

EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL MARCO DE LA FLEXISEGURIDAD

Tomás Sala Franco

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universitat de València. Estudi General

Sumario: 1. Introducción. 2. El derecho de negociación colectiva: aspectos estructurales. 3. El derecho de negociación colectiva: aspectos funcionales. Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN

1.- El Libro Verde *para Modernizar el derecho laboral para afrontar los retos del siglo XXI*, de 22 de noviembre de 2006, lanzado por la Comisión Europea al espacio de un debate amplio (agentes sociales, estados miembros, doctrina científica) y multidisciplinar, aunque necesariamente incompleto y escorado hacia una visión reductiva del Derecho del Trabajo como simple condicionante de un empleo productivo y competitivo, persigue la consecución de más y mejor empleo a través de la interiorización e implantación en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros de la idea fuerza de la “flexiseguridad”; esto es, de las necesarias dosis combinadas de “flexibilidad empresarial” y de “seguridad para los trabajadores”, si bien basándose fundamentalmente en la “flexibilidad externa” (de contratación y despido) más que en la “flexibilidad interna” (de gestión interna de la mano de obra), al hablar básicamente de “formación y reclasificación profesional” y “protección del desempleo” de los trabajadores en el tránsito de un empleo a otro,

subrayando así que lo que hay que garantizar es el empleo del trabajador y no su puesto de trabajo.

Con independencia de los juicios de valor que este planteamiento de partida pudiera merecer por su indudable “reduccionismo” —significativos son, en este sentido, el silencio sobre la trascendencia del “modelo de crecimiento económico”, sobre el “reparto del poder dentro de la empresa” a través de fórmulas participativas o sobre la “existencia de derechos fundamentales del trabajador” de necesario respeto y la inclinación del modelo de relaciones laborales de partida hacia la flexibilidad externa, de entrada y salida, enfrentando a los trabajadores entre sí en la búsqueda de soluciones al desempleo—, no hay duda de que la nueva palabra acuñada, de origen anglosajón —“flexiseguridad”— puede servir de ayuda para canalizar el debate acerca de la, sin duda, necesaria modernización del Derecho del Trabajo de los distintos Estados miembros: ¿Cómo conseguir a la vez un empleo competitivo y de calidad?

2.- Por lo que aquí interesa, a los efectos de las siguientes reflexiones acerca del sistema español de fuentes del Derecho del Trabajo y su necesaria reforma, cabe señalar que las referencias del Libro Verde son ciertamente escasas sobre el tema.

Unicamente, en el Capítulo Segundo, en el plano de la legislación nacional, se hace una sucinta referencia a la evolución habida en las relaciones entre legislación y negociación colectiva, señalando que los convenios colectivos *“ya no quedan relegados a la función auxiliar de complemento de las disposiciones legales sobre las condiciones de empleo. En la actualidad, son instrumentos importantes que sirven para ajustar los principios legales a situaciones económicas específicas y a las circunstancias particulares de determinados sectores”*.

El propio Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro Verde, de 31 de mayo de 2007, apunta críticamente respecto de él como *“el Derecho Laboral no tiene que ver únicamente con el contrato individual, sino también con el derecho laboral colectivo”*, señalando en este sentido que *“los interlocutores sociales, tanto a escala nacional como europea, ya han contribuido con sus acuerdos y convenios colectivos... demostrando su capacidad para adaptar la relación de trabajo a nuevas realidades e imaginar otras formas de flexibilidad con las garantías adecuadas”*.

3.- En todo caso, para conseguir una *“flexiseguridad”* eficaz, es absolutamente preciso replantear el juego de los poderes normativos entre el Estado, la autonomía colectiva y la autonomía individual y entre éstos y el poder de dirección empresarial y los mecanismos de participación de los representantes de los trabajadores en la empresa.

Aunque la instrumentación jurídica de la *“flexiseguridad”* en el plano de las fuentes del Derecho del Trabajo exige tratar, en consecuencia, sobre tres cuestiones —las relaciones entre la ley y la negociación colectiva, el alcance normativo de la autonomía individual y la redistribución de los poderes en la empresa del empresario y de los representantes del perso-

nal—, en lo que sigue reflexionaré solamente sobre la primera de ellas en el Derecho del Trabajo español, abandonando por lógicas razones de espacio las otras dos.

2. EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ASPECTOS ESTRUCTURALES

4.- La ley, según el art. 37.1 de la Constitución, debe *“garantizar”* el derecho a la negociación colectiva. Y ello significa literalmente, como mínimo, su tutela frente a quienes quisieran atacarlo, minusvalorarlo o hacerlo desaparecer.

En primer lugar, la ley debe garantizar el derecho de negociación colectiva frente al Estado. En este sentido, la actual ley de desarrollo constitucional —el Título III del *Estatuto de los Trabajadores*—, da una gran libertad a las partes contratantes, no interviniendo la Administración Laboral si no es para garantizar la publicidad del convenio colectivo —tanto al inicio de las negociaciones (la comunicación para su registro de una copia del escrito de inicio de las negociaciones a la autoridad laboral a que se refiere el art. 89.1 del ET), como a su finalización (las exigencias legales de depósito, registro y publicación oficial del convenio colectivo acordado a que se refiere el art. 90.2 y 3 del ET)—, y para garantizar la legalidad del convenio colectivo —previando la impugnación judicial de oficio por parte de la autoridad laboral en el art. 90.5 y 6 del ET—.

Pero ha sido el propio Tribunal Constitucional el que ha señalado expresamente cómo el art. 37.1 de la Constitución supera *“la mera idea de libertad de negociación como esfera libre de injerencias”* estatales, exigiendo de la ley *“un papel activo en la concreción y desarrollo del derecho”* en una clara línea de promoción de la negociación colectiva (por todas, las SS.TC 73/1984 y 80/2000).

Podría afirmarse que, una vez asegurada la democracia en la que el Estado ha dejado de ser el *“enemigo”* del derecho de negociación co-

lectiva como lo fue en el periodo político anterior de negociación colectiva “*intervenida*”, una promoción eficaz del derecho de negociación colectiva significa, básicamente, a mi juicio, una postura frontal contra los ataques que pudieran venirle de parte del sector paleoliberal “*irredento*” partidario en el fondo de un modelo de relaciones laborales basado en la “*individualización de las relaciones laborales*”, lo que exige una regulación segura y razonable de la autonomía colectiva en todas sus manifestaciones.

5.- No olvidemos que el modelo que se dibuja en el horizonte de las relaciones laborales en la Europa comunitaria se corresponde con una mayor profundización en la autonomía y autotutela colectivas; esto es, con mejores convenios colectivos y con más y mejores procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales. En definitiva, el Estado (el Parlamento, la Administración y los jueces) cediendo terreno a la sociedad civil (los agentes sociales).

Ello exige, por una parte, de los sindicatos y de las asociaciones empresariales y empresarios una mayor formación y un mayor talante negociador. Y, por otra, del Estado, paralelamente, una legislación que promueva eficazmente la negociación colectiva y los procedimientos extrajudiciales de solución de los conflictos laborales y que solucione los problemas jurídicos actualmente existentes en cualquiera de ellos.

Sin duda, estamos todavía lejos del ideal de negociación colectiva deseable. Aunque se ha producido un formidable avance en los últimos veinticinco años, el nivel de cobertura, la estructura de la negociación, los contenidos negociados, el procedimiento de negociación y los mecanismos de interpretación y aplicación de los convenios acordados son todavía sustancialmente mejorables.

Y sucede, además, que muy probablemente las solas soluciones legales a los problemas que se plantean no puedan acabar con ellos. En este sentido, parece claro que los principales problemas de la negociación colectiva española —la errática estructura negocial en muchos casos, la pobreza en ocasiones de sus

contenidos, el mejorable procedimiento de negociación o los mecanismos de interpretación y aplicación de los convenios— dependen más de los actores, de su formación, de su experiencia y de su voluntad política, que de las reglas de juego legales.

Pero, en la medida en que algo se puede hacer desde la propia ley, trataré a continuación de hacer un repaso a nuestro sistema de negociación colectiva para identificar esos “*márgenes de necesaria actuación normativa*”, espigando algunos de los principales puntos críticos de las actuales normas reguladoras de la negociación colectiva; esto es, constatando aquello que falta por regular o que está regulado insuficientemente por la ley y detectando aquellos otros aspectos del sistema de negociación colectiva que deben ser desarrollados por los propios agentes sociales y no por la ley.

En todo caso, me moveré, en general, en una clave crítica con la situación normativa —no de complacencia con lo logrado— y, en particular, denunciando la falta de seguridad jurídica que en ocasiones presenta nuestro sistema de negociación colectiva.

6.- El primer problema detectable es el de la complejidad actual de nuestro sistema de negociación colectiva y el de la falta de seguridad jurídica mínima que se constata en su funcionamiento.

Coexisten en nuestro ordenamiento laboral hasta tres tipos de convenios colectivos: los estatutarios, los extraestatutarios y los pactos de empresa subsidiarios o sustitutivos de los convenios colectivos estatutarios sobre determinadas materias, que aparecieron con la Reforma Laboral de 1994 (clasificación profesional, régimen de ascensos, recibo de salarios, distribución irregular de la jornada a lo largo del año, límite de las nueve horas ordinarias diarias de trabajo efectivo, la acomodación de la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de la plantilla).

Y existen, además, los pactos que ponen fin a una huelga o a un conflicto colectivo (arts. 91 del ET y 8.2 del RDLRT), los pactos de empresa modificativos de convenios colectivos

estatutarios (art. 41.2 del ET), los acuerdos de descuelgue salarial (arts. 82.3 y 85.3 del ET), los pactos de reestructuración productiva (de modificación sustancial de condiciones de origen contractual, de traslado, de suspensión o de extinción de carácter colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción) (arts. 40, 41, 44, 47 y 51 del ET) o los innominados pactos de fusión o absorción de empresas.

Todos estos pactos regulan de alguna manera condiciones de trabajo y poseen un distinto régimen jurídico que tan sólo está “*relativamente claro*” en el caso de los convenios colectivos estatutarios del Título III del ET, planteándose especiales problemas en los casos de concurrencia entre ellos.

Piénsese, por vía de ejemplo, en el debate (doctrinal y jurisprudencial) existente —y que no decae— acerca de la existencia misma de los convenios colectivos extraestatutarios o acerca de su eficacia jurídica (normativa o contractual) (Lahera Forteza: 2008). O en esa jurisprudencia contradictoria que, tras afirmar que los convenios colectivos extraestatutarios poseen eficacia jurídica contractual, aplica a los mismos el art. 3.5 del ET sobre la irrenunciabilidad de derechos nacidos de norma y el art. 3.3 del ET sobre concurrencia entre “*normas pactadas*” (por todas, las SS.TS de 30 de noviembre de 1998, Ar/10047 o de 2 de febrero y 6 de junio de 1994, Ar/784 y 5464 o STCT de 12 de noviembre de 1987, Ar/2484). Debate que, sin duda, repercute notablemente sobre los conflictos de concurrencia entre convenios y sobre los criterios de solución de los mismos.

Piénsese también en el absurdo que supone, en otro orden de cosas, admitir la existencia de conflictos colectivos jurídicos sobre la interpretación de normas estatales (legales o reglamentarias), con la posibilidad de dar soluciones extrajudiciales a los mismos por vía de acuerdo en conciliación/mediación o de laudo arbitral, ambos con naturaleza jurídica equiparada a los convenios colectivos, estatutarios o extraestatutarios según la representatividad ostentada por las partes en conflicto.

Existe, pues, a mi juicio, la necesidad de una regulación legal unitaria que comprenda todas las manifestaciones de la autonomía y de la autotutela colectivas y que aclare el régimen jurídico mínimo (la eficacia jurídica y la eficacia personal aplicativa) y la solución de los conflictos de concurrencia entre ellas. Acaso, un nuevo Art. 3 del ET más rico, más complejo y de una mayor precisión técnica y alguna modificación puntual del Título III del ET.

7.- Ciñéndonos ahora a la negociación colectiva estatutaria, en cuanto a la legitimación para negociar, la actual regulación legal plantea una especial dificultad para controlar la representatividad exigida a las asociaciones empresariales en la negociación colectiva supraempresarial, ante la ausencia de censos fiables de empresas y de trabajadores de estas empresas.

Actualmente se corre el riesgo de que desaparezca la negociación colectiva en un ámbito determinado cuando, a resultas de la impugnación judicial del convenio colectivo estatutario —normalmente en aquellos casos en que existan dos asociaciones empresariales en un determinado sector que se manifiesten incapaces de negociar conjuntamente—, éste se declara judicialmente nulo como estatutario y válido como extraestatutario ya que, en la siguiente edición, la asociación empresarial firmante previsiblemente no negociará para no quedarse sin afiliados, dado que solamente a ellos se le aplicaría el convenio, aumentando consiguientemente sus costos sociales.

Es cierto que el problema queda de alguna manera paliado por la existencia de una jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (por todas, las SS.TS de 25 de enero de 2001, Ar/2065 o de 21 de marzo de 2002, Ar/3812) en el sentido de que los convenios colectivos se presumen válidos en tanto no se pruebe su ilegalidad. Presunción reforzada jurisprudencialmente mediante la negativa a aceptar la necesidad de acreditar la representatividad en el momento de constituir la comisión negociadora solicitada por otras asociaciones empresariales (Esteve Segarra: 2003: 110 y ss.). De esta manera, la prueba, ciertamente difícil, de que la asociación empresarial firmante no es le-

galmente representativa, corresponde a quien impugna el convenio por falta de legitimación empresarial (prueba de hechos negativos).

Pero también es cierto que el problema permanece sin solucionar, anclado actualmente en la aceptación de los sindicatos de la capacidad contractual de las asociaciones empresariales y en la idea de la representatividad empresarial “por notoriedad”.

No resulta fácil, sin embargo, la confección de censos fiables de empresas y de trabajadores en los distintos ámbitos de actividad. Y tampoco es fácil encontrar soluciones alternativas a la actual situación normativa sin modificar todo el sistema de negociación colectiva actual.

8.- Un segundo punto crítico, referido también a la legitimación para negociar, reside en la ausencia de previsión normativa de los convenios colectivos de grupo de empresas, cada vez más frecuentes, y en los problemas de legitimación que plantean según se les considere convenios de empresa o supraempresariales.

Aunque el Tribunal Supremo, a partir de la STS de 14 de junio de 1999, Ar/5216, si bien por mayoría de los magistrados en la Sala de lo Social frente a una minoría importante de ellos, ha mantenido una discutible y discutida tesis interpretativa en los últimos años según la cual se aplicarán por analogía las reglas de legitimación de los convenios de empresa a la parte empresarial y las reglas de legitimación de los convenios supraempresariales a la parte social, también se necesita aquí una legislación al efecto que aclare definitivamente el tema, reconociendo acaso la posibilidad de constituir representaciones unitarias y sindicales a nivel de grupo como solución de futuro, siguiendo el precedente de la Ley 10/1997, de 24 de abril, donde se reconoció la representación unitaria de grupo multinacional a nivel comunitario, en transposición de la Directiva Comunitaria existente al efecto y, consiguientemente, aplicar a los convenios colectivos de grupos de empresas las reglas de legitimación de los convenios colectivos de empresa.

9.- Una de las normas más complejas, y que más problemas interpretativos ha plan-

teado hasta la fecha, es sin duda el art. 84 del ET, relativo a la concurrencia entre convenios colectivos estatutarios, respecto del cual, por su gran trascendencia, cabe afirmar también la necesidad de una nueva regulación legal más precisa y, acaso, más matizada sobre el tema.

Son varias las cuestiones críticas o interpretativas que plantea este precepto legal:

1ª) En primer lugar, el preciso sentido del término “afectado” que utiliza el art. 84 del ET (“*un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto*”), bien como “*modificación de lo ya pactado en el convenio colectivo anterior*”—tesis interpretativa aceptada por la jurisprudencia (por todas, STS de 3 de mayo de 2000, Ar/4258)—, bien como “*convenio de distinto ámbito*” aunque se refiera a materias no pactadas en el anterior en una concepción globalizante de la negociación y del convenio, como podría deducirse de una interpretación literal del precepto.

2ª) En segundo lugar, el alcance de la positividad del art. 84 del ET, esto es, el alcance del convenio marco contrario al principio de no concurrencia respecto de la excepción al mismo prevista en los párrafos segundo y tercero de este precepto legal. Alcance que la jurisprudencia considera limitado por la excepción del art. 84 del ET (por todas, la STS de 22 de septiembre de 1998, Ar/7576, sobre el Convenio Colectivo Estatal de la Madera de 1996).

3ª) En tercer lugar, plantea igualmente dudas interpretativas el término legal “*ámbito determinado que sea superior al de empresa*” en el que podrá excepcionalmente renegociarse parte del convenio colectivo superior. Cabe referirlo solamente al “*ámbito territorial superior*”—tesis interpretativa jurisprudencialmente admitida (por todas, STS de 27 de diciembre de 1996, Ar/8991)— o cabría referirlo también al “*ámbito funcional superior*”, ampliando mucho más el alcance de la excepción legal al principio de no concurrencia entre convenios colectivos estatutarios.

4ª) En cuarto lugar, la redacción de la excepción legal al principio de no concurrencia de convenios ha ido probablemente demasiado lejos, permitiendo no sólo que a nivel autonómico se concurra con el nivel estatal sino también que, a niveles supraempresariales provinciales y aún menores, se concurra con los niveles de negociación superiores.

5ª) En quinto lugar, finalmente, las *“materias no negociables”* excluidas de la excepción de la no concurrencia de convenios (periodo de prueba, modalidades de contratación *“excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa”*, grupos profesionales, régimen disciplinario, movilidad geográfica y normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo) están reguladas con escasa técnica jurídica y de una forma muy rígida. Piénsese, en este sentido, en lo que ha sido el *“olvido freudiano”* de los límites legales de la articulación negocial en las experiencias de negociación colectiva articulada habidas en estos últimos años y aún en el Acuerdo Interprofesional sobre Negociación Colectiva de Abril de 1997 (Pérez de los Cobos: 2003: 305).

Por todo lo anterior, una legislación promocional de la negociación colectiva, en un tema tan importante como la estructura negocial, con la finalidad última de fomentar la deseable y racionalizadora articulación negocial donde todavía existe *“descentralización desarticulada”* con predominio de unos *“desabridos”* convenios colectivos provinciales, debería, a mi juicio, dar más seguridad jurídica y, al mismo tiempo, mayor libertad, tanto a los negociadores del convenio marco delimitador de la estructura negocial del sector como a los negociadores a nivel supraempresarial inferior. Serviría, a estos efectos, acaso, de modelo de referencia —con todas las variantes que se quieran según sectores de actividad— el reparto de competencias efectuado por el Acuerdo Interprofesional sobre negociación colectiva de Abril de 1997.

Para ello, una modificación del art. 84 del ET se hace igualmente necesaria, de manera que se permita que la articulación que se negocie en el convenio marco sectorial despliegue

su plena eficacia jurídica normativa y personal general o *“erga omnes”*, cosa que ahora resulta imposible por culpa del art. 84 del ET.

En este sentido, la ley de reforma podría hacer dos cosas (Valdés Dal-Re: 2001: 84 y ss.: y Pérez de los Cobos: 2003: 308):

1ª) En primer lugar, restringir la descentralización territorial del art. 84.2 del ET al ámbito de las Comunidades Autónomas, suprimiendo la posibilidad de una descentralización territorial *“en cascada”*. El problema es que tal restricción de las afectaciones permitidas perjudicaría los intereses del sindicalismo nacionalista, puesto que la *“tensión autonómica”* derivada de la representatividad de algunos de estos sindicatos se está traduciendo en algunos sectores en la negociación de convenios provinciales frente al convenio sectorial estatal y la STC 98/1985 señala en este sentido que el establecimiento de marcos autonómicos de relaciones laborales es una opción política legítima que no puede ser objetada jurídicamente.

2ª) En segundo lugar, sobre todo, positivizar el catálogo de materias excluidas de la concurrencia o descentralización negocial, permitiendo que el convenio marco sectorial amplíe o reduzca, según los casos, las materias renegociables a nivel autonómico. Y, acaso también, reformar el listado, incluyendo la estructura salarial y la jornada máxima, por tratarse de materias que afectan íntimamente ligadas a la productividad y competitividad empresarial.

10.- En íntima relación con la concurrencia de convenios colectivos, se encuentra la cuestión de la defectuosa regulación legal de su ultractividad normativa previa denuncia de los mismos, tal y como viene regulada en el art. 86.3 del ET, pese a la modificación operada en este precepto legal por la reforma normativa de 1994.

En efecto, este precepto legal, con un carácter dispositivo —admitiendo, por tanto, pacto colectivo en contrario— viene a señalar que *“denunciado un convenio colectivo, y hasta tanto no se logre acuerdo expreso... se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio”*.

No plantea problema alguno su aplicación cuando se trata de una negociación colectiva de revisión del convenio colectivo anterior del mismo ámbito. El precepto legal cumple en este caso la natural finalidad para la que fue promulgado; esto es, la cobertura normativa del “*interim*” que existe entre la pérdida de vigencia del convenio colectivo anterior y la entrada en vigor del siguiente.

Alguna dificultad interpretativa plantea la aplicación de este precepto legal cuando, tras la denuncia del convenio anteriormente aplicable, ambas partes deciden de mutuo acuerdo no revisar el convenio colectivo anterior, sino cambiar de unidad de negociación; esto es, someterse al convenio colectivo de ámbito funcional y/o territorial superior. En estos casos, aunque el precepto no parece estar pensando en esta situación, no existe un excesivo inconveniente en interpretar que el “*acuerdo expreso*” al que alude el art. 86.3 del ET da cobertura no solamente al “*acuerdo de revisión del convenio colectivo anterior*”, sino también al “*acuerdo de sometimiento al convenio colectivo de ámbito superior*”.

Mayores problemas interpretativos plantea, sin embargo, este precepto cuando las partes ni acuerdan la revisión del convenio colectivo anterior ni tampoco el sometimiento al convenio colectivo superior. Este sería el caso de iniciarse la revisión del convenio anterior no llegándose a un acuerdo o de que una de las partes quisiera someterse al convenio colectivo de ámbito superior y la otra no, rompiéndose igualmente las negociaciones de revisión del convenio colectivo anterior. ¿Qué convenio resultará aplicable en este supuesto? ¿El contenido normativo del convenio colectivo anterior con base en el art. 86.3 del ET prorrogado en su aplicación “*sine die*”, lo que petrificaría la unidad de negociación? ¿O el convenio colectivo superior, si lo hubiere, por ruptura de las negociaciones de la revisión del convenio colectivo anterior, interpretando que el “*acuerdo expreso*” al que alude el art. 86.3 del ET da cobertura también al “*acuerdo de ruptura de las negociaciones*”? Como es sabido, existe sobre esta cuestión jurisprudencia contradictoria en

ambos sentidos: a favor de la primera tesis (Cfr. por todas, la STS de 17 de noviembre de 1998, Ar/9750; a favor de la segunda, por todas, las SS.TS de 17 de octubre de 1994, Ar/8052 o de 6 de noviembre de 1998, Ar/9822).

A mi juicio, con independencia de que el convenio marco, al estructurar la negociación colectiva en el sector, debería ser el que estableciera cauces de solución efectiva de estos problemas, dado el carácter dispositivo del precepto legal, la ley debiera dar una solución clara para el caso de que el convenio marco nada dijera. Y esta solución podría ser, acaso, la de aplicar el convenio colectivo de ámbito superior a partir del acto de ruptura de las negociaciones, en el caso de existir éste; y, en caso contrario, mantener la ultractividad normativa en tanto no hubiera convenio colectivo aplicable —superior o revisado— o se produjera un acto administrativo de extensión.

11.- En cuanto al contenido negocial posible, el principal problema que se plantea es el de saber qué es posible jurídicamente negociar de lo regulado en las leyes y reglamentos laborales.

Obviamente, hay que respetar las normas imperativas absolutas y las de carácter imperativo mínimo o máximo. Pero el problema reside justamente en que el legislador rara vez aclara cuándo un precepto legal tiene carácter imperativo absoluto (mínimo o máximo) o carácter dispositivo y cuándo, teniendo el carácter de norma mínima imperativa, puede compensarse o no por otra condición más favorable para los trabajadores, debiendo los Tribunales interpretar la voluntad de la ley dificultosamente, lo que genera una notable inseguridad jurídica; esto es, la existencia de una gran conflictividad gratuita y de abundantes contradicciones jurisprudenciales, como lo demuestra el gran número de sentencias que, directa o indirectamente, aborda esta espinosa cuestión.

Las soluciones de futuro podrían ser varias:

1ª) Bien modificar el art. 3.3 del ET, estableciendo reglas claras en el ET en orden a la delimitación del alcance imperativo de los

mandatos normativos laborales y, en consecuencia, respecto de los límites imperativos de la negociación colectiva.

2ª) Bien delimitar el alcance imperativo de los distintos preceptos de cada ley o reglamento laboral en una disposición adicional propia que lo aclarase, concretando qué preceptos son absolutamente imperativos, mínimos, máximos o dispositivos; si compensables o incompensables y en qué condiciones.

3ª) O bien que todos y cada uno de los preceptos se autocalifiquen siempre a efectos de su imperatividad o dispositividad.

En todo caso, lo importante es que quede claro el alcance de la imperatividad de las normas cara a la negociación colectiva y, acaso también, cara a la contratación individual, cosa que hoy no sucede en un gran número de casos. En este sentido, cabe recordar que una norma debe tener necesariamente tres partes para estar bien hecha: debe contener un mandato normativo, el alcance imperativo de ese mandato y la sanción para el caso de incumplimiento del mismo. Y si a la norma le falta alguna de estas tres partes es que sencillamente está mal hecha.

12.- De otra parte, si nos situamos en una perspectiva distinta de la jerárquica de las relaciones entre ley y convenio colectivo; esto es, en el plano de las relaciones de complementariedad o de articulación, en virtud de las cuales la ley se remite al convenio colectivo para que éste complete determinados aspectos del mandato legal, las denominadas “*llamadas para complementar*” plantean también algunos problemas interpretativos que convendría aclarar siempre que por la ley se utilice esta técnica. Así:

1º) En primer lugar, el de los límites legales que eventualmente pudieran establecerse en las normas de reenvío respecto del acuerdo complementario del convenio colectivo. En este sentido, si bien hay remisiones legales a la negociación colectiva sin límites para ésta, lo normal es que las remisiones legales a lo pactado en un convenio colectivo fijen límites a la negociación.

Piénsese, por ejemplo, en lo dispuesto en el art. 15.1.a) del ET, respecto de los contratos temporales de obra o servicio determinados, cuando establece que “*los convenios colectivos... podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con contratos de esta naturaleza*”: ¿Se trata de una norma legal deslegalizadora —lo que supondría plena libertad para las partes negociadoras en orden a la conceptualización de las obras o servicios determinados sin sujeción a la definición legal y, sobre todo, a la interpretación jurisprudencial de la misma—, o por el contrario se trata de una norma legal limitadamente dispositiva que cede a lo pactado en convenio colectivo siempre que ello no contradiga el concepto legal, y jurisprudencial, de obra o servicio determinado? La jurisprudencia, como es sabido, se ha inclinado por la segunda tesis interpretativa (por todas, STS de 23 de septiembre de 2002, Ar/2004/703).

2º) En segundo lugar, el de si, en el caso de remisión de la ley al convenio colectivo, el derecho surge del mero reconocimiento legal o es necesaria la expresa concreción convencional. Resultan paradigmáticos en este sentido lo establecido en el art. 23.2 del ET en relación con el derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo, al establecerse que “*en los convenios colectivos se pactarán los términos del ejercicio de estos derechos*”, existiendo, como es sabido, doctrina y jurisprudencia contradictorias sobre el tema; o en el art. 36.2 del ET, respecto del salario del trabajo nocturno, cuando se dice que “*el trabajo nocturno tendrá una retribución específica que se determinará en la negociación colectiva*”.

13.- En otro orden de cosas, aunque ésta no sea, naturalmente, función del legislador sino de las partes contratantes al confeccionar materialmente los convenios colectivos, habría que realizar determinadas operaciones tendentes a dar seguridad jurídica a la hora de aplicarlos (cfr. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Guía de la negociación colectiva 2008. MTAS: 2008. pags. 105 y ss):

1ª) En primer lugar, es preciso “limpiar” los convenios colectivos de remisiones a normas obsoletas o derogadas (típica es, en este sentido, la frecuente remisión todavía de muchos convenios colectivos a las derogadas Reglamentaciones de Trabajo u Ordenanzas Laborales o a la derogada Ordenanza de Seguridad e Higiene en el Trabajo).

2ª) En segundo lugar, conviene evitar reiteraciones totales o parciales de las leyes y reglamentos laborales que nada añaden y que dificultan en ocasiones su recta interpretación.

3ª) En tercer lugar, debería tenerse un gran cuidado cuando se pacten las “cláusulas de garantía *ad personam*”, de “*absorción o compensación de condiciones*” o de “*vinculación a la totalidad*”, conociendo perfectamente el alcance de estas oscuras cláusulas convencionales, que se mantienen muchas veces “*por inercia*” en los convenios colectivos y que constituyen muy frecuentemente fuente de conflictos interpretativos que podrían evitarse.

4ª) En cuarto lugar, y sobre todo, es absolutamente necesario modernizar los ámbitos funcionales de los convenios colectivos supraempresariales, tomando en consideración las complejas modificaciones habidas en los distintos sectores de actividad empresarial.

Probablemente, las soluciones a este importante problema pasen, de un lado, por la delimitación lo más precisa posible del ámbito funcional de los convenios colectivos en la línea recomendada por la *Guía de la Negociación Colectiva 2008* de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (pag. 119) y, de otro lado, por la negociación de un Acuerdo Interprofesional que aporte soluciones claras a los problemas aplicativos de los convenios colectivos a las empresas que, cada vez más, desarrollan dos o más actividades (principales o subalternas).

14.- En el plano procedimental, una importante ausencia en nuestro sistema de negociación colectiva sigue siendo la de un “*Código de buena conducta negociadora*”, de obligatorio cumplimiento en todas las negociaciones co-

lectivas (estatutarias, extraestatutarias y pactos o acuerdos de empresa).

Tampoco creo que ésta sea una labor que deba realizar el legislador, sino más bien las asociaciones empresariales y los sindicatos más representativos, como sucede en otros ordenamientos, mediante pacto que concrete la obligación legal de negociar de buena fe.

Acaso, habría que profundizar en lo pactado en tal sentido inicialmente en el Acuerdo Interprofesional sobre la negociación colectiva de Abril de 1997 y mantenido por los Acuerdos Interprofesionales posteriores, pero concediéndole eficacia normativa y no obligacional, para así extender su aplicación más allá de los obligados por los Acuerdos Interprofesionales de referencia a todos los sujetos colectivos negociadores de cualquier tipo de pacto colectivo.

15.- En relación con los deberes de negociar y de negociar de buena fe del art. 89.1 del ET, se echa en falta el establecimiento de sanciones para el caso de incumplimiento de los mismos. Se trata, en este sentido, de una de esas normas que los clásicos denominaban “*minusquamperfectas*” por establecer un mandato normativo sin sanción.

A mi juicio, con independencia de otras sanciones jurídicas hoy ya posibles (planteamiento de conflicto colectivo o procedimiento especial de tutela de derechos fundamentales), cabría pensar en incluir en la LISOS a los sujetos negociadores incumplidores de estos deberes como sujetos responsables de infracción administrativa.

16.- En cuanto a la ruptura de las negociaciones, entiendo que sería recomendable que se acudiera en todo caso a los procedimientos extrajudiciales pactados de solución de los conflictos laborales; esto es, a los sistemas de conciliación-mediación o de arbitraje.

En este sentido, sería deseable que todos los Acuerdos Interprofesionales de solución extrajudicial de conflictos laborales poseyeran una eficacia jurídica aplicativa directa sin necesidad de tener que incorporar su contenido a los concretos convenios o pactos colectivos.

Una vez superado el primer momento de desconocimiento de lo que iba a suponer la puesta en práctica de estos procedimientos, entiendo que la eficacia aplicativa diferida de los Acuerdos Interprofesionales plantea problemas, tanto desde la perspectiva de la desigual aplicación de los mismos según exista ratificación o adhesión posterior o no, como desde la del reforzamiento injustificado de ciertas posiciones minoritarias sindicales o empresariales. Debería, por ello, pactarse en el futuro la eficacia aplicativa inmediata de los Acuerdos Interprofesionales o, todo lo más, si se optase por mantener la ratificación de los mismos, establecerla en un sentido negativo; esto es, fijando un plazo para que las partes afectadas pudieran desvincularse del Acuerdo en un sector, subsector o empresa determinados (Sala Franco y Alfonso Mellado: 2001: 107 y ss.).

17.- Finalmente, la actuación eficaz de las comisiones paritarias de los convenios colectivos constituye otra de las asignaturas pendientes de nuestra negociación colectiva, no sólo porque de hecho no funcionan con carácter general —caso por el temor de los representantes de ambas partes a ejercer su responsabilidad—, sino también porque los Tribunales tienden a minusvalorar su funcionalidad.

En efecto, los Tribunales conceden a las resoluciones de las comisiones paritarias el único valor de “interpretación auténtica” del convenio colectivo (por todas, STS de 20 de mayo de 1997, Ar/4107), considerando que su vinculación a los Tribunales atentaría al derecho a la tutela judicial efectiva (por todas, STS de 27 de marzo de 1996, Ar/2497).

A mi juicio, sin embargo, debería avanzarse en el reconocimiento a las resoluciones de las comisiones paritarias de un valor arbitral y, con ello, de convenio colectivo vinculante para los Tribunales, dado que no creo que atente contra el derecho a la tutela judicial efectiva. Conviene recordar, en este sentido, que ningún derecho constitucional —tampoco el derecho a la tutela judicial efectiva— es absoluto, sino que se encuentra limitado y limita a su vez a los demás —en este caso, el derecho de negociación co-

lectiva— siendo así, además, que, a través de la impugnación judicial (por ilegal o lesivo) de la resolución de la comisión paritaria, el derecho a la tutela judicial efectiva queda ciertamente a salvo (SS.TC 162/1989, de 16 de octubre y 217/1991, de 14 de noviembre).

Así pues, parece fundamental para el futuro de la negociación colectiva potenciar la administración de los convenios colectivos por parte de las comisiones paritarias.

18.- Mi posición final sobre una eventual reforma legal del sistema de negociación colectiva, sintéticamente expuesta, sería la siguiente:

1º) Aun reconociendo que el futuro de la negociación colectiva depende más de los agentes sociales negociadores que de la ley.

2º) Ello no obstante, la ley está necesitada de reformas dirigidas a la promoción de la negociación colectiva, garantizando fundamentalmente la seguridad jurídica del sistema; pero no de reformas que reduzcan, directa o indirectamente, su eficacia jurídica o su extensión.

3º) En todo caso, una regulación legal tan crucial como la referida a la negociación colectiva, verdadera constitución social del modelo de relaciones laborales, debería ser naturalmente consensuada, como lo fue inicialmente, aunque limitadamente, el Título III del Estatuto de los Trabajadores en el Acuerdo Básico Interconfederal de 1979.

2. EL DERECHO DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ASPECTOS FUNCIONALES

19.- “La negociación colectiva es el espacio natural del ejercicio de la autonomía colectiva de las organizaciones empresariales y sindicales y el ámbito apropiado para (entre otras cosas)... crear... modelos que permitan mejorar la productividad... y mejorar (la) calidad (del empleo)”, señala el primer párrafo del Capítulo I del Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva 2007 (en adelante, ANC 2007), prorrogado para el año 2008.

Así pues, “*autonomía colectiva*”, “*empleo competitivo*” y “*empleo de calidad*” se encuentran ya en el frontispicio de lo que piensan los principales agentes sociales de este país que debe hacerse con la negociación colectiva.

Esto es ya en sí mismo algo importante. Significa ello que no se trata de algo que es deseable que se introduzca en la negociación colectiva, sino de unos objetivos convencionales perfectamente interiorizados ya a nivel general por los interlocutores sociales.

Bastará, pues, en este sentido, con reparar el contenido del último ANC 2007 para identificar las materias básicas a negociar y las líneas generales de la negociación de las mismas (contratación, tiempo de trabajo, salarios, flexibilidad interna —clasificación profesional, movilidad funcional y formación profesional continua—, derechos fundamentales e igualdad de trato y seguridad y salud en el trabajo) y bastará, paralelamente, con “*bucear*” mínimamente en los contenidos de la negociación colectiva de estos últimos años para dar cuenta y valorar el “*estado actual de la cuestión*” planteada. Para ello, utilizaré a continuación los estudios más recientes sobre el contenido de la negociación colectiva: las publicaciones del Observatorio de Negociación Colectiva de CCOO, el Informe sobre “*La negociación colectiva como mecanismo de promoción de la igualdad entre hombres y mujeres*” del CES, el Balance de la Encuesta de CEOE sobre negociación colectiva, los Estudios de la UGT y los Estudios globales y sectoriales sobre negociación colectiva de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

20.- Las materias señaladas a que se refiere el ANC 2007 podrían agruparse, ciertamente, según estén pensando más en favorecer un empleo de calidad para los trabajadores (la contratación, la seguridad y salud en el trabajo o los derechos fundamentales y la igualdad de trato) o la competitividad empresarial (los salarios, el tiempo de trabajo o la flexibilidad interna).

Pero, seguramente, equivocáramos el rumbo si pensáramos así en términos “*mecánicos*” y no “*dialécticos*”, por cuanto la idea del “*equilibrio*

entre los intereses y derechos de los empresarios y los trabajadores” es, como no podría ser de otra manera, la “*idea-fuerza*” que subyace en el ANC 2007.

En definitiva, nada nuevo si no la idea misma de un nuevo “*pacto social*” adaptado a las circunstancias del momento presente de las relaciones laborales.

21.- Pasemos revista mínimamente a continuación a los objetivos pergeñados en el ANC 2007 y a los resultados obtenidos en la negociación colectiva de estos últimos años, comenzando por los “*criterios en materia salarial*” como presupuestos de un empleo competitivo.

Dentro de ellos, fijemos la atención en uno de los criterios salariales establecidos en el ANC, en “*la (necesaria) mejor relación entre retribución y productividad*”; esto es, “*el reforzamiento de la parte salarial variable*”.

Por lo que se refiere a esta cuestión, la principal conclusión que se obtiene del análisis de la negociación colectiva de estos últimos años es la de que “*esta reconoce la importancia de la productividad, si bien son pocos los convenios que establecen previsiones detalladas sobre los complementos de productividad*” (Mercader Uguina: 2007). Y ello, pese a la baja productividad nacional en relación con la media comunitaria, estimándose que más del 60 por 100 del coste salarial es fijo e, incluso, más del 80 por 100 si incorporamos la Seguridad Social. Estructura, sin duda, demasiado rígida para mantenerla en el futuro, aunque la parte fija conceda ciertamente seguridad al trabajador.

Las concretas experiencias negociales, en cuanto a los vínculos entre salario y productividad, vienen siendo las siguientes:

1ª) En determinados sectores de actividad (construcción o agricultura), se mantiene la modalidad tradicional del “*destajo*” como remuneración variable vinculada a la productividad del trabajador.

2ª) Las cláusulas específicas sobre productividad escapan de los convenios colectivos sectoriales y se pactan lógicamente más en los

acuerdos de empresa, empujados muchas veces por aquellos, con las consiguientes dificultades para poder analizar su alcance, debido a la lógica falta de publicidad de los mismos.

3ª) Ello no obstante, cada vez son más frecuentes los “*complementos de productividad*” establecidos en los propios convenios colectivos. Según datos del anterior Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Estadísticas de Convenios Colectivos), un 27 por 100 del total de convenios colectivos se ocupan del tema.

4ª) Las denominaciones convencionales de estos “*complementos de productividad*” son muy variadas (pluses por rendimiento, incentivos o primas a la producción, pluses de cantidad y calidad en el trabajo, pluses de especial dedicación, incentivos por ventas, complementos de eficacia, etc.), teniendo todos ellos en común su carácter de “*salario variable y no fijo*” y su vinculación con el rendimiento (individual o colectivo) del trabajo realizado.

5ª) En demasiadas ocasiones los convenios colectivos no regulan todos los elementos a tener en cuenta en un “*complemento de productividad*”, ampliando de esta manera la discrecionalidad empresarial. No se determinan los trabajos susceptibles de generar el complemento, su carácter individual o plural, los criterios para su devengo, el nivel mínimo de productividad exigible, el nivel máximo de productividad a partir del cual el complemento se “*congela*” o las consecuencias de la imposibilidad de percibir el complemento por culpa no imputable al trabajador.

Es, por tanto, muy importante, si queremos conseguir un “*equilibrio de intereses*” en este punto que el convenio colectivo descienda a detallar el concreto régimen jurídico de estos “*complementos de productividad*” y que permita el control de los objetivos por parte de los trabajadores.

6ª) Existen, desde luego, algunos convenios colectivos que establecen fórmulas más complejas de gestión del rendimiento de los trabajadores. Así sucede, por ejemplo, con la denominada “*retribución por objetivos individuales o por objetivos de grupos*”; o con el “*sala-*

rio variable vinculado al desempeño del trabajador”, evaluado por los mandos intermedios de las empresas de acuerdo con ciertos criterios; o con la denominada “*remuneración por competencias*”, dependiendo en este caso la retribución del trabajador no tanto del puesto que se ocupa sino de la formación adquirida y del grado de pericia alcanzado.

7ª) En cuanto a las fórmulas de participación en los beneficios de la empresa, como mecanismos de dinamización y de interesamiento de los trabajadores, lo tradicional en la negociación colectiva española ha sido desvirtuar convencionalmente la verdadera participación en beneficios en una “*tercera paga extraordinarias de beneficios*”, como concepto salarial fijo. Ello no obstante, se aprecia en los últimos años un tímido desarrollo convencional de una verdadera participación en los beneficios en determinados convenios colectivos de empresa.

8ª) Asimismo, existen casos aislados de convenios colectivos que prevén “*stock options*” o la entrega a los empleados de obligaciones convertibles en acciones o de acciones, si bien reducidas al personal directivo.

9ª) Finalmente, es detectable la paulatina desaparición de los complementos por antigüedad. Al menos en la mitad de los convenios colectivos sectoriales ha desaparecido y, en menor proporción, en los convenios de empresa. El grado de desaparición varía, ciertamente, según sectores.

22.- Por lo que se refiere a las posibilidades de la negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna, en la regulación de la clasificación profesional, de la movilidad funcional y de la polivalencia funcional, cabría señalar sintéticamente cuáles eran los objetivos marcados por el ANC y cuáles han sido los resultados obtenidos hasta ahora en la negociación colectiva:

1º) En cuanto a los sistemas de clasificación profesional en las empresas, los sucesivos ANC han apostado decididamente por una clasificación profesional por grupos profesionales (“*y cuando proceda, dentro de éstos, en áreas funcionales*”).

Con base en esta nueva filosofía, existen ya indicios suficientes en la negociación colectiva de que se está produciendo un cambio. Conforme a los datos proporcionados por la “*Encuesta sobre la negociación colectiva de la CEOE de 2005*”, en el 4 por 100 de los convenios colectivos analizados, afectando al 57 por 100 de los trabajadores, conviven los grupos y las categorías profesionales; en el 30 por 100 de los convenios colectivos, afectando al 15 por 100 de los trabajadores, se opta por las categorías profesionales; y en el 12 por 100 de los convenios colectivos, afectando al 23 por 100 de los trabajadores, la opción es por los grupos profesionales. Cabe deducir de aquí que existe un paulatino avance del grupo profesional como eje del sistema de clasificación profesional, disminuyendo el peso de las categorías, apreciándose más esta tendencia renovadora en los convenios colectivos de empresa y en los convenios colectivos estatales, siendo los convenios colectivos provinciales los más anclados en la categoría profesional.

2º) Por lo que se refiere a la movilidad funcional, si bien los sucesivos ANC han pretendido igualmente potenciar la negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en las empresas y de alternativa a los ajustes de plantilla, los resultados de la negociación colectiva son todavía muy pobres en este sentido, debido fundamentalmente a que los límites legales a la movilidad funcional del Art. 39 del ET tienen el carácter de mínimos imperativos, solamente mejorables en beneficio de los trabajadores y, por ello, difícilmente flexibilizables.

En la mayor parte de los casos, los convenios colectivos se limitan a reproducir las reglas legales o, lo que es lo mismo, a remitirse a ellas, siendo desde luego muy escasos los convenios colectivos que establecen garantías o limitaciones superiores a las legales en beneficio de los trabajadores.

Ello no obstante, se aprecia también aquí un cierto avance de la flexibilidad de la movilidad funcional en la negociación colectiva de empresa en los últimos años, aprovechando la posibilidad prevista en el Art. 39.5 del ET

de establecer distintas reglas de las legales para realizar una movilidad funcional extraordinaria. De esta manera, se ha podido pactar en alguna ocasión un procedimiento de movilidad funcional extraordinaria a medio camino entre el Art. 39 y el Art. 41 del ET, exigiendo solamente la notificación simultánea al trabajador afectado y al comité de empresa y respetando un periodo de consulta en el caso de una movilidad funcional de carácter colectivo.

3º) Finalmente, por lo que respecta a la polivalencia funcional, esto es, a la atribución al trabajador de funciones superiores y/o inferiores a las de su grupo profesional o a las de categorías profesionales equivalentes a la suya, con la intención de “*saturar o rellenar la jornada de trabajo*”, aunque los sucesivos ANC han apostado también por potenciarla, en la práctica de la negociación colectiva, aunque no son muy frecuentes, existen algunos convenios colectivos donde se han acordado “*pactos de polivalencia funcional*” o “*cláusulas de saturación de jornada*” en las que se contempla la obligatoriedad para el trabajador de desarrollar funciones diferentes a las correspondientes a su clasificación profesional.

Estos pactos encuentran su fundamento normativo, no en el Art. 22.5 del ET (referido a la polivalencia funcional acordada entre trabajador y empresario), sino en el Art. 39.5 del ET, cuando prevé la posibilidad de una movilidad funcional extraordinaria más allá de los límites del Art. 39 del ET, siguiendo las “*reglas*” que “*a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo*”.

En definitiva, para cumplir suficientemente con los objetivos pretendidos, se precisaría, de un lado, una regulación legal mejorada, siendo actualmente excesivamente oscura en cuanto a las posibilidades de negociación en materia de movilidad y polivalencia funcionales. Y, de otro lado, una negociación colectiva sustancialmente mejorada también en orden a la promoción de la movilidad funcional (negociando grupos profesionales suficientemente amplios, procedimientos de movilidad funcional extraordinaria distintos de los del Art.

41 del ET y la polivalencia funcional de los trabajadores).

Ahora bien, en este orden, los pactos de movilidad y de polivalencia funcionales solo serán equilibrados sobre la base de un sistema de formación profesional continua adoptado por la empresa. Es preciso, pues, desarrollar “programas de formación profesional”, dentro o fuera de la empresa, para facilitar la reconversión profesional de los trabajadores, su promoción profesional y, en general, la mejora de la organización del trabajo. En definitiva, el futuro debería pasar por una mayor movilidad y polivalencia funcionales pero con la efectiva garantía de una formación profesional continua de los trabajadores o, dicho de otra manera, por un nuevo contrato de trabajo que fuese un “contrato formativo”, donde la formación profesional continua fuese un derecho y una obligación tanto de los trabajadores como del empresario.

Esta idea aparece embrionaria y tímidamente en el ANC 2007, cuando señala que “la formación continua es un instrumento de gran utilidad para el desarrollo de las competencias profesionales, que favorece la capacidad de adaptación de trabajadores y empresas, contribuye a la mejora y mantenimiento del empleo y responde conjuntamente a las necesidades de ambos”.

23.- En cuanto al tiempo de trabajo, no se descubre nada nuevo si se señala que, hoy por hoy, sigue constituyendo uno de los elementos centrales de los procesos de negociación colectiva, junto con el salarial.

La Reforma Laboral de 1994 concedió a la autonomía colectiva un importante protagonismo como vehículo para la flexibilización del tiempo de trabajo. Son, así, muchos los aspectos del tiempo de trabajo que resultan legalmente negociables:

- La determinación de la jornada máxima ordinaria.
- La distribución irregular de la jornada en cómputo anual.
- El número de horas ordinarias diarias de trabajo efectivo.

- El carácter retribuido del descanso en la jornada continuada.
- La fórmula compensatoria de las horas extraordinarias.
- La retribución del trabajo nocturno.
- O el establecimiento del horario flexible.

Los resultados de los análisis llevados a cabo sobre la negociación colectiva en estos últimos años en cuanto al tiempo de trabajo parecen indicar, en líneas generales, una mayor flexibilidad empresarial en la organización del tiempo de trabajo en beneficio de la empresa.

Así, se ha flexibilizado el tiempo de trabajo en dos direcciones: generalizando la distribución irregular de la jornada en cómputo anual (sobre todo en los convenios colectivos estatales y autonómicos y menos en los provinciales), afectando casi al 50 por 100 de los trabajadores y generalizando también las posibilidades para la empresa de variar la distribución del tiempo de trabajo en determinados periodos del año.

Naturalmente, los resultados han sido distintos según sectores. Así, mientras en algunos sectores (como el siderometalúrgico) la flexibilización y la distribución irregular del tiempo de trabajo ha ido acompañada de una reducción del mismo, en otros sectores (como el comercio o la hostelería), no ha sucedido lo mismo. Lo que repercute, sin duda, en la vida de los trabajadores, no pudiendo olvidarse, por significativo, que la mayoría de los trabajadores del sector metalúrgico son hombres, mientras que la mayoría de los trabajadores de los sectores del comercio y de la hostelería son mujeres.

Por otra parte, en relación con el tratamiento convencional del tiempo de trabajo en beneficio de los trabajadores, es posible constatar la presencia de cláusulas de este signo. Así:

1º) Cláusulas que establecen un horario flexible en la entrada y en la salida, exigiendo la coincidencia en el “tranco horario común”.

2º) Cláusulas que permiten a los trabajadores un cambio de turno o un cambio de jor-

nada, concediéndoles optar por alguno de los horarios existentes en la empresa.

3º) Y, en cuanto a la conciliación de la vida laboral y familiar (una de las pruebas de la existencia o inexistencia de un “*empleo de calidad*”), partiendo de la Recomendación del ANC 2007 de establecer “*un tratamiento de la jornada laboral que permita conciliar las necesidades productivas y las de índole familiar y personal*”, se aprecia en la negociación colectiva la introducción de cláusulas de protección de la maternidad, de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares, de excedencias laborales o de permisos en general. Si bien hay que reconocer que, en la mayoría de los casos, no se mejoran los niveles legales, teniendo más una finalidad pedagógica y simbólica del “*ejercicio real*” de los derechos legalmente reconocidos en esta materia.

24.- Por lo que se refiere a la contratación laboral, aunque la actual precariedad en el empleo existente exige, sin duda, medidas legales, el ANC 2007 recomienda avanzar en la negociación colectiva en materia de contratación de acuerdo con los siguientes criterios:

- La promoción de la contratación indefinida, la conversión de los contratos temporales en fijos y la adopción de fórmulas que eviten el encadenamiento injustificado de sucesivos contratos temporales.
- El fomento de los contratos formativos.
- El fomento de los contratos a tiempo parcial indefinidos como alternativa a los contratos temporales y a las horas extraordinarias.
- El fomento de los contratos fijos-discontinuos en las actividades discontinuas y estacionales.
- La utilización del contrato de relevo y la jubilación parcial y de las cláusulas convencionales de jubilación forzosa.
- El desarrollo de la información a los trabajadores y a sus representantes de las empresas principal y contratistas en materia de subcontratación.

En la experiencia negociadora de los últimos años se aprecia una presencia generalizada de cláusulas referidas a la contratación, si bien no exista un “*hilo conductor*” uniforme de la misma, existiendo en este sentido un balance muy desigual según los ámbitos funcional y territorial de los convenios colectivos analizados.

Es más: la ausencia de un marco regulador adecuado ha hecho que la negociación de estas materias resulte, en ocasiones, o difícil (caso de la identificación de las obras o servicios determinados a los efectos de la contratación temporal por esta causa o de la eventualidad, creando “*contratos a la carta*” presumiblemente ilegales en muchos casos: así, por ejemplo, la resurrección convencional del “*contrato de lanzamiento de nueva actividad*” o la creación convencional del “*contrato eventual-discontinuo*”), o inútil (por la inexistencia de sanciones eficaces para el empresario incumplidor de determinadas medidas convencionales de mantenimiento del empleo o de limitaciones a la contratación temporal).

Así, en un orden más concreto, los resultados han sido, en líneas generales, los siguientes:

1º) En cuanto a la contratación a tiempo parcial, los convenios colectivos suelen concretar las horas complementarias dentro de los márgenes legales, siendo muy frecuente alcanzar la cifra del 40 o 50 por 100 de las horas ordinarias contratadas; regulándose muy rara vez su distribución, remitiéndose al pacto individual; y utilizándose muy escasamente la posibilidad de reconversión de los contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo.

2º) En cuanto al contrato de trabajo fijo-discontinuo, se observa que la negociación colectiva no distingue entre el periódico (verdadero contrato a tiempo parcial común en cómputo anual) y el no periódico.

3º) En cuanto a las medidas convencionales para evitar el encadenamiento injustificado de contratos temporales, fomentar la contratación indefinida y convertir los contratos temporales en fijos, las experiencias son escasas y

“*perversas*” en algunos casos por cuanto pueden provocar el efecto contrario al pretendido. Así, por ejemplo, el convenio colectivo que reconoce el derecho a adquirir la fijeza a los trabajadores con contratos temporales, no causales, que acrediten una permanencia efectiva ininterrumpida superior a un año.

4º) Y, en cuanto a los contratos temporales, finalmente, es cada vez más frecuente la previsión de indemnizaciones por finalización de contrato superiores a las legales.

En todo caso, quede dicho una vez más, los problemas que plantea la “*contratación temporal patológica*”—por oposición a la “*fisiológica*” o necesaria por insustituible—, no se pueden combatir solamente por la autonomía colectiva siendo necesaria la intervención legal “*en distintos frentes*”, a modo de “*tratamiento de choque*”, para acabar con la “*adicción empresarial a la temporalidad*”.

25.- Por lo que se refiere a la prevención de riesgos laborales, el ANC 2007 establece los siguientes criterios recomendatorios para la negociación colectiva en esta materia:

1º) En materia de vigilancia de la salud, la sustitución paulatina de los “*reconocimientos médicos generales o inespecíficos*” por “*exámenes de salud específicos*”.

2º) En materia de formación, la negociación del contenido de la formación específica según los riesgos de cada puesto de trabajo o función, los criterios formativos y del número de horas de formación.

3º) En cuanto a los delegados de prevención, la negociación del número de horas de formación en función de la peligrosidad de la actividad, de la ampliación del crédito de horas retribuidas y de procedimientos distintos de designación en los ámbitos sectoriales.

4º) En cuanto a los procedimientos de información y consulta, la negociación de su concreción en los planes de prevención y evaluaciones de riesgos.

5º) El establecimiento de procedimientos para analizar la incidencia del alcohol y de

otras sustancias sobre la seguridad y salud en el trabajo y la adopción de medidas preventivas.

6º) El desarrollo del Art. 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (en adelante, LPRL) en materia de coordinación de actividades empresariales en caso de concurrencia.

Los estudios más recientes acerca de la experiencia negociadora en los últimos años arroja casi unánimemente el siguiente resultado aproximativo:

1º) Un importante número de convenios colectivos no se refiere al tema; se remite sin más a la legislación aplicable o “*hace literatura*” mediante declaraciones retóricas acerca de la importancia de la prevención de riesgos laborales.

2º) Muy pocos convenios colectivos se refieren a los planes de prevención y evaluaciones de riesgos.

3º) Pocos son también los convenios colectivos que se refieren a los sistemas de prevención, salvo los convenios colectivos de empresa, siendo así que esta materia está claramente necesitada de desarrollo convencional en una serie de aspectos (Disposición Adicional Séptima del RD 39/1997, de 17 de enero, sobre el Reglamento de los Servicios de Prevención):
a) Los criterios para la determinación de los medios personales y materiales de los servicios de prevención propios. b) Los criterios para la determinación de los trabajadores designados, en su caso, por el empresario para llevar a cabo actividades preventivas, su clasificación profesional como prevencionistas y el tiempo y los medios a disponer para el desempeño de su actividad.

4º) Son muy escasos los convenios colectivos que regulan las condiciones de instalación y mantenimiento de los equipos de trabajo y de los medios de protección colectiva.

5º) Más numerosos son los convenios colectivos que recuerdan la obligación empresarial de proporcionar a los trabajadores medios de protección individual, si bien los más no añaden nada a la regulación estatal.

6º) Es raro el convenio colectivo que regule las medidas de emergencia a adoptar en los centros de trabajo.

7º) Es absolutamente infrecuente la regulación convencional de la coordinación de actividades preventivas en caso de concurrencia de trabajadores de distintas empresas en un mismo centro de trabajo.

8º) Es muy raro encontrar en los convenios colectivos planes de prevención del alcoholismo y las drogodependencias.

9º) Aunque son muchos los convenios colectivos referidos a la protección de la maternidad, muy pocos adaptan la normativa general a las condiciones del sector o de la empresa.

10º) Es, por el contrario, muy frecuente la creación en los convenios colectivos de comisiones paritarias con atribuciones muy diversas sobre la materia.

11º) Es también frecuente que los convenios colectivos se refieran a la vigilancia de la salud de los trabajadores, si bien en su mayoría remitiéndose a lo dispuesto en la LPRL.

12º) Sigue siendo una práctica convencional habitual la negociación de los *“pluses de penosidad, toxicidad y peligrosidad”*, en muchos casos ilegales por contrarios al principio de la acción preventiva de *“evitar aquellos riesgos que técnicamente sean evitables”* (Art. 15.1 de la LPRL).

La conclusión general en esta materia es fácil: la negociación colectiva está todavía *“en mantillas”* acerca del necesario desarrollo convencional de la LPRL y de sus reglamentos aplicativos.

26.- Finalmente, en cuanto a los derechos fundamentales de los trabajadores y el principio de igualdad de trato, el ANC 2007 recomendaba el tratamiento por la negociación colectiva de una serie de aspectos:

- a) Adoptar cláusulas declarativas antidiscriminatorias y eliminar las cláusulas discriminatorias.
- b) Aplicar el principio de igualdad de trato a los inmigrantes.

c) Favorecer la incorporación al empleo de los trabajadores discapacitados.

d) Reconocer el principio de igualdad de trato de los trabajadores temporales y a tiempo parcial respecto de los trabajadores fijos y a tiempo total.

e) Evitar las discriminaciones de los trabajadores de más edad en el acceso y en el mantenimiento del empleo.

f) Establecer los mecanismos de igualdad entre hombres y mujeres, incluidas cláusulas de acción positiva para fomentar el acceso de mujeres en sectores y ocupaciones en las que se encuentren subrepresentadas y, en general, en todas las condiciones de empleo y de trabajo.

Los estudios más recientes sobre la negociación colectiva coinciden en señalar que:

1º) La regulación convencional de los temas de igualdad es relativamente reciente (aparece en la década de los 90), siendo muy desigual y diversa:

- Es más rica en el nivel sectorial estatal que en los niveles inferiores.
- Es posible, en general, encontrar *“cláusulas obsoletas”* y *“cláusulas vanguardistas”* en esta materia.
- Hay convenios colectivos de algunas empresas y grupos de empresas (especialmente, en los sectores químico y de banca) punteros en esta materia.
- No existe un tratamiento unificador de esta materia, siendo una regulación convencional de carácter fragmentario.

2º) En la mayoría de los convenios colectivos suelen establecerse cláusulas antidiscriminatorias de carácter programático y declarativo, bien específicas (normalmente, por razón de género), bien genéricas (referidas a todas las causas de discriminación), aplicables a todas las condiciones de trabajo o a algunas específicas (principalmente, a las retribuciones). Otros convenios colectivos se limitan a remitirse o a transcribir la legislación vigente con finalidades *“divulgativas y pedagógicas”*.

3º) Por lo que se refiere a la igualdad de trato por razón de género:

- a) En algún convenio colectivo se recogen medidas de acción positiva por razón de género en la contratación y en la promoción profesional, respecto de los grupos profesionales menos representados.
- b) Si bien las discriminaciones directas han desaparecido prácticamente del texto de los convenios, las discriminaciones indirectas por razón de género siguen existiendo todavía en las clasificaciones profesionales de determinados convenios colectivos, donde aparecen clasificaciones en femenino, si bien tienden a desaparecer, señalándose expresamente que *“los criterios de definición de los grupos y categorías profesionales se acomodan a reglas comunes para los trabajadores de uno y otro sexo”*; o en las valoraciones de puestos de trabajo, si bien la tendencia es igualmente, la de sustituir determinados factores que perjudican a las mujeres (antigüedad o disponibilidad horaria) por factores más objetivos (relacionados con la competencia o productividad).
- c) Por lo que respecta al *“acoso sexual”* en el trabajo, la atención convencional, aunque ha aumentado, sigue siendo insuficiente, siendo pocos los convenios colectivos que tipifican convenientemente la compleja figura del acoso sexual, la obligación empresarial de prevención del mismo y los mecanismos de tutela.
- d) En cuanto a las cláusulas convencionales que afectan a la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, según datos de la de CEOE sobre negociación colectiva 2006, un 43 por 100 de los convenios colectivos analizados mejoraban los permisos retribuidos de la Ley 39/1999; y un 21 por 100 de los convenios colectivos examinados ampliaban el régimen de las excedencias por cuidado de hijos y familiares

4º) Por lo que se refiere a la igualdad de trato por razón de origen racial o étnico, reli-

gión o convicciones y orientación sexual, pocos convenios van más allá de las cláusulas genéricas antidiscriminatorias, si bien es posible encontrar algunas escasas medidas concretas referidas a estas causas. Así, por vía de ejemplo, en determinados convenios colectivos de Ceuta y Melilla se establece la posibilidad de sustituir los días festivos a petición del trabajador con objeto de hacerlos coincidir con las festividades religiosas propias o la posibilidad de que durante el mes del Ramadán la jornada sea continuada.

5º) Junto a las Comisiones Paritarias de Vigilancia e interpretación de los Convenios Colectivos, a las que se les suele remitir competencias de control de la aplicación del convenio colectivo en materia de igualdad, es frecuente la creación en los convenios colectivos de Comisiones de Estudio encargadas de analizar la problemática de la desigualdad (sobre todo, por razón de género).

En cuanto a la negociación colectiva en relación con el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres, las novedades normativas efectuadas por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI) han sido las siguientes:

1ª) En primer lugar, el Art. 43 de la LOI da cobertura legal a las medidas de acción positiva que a través de la negociación colectiva puedan establecerse para favorecer el acceso al empleo de las mujeres y la aplicación efectiva del principio de igualdad de trato en las condiciones de trabajo.

2ª) En segundo lugar, se añade un nuevo párrafo 6 al Art. 90 del ET, remachando la labor de control de la legalidad de los convenios colectivos que debe efectuar la autoridad laboral, pudiendo para ello recabar el asesoramiento del Instituto de la Mujer o de los Organismos de Igualdad de las Comunidades Autónomas, según proceda por su ámbito territorial.

3ª) En tercer lugar, no hay duda de que la novedad más importante en este orden es la relativa al establecimiento de los *“planes de igualdad de las empresas”* a introducir a través

de la negociación colectiva (Arts. 45 a 49 de la LOI y 85.1 y 2 del ET, modificado por la LOI), siendo todavía muy pronto para hacer balance de la incidencia y alcance de estos planes de igualdad.

27.- Como conclusiones generales de todo lo expuesto, cabría señalar lo siguiente:

1º) En primer lugar, que en la consecución de un equilibrio razonable entre un “empleo de calidad” y un “empleo competitivo” la autonomía colectiva tiene un papel de primera magnitud, adaptando el tratamiento legal de las distintas materias a los ámbitos de aplicación territorial y funcional correspondientes y a unos tiempos determinados, unos y otros necesariamente diferentes, permitiendo, además, la aplicación del “método científico” de la prueba y el error, volviendo atrás en el caso de experiencias negociadas negativas.

2º) En segundo lugar, que existen “déficits convencionales” endémicos que habrán de superarse paulatinamente en la futura negociación colectiva.

Tal sucede, como vimos, del lado de la flexibilidad empresarial, con la pobreza de desarrollo de los “complementos de productividad” y, en general, de los “salarios variables”, con los mecanismos convencionales de movilidad y polivalencia funcionales y, acaso menos, con la flexibilización del tiempo de trabajo.

Y, del lado de la seguridad de los trabajadores, con el necesario complemento convencional en la lucha contra la precariedad en la contratación y en el desarrollo legal en materia de seguridad y salud en el trabajo y con el desarrollo convencional de los derechos fundamentales en general y del principio de igualdad de trato en particular.

3º) En tercer lugar, que, por coexistir actualmente dos modelos distintos de empresa en España —la empresa cuya actividad se en-

cuentra totalmente globalizada y la empresa cuya actividad o no es globalizable o lo está sólo parcialmente—, van a coexistir también previsiblemente dos lógicas o debates distintos en las relaciones laborales.

Así, en las primeras, se ha abierto ya un debate nuevo, dado que no será posible en ellas “competir en costes” sino sólo “en calidad”, cuya clave central es la “formación profesional continua y la polivalencia funcional” de sus trabajadores (“una economía basada en el conocimiento”, decía la estrategia de Lisboa), nueva lógica en la que la “precariedad en el empleo” pierde en gran parte su sentido. De esta manera, la globalización y la competencia de terceros países ha provocado la “crisis de la negociación colectiva economicista”. La propia competitividad empresarial exige, así, nuevos “intercambios negociados”: el empleo, su estabilidad, un empleo de calidad y hasta la búsqueda de nuevos espacios de participación sindical (participación en la empresa en el marco de una reconsideración del modelo de empresa autoritario) pasan a ser, no solamente “reivindicaciones sindicales” sino también “exigencias de la competitividad empresarial”.

Por el contrario, en las segundas, en las empresas cuya actividad o no es globalizable o se encuentra globalizada solo parcialmente, continuará imponiéndose previsiblemente la vieja lógica basada fundamentalmente en una “competitividad en costes” entre las empresas, donde la “precariedad laboral” seguirá defendiéndose empresarialmente.

Ello no obstante, el desarrollo convencional razonable de todos los “items” analizados podrá contribuir a conseguir en uno y en otro tipo de empresas un mayor y mejor equilibrio entre un “empleo de calidad” y un “empleo competitivo”. Las “espadas siguen, pues, en alto”, como no podía ser de otra manera.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

ESTEVE SEGARRA, A.; *Las asociaciones empresariales: Régimen jurídico y representatividad*, Pamplona, Ed. Aranzadi, 2003, pp. 110 y ss.

PÉREZ DE LOS COBOS, F.; *Experiencias de negociación colectiva articulada*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2003, pp. 84 y ss. y 305.

SALA FRANCO, T. y ALFONSO MELLADO, C.; *Los Acuerdos estatal y autonómicos sobre solución extrajudicial de conflictos laborales. Análisis comparativo*, Madrid, CES, 2001, pp. 107 y ss.

VALDÉS DAL-RÉ, F.; « Notas para una reforma del marco legal de la estructura contractual », *Revista de Derecho Social*, 15, 2001, pp.84 y ss.

Fecha de recepción de originales: 2 de octubre de 20008

Fecha de aceptación de originales: 5 de noviembre de 2008