Sécurité Sociale*, nº 2012-I, pp. 1-10.

Cardenal Carro, M., «Un supuesto específico de concurrencia: la prioridad del convenio de empresa», en *Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio*, Aranzadi Social, nº 5, 2011.

Casas Baamonde, M.E. y Baylos Grau, A., «La organización del trabajo y autonomía individual: la "desregulación" del convenio colectivo», *Relaciones Laborales*, 1988.

Correa Carrasco, M., «La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales», *R.D.S.*, nº 59, 2012.

De La Villa Gil, L.E., «Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa en escondida en la reforma laboral de 2010», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 23, 2011.

Durán López, F., «Los convenios colectivos, el sistema de fuentes y las relaciones laborales», en AA.VV., *Estado Social y autonomía colectiva: 25 años de negociación colectiva en España*, Madrid, Ministerio de Trabajo, 2006.

Escribano Gutiérrez, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, Madrid, CES, 2000.

Escribano Gutiérrez, J., «Convenio colectivo y autonomía individual en masa», *Temas Laborales*, nº 84, 2006.

García-Perrote Escartín, «Autonomía individual "en masa" y antisindicalidad», *Relaciones Laborales*, 1989-II, pp. 256 y ss.

García Viña, J., *La negociación colectiva en España tras las Últimas Reformas*, Pamplona, Aranzadi, 2011.

González González, C., «La modificación sustancial de las condiciones de trabajo tras la Ley 3/12, de 6 de julio», *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 9, 2013

Goñi Sein, «Técnicas de inaplicación de los convenios colectivos: flexibilidad interna negociada», *Aranzadi Social*, nº 9, 2013.

Guamán Hernández, A. y Illueca Ballester, H., *El huracán neoliberal. Una reforma laboral contra el trabajo*, Madrid, Sequitur, 2012.

Iglesias Cabero, M., «Modificación sustancial de las condiciones de trabajo», *Actualidad Laboral*, nº 2, 2013.

Lago Peñas, J.M., «Un análisis cuantificado de los efectos de la reforma laboral sobre el empleo», *Colección Estudios de la Fundación Primero de Mayo*, nº 61, 2013.

Menéndez Calvo, R., *Negociación colectiva y descentralización productiva*, CES, Madrid, 2009.

Mercader Uguina, J., «Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios colectivos», en *La reforma de la negociación colectiva*, Valladolid, Lex Nova.

Molina Navarrete, «De las reformas laborales a un nuevo, e irreconocible, estatuto del trabajo subordinado», *RDTSS*, nº 348, 2012.

Nieto Rojas, P., «Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores», en Escudero Rodríguez, R., *La negociación colectiva en las reformas de 2010, 2011 y 2012*, Madrid, Cinca.

Palli, B., *La modification et la denonciation des conventions collectives de travail (Étude comparative en droits français, hellénique et britannique)*, Thèse Strasbourg, 2006.

Ramos Moragues, F., «Modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo», *Aranzadi Social*, nº 44, 2012;

Saramito, «Les accords dérogatoires», *Droit Ouvrier*, 1990, p. 253;  
Borenfreund, «La résistance du salarié à l'accord derogatoires», *Droit Social*, 1990, pp

Sempere Navarro, A.V., « Reforma de la negociación colectiva en el Real Decreto-Ley 3/2012», *Aranzadi Social*, nº 1, 2012.

Valdés Dal-Ré, F., *Relaciones laborales, negociación colectiva y pluralismo social*, Madrid, MTSS, 1996, p. 51.

Valdés Dal-Ré, F., «La reforma de 2012 de la negociación colectiva: la irrazonable exacerbación de la función de gestión», *Relaciones Laborales*, nº 23, 2012.

**ADAPT** es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el Centro de Estudios Marco Biagi, ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio [www.adapt.it](http://www.adapt.it).

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a [redaccion@adaptinternacional.it](mailto:redaccion@adaptinternacional.it)



**ADAPT**Internacional.it  
www.adapt.it

*Construyendo juntas el futuro del trabajo*