

EL NUEVO MODELO NORMATIVO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. ALGUNAS DE SUS REPERCUSIONES EN LA CAPV

TOMÁS ARRIETA HERAS

Profesor de Relaciones Laborales y Negociación Colectiva,
Universidad de Deusto (Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales)

ABSTRACT

El presente artículo trata de analizar los elementos esenciales del nuevo marco legal de la negociación colectiva. En este campo, la ley 3/2012 representa un salto cualitativo e incorpora modificaciones llamadas a generar a corto y medio plazo cambios muy profundos en el modelo de relaciones laborales colectivas, fundamentalmente, aunque no solo, por la introducción de una norma de carácter dispositivo que limita la vigencia de los convenios colectivos, lo que puede afectar significativamente a las condiciones laborales pactadas en ellos y por la posibilidad de inaplicación parcial de los convenios estatutarios con la intervención dirimente, en ausencia de acuerdo entre las partes, de una comisión tripartita. El artículo concluye con una aproximación a la incidencia de estos cambios normativos en la situación específica de la negociación colectiva en la CAPV.

Palabras clave: relaciones laborales colectivas, negociación colectiva, vigencia de los convenios.

Artikulu honetan negoziazio kolektiboaren lege-marko berriaren oinarritzko elementuak daude aztergai. Eredu horretan, 3/2012 Legeak jauzi kualitatiboa dakar eta lan harreman kolektiboen ereduak epe labur eta ertainean aldaketa oso sakonak ekarriko dituzten aldaketak barneratzen ditu, bereziki, nahiz eta ez bakarrik, hi-

tzarmen kolektiboen indarrean egotea mugatzen duen araua jasotzen duelako. Horrek hitzarmenotan adostutako lan baldintzak eragin ditzake

Hitz gakoak: Lan harreman kolektiboak, negoziazio kolektiboa, hitzarmen kolektiboen iraupena

■ *The present article attempts to analyse the essential elements of the new legal frame of the collective bargaining. In this field, the 3/2012 law represents a qualitative leap and includes some alterations that could generate very profound changes in the collective labour relations model both in the short and medium terms. The collective labour relations would change mainly, but not only, with the inclusion of an intentional regulation which would limit the validity of the collective agreements, effecting in a significant way the working conditions collectively agreed. They would also change with the possibility of partially not applying the statutory agreements due to the daily intervention of a tripartite commission when there is no agreement of the parties involved. This article concludes with an approximation to the impact of these regulatory changes in the specific situation of the collective bargaining in the Autonomous Community of the Basque Country.*

Key words: Collective Labour Relations, Collective Bargaining, Validity of Agreements.

1. Introducción

No cabe duda de que la crisis económica por la que atravesamos ha afectado profundamente al modelo de relaciones laborales. En el espacio de apenas dos años se han sucedido tres reformas en profundidad que han tocado de modo sustancial todos los aspectos clave de una relación laboral: su nacimiento, alterando el modelo de contratación; su desarrollo, permitiendo la modificación de las condiciones de trabajo para posibilitar la adaptación de las empresas a situaciones sobrevenidas, y su extinción, mediante una nueva regulación de los despidos. Se trata de reformas sustantivas a las que se añade una reconfiguración en profundidad del marco normativo de la negociación colectiva. El presente análisis se centra en el estudio de este nuevo marco, que es en definitiva el espacio en el que mayoritariamente y a través de la autonomía colectiva se decide el contenido de las relaciones laborales de carácter individual.

Expresado de una forma evidentemente simplificada, podría decirse que con anterioridad a las últimas reformas el modelo normativo de negociación colectiva se asentaba en cuatro decisiones básicas: a) la traslación prácticamente sin limitaciones a los propios agentes sociales de la capacidad para establecer las reglas de estructuración u ordenación interna de los convenios, b) la consagración de un producto típico, el convenio estatutario, que funciona como el verdadero eje de un sistema caracterizado por la imposición forzosa de su contenido a sus destinatarios, lo que se traduce en una fuerte restricción de la capacidad de «suspender» o «limitar» su aplicación en las empresas incluidas dentro de su ámbito, c) la aceptación de un principio general de libertad de contenidos dentro del respeto a las normas mínimas o de derecho necesario, que hacía descansar en el convenio la parte principal de la regulación sustantiva de las relaciones laborales y d) la inclusión de un mecanismo de continuidad que aseguraba, como contenido natural del convenio, su propia conservación como marco regulador hasta la firma de un nuevo convenio que lo sustituyese, lo que materialmente permitía ir consolidando los derechos adquiridos en el curso de las negociaciones colectivas.

Aunque estas señas de identidad se mantienen en lo sustancial, en todas y cada una de ellas se han introducido modificaciones relevantes que sin duda es-

tán llamadas a alterar el alcance y el significado futuro del modelo de relaciones laborales.

El nuevo marco normativo incluye también otras importantes decisiones sobre los sujetos legitimados para la negociación de los productos colectivos típicos que se generan a través de él, y sobre el procedimiento y las exigencias formales a las que aquellos sujetos han de ajustarse, pero en relación con este punto, la última reforma ha mantenido el esquema introducido en el año 2011. Únicamente en materia de procesos de negociación se ha introducido una novedad que de hecho no supone una verdadera innovación pues ya estaba reconocida por la jurisprudencia previa; me refiero a la posibilidad de negociación «ante tempus» de un convenio colectivo vigente, que expresamente se admite ahora en el artículo 86.1 ET¹

Por último, y desde una perspectiva más instrumental, merece ser destacada también la opción del legislador por la potenciación de los procedimientos voluntarios de solución de conflictos laborales, básicamente en los conflictos de inaplicación del convenio (comúnmente llamados descuelgues) y en los procesos de (re)negociación de convenios denunciados y vencidos, aunque el modo en que ha quedado concretado el papel de los acuerdos interprofesionales que regulan dichos procedimientos y su «conexión» con la negociación colectiva ordinaria plantee, como se verá, no pocos problemas de interpretación sobre su alcance y funcionamiento

2. La estructura de la negociación colectiva

2.1. La continuidad aparente de la Ley 3/2012 con respecto a la reforma del año 2011

La Ley 3/2012 ha dejado formalmente inalterado el contenido del artículo 83.2 del ET tal y como quedó configurado en la reforma de 2011. Dicho precepto es la norma básica en materia de articulación y estructura de la negociación colectiva. El principio general al que responde el modelo en este punto pasa, como ya se ha adelantado, por la atribución a los propios protagonistas o, para ser más preciso, a ciertos agentes cualificados de la negociación colectiva, de una competencia preferente para definir el marco al que deben ajustarse las negociaciones en los diferentes niveles. Se trata de sujetos cualificados de ámbito estatal y/o autonómico a los que se permite establecer la estructura de la negociación colectiva, con alcance sectorial o intersectorial, y fijar los criterios de articulación y complementariedad entre los convenios de distintos ámbitos.

¹ Ver STS de 30 de junio de 1998 (EDJ 1998/11391).

Ahora bien, debe advertirse que la preeminencia de los sujetos colectivos de ámbito estatal o autonómico en lo que se refiere a la estructura ha quedado materialmente mermada, a pesar de que el mantenimiento en sus propios términos del artículo 83.2 ET pudiera sugerir en una primera lectura lo contrario.

Hasta la aparición del Real Decreto-ley 3/2012 (posteriormente sustituido por la Ley 3/2012) todas las normas de concurrencia de convenios se configuraban como reglas subsidiarias, aplicables solo en defecto de pacto alcanzado conforme a lo previsto en el artículo 83.2 ET y eran, por tanto, congruentes con aquella preferencia regulatoria. A partir de él, se ha introducido una importantísima excepción: el artículo 84.2 del ET establece que el convenio de empresa puede desplazar, en todo caso y sin posibilidad de regulación en contrario, al convenio supraempresarial en vigor en determinadas materias. Aunque se trata formalmente de una regla de concurrencia, en puridad pertenece a la definición del modelo mismo y supone, de hecho, la atribución de una jerarquía superior, aunque funcionalmente limitada, al convenio colectivo de empresa frente al resto².

2.2. Algunas incertidumbres sobre la aplicación del modelo, que permanecen tras la Ley 3/2012

2.2.1. *El alcance de las reglas de estructura en la negociación intersectorial*

Como ya se ha señalado, la ley permite ordenar la negociación colectiva y establecer criterios de jerarquía y complementariedad entre unas unidades y otras.

En el nivel intersectorial, los sujetos investidos de tal capacidad son los más representativos y el instrumento ordenador es el acuerdo interprofesional. En consecuencia, caben acuerdos interprofesionales allí donde existen estos sujetos: el Estado y las Comunidades Autónomas con agentes más representativos específicos.

La principal incertidumbre en lo que se refiere a este nivel intersectorial es la ausencia de una norma que aclare la jerarquía relativa entre acuerdos interprofesionales de diferente ámbito territorial, Estado y Comunidad Autónoma, cuando exista contradicción entre ellos. En mi opinión, sin embargo, hay razones para sostener que el acuerdo autonómico prevalece frente al estatal, como de hecho ya ocurre con otros acuerdos interprofesionales vigentes³.

² Por si hubiera alguna duda, esta idea se ha reforzado con la introducción en el texto de la Ley 3/2012 de un inciso que aclara que estos convenios de empresa *podrán negociarse en cualquier momento de la vigencia del convenio superior* (al que desplazan); precisión ésta que, a pesar de ser evidente, no se hacía en el RD Ley 3/2012

³ Aunque el tema reviste una innegable complejidad, creo que el reconocimiento legal de la «mayor representatividad» a nivel autonómico no pretende únicamente incorporar a los agentes autonómicos más representativos a los procesos de negociación estatales, sino que implica sobre todo

2.2.2. *La determinación del espacio para los convenios sectoriales de diferente nivel territorial*

La ley permite también, en segundo lugar, ordenar la negociación colectiva a nivel sectorial. Aunque la norma no lo dice de forma expresa, parece lógico pensar que esta habilitación es subsidiaria, y que se trata de una competencia conferida a los negociadores del sector en ausencia de normas específicas incluidas en un acuerdo interprofesional.

Por otra parte, tal habilitación se atribuye solo a determinados sujetos. En concreto, a los negociadores de un convenio estatal —lo que ya se admitía con la regulación previa a las últimas reformas— y a los que negocien un convenio en el ámbito de una Comunidad Autónoma (art. 83 párrafo 2.º). Esta segunda hipótesis constituye una novedad relevante que fue introducida por el RDLey 7/2011 y que la actual regulación mantiene inalterada.

No obstante, y al igual que en el caso anterior, se plantea aquí un complejo problema de jerarquía relativa que la ley no resuelve. En concreto, qué reglas prevalecerán en caso de contradicción entre las del convenio estatal y las del convenio de Comunidad Autónoma, dentro del mismo sector.

Una primera lectura de los artículos 83 y 84 ET podría conducir a la conclusión de que la capacidad que ahora otorga el artículo 84, en sus apartados 3.º y 4.º, a los convenios de una Comunidad Autónoma tiene el mismo alcance que la habilitación a favor de todos los convenios supraempresariales con respecto a los de nivel territorial superior introducida en el año 1994, y concretada en el antiguo artículo 84.2 ET. La diferencia estribaría únicamente en que esta preferencia se limita ahora exclusivamente a los convenios autonómicos. Sin embargo, se trata solo de una similitud aparente pues el antiguo artículo 84.2 incluía la expresión «*en todo caso y a pesar de lo establecido en el artículo anterior...*» lo que le colocaba a salvo de cualquier intromisión por parte de los negociadores estatales, mientras que el actual 84.3 comienza con la fórmula «salvo en pacto en contrario..», lo que limita el alcance de esta posibilidad de penetrar en un ámbito superior a la inexistencia de un acuerdo que lo impida. La verdadera dificultad está no tanto en identificar a los sujetos que disponen de esta capacidad de pacto preferente (o acuerdo en contrario) —que curiosamente son, en teoría al menos, los mismos que podrían entrar en conflicto: esto es, los negocia-

que allí donde operan estos agentes, es decir en las CCAA en que están implantados, se abre otro espacio territorial diferente para el ejercicio de competencias de nivel interprofesional, lo que según nuestro modelo normativo de negociación colectiva está reservado a los sujetos, sindicales y empresariales, más representativos de forma genérica. La preferencia de estos acuerdos interprofesionales de ámbito autonómico se justificaría así por la existencia de niveles de representatividad diferentes en una unidad territorial inferior al Estado (una CA), pero que cuenta con sujetos más representativos específicos que se sitúan en pie de igualdad con respecto a los de ámbito estatal para conformar en ellos mayorías propias.

dores de un convenio estatal y también los de uno de ámbito autonómico (según el párrafo 2.º del actual artículo 83.2)— sino en decidir si existe una suerte de subordinación implícita entre ellos, de modo que las reglas articuladoras de un convenio estatal se impongan siempre a las de un convenio autonómico. En el caso de que así fuese, no será difícil concluir que la capacidad de articulación teóricamente conferida a los negociadores autonómicos en el artículo 83.2 párrafo 2.º del ET queda vacía de contenido por aplicación de lo previsto en los apartados 3.º y 4.º del artículo 84 ET.

En mi opinión, este es uno de los cabos sueltos que dejó el RD Ley 7/2011, y que la Ley 3/2012 no ha considerado necesario atar.

3. El nuevo tratamiento de la flexibilidad interna en la Ley 3/2012

3.1. Las limitaciones a la regla de afectación general del convenio colectivo: la nueva regulación de los supuestos de inaplicación parcial del convenio colectivo

Una de las características fundamentales de nuestro modelo normativo de negociación colectiva es, sin duda, la extensión del convenio negociado de acuerdo con sus previsiones a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación, funcional y territorial. Se trata de un principio general que implica no solo que quedan automáticamente afectados por su contenido, aunque no estén formalmente representados por quienes lo negociaron, sino también que, en principio al menos, sus destinatarios no pueden alterar lo que dicho convenio establece, dado el carácter no disponible propio de su naturaleza normativa, si no es a través de los cauces y con las exigencias fijadas en la propia ley.

Como ya se ha advertido en el apartado anterior, la última reforma laboral ha ampliado de forma muy significativa el espacio para la negociación directa en las empresas, a través de convenios colectivos con capacidad de alterar, parcialmente, lo dispuesto en otros de ámbito superior. En consecuencia, y aunque el convenio sectorial se impone a todas las empresas del ámbito funcional y territorial de que se trate, éstas tienen la posibilidad de «impedir» su aplicación (de forma limitada, pero muy intensa)⁴ a través de la negociación de un convenio

⁴ La preferencia aplicativa se contrae a las materias listadas en el artículo 84.2 ET, y a cualesquiera otras que le fueran atribuidas al convenio de empresa por virtud de un acuerdo alcanzado conforme a lo previsto en el artículo 83.2 ET. Las materias listadas son: la cuantía del salario base y complementos; el abono o compensación de horas extraordinarias y la retribución por trabajo a turnos; el horario y distribución del tiempo de trabajo y la planificación de las vacaciones; la adaptación a la empresa de las modalidades de contratación y las medidas para favorecer la conciliación.

propio, con el único límite de las normas heterónomas de contenido imperativo. Antes de la última reforma, el modelo incluía una regla general subsidiaria que prohibía la concurrencia de dos convenios en el tiempo, con lo que el sectorial se aseguraba su preeminencia con respecto a cualquier convenio de empresa posterior, al menos mientras estaba formalmente en vigor. Es precisamente esta norma de concurrencia la que se ha modificado, de modo que a partir de ahora es posible negociar convenios de empresa «con plenos efectos jurídicos» desde su suscripción.

3.2. El nuevo régimen de los descuelgues como complemento necesario de un nuevo modelo de negociación que pretende avanzar en la descentralización del sistema

Desde el punto de vista legal, la capacidad de negociar convenios de empresa para desplazar un convenio de ámbito superior y los descuelgues para «evitar temporalmente» su aplicación son cosas distintas y responden a necesidades diferentes. Conceptualmente, la diferencia más clara reside en el «carácter causal» de los descuelgues frente a la libertad absoluta de contratación (salvados los mínimos legales) que preside la negociación de un convenio de empresa. Por ello, la utilización del mecanismo de inaplicación exige que la empresa presente una situación objetiva de dificultad económica, o alteraciones técnicas, organizativas o productivas sobrevenidas que «justifiquen» la suspensión —que no el desplazamiento definitivo— del convenio colectivo vigente en alguno de sus puntos y su sustitución por otras condiciones diferentes. Por el contrario, la negociación de un convenio propio no requiere de la concurrencia de causa alguna que lo justifique y se asienta en el reconocimiento de la autonomía colectiva como fundamento último de la fuerza de obligar de los convenios colectivos.

Ahora bien, creo que el funcionamiento de los descuelgues a partir de la última reforma laboral puede quedar materialmente equiparado, en algunos casos al menos, a la negociación de acuerdos atípicos que de hecho funcionen como los convenios colectivos en sentido estricto. Esta equiparación se produce, como luego se explicará con más detalle, en primer lugar por la intensa «mitigación» del componente causal en los acuerdos de inaplicación y, en segundo lugar, porque este acuerdo no debe ser trasladado a los contratos individuales para producir plenos efectos jurídicos.⁵

En este sentido puede hablarse del mecanismo regulado en el artículo 82.3 ET como un complemento necesario para lograr una descentralización efectiva

⁵ Me remito a lo que se explicará más tarde en relación con la naturaleza jurídica del acuerdo en periodo de consultas en los expedientes de inaplicación y las particularidades que éste presenta, a mi juicio, con relación al resto de acuerdos en periodo de consultas.

de la negociación colectiva, haciéndola posible también en empresas que sobre todo por su tamaño⁶ no pueden negociar un convenio colectivo propio.

3.3. La unificación de los supuestos legales de inaplicación en la Ley 3/2012 frente a la dispersión de la normativa previa

Con anterioridad a la última reforma laboral, la inaplicación de condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo estatutario se canalizaba por dos vías distintas. Para la modificación de las condiciones salariales se seguía el cauce del artículo 82.3 (precepto incluido en el título III del ET); y para el resto de condiciones el del artículo 41 ET (norma perteneciente al título I), en especial su apartado 6.º. Esta dispersión provocaba una cierta anomalía formal, ya que el fundamento material de ambos supuestos es el mismo: el desplazamiento de un convenio colectivo durante su vigencia por causas sobrevenidas. En este sentido, la unificación formal que ha llevada a cabo la Ley 3/2012 debe considerarse adecuada⁷.

Sin embargo, y más allá de esta primera clarificación, las dudas que genera la nueva regulación legal en sus diferentes hipótesis (acuerdo y falta de acuerdo) son muchas.

3.3.1. *La negociación como elemento común en los procedimientos de descuelgue*

La modificación de condiciones fijadas en un convenio colectivo estatutario exige la apertura en todo caso de un periodo de consultas.

En lo que se refiere a los sujetos legitimados para el desarrollo de este periodo de consultas, la Ley 3/2012 se mantiene en la senda de la reforma de 2011. En este sentido, y por lo que afecta a los trabajadores, la preferencia es de las secciones sindicales frente a las representaciones unitarias. En su ausencia, la ley establece un sistema opcional entre una comisión «ad hoc» de tres trabajadores como máximo o una comisión sectorial con tres representantes designados por la comisión negociadora del sector al que pertenezca la empresa, a elección de los trabajadores de la misma.

⁶ Como es sabido, la posibilidad de elegir representantes se reconoce a las empresas de más de 10 trabajadores, aunque la ley admite también que, por acuerdo mayoritario de la plantilla, aquellos se elijan en empresas entre 6 y 10 trabajadores.

Aunque no existen muchos estudios específicos sobre este tema, en el año 2007 el CRL publicó un informe «elecciones sindicales en la CAPV, procesos y resultados» disponible en su página Web www.crl-lhk.org según el cual el 70% de las empresas de la CAPV no podían celebrar elecciones sindicales, a lo que habría que añadir un 17% más de empresas que, superando el nivel de empleo requerido legalmente para ello, no las celebraban.

⁷ Valdés Dal Ré, F. «La reforma de la negociación colectiva de 2012.» *Relaciones Laborales*, n.ºs 23-24, pp. 221 y ss

3.3.2. *El acuerdo como base de la inaplicación de un convenio colectivo. Su naturaleza jurídica a efectos de su eventual impugnación*

Como antes se ha anticipado, el descuelgue mantiene formalmente su naturaleza causal, aunque la definición que hace ahora la ley de las «causas» que lo justifican ha limitado de modo significativo su conexión, siquiera indiciaria, con la situación negativa que se produciría de persistir tales causas y que es la que, al menos en su inicial configuración legal, se pretendía precisamente corregir.

Básicamente, esta limitación se percibe de dos maneras, o en dos momentos distintos. La primera mediante la propia definición de las causas, que la Ley 3/2012 ha reformulado: son ahora las que pongan de manifiesto una situación económica negativa, o afecten a los medios de producción, a la organización de la empresa o a la demanda de sus productos, cualquiera que sea su efecto sobre la empresa, con el único límite legal de la reducción de ingresos o ventas (para las causas económicas, por disminución persistente de ellas) durante dos trimestres consecutivos. La segunda mitigación del elemento causal no es una novedad de la última reforma; se incluyó ya en el RD Ley 7/2011 y hace referencia a la presunción (*iuris et de iure*) de que tales causas concurren efectivamente en el caso de un acuerdo con quienes representan a los trabajadores en el periodo de consultas. Creo que este es el sentido más probable de la expresión contenida en el párrafo 6.º del artículo 82.3 ET, según la cual el acuerdo únicamente podrá ser impugnado por «fraude, dolo, coacción o abuso de derecho», lo que excluye, inicialmente al menos, la inexistencia, o para ser más preciso, la «insuficiencia» de la causa⁸.

En cualquier caso, y, aunque sea para limitar su alcance, es indudable que la nueva norma admite la posible impugnación del acuerdo alcanzado en un procedimiento de descuelgue. Esto nos obliga a plantear algunas cuestiones adicionales no resueltas de forma muy clara en la ley. En una primera aproximación creo que procede analizar en concreto:

- ¿Cuál es el fundamento material de la posible impugnación, o lo que es lo mismo cuándo es posible entender que existe «fraude, dolo, coacción o abuso de derecho»?
- ¿Cuál es el cauce adecuado para dicha impugnación y quién está legitimado para ello?

⁸ Esta es la opinión expresada también por CRUZ VILLALÓN, Jesús, en la jornada técnica organizada por el CRL en Bilbao el 10/6/2011, con el título «la gestión de la flexibilidad interna en las empresas», cuyo resumen puede consultarse en la página Web del CRL www.crl-lhk.org en el apartado de actividad institucional.

- ¿Cuál es el alcance y consecuencias de la obligación de comunicar el acuerdo a la Autoridad laboral y a la comisión paritaria del convenio colectivo?
- ¿Cuál es la naturaleza jurídica del acuerdo de descuelgue, con vistas a su propia modificación a futuro?

Evidentemente no es el propósito directo de este trabajo contestar a todas estas preguntas; sin duda bastante complejas y requeridas por ello de un análisis específico. Pero sí quisiera al menos dejar apuntadas algunas reflexiones para tratar de enriquecer un debate que se irá suscitando con más extensión e intensidad a medida que la aplicación de las nuevas normas vaya desvelando otras lagunas y dudas interpretativas.

a) *Las causas de impugnación*

En este punto, la primera reflexión pasa por distinguir entre los vicios de consentimiento, a los que se alude con las referencias al dolo (entendido como engaño que altera los presupuestos del consentimiento), y a la coacción (como compulsión directa que elimina la libertad del sujeto), del fraude y el abuso de derecho, que son instituciones de perfiles mucho menos precisos.

En todo caso, da la impresión de que el dolo y la coacción se refieren a vicios que afectan a los firmantes del propio acuerdo, y que probablemente serán denunciados por ellos una vez que cesa el engaño o la coacción; sin embargo, el fraude parece apuntar más hacia los efectos del acuerdo sobre terceros, de modo que los sujetos más interesados en una eventual impugnación serían aquellos (básicamente los trabajadores) que sin intervenir en la negociación, y consecuentemente sin haber suscrito el acuerdo, puedan verse perjudicados por su contenido, mientras el abuso de derecho, por su parte, aludiría al ejercicio desviado de una facultad atribuida por la ley únicamente para la consecución de un objetivo lícito.

Es probable que esta alusión al abuso de derecho se refiera, en primer lugar, a los límites imperativos y por tanto no disponibles que todo acuerdo entre sujetos privados debe respetar, aunque se trate de una previsión innecesaria por sobreadundante⁹. Desde una perspectiva menos genérica, también podría estar apuntando hacia una cierta recuperación —o si se prefiere reforzamiento— por vía indirecta de la «causalidad» en los descuelgues. De ser así, se estaría abriendo la puerta a un juicio de razonabilidad de la medida en el que tendrían cabida no solo elementos jurídicos en sentido estricto (vicios del consentimiento o viola-

⁹ En este sentido y aunque la norma no hubiera incluido una alusión específica a los límites del acuerdo, no cabría duda de la ilegalidad de éste cuando se establecieran, por ejemplo, condiciones salariales por debajo del SMI, u otras que no respetaran los mínimos legales de carácter imperativo.

ción de normas imperativas) sino también de mera oportunidad, o de ponderación de los intereses en juego. Sin duda, es necesario esperar a la respuesta que se vaya dando por la jurisprudencia, pero en esta primera fase de la reflexión la hipótesis más verosímil, desde mi punto de vista al menos, es que el acuerdo no es revisable por razón de su (in)suficiencia causal. De ahí precisamente la presunción de que solo con él basta para acreditar la concurrencia de las causas legalmente exigibles para el descuelgue, al margen, claro está, de los vicios graves de consentimiento que hubieran podido producirse en su suscripción, lo que incluirá no solo el dolo y/o la coacción sino también el acuerdo entre dos sujetos (empresario y representantes de los trabajadores) que viola normas imperativas no disponibles o que pretende causar un perjuicio a un tercero (los trabajadores afectados), lo que viciaría no tanto el consentimiento cuanto la causa del negocio jurídico que habría devenido ilícita.

De ahí también la afirmación que se ha hecho previamente en el sentido de que los expedientes de descuelgue con acuerdo pueden llegar a funcionar realmente como un supuesto de negociación en la empresa de un convenio colectivo o, para ser más exacto, de un acuerdo que produce un efecto en todo equiparable a él, y cuyos límites materiales son únicamente en la práctica —como ocurre con el convenio mismo— las normas imperativas.

b) *El cauce procesal y la legitimación para la impugnación del acuerdo*

Las dudas sobre el alcance del nuevo régimen jurídico del descuelgue no acaban aquí. Admitida la impugnabilidad de un acuerdo en materia de descuelgue, con las matizaciones que se han hecho en el apartado precedente, la siguiente cuestión apunta hacia la necesidad de aclarar la verdadera naturaleza jurídica de dicho acuerdo como paso previo al análisis de los sujetos que pueden plantear la impugnación del mismo y el cauce procesal a través del cual ésta debe canalizarse.

La ley no ofrece una respuesta directa a ninguna de estas cuestiones. Se limita a acotar, restringiéndolas, las causas de su posible impugnación judicial, cuyo alcance ha sido analizado en el apartado precedente.

En una primera aproximación, parece claro que el acuerdo de inaplicación de un convenio colectivo no es un acuerdo directo de regulación de condiciones de trabajo, sino un modo de finalización de uno de los periodos de consulta preceptivos que establece el ET.

Pero no todos los acuerdos en periodo de consultas tienen, a mi juicio, la misma naturaleza jurídica y alcance. La ley contempla diversas hipótesis (movilidad geográfica, suspensión y reducción de jornada) en las que resulta necesario trasladar la decisión empresarial, tras el acuerdo en periodo de consultas, a los trabajadores y trabajadoras afectadas. Tal obligación existe también en las

modificaciones sustanciales colectivas, a pesar de la falta de claridad del párrafo quinto del artículo 41¹⁰. Sin embargo, en el caso de los acuerdos de inaplicación de un convenio colectivo, alcanzados tras un periodo de consultas, no está prevista ninguna comunicación expresa, individual o colectiva, lo que parece colocar a este acuerdo en la misma posición jurídica que el convenio al que desplaza y, parcialmente, sustituye.

Si a esto se une que el acuerdo de inaplicación no solo «deroga temporalmente» el convenio, sino que debe configurar también el régimen jurídico aplicable durante su vigencia, la conclusión sería que más que el antecedente de una decisión empresarial es en realidad un acuerdo de empresa regulador de condiciones de trabajo concertado por representaciones colectivas (aunque dicha representación se haya establecido «ad hoc») que se inserta plenamente en el modelo legal de negociación colectiva, como se pone de manifiesto, por otra parte, con la traslación de su tratamiento legal al Título III del Estatuto de los Trabajadores.

A pesar de ello, el cauce procesal para la impugnación colectiva del acuerdo no parece que pueda ser otro que el proceso especial de conflictos colectivos, a tenor de lo dispuesto en el artículo 153 LJS, párrafo primero, que incluye entre los acuerdos impugnables «...*los no comprendidos en el artículo 163 de esta Ley*»

Ahora bien, y aunque creo efectivamente que no cabe duda de que los acuerdos alcanzados en el curso de un procedimiento de descuelgue pueden ser impugnados a través del proceso de conflictos colectivos, y de que los legitimados para impulsar esa impugnación son a su vez los que se relacionan en el artículo 154 de la LJS, el hecho, ya reseñado, de que su contenido no deba ser trasladado expresamente a las relaciones individuales afectadas por él implica que la acción impugnatoria pervive durante toda la vigencia temporal del acuerdo, como ocurre expresamente con los convenios colectivos a tenor de lo previsto en el artículo 163 LJS.

Por otra parte, queda también sin resolver el problema de la impugnación individual de los acuerdos de descuelgue. Parece claro que una exclusión abso-

¹⁰ Aunque el apartado 5.º del artículo 41 ET parece limitar la comunicación individual a los expedientes colectivos en los que no exista acuerdo en el periodo de consultas, una interpretación integrada del artículo 59.4 del ET, en el que se establece que el plazo de caducidad para la impugnación de este tipo de decisiones es de 20 días que comenzarán a computarse desde la notificación de la decisión empresarial, y del 138 de la LJS en el que se desarrolla la modalidad procesal específica para llevar a cabo la reclamación judicial, con remisión expresa en lo que se refiere al plazo para su interposición al 59.4 del ET, parece conducir necesariamente a la conclusión de que el legislador está dando por hecho, en todo caso, que el acuerdo es sólo un antecedente de la decisión empresarial que no elimina la obligación de notificación individual e incluso colectiva (aunque aparentemente ésta quede sin objeto en los casos de acuerdo) que abra el plazo formal de impugnación a partir de la fecha de efectos jurídicos establecida por el empresario.

luta del acceso a la jurisdicción por parte de los trabajadores afectados sería contraria al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Precisamente con el objetivo de preservar tal derecho, el artículo 163.4 de la LJS, cuando se refiere a la impugnación de los convenios colectivos estatutarios, reconoce de forma explícita que «...*la falta de impugnación directa del convenio colectivo.....no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación.....fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no es conforme a derecho...* Por ello, y aunque el artículo 153 LJS, que es el correlato del artículo 163 en materia de impugnación de acuerdos y convenios colectivos no estatutarios, no contenga una disposición similar, seguramente la solución más adecuada, por vía analógica, y la que respeta mejor las exigencias constitucionales, sería precisamente reconocer una vía de impugnación individual para los actos aplicativos basada en la posible ilegalidad del acuerdo del que traen causa¹¹. Probablemente, a la impugnación por una presunta violación de normas imperativas deberían añadirse los motivos a los que se refiere expresamente el párrafo 6 del artículo 82.3 ET (fraude, dolo coacción o abuso de derecho), cuyo alcance ya ha sido analizado en los apartados anteriores. Pero no puede desconocerse, en este ejercicio de asimilación del acuerdo de descuelgue al convenio colectivo al que sustituye, que la estimación judicial de una impugnación del acto aplicativo no equivaldría a la declaración de nulidad del acuerdo, al igual que ocurre con los convenios colectivos estatutarios. Precisamente, esta disfunción entre impugnación directa e indirecta en materia de convenios ha motivado la introducción en la Ley de Jurisdicción Social de un mecanismo procesal excepcional que pretende dotar de mayor seguridad jurídica a las relaciones jurídicas afectadas por convenios que son objeto de impugnación indirecta¹². No parece, sin embargo, que dicho mecanismo sea trasladable al supuesto de impugnación de acuerdos de descuelgue.

A falta de otros análisis más profundos, estrictamente necesarios según mi criterio, quizá lo que se ha expuesto hasta ahora sirva al menos para poner de manifiesto las numerosas disfunciones que provoca la irrupción en el modelo normativo de negociación colectiva de un supuesto en el que coexisten elementos que en parte proceden del reconocimiento de una facultad extraordinaria de carácter causal —conectada por tanto con una presunción de alteración de las condiciones existentes cuando se concierta el contrato («rebus sic stantibus»)— con otros que lo acercan a la «negociación» de condiciones de trabajo en la propia empresa mediante acuerdos (mini convenios) con capacidad para desplazar

¹¹ Como antes he señalado, creo que la presunta ilegalidad del acuerdo no alcanza a sus aspectos causales, es decir, a la suficiencia de las causas alegadas por el empresario, dada la presunción legal de concurrencia de éstas establecida en la ley con carácter absoluto.

¹² El artículo 163 de la LJS ha introducido un nuevo procedimiento para que las impugnaciones de actos aplicativos basadas en la presunta ilegalidad del convenio puedan reconducirse, a instancias del Ministerio Fiscal, a un procedimiento de impugnación directa de la cláusula de que se trate a través del proceso especial de conflictos colectivos.

parcialmente al convenio colectivo en vigor, y en los que el componente causal se ha mitigado sustancialmente hasta prácticamente desaparecer.

c) *El nuevo régimen del artículo 82.3 ET obliga a quienes hubieran suscrito el acuerdo de inaplicación a comunicarlo a la Autoridad Laboral y a la comisión paritaria del convenio afectado*

La ley guarda silencio sobre las consecuencias de esta comunicación, o más exactamente sobre la posibilidad de impugnación del acuerdo a instancias de cualquiera de estos dos sujetos. En el caso de la Autoridad Laboral, parece claro que de este deber de comunicación no deriva una obligación de control de legalidad similar a la que, para los convenios colectivos, se establece en el artículo 90.5 ET.

Por su parte, y en lo que se refiere a la comisión paritaria del convenio, a través de esta comunicación se podría estar posibilitando no solo un control sindical de los acuerdos, sino también el ejercicio, en su caso, de una acción de impugnación judicial de los mismos por alguno de los sujetos que la conforman, quienes podrían utilizar para ello el cauce del proceso especial de conflictos colectivos, tal y como se ha expuesto previamente.

d) *La naturaleza jurídica del acuerdo de descuelgue*

Finalmente y en relación con este apartado, creo que procede hacer una última reflexión. La suscripción de un acuerdo de inaplicación supone el desplazamiento temporal del convenio colectivo y la sustitución parcial de su contenido por otro distinto. Cuál sea la naturaleza jurídica de este acuerdo no es una cuestión meramente teórica o vacía de consecuencias prácticas. A lo que ya se ha analizado sobre la impugnabilidad del acuerdo, habría que añadir ahora que si se equipara en todo al convenio colectivo estatutario al que sustituye parcialmente, su régimen de protección frente a modificaciones posteriores será el que se establece en el propio artículo 82.3 ET lo que equivale a decir que su contenido únicamente podrá ser modificado mediante un nuevo acuerdo, o a través del mecanismo de desbloqueo previsto en la ley que se analizará en el apartado siguiente. Por el contrario, si se califica como un simple pacto o acuerdo colectivo no estatutario cualquier alteración de su contenido a futuro podría ampararse en la facultad que atribuye al empresario el artículo 41 del ET que, como es sabido, sólo exige, y no en todos los casos¹³, la apertura de un periodo de consultas a

¹³ Conforme a la nueva regulación, en el caso de modificaciones de trabajo derivadas de un título colectivo que no fuera un convenio estatutario, solo se exige la apertura de un periodo de consultas previo a su implantación por el empresario cuando la modificación afecte a más de 10 trabajadores, o a un número superior al 10% en empresas con más de 100 trabajadores, o de 30 para las de más de 300.

cuya finalización sin acuerdo el empresario puede imponer unilateralmente una modificación de las condiciones de trabajo.

La cuestión ha sido estudiada por la doctrina laboralista, aunque básicamente desde el punto de vista de la eficacia personal del acuerdo¹⁴. La tesis mayoritaria se inclinaba por atribuirle la misma eficacia jurídica que a los convenios estatutarios¹⁵. En cualquier caso, creo que hay razones de peso para entender que acuerdo y convenio participan de la misma o similar naturaleza jurídica, no solo desde el punto de vista de la eficacia general de ambos, sino también desde la perspectiva de su fuerza de obligar y consecuentemente de la garantía de su contenido durante su vigencia, tal y como ha sido expuesto en un apartado precedente.

3.3.3. *La inexistencia de acuerdo para la inaplicación del convenio*

El establecimiento de mecanismos eficaces para superar el desacuerdo en los procedimientos de descuelgue ha sido uno de los objetivos principales de las reformas laborales que se han sucedido en los últimos años. Fue una de las novedades de ley 35/2010, que estableció la obligación de regular dichos procedimientos en los acuerdos interprofesionales y la de incluirlos en los convenios colectivos como contenido mínimo obligatorio, y habló por primera vez de la solución efectiva de las discrepancias introduciendo también la referencia a los compromisos arbitrales lo que suscitó en su momento no pocas dudas de interpretación¹⁶. Esta obligación se mantuvo en el RDLey 7/2011 prácticamente en los mismos términos, aunque asignando funciones específicas en este sentido a las comisiones paritarias, y es, por último, una de las novedades más significativas de la actual Ley 3/2012.

Tal y como actualmente está configurada, la gestión del desacuerdo pasa, o puede pasar, por tres estadios o niveles diferentes que la ley contempla como fases sucesivas:

a) *La intervención de la comisión paritaria a instancias de cualquiera de las partes*

Esta posibilidad es correlativa a la obligación de contenido mínimo del convenio colectivo (artículo 85.3.d) ET) en virtud de la cual las partes que lo negocian deben incluir en su texto los procedimientos a utilizar por las comisiones paritarias para solventar sus diferencias, tanto de carácter general como específico en los casos de descuelgue.

¹⁴ Un resumen de las diferentes posturas mantenidas por la doctrina sobre esta cuestión en Agut García, Carmen, *La cláusula de descuelgue salarial*, Tiran lo Blanch, Valencia 1999, págs. 82 y ss.

¹⁵ A favor de la equiparación entre acuerdos de empresa y convenios colectivos, por todos, Casas Bahamonde, María Emilia, *Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses*, Relaciones Laborales, 1995, tomo I, pág. 29.

¹⁶ El tema se trató extensamente en la jornada técnica a que se ha hecho referencia en la nota 8.

b) *La utilización de los procedimientos establecidos en los acuerdos interprofesionales ante el fracaso de la vía anterior o la decisión de no acudir a ella*

De la misma manera que en el caso precedente, la determinación de cuál de aquellos procedimientos habrá de ser aplicado en el caso concreto debe estar expresamente prevista en el convenio colectivo, pues forma parte también del contenido mínimo de éste (art. 85.3.c) ET).

En lo que se refiere al margen del que disponen los convenios colectivos para optar entre los diversos procedimientos recogidos y regulados en los acuerdos interprofesionales, la interpretación acogida por la comisión paritaria del PRECO es, como se verá más adelante con mayor detalle, que la facultad de «adaptación» que la ley atribuye al convenio incluye la posibilidad de un compromiso previo de arbitraje que sería vinculante para el propio acuerdo interprofesional¹⁷.

c) *El recurso a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC)¹⁸ o a los órganos correspondientes (equivalentes) de las Comunidades Autónomas*

Se trata de una medida ciertamente muy novedosa en nuestro modelo normativo de negociación colectiva y que suscita no pocas interrogantes.

Probablemente la principal de ellas es la que se refiere a la validez misma de la fórmula desde el punto de vista constitucional. La existencia de una resolución vinculante o de un arbitraje obligatorio parece poco compatible con un modelo constitucional que reconoce la autonomía de los agentes sociales y la fuerza vinculante de los convenios. El debate está ya planteado en términos doctrinales¹⁹.

¹⁷ En relación con este punto me remito al desarrollo «in extenso» que se hace en un apartado posterior del presente trabajo sobre el alcance de la facultad de «adaptación» de los Acuerdos Interprofesionales que el artículo 85.3 c) del ET confiere a los convenios colectivos.

¹⁸ No deja de resultar curiosa la revitalización de un órgano como la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos que había quedado vacío de contenido real por efecto de la creación en la disposición final segunda del RD Ley 7/2011 de un Consejo de Relaciones Laborales llamado a absorber sus funciones. El papel absolutamente relevante que ahora se encomienda a la CCNCC debe interpretarse, por tanto, como la renuncia tácita al desarrollo del propio Consejo.

¹⁹ Valdés Dal Ré, F. ver (nota 24) un resumen de las opiniones doctrinales. De acuerdo con este autor, de manera mayoritaria, la doctrina ha expresado dudas sobre la conformidad de esta fórmula de arbitraje obligatorio con el artículo 37 CE. (Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, Sala Franco, Escudero Rodríguez, Cruz Villalón, Molero Marañón, Roqueta Buj y Sempere Navarro). En un sentido favorable a la constitucionalidad cita a De La Villa Gil.

Por otra parte, algún autor ya se había pronunciado «de lege ferenda» antes de la ley 3/2012 sobre la posibilidad de atribuir esta función dirimente en materia de «descuelgues» a la CCNCC. Ver Pérez de los Cobos, F, y Thibault Aranda, J, en «La reforma de la negociación colectiva», en Relaciones Laborales n.º 14 (quincena del 23 de julio al 8 de agosto de 2010).

Sin dejar de reconocer la relevancia en términos jurídicos de esta polémica, que en última instancia quedará zanjada por el Tribunal Constitucional, a quien compete resolver el recurso interpuesto frente a la ley, lo cierto es que la intervención de la CCNCC y de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas está llamada a constituir una seña de identidad de nuestro modelo de relaciones laborales a corto y medio plazo, al menos hasta la derogación o la eventual anulación de la norma que la ha introducido como fase última de los conflictos de inaplicación de los convenios colectivos.

En el ámbito del Estado, el procedimiento ante la CCNCC está regulado en el RD 1362/2012, de 27 de septiembre. Por lo que se refiere a las diferentes Comunidades Autónomas, la situación es, sin embargo, desigual, con varias de ellas, entre las que se encuentra la CAPV, pendientes de una decisión sobre la creación de un órgano propio de resolución de discrepancias y otras que han encomendado la función dirimente en materia de inaplicación de convenios a organismos preexistentes de composición tripartita

Recientemente, y aunque con una técnica legislativa sin duda cuestionable, el RD Ley 5/2013, dictado para la regulación de una materia en todo ajena a ésta, como es la introducción de medidas, según su denominación literal, para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo, ha cerrado el círculo de este peculiar mecanismo estableciendo (disposición adicional sexta) que la CCNCC asumirá la función dirimente en materia de descuelgues si en el plazo de tres meses desde su promulgación no se han creado o puesto en funcionamiento los órganos autonómicos correspondientes.

No es el propósito de este trabajo analizar en profundidad el procedimiento regulado en el RD 1362/2012, que permite optar por una resolución directa o por un arbitraje obligatorio para solventar las discrepancias, pero aunque solo pueda quedar apuntado, me gustaría al menos aludir a los problemas que plantea, en una aproximación inicial, el cauce de impugnación de las decisiones que resuelvan los conflictos de descuelgue. El reglamento, aprobado por el RD 1362/2012, se limita a atribuir tanto a la decisión de la CCNCC como al laudo arbitral el mismo valor en términos jurídicos que al acuerdo en periodo de consultas, reproduciendo así la fórmula legal del artículo 82.3 ET. Precisamente esta equiparación permite trasladar aquí las reflexiones anteriores sobre la verdadera naturaleza del acuerdo directo de descuelgue y los modos y procedimientos de impugnación del mismo. Si dichas reflexiones fueran correctas, existirían razones para considerar que cuando el acuerdo se sustituye por la decisión de un tercero (la CCNCC) o por un laudo arbitral la acción de impugnación permanece viva durante toda la vigencia temporal del acuerdo (o del convenio al que parcialmente sustituye).

En suma, se confirma de este modo que la decisión, pactada o impuesta, con la que se resuelve el conflicto motivado por el descuelgue no es propiamente un convenio, porque mantiene formalmente su naturaleza causal, pero funciona jurídicamente como tal. En primer lugar, porque tanto el acuerdo en el periodo de consultas como la resolución de la CCNCC, o el laudo que ésta decide activar, tienen todos el mismo valor jurídico y presuponen la existencia de causa, lo que restringe el control material de la medida a una eventual infracción del orden público o al incumplimiento de ciertos elementos formales: violación del principio de igualdad de partes, ultravires o, en su caso, defectos de consentimiento. Y en segundo lugar, porque ninguno de los títulos que justifican el descuelgue —acuerdo directo entre las partes afectadas o decisión impuesta por un tercero— tiene que trasladarse a los contratos individuales a los que afecta, lo que le confiere un valor normativo que sólo es predicable de los convenios colectivos estatutarios.

4. El contenido mínimo obligatorio del convenio como marco para la negociación

La Ley 3/2012 ha alterado también el contenido del artículo 85.3 del ET. Las modificaciones más relevantes en este punto se refieren a las funciones de las comisiones paritarias, cuyo papel quiso impulsar su predecesor, el RD Ley 7/2011, y cuyas competencias han quedado claramente mitigadas ahora.

En todo caso, los elementos más destacables, a partir de la nueva regulación son, a mi juicio, los siguientes:

En lo que se refiere a las comisiones paritarias, el mantenimiento del artículo 91.4 ET, en la redacción introducida por la reforma de 2011, sobre el valor jurídico de las resoluciones de las comisiones paritarias en materia de interpretación y aplicación del convenio colectivo y la supresión, sin embargo, de toda referencia a la capacidad de adaptar y, en su caso, modificar, cumplidos ciertos requisitos, el convenio colectivo vigente, que había reconocido del forma expresa el RD Ley 7/2011.

En cuanto a la capacidad de modificar el convenio, que exigía en todo caso la convocatoria a todos los sujetos legitimados en función del ámbito negocial de que se trate, si no formasen parte ya de la comisión paritaria, la supresión tiene más consecuencias formales que sustanciales, ya que subsiste, o para ser más exacto se reconoce con carácter general en el artículo 86.1 ET la capacidad de (re)negociar «ante tempus» un convenio en vigor, lo que implica la posibilidad de su modificación, aunque perdiendo quizá parte de la agilidad que con la norma previa se obtenía mediante la habilitación a la propia comisión paritaria para tomar la iniciativa.

Creo que resulta más problemática, sin embargo, la cuestión referente a la competencia de «adaptación» del convenio. Tal atribución parecía necesaria ante la vigencia de una doctrina jurisprudencial consolidada que ha venido negando a la comisión paritaria capacidad para introducir modificaciones que no se limiten estrictamente a la interpretación de lo pactado.

Por último, se ha conservado el trámite de intervención necesaria de la comisión paritaria, a instancias de cualquiera de las partes, en los conflictos derivados de los descuelgues regulados en el art. 82.3 ET, lo que implica el mantenimiento tras la última reforma de una obligación de contenido en los convenios colectivos introducida en su momento por el RD Ley 7/2011.

En lo que se refiere a los procedimientos de solución de las discrepancias en procedimientos de descuelgue, la Ley 3/2012 ha mantenido también la obligación de incluir en el convenio colectivo como contenido mínimo los procedimientos a los que las partes han de someterse para solventar sus discrepancias tras la finalización del periodo de consultas en los conflictos de inaplicación del convenio. Como antes se ha señalado, la consecuencia más relevante de ello es que los acuerdos interprofesionales pueden resultar modificados, o «adaptados» en la terminología de la ley, por los convenios colectivos²⁰

Por último y respecto a la flexibilidad interna en materia de distribución irregular de la jornada y movilidad funcional, hay que reseñar que en su nueva redacción el artículo 85.3 ET suprime la referencia al 5% de distribución irregular de jornada, que ha pasado, incrementada hasta el 10%, al artículo 34 ET como una capacidad unilateral del empresario, en defecto de pacto específico.

Por lo que se refiere a las referencias a la movilidad funcional, éstas han sido también suprimidas a partir del RD Ley 3/2012. Sin duda, su inclusión como contenido mínimo obligatorio del convenio colectivo, introducido por la reforma de 2011, suscitaba tantas dudas que hacían del precepto un supuesto prácticamente inaplicable de hecho.

5. La sucesión de convenios colectivos en el tiempo. La limitación legal del periodo de aplicación del convenio a partir de su vencimiento

5.1. El nuevo tratamiento de la ultractividad

Una de las novedades más llamativas de la última reforma es la introducción en el párrafo 3.º del artículo 86 ET de una regla legal de limitación temporal de la ultractividad. Se trata de una norma subsidiaria, tal y como se evi-

²⁰ Ver nota 17 y su remisión a un apartado posterior del presente trabajo.

dencia con la expresión con la que comienza dicho párrafo: *«salvo pacto en contrario...»*, y es congruente con la redacción del párrafo 1.º del mismo precepto que aclara que la vigencia del convenio, una vez denunciado y concluida su duración pactada, se producirá *«en los términos que se hubiesen establecido en el propio convenio»*.

Este nuevo régimen modifica de modo sustancial la regulación introducida por el RD Ley 7/2011 que, en ausencia de pacto en contrario, optaba por el mantenimiento «sine die» del convenio vencido, y está llamado a provocar importantes consecuencias en el panorama actual de la negociación colectiva, desde varios puntos de vista.

En primer lugar, desde la perspectiva de la estructura de la negociación colectiva, puesto que la unidad de negociación que no se renueva en el tiempo estipulado (un año desde la denuncia del convenio²¹) es absorbida por la de nivel superior, en el caso de que exista.²²

En segundo lugar, respecto al futuro las condiciones laborales reguladas por el convenio decaído. En efecto, el problema más acuciante que suscita el nuevo tratamiento legal de la ultractividad es, seguramente, el que se refiere a las condiciones laborales de los trabajadores y trabajadoras incluidos en el ámbito de aplicación del convenio decaído cuando no exista un convenio de ámbito superior.

Desde la óptica jurídica, la pérdida de vigencia de una «norma laboral» que tiene —necesariamente— carácter temporal produce indudablemente una alteración del marco regulador de las relaciones individuales afectadas y la desaparición de una de sus fuentes reguladoras (art. 3 ET). Aunque se ha defendido la tesis de que la pérdida de la fuerza normativa del convenio no debería implicar necesariamente su desaparición sino, en su caso, una mutación de su naturaleza jurídica, con lo que el convenio decaído pasaría a aplicarse como convenio extraestatutario²³, me parece más correcta la postura que mantiene que, dado nuestro sistema de negociación colectiva, asentado en la fuerza normativa del

²¹ La Ley habla de denuncia del convenio, como lo hacía también su antecedente normativo inmediato el RD Ley 3/2012. A pesar de ello, todos los agentes sociales y sindicales están entendiendo de modo pacífico que el plazo del año se computa desde la finalización del plazo de vigencia expresamente pactado, cuando hay denuncia del convenio.

²² Se trata, sin duda, de una consecuencia relevante en un contexto como el actual en el que casi el 70% de los convenios colectivos, en términos de personas afectadas, han quedado pendientes de renovación en el año 2012, reproduciendo una situación que se repite en similares términos desde hace ya más de una década. Ver «El balance de la negociación colectiva en la CAPV, año 2012» en el apartado de «negociación colectiva» en www.crl-lhk.org.

²³ Escudero Rodríguez, R. «El RD Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva. Capítulo 1, en AAVV. (Dirección: ID.) La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011, 2012, Ediciones Cinca. Madrid. 2012

convenio²⁴ no parece posible transmutar un convenio estatutario en otro convenio diferente solo por la aplicación de un precepto, incluido por otra parte dentro del modelo legal de negociación, que limita su duración en el tiempo.²⁵

Por lo que se refiere a la tesis de la «contractualización» de las condiciones fijadas en un convenio colectivo, lo que permitiría su conservación como derecho subjetivo una vez decaído éste, la jurisprudencia es concluyente respecto a la inhabilidad del convenio para generar «derechos adquiridos». Sin duda es cierto que esta doctrina no se elaboró directamente para resolver los vacíos normativos generados por el decaimiento pleno de un convenio colectivo sino en relación sobre todo con la sucesión de procesos de negociación.²⁶ Ciertamente, hasta la aparición del RD Ley 3/2012, y la posterior Ley 3/2012 y su giro copernicano en materia de ultractividad, este problema no se había planteado, ni en la práctica, ni siquiera, en lo que yo conozco, desde una perspectiva teórica o doctrinal, pero a pesar de ello la posibilidad de argumentar a favor del mantenimiento de los derechos a título individual cuando el convenio colectivo ha decaído se topa con la enorme dificultad de invocar como derecho subjetivo lo que es solo y simplemente norma o derecho objetivo.

En conclusión, parece difícil negar que el convenio vencido (transcurrido el plazo adicional de ultractividad) desaparece del sistema de fuentes

²⁴ El carácter normativo del convenio le confiere dos condiciones inherentes a toda norma jurídica: integra un cuerpo de derecho objetivo y es singularmente inderogable por sus destinatarios. Este mismo carácter normativo es el que sitúa al convenio bajo el llamado principio de modernidad, por el cual toda norma puede ser derogada por otra posterior del mismo rango. La condición de norma del convenio está en el origen de la construcción doctrinal y jurisprudencial (sobre la que hay un abundante cuerpo de sentencias, ver en este sentido, entre otras, la STS Sala 4.^a de 16 diciembre 1994) que le niega el carácter de fuente de adquisición de derechos o condiciones más beneficiosas (como ocurre siempre con el derecho objetivo); y explica la reforma legal del año 1994 concretada en los dos preceptos que «normativizan» esta doctrina: el 82.4 y el 86.4 del ET.

En nuestro sistema constitucional y legal de negociación colectiva estamos por tanto frente a convenios que a) son normas objetivas y no derechos subjetivos nacidos de la voluntad de sus titulares o representantes, b) que se imponen, por tanto, a sus destinatarios y no pueden ser desconocidas ni derogadas por éstos, que c) deben ser aplicadas y respetadas, garantizando la paz laboral durante su vigencia, y d) que se sustituyen unas a otras sin más limitaciones que el respeto al derecho laboral imperativo, pues la dimensión temporal es una de las cuatro dimensiones de cualquier sistema normativo

²⁵ Sempere Navarro, A.V. «Retoques parlamentarios a la reforma laboral. Aranzadi Doctrinal, n.º 4. 2012, pp. 221 y ss y Sala Franco, T. «La reforma de la negociación colectiva». En Blasco Pelleret et alrri. «La reforma laboral en el RD Ley 3/2012». Tiran Lo Blanch. Valencia 2012, pp. 43 y ss.

²⁶ La STS de 16 de diciembre de 1994 (EDJ 1994/9754) afirma con rotundidad que «...no rige ya el principio de irreversibilidad del sistema normativo anterior a CE, que quedó sustancialmente modificado en el nuevo modelo que se instauró, entre otras normas, por art. 37 de la misma; y caben, en consecuencia, convenios colectivos regresivos, sin que quepa sostener que el convenio colectivo es fuente de condición más beneficiosa. La fuerza derogatoria que tiene un convenio respecto del precedente lo recoge expresamente también art. 86,4 Estatuto de los Trabajadores modificado por Ley 11/94, tampoco aplicable como tal norma a nuestro caso, pero que en definitiva encaja en él, como se ha dicho».

y que, en consecuencia, los trabajadores afectados por él pasan a regirse por un régimen distinto. Dicho régimen no podría ser otro en principio que el convenio de ámbito superior o, en su defecto, la ley laboral, ya que, como se ha argumentado, la irrupción en el elenco de fuentes reguladoras de un pacto colectivo extraestatutario, con idéntico contenido que el estatutario decaído, o de un derecho subjetivo adquirido por los trabajadores y trabajadoras mientras el convenio estuvo vigente, no parece fácil de sostener en términos jurídicos.

Ahora bien, en el supuesto de que el empresario decida mantener unilateralmente las condiciones fijadas por el convenio una vez superado el plazo máximo de ultractividad sí estaríamos ante una decisión unilateral de efectos colectivos, aunque, en tal caso, los derechos individuales de los trabajadores dejarían de estar sustentados en un convenio colectivo estatutario dotado de fuerza normativa y pasarían a regirse por un pacto tácito de origen colectivo, lo que tiene importantes consecuencias jurídicas. La más relevante es, en mi opinión, la que se refiere a la modificación «a posteriori» de las condiciones de trabajo. El régimen de modificación de estas condiciones habría dejado de regirse por el artículo 82.3 ET, que regula el mecanismo del descuelgue de convenios estatutarios, quedando subsumido en el procedimiento de modificación de los pactos y convenios no estatutarios o decisiones unilaterales de carácter colectivo establecido en el artículo 41 ET que reconoce al empresario la facultad de imposición unilateral de nuevas condiciones, sin perjuicio de la posibilidad de impugnación judicial posterior.

5.2. Las cláusulas de ultractividad en convenios colectivos anteriores la Ley 3/2012

La regla que introduce el párrafo 3.º del artículo 86 ET se aplica a todos los convenios colectivos cuya fecha de vencimiento sea posterior a la de entrada en vigor de la Ley 3/2012. Igualmente, y conforme a la disposición transitoria cuarta de la Ley 3/2012, se aplica a los convenios ya vencidos en la fecha de la promulgación de la ley; aunque en este caso, el plazo del año comienza a computarse a partir de su entrada en vigor.

En relación con este último punto puede suscitarse una duda en torno a la vigencia de las cláusulas de mantenimiento de la parte normativa del convenio incluidas en alguno de los que estaban en vigor, o ya vencidos, cuando se promulgó la reforma, a pesar de que con la regulación legal previa no era necesario un pacto expreso para mantener vigente el convenio en régimen de ultractividad.

Podría pensarse que, en tales casos, la ultractividad cesa una vez transcurrido el plazo legal, con independencia de un pacto en contrario, o al margen de cualquier régimen distinto establecido en el propio convenio.

En apoyo de esta tesis, es decir del decaimiento necesario de todos los convenios negociados y vencidos con anterioridad a la promulgación de la Ley 3/2012, y no renovados en el plazo establecido a partir de su entrada en vigor, podría quizá aducirse que no es posible establecer un pacto en contrario frente a una regulación inexistente en el momento en que el convenio se negoció.

Ahora bien, creo que existen razones de más peso jurídico para mantener la tesis contraria. Es decir, que la vigencia del convenio colectivo se determinará en primer lugar y con carácter preferente de acuerdo con lo establecido específicamente en él, pues no hay nada en la ley que permita hacer una lectura que diferencie entre los convenios suscritos antes o después de su promulgación.

En lo que se refiere a los vencidos con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 3/2012, existe una norma de derecho intertemporal, la disposición transitoria 4.^a que introduce una regulación específica. Pero precisamente este carácter de norma intertemporal hace que su interpretación haya de ajustarse a lo que estrictamente resulta de su tenor literal. La disposición transitoria 4.^a del RD Ley 3/2012 no pretende modificar con carácter retroactivo el contenido de los convenios vencidos antes de su promulgación, sino establecer cuál es la norma aplicable para los que no habían sido renovados en esa fecha (7 de julio de 2012), o más exactamente para introducir también con respecto a ellos un plazo máximo para su renegociación efectiva. Pero este plazo, y los efectos o consecuencias de su transcurso, ha sido concebido igualmente en la nueva ley como una norma subsidiaria que cede ante cualquier regulación preferente introducida por el propio convenio (artículo 86.3 ET párrafo primero). Nada impide, por ello, que el convenio se aplique en este punto en sus propios términos, y que su vigencia se mantenga si las partes que lo negociaron lo quisieron así, haciendo uso de una libertad de pactos que estaba vigente cuando se negoció y que no solo no ha quedado anulada, sino que ha sido expresamente ratificada por la nueva normativa legal.

6. Las nuevas referencias legales a la utilización de los procedimientos voluntarios para la solución de determinados conflictos laborales de carácter colectivo

La potenciación de los procedimientos voluntarios de conflictos laborales es sin duda otro de los ejes básicos de las sucesivas reformas que desde el año 2010 se han ido produciendo en el ámbito de nuestro derecho del trabajo. El propósito de incrementar la flexibilidad en las empresas, y de dotar de mayor dinamismo a la negociación colectiva posibilitando la renovación y adaptación de los convenios colectivos, se ha tratado de canalizar en buena medida a través de

estos procedimientos. Pero el deseo de impulsar lo que el legislador ha llamado «soluciones eficaces» y, al propio tiempo, la necesidad de respetar la autonomía colectiva que constituye uno de los pilares de nuestro sistema de relaciones laborales es, sin duda, una de las líneas de tensión que atraviesa esta profunda transformación del modelo normativo.

Sin olvidar los problemas que están en la base de este difícil equilibrio, y que trascienden al propósito de este trabajo, hay que reconocer también que las soluciones barajadas en las últimas reformas legales plantean en sí mismas complejas cuestiones interpretativas sobre su funcionamiento y alcance.

La Ley 3/2012 utiliza una fórmula de contenido muy similar para referirse al papel de los procedimientos voluntarios en materia de inaplicación (art. 82.3 ET) y renovación de convenios colectivos (art. 86.3 ET)

Por tal razón, alguna autora ha mantenido que se trata de dos supuestos prácticamente idénticos.²⁷ Sin embargo, y a pesar de esta similitud formal, el tratamiento que da la ley laboral a los dos casos es, en mi opinión, sustancialmente diferente.

En los conflictos de inaplicación de un convenio colectivo (descuelgues), la ley laboral ha introducido una obligación de utilización de los procedimientos voluntarios para tratar de solucionar el desacuerdo entre las partes, (art. 82.3 ET) que se complementa con otra dirigida a los convenios colectivos y que pasa a formar parte de las exigencias de contenido mínimo establecidas en el artículo 85.3 c) del ET. De acuerdo con ella, todos los convenios deben incluir a partir de ahora *«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 artículo 82.3.»*

En los bloqueos en los procesos de (re)negociación de un convenio colectivo, sin embargo, únicamente se ha impuesto a los acuerdos interprofesionales que regulan los diferentes sistemas de solución voluntaria de conflictos colectivos la obligación de pronunciarse, en un plazo determinado, sobre el alcance de sus arbitrajes en relación con tales conflictos de negociación.²⁸

Es cierto por tanto que, a partir de las reformas, los procedimientos voluntarios de solución de conflictos laborales están llamados a jugar un papel específico que la autonomía colectiva deberá precisar, tanto en los descuelgues como en los procesos de renovación de convenios. Pero, como se ha visto, la definición

²⁷ Fotinopoulou Basurko, O. «Las reformas laborales y el arbitraje obligatorio: algunos problemas (reflexiones a propósito del acuerdo de la Comisión Paritaria del Preco de 20 de octubre de 2011) en *Lan Harremanak* 26, pág. 53-7, pág. 57.

²⁸ Ver artículo 86.3 del ET en relación con la disposición adicional primera del RD Ley 7/2011, que la Ley 3/2012, ni su antecedente inmediato el RD Ley 3/2012 han derogado.

última de este papel se atribuye a dos niveles de la negociación colectiva bien diferentes. En los descuelgues, y junto a los acuerdos interprofesionales a los propios convenios colectivos; en el de su (re)negociación únicamente a los acuerdos interprofesionales que actualmente regulan y amparan los diferentes sistemas de procedimientos voluntarios.

Esto nos obliga a analizar por separado las consecuencias de los dos supuestos y su relación específica con los acuerdos interprofesionales.

6.1. La inaplicación parcial de convenios colectivos (descuelgues)

El tratamiento legal de los descuelgues ha sufrido diferentes modificaciones a lo largo de las últimas reformas laborales.

Por lo que aquí interesa, la regulación definitiva introducida por la Ley 3/2012 incorpora una diferencia sustancial con respecto al régimen legal previo a las últimas reformas. En efecto, ante la persistencia del desacuerdo una vez superadas las instancias anteriores, se obliga ahora a las partes a acudir a los procedimientos voluntarios de solución de conflictos. Como ya se ha señalado, esta obligación constituye una de las novedades de la Ley 3/2012, que ha sustituido la expresión «*las partes podrán acudir...*» que utilizaba su antecedente normativo inmediato, el RDley 3/2012, por la actual «*las partes deberán acudir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales...*» (art. 82.3 ET, párrafo séptimo). Pero la ley 3/2012 también ha mantenido la obligación que impuso la Ley 35/2010 a los convenios colectivos en relación con los procesos de descuelgue para que incluyan en su clausulado el procedimiento que deberá ser utilizado para solventar el desacuerdo (artículo 85.3.c) ET). Alguna autora²⁹ ha mantenido la tesis de que esta obligación se refiere a los convenios sectoriales, pero lo cierto es que está legalmente establecida para todos los convenios cualquiera que sea su ámbito, lo que por otra parte resulta coherente con su verdadera finalidad, tal y como expondremos a continuación.

Hay que comenzar por reconocer que esta «escisión» en dos niveles distintos, el ordinario y el interprofesional, del tratamiento de los descuelgues con respecto a los procedimientos voluntarios generó, en su momento, no poca perplejidad interpretativa. Sobre todo si se acogía la tesis de que los acuerdos interprofesionales venían obligados a introducir un arbitraje obligatorio³⁰. En tal

²⁹ Fotinopoulou Basurko, página 65, afirma literalmente: «...la segunda interrogante que se ha de analizar es la del alcance de la facultad de adaptación que el artículo 85.3 ET *confiere a los convenios sectoriales*, respecto de los procedimientos establecido en el acuerdo interprofesional».

³⁰ Del Rey Guanter, S., *Temas Laborales* (Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, n.º 10), págs. 163-191, mantiene que el arbitraje debería ser necesariamente establecido como mecanismo de solución —eficaz— de las discrepancias entre las partes, aunque deba entenderse que su utilización efectiva constituye una opción voluntaria del empresario a la que debería someterse, en su caso, imperativamente la parte sindical.

caso, la imposición de una nueva obligación a los propios convenios —afectados por definición por el acuerdo interprofesional aplicable— resultaría redundante y vacía de contenido. Por ello, lo que parecía dotar de sentido a la obligación contenida en el artículo 85.3.c) era la tesis contraria: los acuerdos interprofesionales no están obligados a imponer un arbitraje sino simplemente facultados de forma expresa para ello. Ahora bien, consciente de esta voluntariedad, el legislador reforzó de otro modo su deseo de buscar vías efectivas para la solución del conflicto obligando también a los convenios colectivos a pronunciarse sobre el procedimiento a utilizar.

En cualquier caso, esta «conexión» entre los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos no está exenta de dificultades. De entre todos los problemas que cabe imaginar, quizá el más claro es el que se refiere a la eventual contradicción entre un convenio colectivo y un acuerdo interprofesional cuando el convenio incluye un compromiso arbitral para solucionar la discrepancia entre las partes y el acuerdo interprofesional únicamente regula entre sus procedimientos el arbitraje voluntario³¹.

La pregunta parece evidente: ¿está, en tal caso, el acuerdo interprofesional obligado a tramitar este arbitraje incluso cuando una de las partes, a pesar de haber suscrito la cláusula compromisoria en el convenio, se negara a ponerlo en marcha? Si la respuesta es negativa, la consecuencia sería que muchos compromisos de arbitraje pactados en los convenios no podrían materialmente llevarse a cabo, a menos que la empresa afectada dispusiera de medios para gestionarlos y costearlos al margen de los sistemas amparados en los acuerdos interprofesionales.

En consecuencia, y siempre que exista una cláusula compromisoria libremente pactada por sus negociadores en el convenio, para que el modelo sea eficaz los acuerdos interprofesionales deberían posibilitar la tramitación de estos arbitrajes, incluso aunque el único arbitraje que el acuerdo interprofesional contemple sea el estrictamente voluntario. Y para ello es necesario disponer de algún mecanismo legal que permita a los convenios «imponer» de algún modo su

En sentido contrario se han pronunciado, por ejemplo, Cruz Villalón, J. y Alfonso Mellado, C. en la jornada técnica sobre la gestión de la flexibilidad interna organizada por el CRL el 10 de junio de 2010, cuyo resumen y conclusiones puede consultarse en la página Web del CRL (www.crl-lhk.org) en el apartado de «actividad institucional». Según dichos autores, son los propios negociadores del convenio.

³¹ «...descartada la hipótesis de que los acuerdos interprofesionales estén obligados a incluir compromisos arbitrales, la interpretación más coherente de la ley es que la referencia a compromisos arbitrales incluidos en un acuerdo interprofesional o convenio colectivo en los casos de los artículos 41.6 y 82.3 ET constituye una confirmación expresa de la posibilidad de que tanto los acuerdos como los convenios puedan decidir que se abra un procedimiento de arbitraje cuando lo solicite una parte, aunque la otra lo rechace, y lógicamente puedan establecer reglas que faciliten la práctica de tales arbitrajes (Cruz Villalón, J. y Alfonso Mellado, C. Jornada técnica sobre la flexibilidad interna en las empresas. Consejo de Relaciones Laborales de Euskadi. Ver resumen en (www.crl-lhk.org))

decisión a los acuerdos interprofesionales, salvando así la posible contradicción entre ellos.

Pues bien, en mi opinión esta facultad está expresamente admitida por el legislador en el artículo 85.3.c) del ET que atribuye a los convenios colectivos, precisamente para solventar estas posibles contradicciones y facilitar una solución operativa, la capacidad de «adaptar, en su caso,» los propios acuerdos interprofesionales.

¿Qué significa adaptar? Parece evidente, en primer lugar, que cualquier interpretación debe ir dirigida a dotar de algún contenido real a esta expresión, que no se repite en ningún otro precepto del título III del ET; parece claro también que, por genérica que sea la expresión legal utilizada, la adaptación implica un cierto cambio sobre los contenidos de algo, tal y como hasta entonces estaba configurado.

La tesis que aquí se defiende es que tal capacidad de adaptación se refiere como mínimo a las previsiones que sean necesarias para posibilitar la operatividad de compromisos pactados por las partes en el convenio colectivo que les es de aplicación. Tal interpretación no vulnera la autonomía colectiva; antes al contrario, la respeta de modo pleno pues son los sujetos negociadores quienes deciden libremente incluir una cláusula compromisoria para solventar de modo eficaz sus controversias en los procedimientos de descuelgue³².

Esta conclusión es coherente también con una interpretación sistemática de los dos preceptos concernidos, el 82.3 y el 85.3.c) del ET que conforman el modelo articulado legalmente implantando por las sucesivas reformas para el tratamiento de los conflictos de descuelgue³³.

³² Ver el estudio colectivo dirigido por Alfonso Mellado, C «El impacto de la reforma laboral iniciada con la ley 35/2012 en los sistemas de conflictos laborales pactados (Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2012). En la página 33 «in fine» se afirma: «lo que desde luego sí era posible ya en el marco regulador anterior a la Ley 35/2010, era la realización de compromisos de futuro, en los que las partes acordasen acogerse en el futuro a procedimientos de mediación y arbitraje cuando les sobreviniesen conflictos. Estos pactos que, cuando llega el caso, obligan a estar a lo estipulado, no alteran el carácter voluntario de los procedimientos, pues son las partes las que se comprometen para el futuro; incluso los citados pactos pueden ser establecidos en convenio y su aplicación en materia de conflictos colectivos no parece plantear dudas de constitucionalidad ni de legalidad, pues nacen, en definitiva, de un acto voluntario de los propios afectados por el compromiso o de sus representantes» Los autores se remiten, en este mismo sentido, al criterio de Durán López, F, en «el laudo arbitral en los conflictos laborales», en Relaciones Laborales n.º 1, pp 99 a 112.

³³ El propio Alfonso Mellado, C. ratifica esta tesis en «La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura y la inaplicación de los convenios colectivos» (Relaciones Laborales, n.º 3, marzo de 2013, La Ley), cuando señala que ... *El convenio de ámbito más reducido establecería el compromiso de previo sometimiento para el que parece que la ley le habilita, permitiendo así vincular a empleadores y trabajadores, mientras que el Acuerdo Interprofesional debería establecer las reglas a que se remite la tramitación de esos procedimientos laborales cuando alguna de las partes afectadas no quiera colaborar en dicha tramitación, a cuyo efecto cabe establecer reglas de aplicación subsidiaria-como se ha hecho en el ámbito del PRECO (País Vasco)*

6.2. La utilización de los procedimientos voluntarios en los casos de bloqueo de los procesos de (re)negociación de los convenios colectivos

El RD Ley 7/2011 incluyó, por su parte, en el artículo 86. 3 del ET una referencia a los acuerdos interprofesionales en relación con los procesos de (re)negociación de los convenios colectivos que la ley 3/2012 ha mantenido inalterada.

La incidencia del artículo 86.3 sobre nuestro modelo legal de negociación colectiva era potencialmente mayor bajo la redacción dada al ET por el RD Ley 7/2011 que con la regulación actualmente vigente, en los términos finalmente aprobados por la Ley 3/2012. En el RD 7/2011 se estableció la obligación de fijar plazos máximos para la renovación de los convenios colectivos a partir de la fecha de finalización de su vigencia, lo que pasaba a formar parte de su contenido mínimo; la norma incluía además una regla legal subsidiaria que determinaba la duración de tales plazos en defecto del propio convenio colectivo³⁴. Transcurridos estos plazos, cualquiera de las partes podía acudir a los procedimientos voluntarios regulados en el acuerdo interprofesional que le fuera aplicable.

Para reforzar este modelo, claramente orientado a conseguir la renovación efectiva de los convenios colectivos en plazos de tiempo razonables, el RD Ley 7/2011 tomó dos decisiones fundamentales: Transformar estos procedimientos en todos los casos, incluso en aquellos, claramente minoritarios, en que su aplicación efectiva dependía de una adhesión voluntaria a través de los convenios, en mecanismos que obligan de modo directo a las partes en conflicto, y obligar a los acuerdos interprofesionales a tomar una decisión sobre el tipo de arbitraje que debía ser aplicado. En concreto, les exigía pronunciarse sobre la naturaleza voluntaria u obligatoria de este arbitraje y les daba un plazo para realizar tal pronunciamiento (hasta 30 de junio de 2012, de acuerdo con la disposición adicional primera del RD Ley 7/2011), incluyendo una regla dispositiva y, por tanto, de aplicación subsidiaria según la cual, a falta de pronunciamiento expreso de los acuerdos interprofesionales, aquel arbitraje se consideraba obligatorio.

La Ley 3/2012 ha dejado inalterado el texto del artículo 86.3 ET y ha mantenido también formalmente en vigor la disposición adicional primera del RD Ley 7/2011, aunque ha suprimido la referencia a los plazos máximos de (re)negociación en el artículo 85.3.

³⁴ El artículo 85.3 en la versión introducida por el RD Ley 7/2011, posteriormente reformado por el RD Ley 3/2012, que recoge la redacción actualmente vigente, decía: *(apartado f) Plazo máximo para la negociación de un nuevo convenio colectivo que se determinará en función de la duración de la vigencia del convenio anterior. Salvo pacto en contrario, este plazo será de ocho meses cuando la vigencia del convenio anterior hubiese sido inferior a dos años o de catorce meses en los restantes convenios, a contar desde la fecha de pérdida de su vigencia.»*

En todo caso, y esto es lo que interesa destacar ahora, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto del descuelgue, ninguna de estas dos innovaciones legales en relación con la renovación de los convenios incorpora mandatos dirigidos a la negociación colectiva ordinaria sino a los acuerdos interprofesionales y solo a ellos.

Tal constatación es la que me ha llevado a mantener como punto de partida de esta reflexión que el tratamiento de los descuelgues y de los bloqueos en la (re)negociación de los convenios es claramente diferente en la ley laboral, a pesar de su aparente y quizá también engañosa similitud.

7. La incidencia de la reforma del marco normativo de la negociación colectiva en la CAPV. Algunas repercusiones

Cualquier intento de trasladar el análisis realizado en los apartados anteriores en relación con el nuevo marco normativo de la negociación colectiva a la situación específica de la CAPV, pasa por identificar algunos de los rasgos que vienen caracterizando el panorama de la negociación colectiva en Euskadi en los últimos años

No es un secreto para nadie que la negociación colectiva de la CAPV atraviesa un largo periodo de profundo estancamiento³⁵. Tal situación no es en modo alguno coyuntural, pues aun siendo cierto que la profunda crisis económica que atravesamos ha ralentizado aun más el ritmo de renovación de los convenios, los porcentajes de negociación pendiente con los que se vienen cerrando los diferentes ejercicios durante más de un década rondan el 60%.

En estas condiciones, la nueva regulación de la ultractividad con la limitación temporal de la vigencia de los convenios vencidos a partir del año desde la entrada en vigor de la Ley 3/2012, puede traducirse en un desplazamiento de una buena parte de la negociación sectorial provincial hacia convenios estatales y en una expulsión de la negociación colectiva de aquellos sectores que, a falta de un convenio de ámbito superior, quedarían fuera de la cobertura de ésta.

A falta de una estimación más precisa, un primer acercamiento a la realidad de la negociación colectiva en la CAPV pone de manifiesto que existe un porcentaje no desdeñable de convenios, no solo, pero principalmente sectoriales, con cláusulas específicas de mantenimiento de su parte normativa, lo que, con-

³⁵ Para un análisis más detallado, se puede consultar los informes sociolaborales publicados por el CRL en www.crl-lhk.org.

forme ya se ha expuesto, podría limitar, en principio, la aplicación de la regla legal subsidiaria del año de vigencia ultractiva máxima.

En cualquier caso, y a pesar del efecto protector inicial de aquellas cláusulas que garantizan la aplicación ultractiva del convenio «sine die», el mantenimiento de las reglas relativas a la estructura de la negociación colectiva sectorial, que la Ley 3/2012 no ha modificado, supone que la negociación colectiva sectorial de ámbito estatal puede invadir los ámbitos provinciales ante la inexistencia de un acuerdo interprofesional de estructura que establezcan criterios diferentes en la CAPV.

La situación, por lo que se refiere al debilitamiento de la negociación sectorial provincial, se agrava con la existencia de una norma imperativa que garantiza a los convenios de empresa la posibilidad de desplazar parcialmente a los convenios sectoriales durante su vigencia.

A ello se une un sistema de descuelgue al alcance de todas las empresas que, sobre la base del acuerdo, puede llegar a funcionar en la práctica como un acuerdo de empresa con capacidad para desplazar al convenio colectivo.

En el momento de redactar este trabajo no se conoce todavía si en el ámbito de la CAPV se optará por la creación de una comisión autonómica de descuelgues, o por la atribución a algún otro órgano de la función de resolución de las discrepancias en los conflictos de inaplicación de los convenios colectivos. Lo que no suscita dudas, sin embargo, a partir de la disposición adicional sexta del RD Ley 5/2013, es que la ausencia de una iniciativa en este sentido provocará la habilitación automática de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el plazo de tres meses desde la promulgación de aquella norma.

Por último, creo que deben ser tenidos en cuenta los dos acuerdos de la comisión paritaria del Acuerdo Interprofesional PRECO aprobados para cumplir las previsiones legales en materia de descuelgues y procesos de (re)negociación de convenios colectivos.

Se trata como ya se ha avanzado y se verá con más detalle a continuación, de acuerdos de naturaleza y alcance distinto, cuya diferencia fundamental reside en el grado de afectación que ambas decisiones están llamadas a tener en relación con el propio Acuerdo Interprofesional PRECO.

7.1. El acuerdo de la comisión paritaria del PRECO fecha 20 de octubre de 2011 (BOPV 17 de enero de 2012)

Dicho acuerdo recoge un conjunto de reglas de aplicación del PRECO de diverso tipo. Entre ellas se incluyen las que posibilitan la tramitación de los arbitrajes obligatorio en los casos de descuelgue cuando los convenios colectivos ha-

yan llevado a cabo la adaptación del PRECO, en ejercicio de la competencia de adaptación que les atribuye el artículo 85.3.c) del ET.

El acuerdo de la comisión paritaria se asienta, por tanto, en la premisa jurídica de que la sola introducción en un convenio colectivo de un compromiso arbitral adapta «por imperativo legal» el acuerdo interprofesional correspondiente, sin necesidad de ratificación o acuerdo complementario de los firmantes de éste. Esta tesis se apoya, precisamente, en la lectura que antes se ha hecho sobre el alcance de la expresión legal «*adaptando, en su caso, los acuerdos interprofesionales...*» y explica técnicamente el carácter meramente instrumental del acuerdo analizado:

1. No se trata de un acuerdo que «altera» o «modifica el PRECO en modo alguno. Son los convenios colectivos, y solo ellos, los que tienen la última y única palabra sobre el tipo de procedimiento que habrá de ser utilizado en los conflictos de descuelgue, sin intromisión o imposición alguna por parte de los firmantes del Acuerdo Interprofesional.
2. Por el contrario, es la regulación introducida por el convenio colectivo la que resulta vinculante para el Acuerdo Interprofesional PRECO, por decisión directa del legislador, que ha conferido a aquellos una facultad, extraordinaria, de adaptación.
3. Es precisamente esta «conexión» legal la que saca este supuesto del procedimiento general establecido en el PRECO (punto 6.º y acuerdo complementario)³⁶ para la asunción de las regulaciones particulares de los convenios colectivos, pues no se trata ya de una decisión de su comisión paritaria que libremente decide asumir una regulación particular, sino de una decisión de terceros (los firmantes del convenio) a los que la ley ha habilitado para «imponer» su regulación al acuerdo interprofesional, y asegurar la tramitación en todo caso de sus conflictos en materia de descuelgue por los sistemas que lo gestionan a través del procedimiento que el convenio libremente haya pactado (lo que incluye el compromiso de arbitraje).

³⁶ La regla, contenida en el apartado 6.º del Acuerdo Interprofesional PRECO, prevé el modo en que una «regulación particular» de un convenio puede ser asumida por él a pesar de no ajustarse a sus previsiones estrictamente: se exige un acuerdo unánime de su comisión paritaria. Para facilitar, a su vez, la aplicación de esta regla se aprobó también en su momento un acuerdo complementario de alcance general, suscrito en fecha 27 de Abril de 2005, que explicitaba los criterios y las condiciones en que la comisión paritaria entendía procedente la aprobación de estas «regulaciones particulares» que provenían de la negociación colectiva. Hay que destacar, en todo caso, que la decisión de la comisión paritaria del PRECO sobre la homologación o no de una «particularidad» se mantiene dentro de la más pura voluntariedad.

4. La facultad anterior queda constreñida a los supuestos de inaplicación del convenio colectivo (descuelgue), único caso en que la ley ha introducido la capacidad de «adaptación». En consecuencia, el punto 6.º del PRECO, el acuerdo general de fecha 27 de abril de 2005 y la necesidad de una decisión unánime de su comisión paritaria para aprobar la «regulación particular de que se trate», permanece en vigor con respecto a todos los conflictos diferentes de los desacuerdos en materia de descuelgue.

7.2. El acuerdo de la comisión paritaria del PRECO de 1 de enero de 2012 (BOPV de 17 de mayo de 2012)

En cumplimiento del mandato contenido en la disposición adicional primera del RD Ley 7/2011, el Acuerdo Interprofesional PRECO procedió a su adaptación a la ley a través de un acuerdo de su comisión paritaria de fecha 1 de enero de 2012 (BOPV de 17 de mayo de 2012). En este acuerdo se decidió que:

Primero. En relación con lo previsto en el artículo 86.3 del ET y la disposición adicional primera del RD Ley 7/2011 sobre la obligación de adaptación de los Acuerdos Interprofesionales de solución voluntaria de conflictos laborales en los casos de bloqueo de las negociaciones para la renovación de un convenio colectivo vencido, la Comisión Paritaria del Acuerdo Interprofesional Preco, ha decidido por unanimidad que los procedimientos aplicables en tales casos serán los que establece el vigente Acuerdo Interprofesional Preco, y que el arbitraje para los casos de desbloqueo de las negociaciones de convenios mantendrá el carácter voluntario fijado en él con carácter general.

Desde el punto de vista formal, y en la medida en que se trataba de realizar un pronunciamiento expreso sobre el eventual acogimiento de un arbitraje obligatorio para solventar los bloqueos en la (re)negociación de los convenios colectivos, o, en su caso, de una ratificación del carácter voluntario de estos arbitrajes, su adopción exigía la presencia de todos los sujetos legitimados para su negociación, fuesen o no miembros de la comisión paritaria, tal y como expresamente establecía, por otra parte, el artículo 85. 3, h) apartado 2.º del ET (en la redacción dada por el RD Ley 7/2011, vigente en la fecha en que se reunió la comisión paritaria).

Como ya se ha visto, los firmantes del Acuerdo Interprofesional PRECO decidieron por unanimidad mantener inalterado el carácter voluntario de todos los arbitrajes, lo que implica que allí donde los convenios colectivos no dispongan de poder de adaptación (facultad atribuida únicamente en la ley para los conflictos de inaplicación) el arbitraje solo será posible cuando ambas partes soliciten de común acuerdo su tramitación.

De este modo, y a partir de los acuerdos de su comisión paritaria, en el Acuerdo Interprofesional PRECO se establece un régimen dual que diferencia entre los conflictos de inaplicación (art. 82.3 en relación con el art. 85.3.c), respecto de los cuales se confirma el poder legal de adaptación que la ley atribuye a los convenios colectivos y se dictan las reglas de aplicación necesarias para su tramitación efectiva cuando existe el compromiso previo de arbitraje, y los de (re)negociación de convenios colectivos que siguen sometidos a las disposiciones generales del PRECO, lo que excluye, en todo caso, el arbitraje obligatorio y somete los compromisos que hubieran podido establecerse en los convenios al trámite de homologación establecido en su punto 6.º de este acuerdo interprofesional.