

**XXX Jornada anual de estudio de la  
negociación colectiva de la Comisión  
Consultiva Nacional de Convenios Colectivos**

**LEGISLACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA  
SITUACIÓN ACTUAL Y RETOS DE FUTURO**

**Gemma Fabregat Monfort  
Facultad de Derecho  
Universidad de Valencia**

## SUMARIO

### INTRODUCCIÓN

#### 1.- LEGISLACIÓN Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ESTRUCTURA, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y ULTRAACTIVIDAD CONVENCIONAL

1.1.- La nueva regulación de la inaplicación de las condiciones de trabajo reguladas en convenio colectivo estatutario ex. art. 82.3.

1.2.- La preferencia aplicativa del convenio de empresa ex. art. 84.2 ET

1.3.- La ultraactividad convencional

#### 2.- POSIBLES MATERIAS A REGULAR: ENTRE LA NECESIDAD ACTUAL Y LA PERSPECTIVA DE FUTURO

2.1.- Contratación

2.2.- Flexibilidad interna y negociación colectiva

2.3.- Algunas cuestiones relacionadas con las obligaciones debidas y la extinción del contrato de trabajo

2.4.- Medidas convencionales para garantizar la igualdad de mujeres y hombres y eliminar la discriminación por razón de género

## INTRODUCCIÓN

La negociación colectiva, como fuente específica de derecho laboral en los términos fijados en el art. 28.1 y 37.1 CE y en los compromisos internacionales ratificados por España, ha sido objeto de una afectación o alteración muy relevante con y tras las últimas reformas laborales.

En efecto, a resultas primero de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo; y después del Real Decreto-ley 3/2011, de 18 de febrero, de medidas urgentes para la mejora de la empleabilidad y la reforma de las políticas activas de empleo, y muy especialmente del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, la negociación colectiva sufre una modificación en elementos tan esenciales como la tasa de cobertura o afectación, la estructura, articulación y reglas de concurrencia o la duración y prórroga de su contenido normativo o ultraactividad convencional.

Resulta cuanto menos llamativo que estas modificaciones sustanciales que sufre la negociación colectiva en el contexto de la crisis económica, especialmente la última, que se justifica igual que en el resto de exposiciones de motivos ante ineludible necesidad de incrementar la flexibilidad laboral, abaratar costes, acercar la negociación a la empresa, y favorecer la renegociación temporal de convenios, se realicen *en contra* de la voluntad de los propios agentes sociales, que días antes habían logrado consensuar el 'II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012, 2013 y 2014'. Como digo, el Gobierno, decide prescindir de la voluntad de quienes son los máximos representantes, de los protagonistas de la negociación colectiva, y legisla la modificación de la negociación colectiva contraviniendo su criterio<sup>1</sup>. Y al hacerlo de ese modo, no solo realiza una demostración de fuerza sino que evidencia una clara declaración de intenciones: la de prescindir del papel de la negociación colectiva como instrumento garante de la paz social<sup>2</sup>. El convenio, para el Gobierno, y según la exposición de motivos del RD-l 3/2012, debe ser un “instrumento y no un obstáculo para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de empresa”.

---

<sup>1</sup> Cfr. Resolución de 30 de enero de 2012, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014-BOE de 6 de febrero de 2012-. Hoy reemplazado por la Resolución de 15 de junio de 2015, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 –BOE de 20 de junio de 2015-.

<sup>2</sup> Cfr. ALFONSO MELLADO, C.L., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012”. En ALFONSO MELLADO, C.L. y RODRIGUEZ PASTOR (Dir.) (2012). *Reforma Laboral 2012. Últimas reformas laborales y de la seguridad social*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia. Del mismo autor, “Un intento de acabar con la negociación colectiva”. [http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0ahUKewi9vInfn\\_rVAhWDExoKHegUAmEQFghDMAU&url=http%3A%2F%2Fwww.1mayo.ccoo.es%2Fnova%2FNBdd\\_DesDocumento%3Fcod\\_primaria%3D1185%26cod\\_documento%3D3998%26descargar%3D0&usg=AFQjCNHNG12IUQS3vURSi9n9bcvoHfbzOOQ](http://www.google.es/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=6&ved=0ahUKewi9vInfn_rVAhWDExoKHegUAmEQFghDMAU&url=http%3A%2F%2Fwww.1mayo.ccoo.es%2Fnova%2FNBdd_DesDocumento%3Fcod_primaria%3D1185%26cod_documento%3D3998%26descargar%3D0&usg=AFQjCNHNG12IUQS3vURSi9n9bcvoHfbzOOQ); Cfr., igualmente, y entre otros, ESCUDERO RODRIGUEZ, R., *La negociación colectiva en las reformas de 2010, 2011 y 2012*. Cinca. Madrid 2015.

En ese contexto y con en ese marco normativo se realizan estas reflexiones a modo de disertación que responde al título de legislación y negociación colectiva: situación actual y retos de futuro.

Vaya por delante, con todo, que la relación entre legislación y negociación colectiva es compleja por amplia y dual, habida cuenta que, en realidad, desde la ley se establecen dos tipos de normas dirigidas a la negociación colectiva: de un lado, la ley diseña las reglas de juego, las reglas de negociación; de otro, establece una serie de mandatos referentes al contenido.

Por lo que se refiere a lo primero, esto es, a las reglas de negociación, desde la ley se diseña el marco general que va a regir en la relación entre ley y negociación colectiva, así como las relaciones entre los propios convenios. Es decir, la ley delimita quien puede negociar, cuáles van a ser las reglas de legitimación, el procedimiento de negociación, las reglas de concurrencia negocial, la determinación de la eficacia del convenio, su duración, ultraactividad, etc.

Por lo que se refiere a lo segundo, a las reglas referentes al contenido negocial, tampoco el mandato que desde la ley se remite a la negociación colectiva es uniforme. Al contrario, en función de la mayor o menor capacidad negocial que desde la ley se concede a los agentes sociales, puede hablarse incluso de hasta tres tipos de remisiones claramente diferenciadas:

- a) En primer lugar, se aprecian una serie de directrices que expresamente obligan a negociar ciertas cuestiones siempre en convenio colectivo, (por ejemplo, es lo que ocurre en materia de clasificación profesional, en materia de infracciones y sanciones de los trabajadores, etc.),
- b) En segundo lugar puede hablarse de normas constitutivas de un mínimo de derecho necesario susceptible de ser mejorado en convenio. Esto es, regulaciones legales constitutivas de un tope máximo o mínimo pero siempre susceptibles de ser mejoradas para el trabajador mediante la negociación colectiva (por ejemplo, como la cuantía del salario, el tope máximo de jornada anual), etc.
- c) Y en tercer y último lugar, aunque esto ocurre con menor frecuencia, la ley contiene una remisión a la negociación colectiva en virtud de la cual el convenio colectivo puede mejorar o empeorar la regulación que la ley prevé para el caso de que no se regule nada (por ejemplo, es lo que ocurre con las reglas del plazo temporal que en movilidad funcional a funciones superiores da derecho a solicitar el ascenso o que se cubra la vacante ex. art. 39.4 ET; o la regulación del periodo de prueba en empresas de más de 25 trabajadores).

Todo ello, sin perjuicio de la existencia de otras materias que por ser imperativas no son susceptibles de ser negociadas en convenio colectivo; ni tampoco de aquellas cuestiones que sí pueden abordarse desde y en el convenio colectivo, no tanto en su función como fuente de derecho sino como instrumento de política laboral, de gestión de las relaciones laborales en un sentido amplio del término. Piénsese, así, que el convenio puede actuar (a) como fijador de ciertos límites a la precariedad laboral en favor de la estabilidad en el empleo (acordando porcentajes de temporales frente indefinidos); (b) como garante, desde un tratamiento conjunto, completo y transversal, de la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el trabajo; (c) como

instrumento de reparto de empleo; (d) o como elemento favorecedor de la cogestión o gestión colaborativa en la empresa entre empresarios y representantes, etc.

Abordar en estas líneas todo cuanto he mencionado resultaría presuntuoso por imposible. No obstante, quede claro, que me resultaría de indudable interés abordar otras muchas cuestiones que me he visto obligada a dejar al margen. Con todo, sí voy a mantener en esta disertación esa doble condición en la relación entre legislación y convenio. Lo contrario creo que le quitaría parte de verdad a este trabajo, de un lado, porque creo que de poco serviría poner el acento solo en el contenido, en delimitar determinadas cuestiones que me parece que deben tratarse en la negociación colectiva obviando que pueden quedar sin efecto por una inaplicación de convenio ex. art. 82.3 ET<sup>3</sup>, o que pueden ser renegociadas a nivel de empresa con prioridad aplicativa ex. art. 84.2 ET. De otro lado, y por el contrario, tampoco me parece real realizar solo una disertación de los elementos que rigen en la estructura, negociación, duración y aplicación de la negociación colectiva obviando resaltar la regulación de ciertas cuestiones en los convenios colectivos. Partiendo de esa premisa, y entendiendo que ni un análisis de la relación actual entre la legislación y la negociación colectiva ni una propuesta de futuro debe o puede ignorar la realidad a la que se va a aplicar, el contexto vigente, cuanto sigue se va a estructurar en dos grandes apartados claramente diferenciados:

1.- De un lado, en primer lugar, y con el fin de no dejar al margen las últimas reformas a las que se ha visto sometida la negociación colectiva me referiré a las cuestiones de estructura, afectación y duración del convenio.

2.- Tras lo anterior, abordaré algunas cuestiones de contenido que entiendo que deben ser tratadas con relativa urgencia en los convenios colectivos. Se trata de poner el acento de manera claramente selectiva en algunas de las cuestiones de actualidad y de futuro que pueden y entiendo que deben ser tratadas por la negociación colectiva. Pero en absoluto responden a una pretensión de exhaustividad: existen otras muchas materias que igualmente sería positivo que se regulasen en los convenios colectivos. Ahora bien, en mi opinión, las de mayor trascendencia actual y en un futuro reciente son las seleccionadas, a saber, contratación; medidas relacionadas con la flexibilidad interna (clasificación profesional, tiempo de trabajo y retribución); algunas cuestiones relacionadas con las obligaciones debidas y la extinción del contrato de trabajo; Y, en cuarto y último lugar, y como una materia a tratar de forma transversal, me referiré a las medidas convencionales necesarias para el respecto de la igualdad real entre mujeres y hombres y la necesidad de erradicar la discriminación por razón de género.

---

<sup>3</sup> Este estudio se centra en la negociación colectiva de eficacia normativa. El convenio colectivo extraestatutario, de eficacia contractual, es igualmente modificable. En ese caso por el art. 41 ET, similar en procedimiento al art. 82.3 ET, pero que presenta respecto este dos diferencias fundamentales: la primera, el listado de materias modificable por el art. 41 ET es un listado abierto. La segunda, y seguramente más trascendente tiene que ver con el hecho de que la modificación se puede llevar a cabo aun sin acuerdo entre las partes, basta el periodo de consultas. Para un mayor estudio al respecto, ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G., (2015) *Negociación en la empresa*. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia y la bibliografía que allí se cita.

## 1.- REGLAS SOBRE NEGOCIACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS: ESTRUCTURA, ARTICULACIÓN, ÁMBITO DE APLICACIÓN Y ULTRAACTIVIDAD CONVENCIONAL

Como decía, el marco legal respecto la negociación colectiva se modificó sustancialmente tras las últimas reformas legislativas, especialmente, tras la reforma de RD-L 3/2012, que es la que más ha alterado las bases de la articulación, estructura y campo de aplicación de los convenios colectivos<sup>4</sup>.

De hecho, con esta reforma se afecta no solo a la consideración de la negociación colectiva como garante de la paz social sino también su papel de reconocimiento de derechos y obligaciones de las partes, su consideración como instrumento regulador de las condiciones de trabajo y atemperador de la competencia desleal entre empleadores al homogeneizar las mejoras que permite la ley desde un ámbito sectorial estatal, autonómico o provincial.

Todo ello, como digo, en lo que tiene que ver con los convenios colectivos de eficacia normativa se altera especialmente con la redacción novedosa que se concede a la regulación prevista en los siguientes preceptos legales:

- 1) art. 82.3 ET, referente al procedimiento de inaplicación de convenios colectivos estatutarios<sup>5</sup>
- 2) art. 84.2 ET, en el que se establece la preferencia aplicativa del convenio de empresa respecto el convenio sectorial o supraempresarial en determinadas materias
- 3) art. 86.3 ET, referente a la ultraactividad convencional

Veámoslo de manera más detallada.

### 1.1.- LA NUEVA REGULACIÓN DE LA INAPLICACIÓN DE LAS CONDICIONES DE TRABAJO REGULADAS EN CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO EX. ART. 82.3. ET

Mucho se ha escrito a propósito de esta posibilidad legal de inaplicar las condiciones de trabajo pactadas en convenio que permite el ET en el art. 82.3 ET, en lo que se refiere a un convenio estatutario o de eficacia normativa y personal absoluta o erga omnes.

---

<sup>4</sup> Por todos, Cfr., ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. *La negociación colectiva...*, cit.; LÓPEZ PARADA, R. (2012). "La Reforma Laboral: Negociación Colectiva". Fundación 1º Mayo, Cuadernos de la Fundación núm. 27 Reflexiones sobre la Reforma Laboral. Marzo 2012; ALFONSO MELLADO, C.L., "La reforma de la negociación colectiva...", cit.; CRUZ VILLALÓN, J. (2013). "Impacto de las reformas laborales sobre la Negociación Colectiva", Temas laborales, núm. 120, págs. 13-32.; CRUZ VILLALÓN, J. (2014). "La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la Negociación Colectiva". Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC). Diciembre 2014; GABINETE TÉCNICO CONFEDERAL DE UGT (2014). "Dos años de reforma laboral: evolución del empleo, la contratación, los despidos y la Negociación Colectiva", 7 de febrero de 2014; CEOE (2015). "Mercado laboral y Negociación Colectiva". Departamento de Relaciones Laborales. Informe 5/2015; CEOE (2015). "Negociación Colectiva". Departamento de Relaciones Laborales. Agosto 2015; VALDÉS DAL-RE, F. (2015). "Algunos rasgos caracterizadores de la reforma laboral", Temas para el debate, nº 249-250 (agosto-septiembre).

<sup>5</sup> Cfr. respecto a la imposibilidad de inaplicar lo regulado en un convenio estatutario por el procedimiento previsto en el art. 41 ET, por todas, SsTS 17/12/2014, Rec. 24/2014; 30/06/2016, Rec. 238/15; STS 29/06/2017, Rec. 186/2016; STS 02/02/2016, Rec. 81/2015

De hecho, y pese a que el TC<sup>6</sup> consideró que la reforma de este precepto, igual que el art. 84.2 ET., resultaba ajustada al marco constitucional y que la reforma no vulnera ni la libertad sindical ni la fuerza vinculante de los convenios en los términos fijados respectivamente en el art. 28.1 y 37.1 CE, lo cierto es que el acercamiento a la empresa que supone la reforma de ambos preceptos ha sido objeto de una importante controversia doctrinal<sup>7</sup>.

Por lo que se refiere en concreto al procedimiento de inaplicación del art. 82.3 ET, es cierto que el precepto exige que concurra causa justificativa; como también lo es que el listado de medidas modificables que se contiene en ese precepto legal es exhaustivo y cerrado; pero no obstante lo anterior, en todas y cada una de estas materias la concurrencia de la causa que justifica la modificación se presume si se llega a un acuerdo. Y este acuerdo no necesariamente debe producirse con los representantes que legalmente ostentan el estatus de representación legal unitaria o sindical. Basta con que en defecto de lo anterior, el acuerdo se alcance con una comisión *ad hoc* constituida a tales fines.

Comisión *ad hoc*, cuyos miembros, resulta evidente, si bien encuentran amparo en la garantía de indemnidad, en iguales términos que cualquier otro trabajador; no está claro que disfruten del reconocimiento de los derechos, garantías, facilidades y protección específica que ex. arts 64 y ss. ET expresamente se prevé para los representantes unitarios y sindicales<sup>8</sup>.

Y si ya de por sí la capacidad de presión en una mesa de negociación de la parte fuerte es inversamente proporcional al ámbito negocial en el que nos encontremos, de forma tal que se va acrecentando a medida que disminuimos el nivel negocial y nos acercamos al nivel empresarial; esa capacidad de presión se incrementa de manera exponencial cuando el que debe negociar con el empleador no obtiene legalmente más garantías o protección que cualquier otro trabajador<sup>9</sup>.

La cuestión adquiere verdadera trascendencia en la práctica si se toman en consideración cuatro variables más:

1ª) La primera, la importancia que tiene alcanzar el acuerdo desde la perspectiva de la validación de la concurrencia de causa<sup>10</sup>. Como acabo de mencionar, se presume que la causa concurre si el acuerdo se alcanza<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> Véase, al respecto, las SsTC 119/2014, de 16 de julio; y 8/2015, de 22 de enero

<sup>7</sup> Por todos, GORELLI HERNANDEZ, J. (2013) "El descuelgue del convenio colectivo estatutario", Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, núm. 34.

<sup>8</sup> Cfr., por todos, NIETO ROJAS, P. , *Las representaciones de los trabajadores en la empresa*. Lex Nova, Valladolid, 2015, pág. 166.

<sup>9</sup> CASAS BAAMONDE, M.E., "Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de Relaciones Laborales". Cuadernos de relaciones laborales, ISSN 1131-8635, Vol. 32, Nº 2, 2014, págs. 275-309. En el mismo sentido, por todos, ALFONSO MELLADO, C.L., ALFONSO MELLADO, C.L., "La reforma de la negociación colectiva..", cit., y del mismo autor "Un intento de acabar...", cit.

<sup>10</sup> En efecto, la ley expresamente establece que "Cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo se presumirá que concurren las causas justificativas a que alude el párrafo segundo, y solo podrá ser impugnado ante la jurisdicción social por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión"

2ª) La segunda, el elevadísimo número de empresas que en nuestro país y en atención al número de activos en plantilla no está legalmente obligada a contar con representación legal ni sindical y, por extensión, tiene la posibilidad de inaplicar el convenio aplicable consensuando estos acuerdos con esa comisión *ad hoc*<sup>12</sup>.

3ª) La tercera, el arbitraje obligatorio<sup>13</sup>. De hecho, la fijación del arbitraje obligatorio como última decisión en la inaplicación del convenio en caso de desacuerdo entre las partes ha sido claramente criticado por parte de la doctrina laboralista<sup>14</sup>. Primero, por la intervención administrativa que en sí supone, y que parece más propia de épocas pasadas que un Derecho del Trabajo democrático y en el que se apuesta por la autonomía negocial de las partes y la capacidad de resolver de forma autónoma sus discrepancias.

En segundo lugar, porque “reconfigura” el carácter y la función de la comisión consultiva de convenios<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> El acuerdo tiene un contenido complejo: ha de fijar las condiciones inaplicadas, las que les van a sustituir y la duración de la medida. No puede tener efectos retroactivos (STS 23/12/2015, Rec. 28/2015; SAN 20/2/2013, 17/7/2013), ni afectar a las medidas previstas en materia de igualdad por razón de género

<sup>12</sup> Incluso en ocasiones de manera ilegal, lo inaplican antes de que finalice el procedimiento. Cfr. STS 06/05/2015, Rec. 68/2014

<sup>13</sup> la ley, que en defecto de acuerdo, las partes pueden acudir a la comisión paritaria del convenio; “cuando no se hubiera solicitado la intervención de la comisión o esta no hubiera alcanzado un acuerdo, las partes deberán recurrir a los procedimientos que se hayan establecido en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el artículo 83, para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos a que se refiere este apartado, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje vinculante (y, sigue diciendo) “Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91”

<sup>14</sup> Por todos, ALFONSO MELLADO, C. “Un intento de acabar...”, cit.; CASAS BAAMONDE, M.E., “Reforma de la negociación colectiva...”, cit.

<sup>15</sup> En ese sentido, me interesa citar a ALFONSO MELLADO, C. “Un intento de acabar...”, cit., pág. 7 cuando dice que “ (...) no es sólo que se ha potenciado el convenio concurrente de empresa, como ya se dijo, sino que se adiciona a esa posibilidad la de inaplicar directamente el convenio sectorial – e incluso el propio de empresa -, permitiendo la modificación de todo el núcleo duro negocial (jornada y distribución del tiempo de trabajo, retribuciones, organización del trabajo, etc.), sujeto a muy genéricas razones y con la eliminación de la posibilidad de bloqueo por parte de los trabajadores, pues ahora, en defecto de cualquier otra solución, se intenta imponer como último mecanismo de decisión al respecto, un arbitraje obligatorio – si lo pide alguna de las partes, lo que lógicamente hará el empresario – de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o del organismo equivalente en el ámbito autonómico, alterando, por



Claro, podría decirse en sentido contrario que al contrario de lo que diré respecto el art. 84.2 ET, aquí los negociadores sí tienen capacidad de negociación: 1º) porque pueden decidir que la cuestión se someta a la comisión consultiva del convenio; 2º) porque si esto no se consigue acordar por los negociadores del convenio (por la correlación de intereses no sería extraño que esto no se consiguiese pactar) siempre queda la posibilidad de que en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el art. 83 ET se haya establecido la posibilidad de solventar estas discrepancias recurriendo a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos<sup>16</sup>.

Pero, claro, como ha señalado la doctrina, y ratifica la realidad, aunque ha ocurrido en algunas ocasiones, es poco probable que siempre ocurra<sup>17</sup>. Con lo cual, al final, muchas de las veces: arbitraje obligatorio<sup>18</sup>.

4ª) Y cuarta y última, por la importancia de las materias objeto de esta posible modificación a la baja por inaplicación de convenio: tiempo de trabajo, remuneración, funciones, sistema de trabajo y rendimiento; mejoras complementarias en seguridad social.

Cierto que los distintos pronunciamientos de los tribunales han recordado que todo cambio causal, como estos que se regulan en el art. 82.3 ET, deben resultar consecuentes con el juicio de legalidad y oportunidad y, por extensión, con la aplicación estricta del principio de proporcionalidad y razonabilidad entre causa y consecuencia; es decir, que entre el motivo alegado y la medida propuesta debe existir una proporcionalidad y razonabilidad estricta<sup>19</sup>. De manera tal que la inaplicación de condiciones a que me refiero no sea una medida arbitraria y a la carta que permita sin más dejar vacío de contenido al convenio colectivo y abortar su función reguladora de derechos y obligaciones<sup>20</sup>.

Pero recuérdese, que la concurrencia de esa causa no se analizará en cuanto tal si a priori se llega a un acuerdo. De hecho, pese a estas medidas correctoras y garantías de índole judicial, son muchas las veces que se han apresurado a señalar que la inaplicación de condiciones en los términos que permite la norma ha supuesto *de facto* una importante devaluación salarial de los trabajadores que el Gobierno no podía adoptar de otro modo<sup>21</sup>.

---

cierto, las funciones de estos organismos sin consenso de las organizaciones participantes en los mismos (tienen carácter tripartito) – nuevo gesto autoritario –, y reintroduciendo en nuestras relaciones laborales un arbitraje obligatorio en materia de negociación colectiva, propio del régimen dictatorial anterior y, en mi opinión, con claros rasgos de inconstitucionalidad”.

<sup>16</sup> Cfr. STS 28/04/2016, Rec. 173/2016; STS 04/11/2015, Rec. 177/2013

<sup>17</sup> Por todos, CASAS BAAMONDE, M.E., “Reforma de la negociación...”, cit.

<sup>18</sup> Se ha generado alguna controversia judicial a este respecto. Por todas, STS 15/07/2015, Rec. 212/2013

<sup>19</sup> Por todas, SAN 28/01/2013

<sup>20</sup> Además, como han señalado los tribunales no puede tener efectos retroactivos. STS 07/07/2015, Rec. 206/2014; STS 16/09/2015, Rec. 110/2014; STS 15/09/2015, Rec. 218/2014.

<sup>21</sup> CRUZ VILLALÓN, J. “Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo”. XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva. Madrid, 10 de diciembre de 2014; En el mismo sentido, CASAS BAAMONDE, M.E., “Reforma de la negociación colectiva...”, cit. Pág. 278.

Ahora bien, la devaluación salarial no ha sido el único efecto. Al contrario, cuanto acabo de exponer genera una serie de perjuicios a la negociación colectiva de carácter sectorial que ni quiero ni creo que deba dejar al margen.

En realidad, al acercarse al nivel de empresa la posibilidad de inaplicar un convenio en los términos previstos en el art. 82.3 ET, entiendo que se incurre en lo siguiente:

1º) En primer lugar, y habida cuenta que las características cuantitativas de las empresas en España determinan que en muchas de ellas no exista obligación de contar con representación, con la regulación del art. 82.3 ET en los términos expuestos el legislador permite que con un acuerdo entre el empresario y unos trabajadores que formaran parte de una comisión constituida a ese efecto, se pueda dejar sin eficacia el convenio sectorial aplicable, cuya fuerza vinculante, recuérdese, está reconocida en los arts. 28.1 y 37 CE. Pero hay más, porque si hay acuerdo, se presumirá que concurre la causa alegada, por lo que inaplicación se producirá sin que se puedan cuestionar las causas, solo será impugnante ante la concurrencia de alguna de las realidades que cita el art. 82.3 ET.

2º) La afectación que lo hasta ahora expuesto *per se* supone a la eficacia aplicativa del convenio, entiendo que debe llevar a plantearse ciertas cuestiones. Es cierto que con la actual legislación poco se puede hacer a nivel sectorial. Aun así, como propuestas de reflexión, creo que lo anterior debería llevar a cuestionarnos muchas cuestiones de las que yo he seleccionado las cuatro que siguen:

- a) la efectividad real de la garantía de indemnidad de los trabajadores que forman la comisión *ad hoc*
- b) la competencia desleal entre empresas que puede generarse a partir de la aplicación del art. 82.3. ET
- c) la necesidad y oportunidad o no de regular a nivel sectorial materias de diferente forma para pymes o microempresas
- d) la importancia de incidir sectorialmente en los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos.

#### **a) La efectividad real de la garantía de indemnidad de los trabajadores que forman la comisión *ad hoc***

En efecto, creo que una de las cuestiones que debe ser planteada a nivel sectorial ante la actual regulación de las reglas de negociación es la posibilidad de incrementar los derechos y garantías de los trabajadores que van a constituir la comisión *ad hoc* con la que se negociará y, en su caso, acordará la inaplicación del convenio.

En atención a las dimensiones reales de la mayoría de las empresas españolas es fácil concluir que muchas de las inaplicaciones que se producen en nuestro país se consensuarán con los propios trabajadores. Y aunque efectivamente gozan de la protección que en general les otorga la garantía de indemnidad, no hay que despreciar la posible coacción explícita o velada a la que se enfrenta un trabajador que en muchas ocasiones debe optar entre inaplicar el convenio o, como mínimo, arriesgarse a ser sancionado o despedido ante su negativa a colaborar. Cierto que lo que impide la garantía de indemnidad es, precisamente eso, que nadie pueda ser sancionado o despedido como represalia por ejercitar sus derechos. Pero también es verdad que en muchas ocasiones es muy difícil probar que la sanción se ha producido por un motivo

distinto al alegado. Además del coste que supone acudir a los tribunales, muchas veces superior a la ventaja o beneficio individual a obtener.

Todo ello por no mencionar que dada la temporalidad y precariedad apreciable en nuestro mercado laboral, en muchas ocasiones la represalia será todavía más sencilla para la parte empresarial: bastará con no renovar el contrato temporal; alegar que ha concluido la obra o servicio causa de un contrato de obra de aquel que no ha querido colaborar consensuando el acuerdo de inaplicación, etc.

La garantía de indemnidad ha supuesto un importante avance en el reconocimiento de derechos del trabajador. Pero dado que la ley obliga a convertirse a estos trabajadores de manera puntual en negociadores, debería haberles reconocido por ese acto, las mismas garantías y protección que concede a los verdaderos representantes.

La ley no lo hace, es verdad. Por eso creo que desde el ámbito supraempresarial debería plantearse. Se trata de proteger a aquel que por entender que no concurre causa se niega a acordar la inaplicación de un convenio aun a sabiendas que el ejercicio de su derecho puede generarle problemas. De hecho, en ese sentido se realiza esta propuesta, esto es, con la pretensión de minimizar al máximo esos más que probables problemas que seguramente se le van a generar.

De hecho, si la ley no considerase que los representantes pueden ser un colectivo molesto, no les concedería una especial protección. A los representantes se les concede, pero a los trabajadores de la comisión *ad hoc* se les impone a ejercer como tales sin concederles ningún tipo de protección o garantía en tanto actual como tal. De hecho, ni siquiera se les exige que sean indefinidos o al menos que demuestren cierta antigüedad en la empresa<sup>22</sup>.

#### **b) La competencia desleal entre empresas que puede generarse a partir de la aplicación del art. 82.3. ET**

Ahora bien, el único que puede resultar perjudicado de producirse inaplicaciones no causales no es solo el trabajador, sino también el resto de empleadores. Y poco pueden hacer pues como ya he dicho si se llega a acuerdo, las causas se presume que concurren.

Hasta ahora el convenio colectivo permitía equilibrar y democratizar los costes – cuestión distinta es si ello siempre debe ser así en atención a las características muy divergentes entre empresas afectadas- evitando la competencia y concurrencia desleal entre empresas.

Con la actual regulación un empresario consecuente y honesto que no impone una inaplicación a sus trabajadores porque cree que no lo necesita, puede encontrarse con que otro empresario de su competencia directa aun no necesítandolo si lo hace con acuerdo con sus trabajadores, lo que le supone un ahorro en términos de costes de

---

<sup>22</sup> Aunque parte de la doctrina entiende que les debe resultar igualmente aplicables. Cfr., por todos, BENAVENTE TORRES, M.I., *Las comisiones ad hoc en los periodos de consulta y negociación*. [Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social](#), ISSN 0213-0750, [Nº 124, 2014](#), págs. 121-156. Véase igualmente, ROLDÁN MARTÍNEZ, A. F., "Las comisiones ad hoc en los procesos de reestructuración empresarial". En AAVV (CRUZ VILLALÓN, J., MENÉNDEZ CALVO, R. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., Coord.) *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*. Bomarzo, 2017. Págs. 395 y ss.

producción que le permite competir con mucha ventaja frente a otros empresarios de su mismo sector.

¿Cuál es el límite? ¿Debe aceptarse que pueden producirse inaplicaciones “en cascada”?

### **c) La necesidad y oportunidad o no de regular a nivel sectorial materias de diferente forma para pymes o microempresas**

Relacionado con lo anterior hay una cuestión controvertida que entiendo que no puede obviarse en el debate: la oportunidad o no de que el convenio sectorial contenga una regulación especial para empresas de ciertas características cuantitativas y, seguramente, cualitativas también.

En efecto, como decía es buena la función democratizadora del convenio a fin de evitar la competencia desleal entre empresas, pero seguramente habría que plantear si no debería existir cierta posibilidad de regulación modulada al respecto de determinadas materias en función de las características de la empresa.

Resulta un tema controvertido por el perjuicio que a priori puede generarle a algunos trabajadores frente a otros solo por el mero hecho de trabajar en unas empresas de unas características y no de otras. Pero también es verdad que en la práctica vía inaplicación lo están sufriendo igual. Y las empresas ante este tratamiento homogéneo siguen teniendo un argumento para justificar la inaplicación con mayor facilidad.

Claro, que el otro tema es a qué empresas se les aplica una ventaja respecto otros. Con la robótica y nuevas tecnologías el concepto de micro y pequeña empresa solo determinado en función del número de trabajadores no siempre servirá.

Igual este requisito meramente numérico a efectos de plantilla, debería completarse con el de la facturación, balance de resultados, etc.

En cualquier caso, lo cierto es que esto variará también en atención a las características del sector, de donde sigue que seguramente los negociadores sociales serán los que mejor conocen las características de su representados y cuando, junto a los requisitos de número de trabajadores, hay que tomar en consideración otros elementos objetivos para, en su caso, establecer regulaciones diferenciadas en aras de alcanzar una igualdad más real entre todos y que resulte más difícil justificar muchas inaplicaciones.

### **d) La importancia de incidir sectorialmente en los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos.**

En cuarto lugar, habida cuenta que en caso de desacuerdo antes del laudo arbitral obligatorio existe la posibilidad de que las partes acudan a la comisión paritaria o a los procedimientos de solución extrajudicial de conflictos que hayan sido consensuados por acuerdo interprofesional, es importante que se negocie la competencia de la comisión paritaria a este respecto y los procedimientos de conciliación, mediación, y en su caso arbitraje alternativos a la inaplicación mediante el laudo arbitral obligatorio<sup>23</sup>.

Todo lo anterior sin ignorar que, como tema de tratamiento transversal, creo que la inaplicación de las condiciones de trabajo cuenta desde la ley con un límite imperativo que no se ha explorado demasiado: el de la contradicción con las medidas de igualdad

---

<sup>23</sup> Cfr., por todos, ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G., “Solución autónoma de conflictos laborales”. En AAVV (CRUZ VILLALÓN, J., MENÉNDEZ CALVO, R. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., Coord.) *Representación...*, cit., págs. 541 y ss.

aplicables en la empresa. Y aunque me referiré a ello en líneas posteriores, no está de más resaltar lo poco que en la práctica se ha recurrido a esta posibilidad.

### **1.2.- LA PREFERENCIA APLICATIVA DEL CONVENIO DE EMPRESA EX. ART. 84.2 ET**

Por si la afectación descrita a la eficacia erga omnes del convenio fuese poca con lo anterior, que en mi opinión no lo es, desde la norma se arbitra otro procedimiento que afecta igualmente a la negociación colectiva como fuente específica del derecho laboral, especialmente a la negociación sectorial como reguladora de derechos y obligaciones homogéneas o unitarias en un sector de actividad. Esta función del convenio colectivo como norma de aplicación, normalmente para mejorar las condiciones legales, al tradicionalmente realizarse desde una perspectiva sectorial estatal, autonómica o provincial no solo equiparaba las condiciones de trabajo evitando diferencias sustanciales y colectivas entre los trabajadores; sino que evitaba también la competencia a la baja entre los empleadores al equilibrar las cargas desde la paridad en el trato entre empresas.

Esto, como digo, no solo queda en entredicho con la inaplicación del art. 82.3 ET sino también cambia con la modificación del art. 84.2. ET, en el que se establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa<sup>24</sup> en determinadas materias, por lo demás cualitativamente trascendentes, sin que quepa acuerdo en contra por parte de los agentes sociales en convenio o acuerdo de ámbito superior. El que este precepto se haya calificado de norma de derecho necesario, y que lo hayan ratificado los tribunales<sup>25</sup>, garantiza a las empresas con representantes llegar a un acuerdo con posibilidad de negociar a la baja lo fijado en un convenio de ámbito superior, aun sin concurrencia de causa y sin que sectorialmente pueda negociarse lo contrario.

Ahora bien, también es verdad que las materias respecto las que cabe la preferencia del convenio de empresa resultan un tanto más limitadas que en el supuesto anterior referido a la inaplicación, aunque pese a ello, afectan a cuestiones esenciales de la relación laboral tales como:

- a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.
- b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
- d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.
- e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa.
- f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.
- g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2. ET

---

<sup>24</sup> De empresa, pero no de ámbito inferior a la empresa, que no se considera de aplicación preferente. Cfr. con la STS 22/09/16, Rec. 248/2015, desde una interpretación literal del art. 84.2 ET. En el mismo sentido, STS 09/05/17, Rec.404/2017.

<sup>25</sup> Cfr. Sentencia nº 119/2014 de Tribunal Constitucional, Pleno, 16 de Julio de 2014

Pues bien, sin perjuicio de cuanto se dirá después en relación con el contenido, de cuanto acabo de señalar me interesa resaltar dos ideas que me parecen importantes: la primera, que en el listado de cuestiones respecto las que cabe la preferencia del convenio de empresa a las que se refiere el art. 84.2 ET cabe apreciar hasta tres tipos de remisiones: 1º) de un lado, las previstas en el apartado a), b) y c), que permite la renegociación de lo previsto en el convenio de ámbito superior al respecto de la retribución y el tiempo de trabajo en sentido amplio. Entendiendo a ese respecto por retribución, tanto el salario base, como los complementos salariales, la compensación en tiempo o en dinero de horas extra y la retribución del trabajo a turnos; Y entendiendo por tiempo de trabajo lo que esencialmente es distribución de tiempo: el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones, y las horas extra si se compensan y no se abonan. Con esto se da cumplimiento a la pretensión de la exposición de motivos ya mencionada en el sentido de que el convenio debe favorecer y no distorsionar la posibilidad de adaptar las condiciones de trabajo a las específicas necesidades de la empresa.

2º) Pero, de otro lado, junto con esa renegociación, lo previsto en las letras d), e) y f) entiendo que tienen una pretensión más articuladora que renegociadora. Y ello porque, de un lado, la ley solo permite “adaptar”, que no regular sin más, el sistema de clasificación profesional y “los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa”. Y si bien en materia de conciliación no se habla de adaptación sino que se hace referencia sin más a la posibilidad de renegociar estas medidas, teniendo en cuenta que desde la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>26</sup>, la conciliación, como el resto de medidas de igualdad, por mandato legal, debe acercarse a la empresa, tampoco creo que a este respecto haya una disminución de derechos; más bien una disposición articulada de acuerdo con la LOI.

Como digo, así, posibilidad de disposición, incluso si se quiere modificando a la baja los derechos de los trabajadores, en algunas cuestiones relevantes relacionadas con la retribución y el tiempo de trabajo (aunque sin tocar la jornada). Y articulación, adaptación y estructuración en otras cuestiones, como el sistema de clasificación profesional, algunos aspectos relacionadas con la contratación y regulación de las medidas de conciliación.

Pero esta dualidad de posible negociación con disminución de derechos, en un lado, y al respecto de algunas cuestiones; y articulación, adaptación o estructuración en relación con otras materias, según se deduce desde una interpretación literal de la redacción legal del art. 84.2 ET, cierra con un apartado final, el apartado g), que aboga por la posibilidad de incluir en la negociación preferente a nivel de empresa “aquellas otras (materias) que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.”. Precepto, este, que tal y como ya he anticipado, ha sido interpretado desde la posibilidad de que los negociadores sociales amplíen el listado de materias, pero no que las reduzcan al no ser calificado de norma dispositiva sino de norma de derecho necesario<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> En adelante, LOI

<sup>27</sup> Cfr. Sentencia nº 119/2014 de Tribunal Constitucional, Pleno, 16 de Julio de 2014

A modo de recapitulación, así, desde una óptica reduccionista, aunque no carente de verdad, lo anterior se traduce en la posible mayor disponibilidad empresarial a propósito del tiempo de trabajo y la retribución de ese tiempo, incidiendo en esa devaluación salarial señalada. En el resto de materias, seguramente, el art. 84.2 ET, más que otra cosa, estructura, articula y organiza. Pero en tiempo y salario (elementos fundamentales de la prestación laboral) esa posible articulación pasa por una posible disposición a la baja en favor del empleador dada la prevalencia que se le da a lo que se pueda negociar a nivel de empresa, incluso contradiciendo al convenio del sector, tal y como regula el art. 84.2 ET, aun sin concurrencia de causa para esa modificación aunque siempre con acuerdo del empleador con los representantes unitarios o sindicales legalmente legitimados.

Todo ello, sin perjuicio de una más teórica que práctica posibilidad de ampliación de las materias a estos efectos disponibles para los interlocutores sociales de ámbito superior al de la empresa, que según dispone el último epígrafe del art. 84.2 ET, puede incrementar, que no reducir, las materias respecto a las que considerar la prevalencia del convenio de empresa respecto el convenio supraempresarial<sup>28</sup>.

En cualquier caso, y aunque el incremento de materias no se produzca hay dos cuestiones que deben tenerse en cuenta al respecto de los convenios supraempresariales tras el actual art. 84.2 ET, que concede la preferencia de los convenios de empresa al respecto de las materias citadas.

La primera de estas cuestiones a la que deseo siquiera brevemente referirme es al de la posibilidad de que se incremente el número de convenios abusivos negociados por representantes de escasa fiabilidad en su condición de tales<sup>29</sup>. Lo que quiero decir es que la redacción legal del art. 84.2 ET incrementa la posibilidad de que en ciertas empresas de dimensiones medias se fuercen elecciones a representantes unitarios con la sola intención de negociar un convenio de empresa que, sin necesidad de que concurra causa, y además de forma no necesariamente temporal, permitirá abrir una nueva unidad de negociación y pactar la regulación de ciertas materias en condiciones menos favorables que las que se preveían en el convenio supraempresarial.

Cierto que estos representantes sí gozarán de las garantías, derechos, y facilidades que reconoce el ET a la representación unitaria; lo que ocurre es que en este caso el peligro de la conducta abusiva se sitúa en otro punto: en el de la legalidad del procedimiento electoral.

Peligro, pues, también en este caso, de que el convenio de empresa genere competencia desleal entre empresarios. Incrementado, aquí además ante la concurrencia de un factor más: las empresas multiservicios, que muchas veces pactan sus propios convenios con el fin de acordar condiciones de trabajo a la baja que

---

<sup>28</sup> Un estudio sobre requisitos de legitimación y capacidad negocial en un ámbito determinado puede verse, entre otros, en PALOMO BALDA, E., "Legitimación de la representación unitaria para negociar convenios colectivos de empresa y principio de correspondencia". En En AAVV (CRUZ VILLALÓN, J., MENÉNDEZ CALVO, R. y NOGUEIRA GUASTAVINO, M., Coord.) *Representación...*, cit., págs. 477 y ss.

<sup>29</sup> Insistiendo en que la legitimidad para negociar un convenio de empresa recae en los representantes legales o sindicales de los trabajadores y no sobre la comisión *ad hoc*, cfr., STS 28/06/2017, Rec. 203/2016. Reitera STS 06/06/2017, Rec. 485/2017

generan, como no, competencia desleal para con las otras empresas que prestan el servicio que se trata<sup>30</sup>.

Por tanto, y en conclusión: si bien es cierto que en la preferencia del convenio de empresa del art. 84.2. ET se cuenta con los representantes de los trabajadores y eso da mayor seguridad jurídica que la comisión de trabajadores *ad hoc*, tampoco hay que desconocer los abusos que pueden producirse en la elección de los trabajadores y como estos abusos van a incrementar el carácter también abusivo del convenio en cuestión.

### 1.3.- LA ULTRAACTIVIDAD CONVENCIONAL<sup>31</sup>

Con la teórica pretensión de evitar un estancamiento en las condiciones que mejoran los convenios, se afecta a la duración del contenido normativo en tanto en cuanto este se negocia. En efecto, si bien durante mucho tiempo con el fin de garantizar una negociación tranquila y pausada en tanto en cuanto esta se producía el contenido normativo del convenio se mantenía hasta la firma del nuevo, esta regla de la ultraactividad también se modifica en el 2012 de forma tal que, como se sabe, ex. art. 86.3 ET, se extiende la eficacia del contenido normativo del convenio denunciado durante el máximo de un año a menos que el mismo convenio diga otra cosa. De no hacerlo, transcurrido ese año desde la denuncia se aplicará el de ámbito superior “si lo hubiere”.

En cuanto a la concreción de la norma aplicable si este que “lo hubiere” no se diese, mucho se ha escrito<sup>32</sup>. Al final, el TS ha atemperado los posibles efectos que este vacío convencional podría generar al defender la contractualización de muchas de las condiciones laborales del convenio de forma tal que aun y cuando este plazo anual hubiese transcurrido, se defiende que parte del contenido del convenio forman parte del “patrimonio contractual” del trabajador.

En cualquier caso, hay una cosa que debe destacarse de esta regulación y que la diferencia sustancialmente de lo expuesto hasta ahora. En este caso, y de forma contraria a lo que cabe afirmar respecto la regulación de la inaplicación de condiciones ex. art. 82.3 ET o respecto la preferencia aplicativa del convenio de empresa, la norma acepta que los interlocutores sociales establezcan en el convenio una regulación distinta. Cierto que la norma no se caracterizó tampoco por presentar una *vacatio legis*

---

<sup>30</sup> Cfr. ESTEVE SEGARRA, A., (2016) *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas en servicios auxiliares*. Tirant lo Blanch. Valencia.

<sup>31</sup> Lo mencionado aquí a propósito de la ultraactividad debe completarse, al respecto de este tema, con el tratamiento más específico que se realiza a este respecto en el apartado 2.2.4. de este trabajo y toda la bibliografía que allí se cita

<sup>32</sup> Cfr., entre otros, ALFONSO MELLADO, C., “La reforma de la negociación colectiva...”, cit. Del mismo autor (2012), “La reforma de la Negociación Colectiva en la Ley 3/2012: la vigencia del convenio y el problema de la ultraactividad”, Ponencia presentada en las XXV Jornadas de Estudio sobre la Negociación Colectiva. La Reforma laboral de 2012, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 4 de octubre de 2012; Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) (2013). “Análisis sobre denuncia, ultraactividad y arbitraje obligatorio de los convenios colectivos publicados con posterioridad a la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012”. Octubre 2013; DÍAZ AZNARTE, M.T. “La ultraactividad del convenio colectivo a la luz de las últimas intervenciones legislativas ¿Un sendero hacia la reactivación y el recrudescimiento de las medidas de conflicto colectivo?”, Rev. Temas laborales, núm. 1 23/20-14, págs. 13-37.



con plazo para pactar otra cosa. Y que la entrada en vigor de la manera en que se hizo supuso que a algunos convenios ya denunciados se les tuviese que aplicar la nueva regulación sin posibilidad de pactar nada. Pero también es verdad que, como he dicho, la interpretación de los tribunales al final ha evitado que sus efectos hayan sido los de la mera aplicación del ET.

## **2.- POSIBLES MATERIAS A REGULAR: ENTRE LA NECESIDAD ACTUAL Y LA PERSPECTIVA DE FUTURO**

Pues bien, lo anterior no debe ni puede ignorarse como contexto relacional cuando se aborda la segunda relación entre legislación y negociación colectiva, cual es, la de contenido, esto es, la de realizar una propuesta de materias a regular en convenio. Propuesta, la que aquí se va a hacer, que responde únicamente a un criterio subjetivo y selectivo por entender que es lo más relevante como materia a negociar habida cuenta el contexto actual ya referido y el que se presume existirá en un futuro más mediato.

Dejo al margen, a conciencia, y habida cuenta que por cuestiones metodológicas me resulta imposible abordar, algunas otras cuestiones que a mi modo de ver podrían resultar interesantes, es decir, materias cuyo tratamiento por los convenios si bien podrían resultar relevantes, no puedo abordar por cuestiones de tiempo y espacio. En ese sentido, el efecto de la robotización en las relaciones laborales, la afectación o no del convenio a nuevas profesiones como youtubers, coach, influencers; la regulación convencional de las TICS, y otras muchas cuestiones que me resultan de interés no pueden aquí ser tratadas, simplemente porque entiendo que debo centrarme en otras materias más perentorias. Pero para nada pretendo desmerecer con ello la influencia que me parece que todas ellas van a tener en las relaciones laborales del futuro.

Por lo demás, y desde una óptica completamente distinta, resaltaré que también dejo al margen la siempre controvertida cuestión de la reducción de las horas de la jornada a tiempo completo.

La crisis económica y sus consecuencias en las relaciones laborales casi nos ha hecho olvidar que en los años previos a los de la coyuntura económica luego sobrevenida el tema a debatir como contenido a incluir en los convenios colectivos era sin duda el de la reducción de las horas de la jornada a tiempo completo como política de reparto de empleo.

Pero como digo, esta cuestión tampoco la puedo abordar.

En esta disertación me voy a ceñir a lo que se me encargó, a lo más perentorio, urgente y relevante del tema que se me refirió, y que tal y como queda claro en el título de estas líneas, es el de la interrelación entre la legislación y la negociación colectiva: situación actual y retos de futuro.

Pues bien, sentado todo lo anterior, entiendo que lo que debo abordar aquí es sistematizable en cuatro grandes bloques: 1) contratación; 2) flexibilidad interna; 3) comportamientos susceptibles de ser sancionables y despido disciplinario; 4) como materia transversal, medidas que tienen por finalidad respetar la igualdad de trato de entre mujeres y hombres y erradicar la discriminación de género.

Veamos lo más relevante de cada uno de estos bloques de materias.

## 2.1.- CONTRATACIÓN

Referirse a la contratación en la actualidad necesariamente supone abordar el contrato de interinidad y al derecho o no a indemnización en el caso de extinción. Pero siendo rigurosos, hablar de contratación y negociación colectiva exige tratar muchas más cuestiones que la mera referencia a la indemnización en la interinidad, aunque esto también.

En concreto, entiendo relevante reflexionar sobre lo siguiente:

- 1) el papel del convenio colectivo como límite cuantitativo de la contratación temporal
- 2) la concreción de la causa de la contratación temporal
- 3) el marco temporal de la contratación temporal
- 4) la extinción del contrato temporal y la indemnización
- 5) la concreción de las materias de contratación renegociables en un convenio de empresa
- 6) otras cuestiones a considerar: las modalidades contractuales (formación, los fijos discontinuos, periódicos, contrato a tiempo parcial, etc.)

De forma muy sintética:

### 2.1.1) El papel del convenio colectivo como límite cuantitativo de la contratación temporal

La contratación temporal, como tipología contractual debe existir en el ordenamiento jurídico laboral español. Son diversas las situaciones en las que el empleador puede encontrarse con la necesidad de contratar a un trabajador solo por un tiempo concreto. Como se sabe la contratación temporal en España es causal. Y las causas o motivos que fija la ley están delimitados de forma tal que permiten hacer frente a distintas y varias situaciones coyunturales que pueden precisar en la vida de una empresa acudir a una contratación no permanente.

Pese a eso, el volumen real de contratos temporales frente a indefinidos es tan trascendente que incluso desde la ley se ansía vetar la contratación temporal únicamente en atención a la duración de la contratación temporal sin siquiera cuestionar, a conciencia, la causa de la temporalidad<sup>33</sup>. Aun con causa, sin cuestionarla, sin discutirla, el transcurso de tiempo convierte a una causa prorrogada en el tiempo como causante de un contrato indefinido que no temporal.

Y eso simple y sencillamente en aplicación de la norma. La regulación convencional puede hacer mucho más. Bastaría, en atención a las peculiaridades y características del sector, fijar un porcentaje máximo de temporales versus indefinidos. Que por negociarse por empresarios y trabajadores conocedores de las necesidades del sector en cuestión resultaría con toda seguridad más preciso que cualquier propuesta porcentual fijada desde la norma de forma homogénea.

El convenio se perfila, también en este caso, como termómetro y regulador de las necesidades de temporalidad frente a fijeza que, evidentemente, pueden distar de unos sectores a otros y precisar, en consecuencia, de una regulación que sacrifique la homogeneidad en favor de la necesidad real de temporalidad.

Ahora bien, me estoy refiriendo a una negociación sectorial. Sucede, no obstante, que ese porcentaje, al menos en lo que tiene que ver con los eventuales -a los que la ley se refiere de manera expresa- pero que cabría entender aplicable a los otros contratos

---

<sup>33</sup>Cfr. [https://www.sepe.es/contenidos/que\\_es\\_el\\_sepe/estadisticas/datos\\_avance/pdf/contratos/evolcontratos.pdf](https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/estadisticas/datos_avance/pdf/contratos/evolcontratos.pdf)

temporales, puede fijarse también por convenio de empresa. Entiendo que, en la actualidad, y en atención a cuanto dice el art. 84.2 ET incluso si la regulación de empresa contraviniese a este respecto lo fijado en un convenio sectorial, podría predominar lo negociado en el ámbito de la empresa.

Igualmente, y relacionado tangencialmente con el porcentaje de temporales frente a indefinidos es de mencionar que el art. 15. 7 ET establece, además de forma expresa, una función más al convenio, cual es, la de fijar criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos.

Igualmente, y entiendo que en muchas ocasiones tanto para empresarios como para trabajadores el convenio es su norma de referencia en ese mismo precepto legal se determina que “los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de estos trabajadores a las acciones incluidas en el sistema de formación profesional para el empleo en el ámbito laboral, a fin de mejorar su cualificación y favorecer su progresión y movilidad profesionales”.

### **2.1.2) la concreción de la causa de la contratación temporal**

Con independencia de que estas cuotas de temporalidad se materialicen, así como que se regule los requisitos determinantes para la conversión de temporales a indefinidos, lo que sería recomendable, lo cierto es que todo contrato temporal en nuestro ordenamiento jurídico debe responder igualmente a una causa de carácter temporal.

Sucede, no obstante, que la definición legal de las causas hace que en muchas ocasiones y especialmente en el contrato de obra la prueba de la concurrencia de causa se flexibilice. Al menos tradicionalmente para el sector servicios. Aunque a decir verdad, al aceptar vincular el contrato de obra a una contrata, la facilidad para recurrir a un contrato temporal se extiende también al sector industrial.

Al respecto, y de forma esquemática me importa resaltar dos cuestiones:

1º) La primera, la posibilidad que tiene todo el convenio para concretar tanto esa “obra o servicio determinado con autonomía y sustantividad” que legalmente puede dar lugar al contrato de obra ex. art. 15.1.a ET; como las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales ex. art. 15.1. b ET.

2º) La segunda, que esa concreción de las causas tanto del contrato de obra como respecto las que justificarían un contrato eventual; así como el porcentaje de temporales frente a indefinidos, legalmente no se encuentra restringido a los convenios del sector. La ley se refiere a los convenios sin más especificación. De donde sigue que aplicando el criterio interpretativo de *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, parece que debe entenderse que esa identificación puede hacerse por cualquier tipo de convenio.

De hecho, a esto es a lo que parece referirse el art. 84.2 ET cuando en el apartado e) reconoce la preeminencia del convenio de empresa en “la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa”. Por tanto, y en definitiva, concreción del objeto y porcentaje cuestión en la que puede tener la preeminencia el convenio de empresa frente al sectorial.

### **2.1.3.) El marco temporal de la contratación temporal**

El convenio colectivo también puede delimitar temporalmente el contrato temporal dentro de los marcos genéricos que expresamente fija la norma. A saber,

1) Son disponibles los tres años a los que se condiciona a priori el contrato de obra, pero que es prorrogable 12 meses más por convenio sectorial. En realidad, el contrato de obra dura lo que dura la obra, aunque por mandato legal esa obra no podrá extenderse más de tres años salvo que se prorrogue 12 meses más por un convenio sectorial.

2) También es disponible para el convenio sectorial el periodo de una posible prórroga de 6 meses más que se pueden sumar a los 12 meses de referencia en la regulación del contrato eventual. En consecuencia, igualmente será extendible la duración del concreto contrato hasta las  $\frac{3}{4}$  partes del contrato de referencia pero nunca superando los 12 meses en total.

Ambos límites temporales máximos, son referencias marcadas desde la norma. Y siempre modificables por convenio sectorial a partir de la regla legal, en aras de poder extender la temporalidad más allá del plazo fijado por el ET. La ley marca un plazo pero permite que se amplíe por convenio.

Y además, en ambos casos, en la regulación de ambos contratos, se deja claro que la ampliación temporal en los términos expuestos solo se puede realizar por convenio sectorial.

En los plazos, al contrario de lo que he mencionado a propósito de la identificación de las causas de la temporalidad, solo el convenio colectivo del sector puede incrementar la fijación temporal marcada por la ley.

Por eso, y atención a cuanto se ha mencionado, resulta problemático y discutible que desde la legalidad en determinados convenios de sector relacionados con actividades de campaña se regule la conversión de los contratos eventuales en fijos discontinuos a partir de la segunda o tercera campaña.

Y digo que sorprende y que resulta una regulación particular por discutible, porque en esta figura se puede apreciar más una creación convencional necesaria en atención a las realidades del sector; que una interpretación estricta de relación ley-convenio en los términos expuestos.

### **2.1.4.) La indemnización en la extinción del contrato temporal**

Es conocida por todos la distorsión que se ha generado en el último año a propósito de la indemnización por extinción del contrato temporal, en especial, del contrato de interinidad.

Pendiente de que Europa resuelva el recurso en Sala General<sup>34</sup> y en tanto en cuanto el TS no se pronuncie, únicamente pondré de relieve una reivindicación personal que espero que se me permita: la necesidad de que al menos de momento no exista diferencia en lo que indemnización se refiere entre el contrato de interinidad y el resto de tipos de contratos temporales: de obra; y eventual.

---

La inexistencia de Directiva que contemple expresamente la prohibición de discriminación entre temporales hace que el marco de comparación para llegar a

---

<sup>34</sup> Recurso que se ha interpuesto frente la Sentencie del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Décima) de 14 de septiembre de 2016, C-596/14, asunto Ana de Diego Porras

Europa sea marcar una posible discriminación, una comparación, entre indefinidos y temporales. Pero más allá de lo que personalmente considere al respecto de la posibilidad de que la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada se aplique de forma horizontal; o de la distinción entre extinción o despido, lo que sí me parece un sinsentido es la diferenciación del ET, en cuanto indemnización se refiere, entre el contratado de obra y eventual frente al contrato interino en perjuicio de este último. Entiendo que la razón real de esta distinción (que presumo económica) no es motivo relevante jurídicamente para marcar ese trato de desfavor para con los interinos. Y seguramente si a estos se les hubiese reconocido los 12 días de indemnización que por extinción se reconocen al contrato de obra y eventual ex art. 49.1.c), nada de lo que a estos efectos nos ha causado tanta inseguridad jurídica se hubiese producido<sup>35</sup>.

En cualquier caso, permítaseme recordar una cuestión: en España, en el ordenamiento jurídico laboral español, el despido tiene reconocida la misma indemnización para temporales que para indefinidos. Tanto si el despido es disciplinario como si lo es objetivo o colectivo. Cuestión distinta es la extinción del contrato temporal por cumplirse la causa o el plazo por el que se concertó.

Igualmente tampoco es el momento de discutir si tras algunas extinciones cabe apreciar un despido. Pero con independencia de eso, lo cierto es que en la actualidad, en un despido perciben la misma indemnización los temporales que los indefinidos. Cuestión distinta es que esa indemnización por fin de contrato, sea más perjudicial para los interinos que para el resto y eso es lo que creo que debería resolverse con la regulación convencional, al menos mientras todo lo demás queda pendiente de resolución judicial firme.

### **2.1.5) La concreción de las materias de contratación reguladas en el convenio disponibles a nivel de empresa**

A modo de recapitulación de cuanto se ha expuesto me interesa resaltar a modo de articulación o de estructuración de la negociación colectiva en materia de contratación, lo siguiente:

a) resultaría, en mi opinión, claramente positivo que en el convenio de sector, como mínimo, se concretasen: las causas, las concretas actividades que permiten delimitar e identificar, en su específico ámbito de aplicación, tanto la obra o el servicio determinado que justifica recurrir a un contrato temporal cuya causa es la ejecución de esa obra o servicio en un momento determinado; y lo mismo respecto a la identificación de cuando el incremento de tareas o el exceso de pedidos es lo suficiente como para justificar un contrato eventual.

b) La duración contractual, con independencia de si se incrementa el plazo marcado por la ley hasta el tope que se fija como disponible para los convenios, debería ser igualmente recogido por el convenio. Insisto que me parece positivo por los efectos

---

<sup>35</sup> Hablo de inseguridad jurídica habida cuenta que pese a los distintos pronunciamientos judiciales existentes después de la Sentencia de Diego Porrás referida, ni siquiera el Grupo de expertos nombrado por el Gobierno realiza una propuesta definitiva al respecto de la indemnización que deben percibir los interinos (<https://www.ecestaticos.com/file/99d5fa32100c4cf68bc7a51259c9f143/1486496193.pdf>)

pedagógicos que tiene todo convenio incluso cuando solo se recojan los plazos legales sin ampliarlos dentro de los lindes permitidos.

c) asimismo entiendo que, al menos en tanto en cuanto toda la situación se clarifique, a los interinos se les reconozca al menos la misma indemnización por extinción que se reconoce al contrato de obra y al eventual, cual es, 12 días de salario por año.

Soy consciente de los efectos que esto va a tener en la indemnización habida cuenta que por definición el contrato de interinidad, en su manifestación de interinidad por vacante, puede tener una duración muy superior que el resto de tipos de contratos temporales. Pero también es verdad que el criterio económico en sí mismo no parece un criterio jurídicamente relevante para diferenciar entre indemnizaciones por extinción entre contratos de duración determinada.

d) el convenio igualmente debería fijar el porcentaje de temporales frente indefinidos en función de las necesidades del sector de que se trate; los criterios objetivos que pueden determinar el paso de contratos temporales a indefinidos, como acceder a la formación, etc.

Además, de entre todas estas cuestiones que, como digo, entiendo que deberían regular todos los convenios colectivos, solo la identificación de la causa y la concreción de los porcentajes es a priori de aplicación preferente para la regulación convencional empresarial contraviniendo la regulación sectorial superior ex. art. 84.2 ET.

Y ninguna de estas cuestiones pueden ser objeto de descuelgue o de inaplicación a nivel de empresa ex. art. 82.3 ET.

Y esto me interesa resaltarlo, porque en algo que me parece fundamental como es la contratación temporal y cuya atemperación en pro de los contratos indefinidos debiera ser uno de los elementos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico, los convenios colectivos tienen mucho que decir.

Y además con poca posibilidad de que su contenido quede modificado a la baja en el nivel de empresa, aunque se fuera un poco más flexible a la hora de identificar los motivos que en cada caso pueden causalizar el contrato, los plazos temporales solo disponibles a nivel sectorial dificultan que esa temporalidad pueda ser cualitativamente muy relevante. Sobre todo porque además rige la regla de la conversión en indefinido por mero transcurso de tiempo.

La contratación temporal entiendo que debe existir en el ordenamiento jurídico laboral español. Y solo con que efectivamente se cumpliera la ley, el número de contratos temporales no podría ser el que es en la práctica. Creo que los convenios deben jugar un papel muy relevante en este sentido. Y no es nada complicado, basta con perfilar, dentro del mandato legal y de acuerdo con este, la duración, causa y porcentaje de temporalidad. En esta materia solo con cumplir la ley se lograría algo que desde 1984 parece imposible de conseguir, pese a la letra de la ley, que los contratos temporales efectivamente lo sean porque concurre una causa de duración determinada que los justifica. Y no, sin más, por ser un tipo de contrato más precario que el indefinido.

#### **2.1.6) Otras cuestiones relacionadas con la contratación**

Debo dejar al margen por cuestiones de espacio y tiempo algunos aspectos de la contratación que no tienen específicamente que ver con la contratación temporal, pero sí con cuestiones relacionadas con el acceso a la empresa. Me refiero a temas como, por ejemplo, la regulación de la duración del periodo de prueba, dentro de los lindes

que fija el art. 14 ET, en especialmente en los contratos temporales, que la ley no especifica y que estaría bien que se concretasen convencionalmente.

Temas relacionados con las modalidades contractuales: por ejemplo, que en el contrato a tiempo parcial, entre otras cuestiones, se determinase el tope de las horas complementarias –tanto las voluntarias como las pactadas<sup>36</sup>; o cómo registrar la jornada y horario en el contrato a tiempo parcial; la regulación de “las medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua, a fin de favorecer su progresión y movilidad profesionales”; la concreción de los motivos que le pueden permitir al trabajador renunciar al pacto de horas complementarias, etc.

Algo similar respecto los contratos formativos. Entiendo que el convenio debería concretar su regulación, teniendo en cuenta que la especificada en la regulación del contrato en prácticas solo es disponible para convenios del sector ex. art. 11.1.b ET; mientras que la del contrato de formación, lo es para el convenio del sector pero ex. art 11.2.b ET también lo es para convenio de empresa. Igualmente cualquier tipo de convenio podrá fijar compromisos de conversión de los contratos formativos en contratos por tiempo indefinido, así como fijar criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante contratos formativos. Pero a las medidas de igualdad me referiré después.

## **2.2.- FLEXIBILIDAD INTERNA Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

Son muchas las cuestiones de flexibilidad interna a las que podría hacer referencia como medidas a abordar en un convenio colectivo. Pero como vengo diciendo no dispongo ni de tiempo ni de espacio para tratar todo lo que puede resultar interesante a estos efectos<sup>37</sup>. Es por eso que, siguiendo como lo fijado en los arts. 82.3 y 84.2 ET, me referiré en estas páginas a las siguientes cuestiones: 1.- clasificación profesional y funciones; 2.- tiempo de trabajo; 3.- retribución. Cuestiones que por lo demás, conforman el objeto del contrato de trabajo habida cuenta que el trabajador se compromete a una prestación laboral en un tiempo determinado a cambio de una retribución.

### **2.2.1.-Clasificación profesional y funciones**

Con la redacción que al art. 22 ET se le da tras la Ley 3/2012, el sistema de clasificación profesional pasa a estar conformado por grupos profesionales como elemento de referencia. La categoría profesional como elemento clasificatorio desaparece. Y el grupo profesional que convencionalmente se negocie, además, tiene que ser un grupo profesional como el que define la norma, básicamente horizontal en su conformación interna<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Al respecto, por todos, MARTÍNEZ MORENO, C. “Tiempo de trabajo en los contratos a tiempo parcial”. XXIX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC (Madrid, 10 de noviembre de 2016)

<sup>37</sup> Al respecto puede verse FIDE (2016), “Conclusiones y recomendaciones FIDE 2016. Por un nuevo marco legislativo laboral”. [http://www.fidefundacion.es/Publicadas-las-Conclusiones-alcanzadas-por-el-Grupo-Fide-Por-un-nuevo-marco-legislativo-laboral\\_a423.html](http://www.fidefundacion.es/Publicadas-las-Conclusiones-alcanzadas-por-el-Grupo-Fide-Por-un-nuevo-marco-legislativo-laboral_a423.html)

<sup>38</sup> Art. 22.2 ET “Se entenderá por grupo profesional el que agrupe unitariamente las aptitudes profesionales, titulaciones y contenido general de la prestación, y podrá incluir distintas tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades asignadas al trabajado”.

Esa concepción del grupo como elemento conformado de forma unitaria y horizontal, por lo que aquí interesa, y de forma sistemática puede afirmarse que genera las siguientes consecuencias jurídicas:

1ª) En primer lugar, por mandato legal se debe reemplazar la categoría como elemento clasificatorio por el grupo profesional. Pero no por cualquier grupo profesional. Sino por el grupo profesional que define la norma. Y ese grupo profesional no debe ser un grupo profesional como el que en ocasiones contemplan los convenios producto de una inspiración propia de las antiguas ordenanzas franquistas.

No, no es ese grupo profesional vertical en su conformación interna, aquél al que se refiere el art. 22 ET. El precepto legal está pensando en un grupo homogéneo en su conformación interna, horizontal. Primero, porque lo define en base a esas premisas. Y después, porque solo con una conformación de estas características la interpretación integrada del art. 22 ET con el art. 39 ET adquiere realmente sentido.

2) Esa concepción homogénea del grupo profesional horizontal ex. art. 22 ET no resulta óbice para que el grupo internamente pueda conformarse en distintos niveles (que es lo determinante a efectos retributivos) o áreas funcionales, que bien podrían definirse en sus líneas determinantes en un ámbito negocial sectorial e ir adaptándose y conformándose en ámbitos negociales inferiores. De hecho, eso es lo que se adivina de una interpretación sistemática del art. 22 ET en relación con el art. 39 ET y art. 84.2 ET. Desde luego, además, es lo más idóneo habida cuenta que desde esa perspectiva adquieren sentido tres cuestiones:

2.a) De un lado, la regulación del art. 84.2 ET cuando se refiere a la clasificación profesional, que viene a decir que es competencia a nivel de empresa “d) la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores”. No la regulación. No la determinación. No. Por el contrario, sí la adaptación (la concreción, diría yo) a nivel de empresa del sistema de clasificación de los trabajadores. Que por serlo, estará regulado en otro convenio, pues no puede estar fijado de otra forma. La regulación de la clasificación profesional siempre es convencional. Por tanto, cuando el art. 84.2 ET habla de adaptar, a lo que parece referirse es a la fijación más detallada en el convenio de empresa del sistema de clasificación aplicable de forma consecuente con las líneas maestras fijadas previamente en otro convenio sectorial<sup>39</sup>.

Adaptar. No crear.

2.b.) Conforme a esta interpretación del grupo profesional a que me refiero, horizontal u homogéneo, además, resulta lógico que el art. 39 ET diferencie entre movilidad funcional ordinaria o ejercida dentro del poder de dirección ordinaria; y la extraordinaria o ejercida en función del ius variandi de acuerdo con el concepto de grupo profesional antes mencionado. Así, cuando el grupo es homogéneo cualquier cambio dentro de sus lindes no debería ser complejo, no debería suponer límite temporal porque debería ser homogéneo y no generar problemas de retribución. En el caso de que no fuese así, si por no ser demasiado homogéneos pudiesen generar

---

<sup>39</sup> Cfr. FABREGAT MONFORT, G., “La clasificación profesional y la movilidad funcional tras la Ley 3/2012”. Aranzadi Social: Revista Doctrinal, ISSN 1889-1209, Vol. 6, Nº 3 (Jun), 2013, págs. 69-96 y toda la bibliografía que allí se cita.



problemas, la conformación interna de los grupos en áreas funcionales contribuiría sustancialmente a evitar cualquier problema interpretativo.

Por el contrario, el cambio superior o inferior supone per se la superación del grupo profesional (recordemos que este debería ser homogéneo y unitario en su conformación interna) y por tanto la aplicación del art. 39.2 al 39.4 ET en cuanto a límites temporales y retributivos en el convenio determinados o en su defecto conforme permite la ley.

2.c.) Teniendo en cuenta además que el art. 82.3 ET posibilita que para aquellos cambios que se vayan a realizar superando estos lindes del art. 39 ET, es decir, ejecutando la posibilidad prevista en el art. 39.4 ET, la empresa puede inaplicar la regulación del convenio que a ese concreto cambio de funciones se refiera.

Lo que solo ocurrirá cuando se trate de un cambio de funciones que por exceder del límite temporal y causal del art. 39.2 y art. 39.3 ET sea en realidad una modificación a las que se refiere el art. 39.4 ET. En ese caso, la regulación convencional de ese cambio de funciones más trascendente es lo que podrá ser inaplicado en la empresa ex. art. 82.3 ET. Pero no el cambio de funciones que el convenio se regule siguiendo los mandatos dispositivos y constitutivos del mínimo de derecho necesario que permiten los apartados 1 a 3 del art. 39 ET<sup>40</sup>.

Por tanto, en conclusión, convencionalmente debe regularse el sistema de clasificación profesional conforme a la definición de grupos que contiene el art. 22 ET. Cuando este diseño se realice en un convenio sectorial, a nivel de empresa se podrá adaptar el sistema de clasificación pactado en nivel superior.

Por lo que se refiere a la regulación de la movilidad funcional, el art. 39 ET adquiere lógica si se interpreta de acuerdo con el concepto de grupo profesional que he mencionado. Pero además, en el caso de que se regulasen los cambios de funciones y convencionalmente se acordasen cambios de funciones superando los mandatos previstos en los apartados 1 a 3 del art. 39 ET, lo regulado podría ser objeto de inaplicación en la empresa de concurrir causa y seguirse el procedimiento en los términos fijados en el art. 82.3 ET.

### **2.2.2.- El tiempo de trabajo**

La concreción y regulación del tiempo de trabajo dentro de los límites legales (art. 34 a 38 ET) ha sido siempre, junto con la retribución, uno de los elementos esenciales de todo convenio colectivo<sup>41</sup>. Y ello incluye desde la concreción de la jornada dentro del mínimo de derecho necesario de 40 horas a la semana en cómputo anual y que aquí juega como un tope máximo. Pasando por la concreción del horario ordinario o la distribución del tiempo de trabajo con el límite de las 9 horas; o de las 12 entre el final de una jornada y el principio de la siguiente, que pasa a ser de 7 cuando se trata de un trabajo a turnos y hay un cambio de turno; la regulación del trabajo a turnos o nocturno, en su caso; la fijación de un posible horario flexible; el descanso semanal con

---

<sup>40</sup> ídem

<sup>41</sup> Para un estudio completísimo y muy acertado al respecto de la regulación convencional y el tiempo de trabajo, véase con GORELLI HERNÁNDEZ, J., (2016) "Tiempo de trabajo y jornada". Regulación y tratamiento en la negociación colectiva. XXIX Jornada de Estudio sobre Negociación Colectiva de la CCNCC (Madrid, 10 de noviembre de 2016) y toda la bibliografía que allí se cita.

el límite legal del día y medio por cada 14 días de trabajo como mínimo; el descanso diario en caso de que el horario sea el conocido como “jornada continua”; las horas extra y su compensación en dinero o en descanso; los festivos, la planificación de las vacaciones, etc.

Lo anterior es lo que debe concretarse convencionalmente dentro de los lindes legales, lo que va a suponer, en realidad, una organización uniforme del tiempo de trabajo en la empresa.

Todo ello teniendo en cuenta que, si no se pacta nada, ex. art. 34.2 ET la empresa podrá distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo.

Sin perjuicio, evidentemente, que esta distribución irregular puede *de facto* incrementarse por el juego de las horas extraordinarias compensables en descanso e insistiendo en que en cualquier caso el límite de los cuatro meses para compensar las horas extra en tiempo es dispositivo para los convenios colectivos y que solo rige como dice la ley en defecto de pacto al respecto.

Pues bien, teniendo en cuenta lo anterior, me interesa resaltar lo siguiente de la regulación convencional del tiempo de trabajo<sup>42</sup>, en cuanto a la posibilidad de adaptabilidad del tiempo de trabajo a las necesidades de la empresa, vía convenio colectivo de empresa o acuerdo de inaplicación. Al respecto, así, voy a clasificar la materia del tiempo de trabajo diferenciando entre lo que puede ser objeto de renegociación en el convenio de la empresa; lo que puede ser objeto de inaplicación con concurrencia de causa y lo que es posible por ambos procedimientos. De manera tal que quede claro aquello que se puede modificar si se tiene causa aunque no se tenga representantes ex. art. 82.3. ET; y lo que sí se puede regular si se tiene representantes aunque no se tenga causa ex. art. 84.2 ET.

Y Así:

### **1º) Cuestiones susceptibles de ser adaptadas a la empresa tanto por convenio de empresa como por acuerdo de inaplicación.**

Las materias de tiempo de trabajo susceptibles de ser inaplicadas en relación con el art. 82.3 ET y también de aplicación preferente en los términos del art. 84.2 ET son el horario, la distribución del tiempo de trabajo sin afectar a la jornada; y el régimen de trabajo a turnos. En realidad, es lógico que se pueden determinar a nivel de empresa y de ambas formas, pues estas tres cuestiones forman parte de la organización del trabajo en la empresa desde la perspectiva más tradicional. Seguramente por eso, la ley permite su adaptabilidad desde la cogestión con los representantes cuando no hay causa ex. art. 84.2 ET; y de concurrir causa justificativa permite la adaptación aunque sea mediante un acuerdo de inaplicación alcanzado con una comisión conformada *ad hoc*.

### **2) Cuestiones cuya regulación en un convenio se pueden inaplicar en la empresa con acuerdo y causa en los términos que fija el art. 82.3.ET.**

---

<sup>42</sup> Cfr. ALFONSO MELLADO, C.L., “Flexibilidad interna: Análisis y Propuestas”. Derecho de las relaciones laborales, ISSN 2387-1113, N.º. 3, 2016 (Ejemplar dedicado a: El derecho de trabajo a debate), págs. 260-269

Además de las mencionadas cuestiones de horario, distribución de tiempo y régimen de jornada a turnos, la inaplicación también podrá afectar a la jornada. En consecuencia, teniendo en cuenta que la jornada máxima anual legal se sitúa en 1.826 horas y 27 minutos de trabajo (resultado del promedio de 40 horas semanales con descuento de las vacaciones, los descansos semanales y anuales y los festivos), pero lo habitual es fijarla convencionalmente en un número inferior al legal, se supone que el margen del que se dispone en la inaplicación del convenio al nivel de empresa es el de incrementar ese margen de jornada ordinaria convencional inferior de 1826 horas y 27 minutos hasta ese número, que es el máximo legal. Por lo tanto, en realidad, de concurrir causa y alcanzarse un acuerdo en los términos del art. 82.3. ET, de lo que se suele disponer en atención a las regulaciones más comunes es de una bolsa de no demasiadas horas de trabajo en favor de la empresa. Pero, como digo, eso solo en el caso de que se llegue a un acuerdo de inaplicación ex. art. 82.3 ET, que exige concurrencia de causa, que no por convenio de empresa ex. art. 84.2 ET.

**3) Aspectos del tiempo de trabajo disponibles para el convenio de empresa: como he mencionado en líneas anteriores también en este ámbito es renegociable ex. art. 84.2 ET el horario, la distribución del tiempo de trabajo y el régimen de trabajo a turnos.**

La jornada, en los términos que acabo de exponer no es, sin embargo, cuando se fija a nivel sectorial materia de preferencia aplicativa a nivel de empresa. En consecuencia, la jornada, entendida como el cómputo total de horas de trabajo, si se concreta en convenio sectorial no es modificable por negociación preferente en convenio de empresa. Ahora bien sí, que es posible, recuérdese, que de concurrir causa en los términos del art. 82.3. ET, resulte modificable por acuerdo en los términos expuestos y siempre dentro del marco del máximo de jornada anual.

Ahora bien, en jornada no, pero sí tiene preferencia aplicativa en la regulación a nivel de empresa -que no en la inaplicación-, en la planificación anual de las vacaciones<sup>43</sup> y en la regulación de cómo compensar las horas extra. Lo que al final supone que siempre que se tenga unos representantes legales o sindicales se puede consensuar el disfrute de vacaciones de manera distinta a lo fijado en el convenio superior. Predomina la voluntad de consensuar a nivel de empresa con quienes sí son a todos los efectos representantes de los trabajadores que la determinación de si hay motivo o no legalmente relevante.

Y lo mismo es predicable respecto el abono en dinero o la compensación en tiempo de las horas extra. Lo que, como he mencionado anteriormente, en caso de acordarse ser compensable por descanso, supone de facto una distribución irregular de la jornada en el ámbito empresarial más allá del 10% que la ley deja en manos del empleador.

Por tanto, y recapitulando en cuanto al tiempo de trabajo: horario, distribución de tiempo y horario, ambas posibilidades (inaplicación y preferencia de regulación a nivel

---

<sup>43</sup> Cfr. STS 27/5/2013, que realizando una interpretación extensiva incluye vacaciones dentro del concepto de distribución del tiempo de trabajo y por tanto considera que es materia respecto la que se puede proceder a realizar una inaplicación ex. art. 83.2 ET

de empresa); jornada, solo inaplicación; y planificación de vacaciones y compensación de horas extra solo preferencia aplicativa del convenio de empresa pero no inaplicación por comisión *ad hoc*<sup>44</sup>.

### **2.2.3.- La retribución en la regulación convencional**

Habida cuenta la crisis económica, de todas las condiciones de trabajo, la retribución ha sido seguramente la más afectada por las modificaciones en la estructura y articulación convencional. Por eso mismo, también a este respecto sea probablemente la materia sobre la que más impugnaciones judiciales se han interpuesto y más aplicaciones del juicio de legalidad en los términos expuestos se han emitido, especialmente en lo que tiene que ver con la inaplicación de condiciones que, como vengo reiterando, debe responderen a concurrencia de causa previa.

Por lo demás, a decir verdad, la retribución *per se* no constituye ningún reto de futuro para la negociación colectiva. De hecho, la retribución siempre se ha regulado en convenio colectivo. Por lo tanto, entiéndaseme, la he incluido en este trabajo por ser una de las condiciones esenciales de la relación laboral, porque siempre se regula en convenio y porque el reto respecto esta condición laboral va a ser determinar la relación entre legislación y negociación colectiva.

Pues bien, de la interpretación sistemática del art. 82.3 ET y art. 84.2 ET puede afirmarse lo siguiente:

#### **1º) Inaplicaciones del art. 82.3 ET**

Si concurre causa en los términos del art. 82.3 ET, y de forma proporcional a la causa justificativa concreta, la retribución se podrá ver afectada tanto en partidas salariales como en la mejora complementaria de seguridad social como partida extrasalarial. De hecho, el art. 82.3 ET entiende que por acuerdo con los representantes sindicales, la comisión *ad hoc* (o evidentemente, siguiendo todo el procedimiento con la intervención de la Comisión Consultiva de Negociación Colectiva u órgano autonómico correspondiente) se puede inaplicar la regulación del convenio en:

- a) el sistema de retribución y la cuantía salarial
- b) las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social

Es decir, en la base de la retribución. Porque en inaplicación no solo se permite modificar la cuantía, sino incluso todo el sistema retributivo. El efecto de esta inaplicación sí puede ser relevante de ahí que, como dijera al principio, seguramente la mayoría de las reclamaciones judiciales se hayan planteado al respecto de esta cuestión.

#### **2º) Preferencia aplicativa del art. 84.2 ET**

---

<sup>44</sup> Para un estudio de otras posibles modificaciones de jornada post reforma 2012, puede verse, entre otros, FABREGAT MONFORT, G., Posibilidades jurídicas de reducción de jornada: modificación sustancial, contrato a tiempo parcial y reducción de jornada ex art. 47 ET. Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, ISSN 2386-8090, Nº. 17, 2016, págs. 32-44, y toda la bibliografía que allí se cita.

Respecto la retribución, en la preferencia aplicativa del convenio empresarial ex. art. 84.2 ET, son también varias las posibilidades para dejar sin efecto lo pactado a nivel sectorial por preferencia de lo negociado a nivel de empresa ex. art. 84.2 ET, aunque en términos modificables el cambio es menos trascendente que en inaplicación. En este caso no se puede afectar a la estructura salarial fijada. Seguramente porque el del art. 84.2 ET, lo que allí se prevé es un cambio que, pudiéndose producir a la baja, no requiere concurrencia de causa, simplemente basta con el consentimiento de los representantes de los trabajadores.

Pues bien, con lo anterior, la preferencia del convenio de empresa se prevé respecto:

- a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.
- b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.

En consecuencia, como se puede apreciar, a efectos prácticos, y desde el momento en que se puede modificar la cuantía es verdad que la devaluación salarial igual puede producirse, pero no está de más insistir en que por esta vía las alteraciones de la retribución negociada es menor que en la inaplicación. Así, en preferencia aplicativa a nivel de empresa:

- 1) No se puede cambiar la estructura de la retribución. Y, en consecuencia, aunque sí se puede modificar su cuantía, no se puede alterar su existencia, es decir, no se pueden eliminar ni cambiar la consideración de consolidable o no supuesto de movilidad funcional, geográfica, cambios locacionales de menor intensidad, etc. Como digo, en salario base y complemento salarial, solo inaplicación en cuantía.
- 2) No se establece la posibilidad de modificar las percepciones extrasalariales: dietas o suplidos, indemnizaciones, etc.
- 3) Precisamente por ser una percepción extrasalarial no citada, tampoco se tiene preferencia para renegociar a la baja las mejoras complementarias en seguridad social.

En conclusión, al final, de una forma o de otra, se puede cambiar: la estructura salarial y la cuantía de todo lo que es salario (salario base y complementos salariales) por la vía de la inaplicación del art. 82.3 ET. De las percepciones extrasalariales solo se pueden inaplicar las mejoras complementarias en seguridad social, y también ex. art. 82.3 ET.

Por la vía del art. 84.2. ET se puede volver a negociar con preferencia aplicativa la cuantía del salario y los complementos; el trabajo a turnos y decidir si las horas extra se abonan en dinero o se compensan en descanso.

Pero, ni en un caso ni en el otro, se puede dejar sin efecto lo negociado al respecto de percepciones salariales como como dietas, suplidos, o las indemnizaciones por despido; ni tampoco se puede inaplicar ni tiene preferencia aplicativa para el convenio de empresa la regulación de la retribución de festivos o del trabajo nocturno.

#### **2.2.4.- Unas breves consideraciones a este respecto desde la ultraactividad convencional**

Como ya he mencionado en líneas precedentes, hay otras muchas cuestiones que evidentemente entiendo trascendente que se aborden en la negociación colectiva y que no tengo tiempo de desarrollar. Me refiero, entre otras, a cuestiones tales como la cesión de trabajadores, las contrataciones de obras y servicios; y sobre todo la transmisión de empresa y sus efectos en una posible reconversión a la gestión pública de ciertos aspectos gestionados privadamente.

Pero, como también he dicho, he tenido que aplicar un criterio selectivo y este, pese a ser subjetivo, creo que responde a un claro elemento objetivo: analizar la realidad actual y el futuro más mediato de la negociación colectiva según la modificación estructural que esta ha sufrido especialmente con la reforma del año 2012.

Siguiendo esa estela, no quiero cerrar este bloque referido a la flexibilidad interna, sin resaltar que tanto clasificación, como tiempo de trabajo y como retribución forman parte de ese elenco de cuestiones que la doctrina<sup>45</sup> primero y el TS<sup>46</sup>, después, entendieron como parte del patrimonio contractual del trabajador y por tanto no extingüibles en la regulación concedida por convenio aun y cuando si habiendo transcurrido un año desde la denuncia del convenio no se hubiese previsto nada en contra<sup>47</sup> y no existiese convenio superior aplicable.

Se ha entendido que, en este caso, no se pasa a aplicar la regulación legal sin más, sino que lo previsto a este respecto en el convenio que ha perdido la vigencia se ha contractualizado en el haber del trabajador y, desde esa perspectiva y con esa eficacia jurídica, se mantiene a su favor.

Con todo la contractualización no está exenta de problemas<sup>48</sup>. Piénsese, por ejemplo, que contractualizadas las condiciones laborales, de concurrir causa el empleador puede unilateralmente modificarlas sin necesidad de llegar a un acuerdo por el procedimiento del art. 41 ET, más sencillo porque no precisa el acuerdo o el arbitraje que sí exige el del art. 82.3 ET<sup>49</sup>.

En segundo lugar, porque de no modificarse y mantenerse contractualizadas lo cierto es que la regulación de la ultraactividad no generaría a priori problemas a los concretos

---

<sup>45</sup> Cfr. ALFONSO MELLADO, C.L. (2015) *La ultraactividad de los convenios colectivos*. Ed. Bomarzo. Albacete; CASAS BAAMONDE, M.E., RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M., VALDÉS DAL-RÉ, F., “El agotamiento de la ultraactividad del convenio”. [Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica](#), ISSN 0213-0556, **Nº 9, 2013**, págs. 1-13

<sup>46</sup> Sobre ultraactividad del convenio denunciado sin que le sustituya por otro en el plazo del año al que se refiere el art. 86.3 ET y sin que exista tampoco convenio superior aplicable, el Tribunal Supremo ha entendido que deben respetarse las condiciones del convenio que perdió su vigencia, entendiéndolas incorporadas al contrato del trabajador y, en consecuencia, modificables en su caso conforme al art. 41 ET. Al respecto STS 22/12/2014 (Tol 4648075): *«Dicho lo cual, es claro que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en ese momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque —como se ha dicho algunas veces— las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente»*.

<sup>47</sup> En cualquier caso se ha entendido que son válidas las cláusulas anteriores a la reforma legal de 2012 que prorrogan, incluso indefinidamente, el contenido de los convenios denunciados. Esas cláusulas eran legales antes de esa reforma y lo siguen siendo después [entre otras STS 01/12/2015, Rec. 263/2014; STS 17/03/2015 (Tol 4851996) y SAN 19/11/2013 (Tol 4024020)]

<sup>48</sup> Cfr. por todos, ALFONSO MELLADO, C.L. *La ultraactividad.... cit.*, y toda la bibliografía que allí se cita

<sup>49</sup> Al respecto de la relación entre ultraactividad de convenio estatutario y la negociación de convenio extraestatutario, véase, STS 14/12/2016, Rec. 17/2016; Igualmente a propósito del mantenimiento o no de la vigencia del convenio y un posible acuerdo para modificar condiciones contractualizadas, Cfr. STS 06/07/2016, Rec. 155/2015

trabajadores afectados, pero no vincularía a futuros trabajadores. Claro, el efecto es pernicioso. Si mantener ciertas condiciones contractualizadas genera un trato perjudicial de nuevos frente antiguos o una doble escala de condiciones de trabajo de trabajo en la empresa, previsiblemente las condiciones contractualizadas se perpetúen en el tiempo, para evitar tratos de desfavor en la empresa y una doble contabilidad en tiempo de trabajo, retribución, funciones, etc.

Sin duda resultaría muy recomendable que en todos los convenios se pacte expresamente el mantenimiento de su contenido normativo una vez denunciado el convenio en tanto en cuanto el nuevo se negocie. Que se materialice ese “salvo pacto en contrario” al que se refiere el art. 86.3 in fine.

### **2.3.- ALGUNAS CUESTIONES RELACIONADAS CON LAS OBLIGACIONES DEBIDAS Y LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.**

Siguiendo con esa ultractividad a la que acabo de referirme, lo cierto es que uno de los efectos a priori no se contemplaron y con los que se encontró el empresario al perder la vigencia de los convenios, y no existir regulación aplicable era la imposibilidad de sancionar comportamientos constitutivos de infracción leve o grave.

En efecto, si la conducta del trabajador no es muy grave y en consecuencia, no puede ser causa de despido disciplinario, con la pérdida de vigencia del convenio, cualquier incumplimiento leve o grave podría quedar impune habida cuenta que el empresario se encuentra sin un cuadro de infracciones y sanciones aplicables a esos comportamientos constitutivos de infracción no muy grave, por lo que no puede aplicarles una sanción.

Pero además, a lo que se acaba de mencionar se une que también en el despido existe una gran inseguridad jurídica, sobre todo, en el despido disciplinario, en el que la casuística concurrente dificulta precisar a priori y en abstracto si determinados comportamientos van a ser o no considerados causa de despido procedente. Por todo ello, resulta evidente la oportunidad y necesidad de que se regulen muchas conductas y comportamientos laborales en el convenio colectivo.

Cierto es que todo no se puede regular. Que la realidad es tan compleja que es imposible que todos y cada uno de los comportamientos que pueden producirse en la vida se puedan regular. Pero no me refiero a regularlo todo de manera exhaustiva. Más bien lo que quiero resaltar es la necesidad de que a grandes rasgos en el convenio colectivo se regulen ciertas conductas a fin de aportar cierta seguridad jurídica a las relaciones de trabajo.

Hay que tener en cuenta que en muchos de estos comportamientos se produce una colisión de derechos: por ejemplo, transgresión de la buena fe contractual solo demostrable afectando la intimidad del trabajador, por ejemplo, con un detective. ¿Es siempre una afectación una vulneración de la intimidad? ¿Cuándo se puede poner una cámara de video? ¿Y acceder al correo del ordenador del trabajador que el empleador ha puesto a su disposición? ¿Puede hacerlo el empleador?

¿Cuándo beberse una lata de refresco del supermercado para el que se trabaja es constitutivo de despido disciplinario procedente por transgresión de la buena fe?

¿Y difundir cierta información? ¿Se encuentra siempre amparado por el derecho constitucional a la libertad de expresión, por el derecho a la libertad de información o por el contrario constituye una ofensa como causa de despido ex. art. 54 ET?

Son muchas las cuestiones, y en mi caso, este no es el momento de centrarme en ellas, así que simplemente señalaré la importancia de regularlas en convenio<sup>50</sup>.

Al respecto de todas ellas se puede producir la ultraactividad en su regulación y perder la vigencia de lo pactado sin que el empleador pueda en muchos casos sancionar por infracciones leves o graves; y sin que nadie le pueda garantizar desde la seguridad jurídica que la sanción que se está imponiendo, aun a modo de despido, va a ser calificada de procedente.

Resulta imprescindible, por eso, que en el convenio se regule el uso de los medios informáticos por el trabajador; el uso de las cámaras de video por el empleador como medida de control ordinario; la posibilidad o no usar el móvil en tiempo de trabajo; si se realizan o no controles de salud y en qué condiciones; y cuestiones similares.

Sin duda, de hacerse así, unos y otros saldrán beneficiados o al menos gozarán de mayor seguridad jurídica al respecto de qué sí y qué no es posible realizar en la empresa desde la perspectiva del control del empleador.

Todo ello sin olvidar, además, otras dos cuestiones a tener en cuenta:

1º) Que el sistema de trabajo y rendimiento fijado en la empresa en convenio colectivo es otra de las materias susceptibles de ser objeto de inaplicación en la empresa en los términos del art. 82.3 ET

2º) La trascendencia que tiene que se regule en la empresa, y por convenio o acuerdo de empresa, un protocolo frente al acoso moral, con independencia de que sirva o no además para el acoso por razón de género.

A las medidas necesarias para respetar la igualdad de género me voy a referir en el siguiente apartado. Pero aquí, por la relación que además tiene con el despido disciplinario o la sanción al acosador, me parece importante resaltar lo importante y beneficioso que puede ser para empresarios y trabajadores que se regule un protocolo frente al acoso<sup>51</sup>. Y ello fundamentalmente por lo siguiente:

a) porque hay situaciones de acoso que no tienen que ver con el género. Y no por eso deben quedar impunes. Cualquier empresario tiene la obligación de garantizar la seguridad y salud en el trabajo en los términos del art. 14 LPRL. Y además frente al acoso sexual o por razón de género esta obligación se fija igualmente en el art. 49 LOI. Cuando hay un plan de igualdad se regulará en el plan de igualdad, al menos este último. De todas formas aunque no exista obligación de negociar un plan de igualdad, la obligación respecto la fijación de un protocolo frente al acoso persiste. No se

---

<sup>50</sup> FABREGAT MONFORT, G. (2016) *Nuevas perspectivas del poder de dirección y control del empresario*. Bomarzo. Albacete.; FABREGAT MONFORT, G., "El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave" Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales, ISSN 2386-8090, Nº. 5, 2015, págs. 76-83 y todos los autores que en ambos se citan; Cfr., igualmente FABREGAT MONFORT, G., "La posición del trabajador ante las órdenes empresariales ¿ius resistentiae o solve et repete?". Revista de treball, economia i societat, ISSN 1137-0874, Nº. 27, 2003, págs. 23-36

<sup>51</sup> FABREGAT MONFORT, G., (2011), *La obligación empresarial de tutela frente al acoso laboral en la empresa*. Ed. Bomarzo. Albacete.; FABREGAT MONFORT, G., "El acoso laboral desde la perspectiva de la prevención de riesgos laborales". Lan harremanak: Revista de relaciones laborales, ISSN 1575-7048, Nº 23, 2010 (Ejemplar dedicado a: La Seguridad y Salud Laboral de las mujeres trabajadoras), págs. 137-153



condiciona a la existencia de un plan, solo que cuando este existe el protocolo puede formar parte del plan de igualdad. Lo importante del protocolo en mi opinión es:

- 1) Que debe fijar una fase preventiva, proactiva y reactiva
- 2) Que ello permite que el afectado pueda actuar y posibilitar que se solventa la situación de agravio en la que se encuentra antes de que por reiteración y persistencia se genere una situación imposible de resolver

- 3) Que además en el caso de que el empleador por aplicación del protocolo y siguiendo al instructor despidiera disciplinariamente al acosador, seguramente verá refrendada su decisión por los tribunales en caso de que el acosador recurra judicialmente su despido. En cualquier caso, de regularse, debe hacerse bien. Porque un protocolo frente al acoso mal elaborado puede generar un efecto totalmente contrario a lo que se pretendía cuando la ley lo diseñó, incluso puede llegar a generar precisamente lo que trata de evitar: la discriminación por razón de género.

## 2.4.- MEDIDAS CONVENCIONALES PARA GARANTIZAR LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES Y ELIMINAR LAS DISCRIMINACIONES POR RAZÓN DE GÉNERO

Para concluir esta disertación a propósito de lo que en mi opinión debe tenerse en cuenta en la regulación convencional desde la situación actual de la ley y teniendo en cuenta cuales puede presumirse que serán sus necesidades en un futuro más cercano, no puedo ni quiero dejar al margen un tema que resulta transversal a todas las materias mencionadas y de todas las que me he visto obligada a dejar al margen por cuestión de oportunidad espacial y temporal. Y eso a lo que me refiero, de carácter transversal, son las medidas para respetar una igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Tampoco en relación con este tema puedo extenderme tanto como quisiera, pero aunque sea de forma sistemática sí que me gustaría poner de relieve una serie de cuestiones que me parecen de total interés:

1º) Para empezar la obligación de garantizar la igualdad entre mujeres y hombres en las relaciones laborales, igual que en otros ámbitos de la vida, es un mandato constitucional desde 1978<sup>52</sup>. No obstante ello, y pese al transcurso de tiempo, como la igualdad de trato y de oportunidades no se conseguía, primero se modificaron preceptos del ET (igualdad en clasificación, en ascensos, en retribución); después se ratificaron Directivas Europeas<sup>53</sup> y se realizó la transposición de su contenido con la aprobación de la Ley de Conciliación<sup>54</sup>; con la fijación de una nulidad objetiva en determinados casos de despido<sup>55</sup>. Y ya en el año 2007, con la adopción de la LOI.

2º) De la LOI, por lo que aquí interesa, destacaré los siguientes aspectos:

a) Decide acercar la regulación de la igualdad a la empresa, en mi opinión con muy buen criterio.

b) En ese acercamiento de niveles, la empresas que por ser de dimensiones importantes (más de 250 trabajadores); porque así les obliga el convenio aplicable; o por discriminar y permutar la sanción por la negociación de el plan, les impone materializar toda la obligación de garantizar la igualdad negociando un plan de igualdad.

c) Ahora bien, a las que no se les impone la obligación de negociar un plan de igualdad, igualmente se les impone una obligación al respecto de respetar la igualdad efectiva

---

<sup>52</sup> Y eso pese a la existencia de la dote por matrimonio hasta principios de los años 80. De hecho, la Ley 16/76, de 8 de abril de relaciones de trabajo –que precedió el actual Estatuto de los Trabajadores en su primera versión–, en su art. 21.3. elimina la dote económica en caso de extinción del contrato de trabajo por matrimonio salvo que las ordenanzas laborales o el convenio colectivo dijese lo contrario. Y siempre a las solteras que en el momento de entrada en vigor de la ley estuviesen ya trabajando. Es decir, que en esta ley, que data de 1976, si bien se empieza a eliminar la dote por matrimonio todavía se mantiene con matices.

<sup>53</sup> La transposición de las Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, según exposición de motivos se produjo por la Ley 39/1999. De hecho, la primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. La segunda, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

<sup>54</sup> Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.

<sup>55</sup> De forma previa a la LOI, STC 78/2008, de 23 de junio; y STC 92/2008, de 21 de julio.

entre mujeres y hombres, que debiera materializarse en convenio negociando cuanto sea necesario en este sentido.

3º) A sabiendas que la garantía de igualdad debe ser una cuestión transversal y algo más profundo que los permisos de maternidad “y de mujeres”; que las medidas frente a la violencia de género; y los protocolos de acoso, la LOI lo hace bien. Y pone como ejemplo las materias que deben o pueden tratarse en el plan de igualdad.

En efecto, el art. 46 LOI señala a modo de ejemplo algunas de las materias (clasificación, retribución, formación, conciliación, etc.) que deberían negociarse en un plan de igualdad para garantizar la igualdad efectiva entre mujeres y hombres en la empresa, pero no obliga a que se negocien todas y en todo caso, dependerá de lo que se determine en el diagnóstico de situación que por necesidad debe preceder la negociación de medidas que conformarán el plan de igualdad. En realidad, al respecto de casi todas estas cuestiones el ET igualmente contempla la necesidad de que no se discrimine por razón de género, lo que ocurre es que en la práctica poco caso se ha hecho al mandato legal.

En ese sentido resulta cuanto menos criticable que, de un lado, al principio sobre todo, muchos planes solo contemplaran medidas en relación a cuestiones tales como conciliación, acoso y violencia de género. Prescindiendo de cuestiones tan relevantes como la igualdad en el acceso, en la contratación, en la formación, en la clasificación, en el ascenso, en la retribución etc.

Y de otro lado, igualmente es denunciable que, en términos generales, el convenio colectivo, cuando no existe en el plan de igualdad, siga sin cumplir con el mandato legal y poco regule al respecto, por no decir nada.

Lo que en mi opinión, además, se ha manifestado como un claro error. Primero, porque en sí mismo lo es, y además supone incumplir la LOI. Pero a mayor abundamiento, prescindir de lo que debiera ser una prioridad para todos y no regular medidas para erradicar la brecha salarial, la segregación vertical y horizontal del mercado de trabajo, etc. ha acabado por generar un perjuicio a todos los trabajadores en inaplicación de convenios.

En efecto, existe un límite muy evidente en la norma que no se está utilizando, y que la propia ley prevé para la inaplicación en el mismo art. 82.3 ET. Me refiero a la referencia que se hace en precepto legal cuando expresamente establece que “(...) el acuerdo de inaplicación no podrá dar lugar al incumplimiento de las obligaciones establecidas en convenio relativas a la eliminación de las discriminaciones por razones de género o de las que estuvieran previstas, en su caso, en el plan de igualdad aplicable en la empresa”. El precepto es claro. No obstante, no parece que haya habido ninguna inaplicación que se haya paralizado por esta cuestión. Y como digo resulta sorprendente. En un país al que Europa le obliga a cambiar la forma de cotizar a tiempo parcial por ser constitutiva de una discriminación indirecta de género<sup>56</sup>; en el que la segregación horizontal y vertical en el mercado de trabajo se da tanto en el sector privado como público<sup>57</sup>; y en el que existe una brecha salarial que según quien la analice varía del 25 al 30%, sorprende, como poco, que todas las inaplicaciones de convenio que se han realizado sea consecuentes con las medidas previstas en el plan de igualdad o no contrarias a las

---

<sup>56</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava) de 22 de noviembre de 2012

<sup>57</sup> Entre otros muchos, CACERES RUIZ, J.I., “La segregación ocupacional y sectorial en el mercado de trabajo español”.

medidas reguladas en convenio “relativas a la eliminación de las discriminaciones de género”. Como digo, no deja de resultar llamativo.

Por otra parte, el art. 84.2 ET establece la preferencia aplicativa del convenio de empresa en “f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal”. Y es lógico que sea así. Ya he dicho que la propia LOI considera que son cuestiones que se deben negociar en el marco de la empresa.

Con todo, dos advertencias: la primera, que conciliación de la vida laboral, familiar y personal, debiera ser algo más que medidas de cuidado a otros. Y segundo, que incluso la regulación de las medidas de cuidado, si se negocian o renegocian con eficacia aplicativa en el ámbito de la empresa, se deben fijar desde la corresponsabilidad. No hay que olvidar que en nuestro ordenamiento jurídico las medidas de conciliación se suelen enmarcar en las medidas antidiscriminatorias, de hecho se empiezan a reconocer por eso, por la transposición de la Directivas de carácter antidiscriminatorio<sup>58</sup>, de donde sigue que esta preferencia aplicativa de las medidas de conciliación que puede hacerse en la empresa no puede descontextualizar la necesidad de garantizar las medidas de conciliación sin dejar al margen la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Y si se prevén medidas de conciliación aisladamente y sin tener en cuenta la corresponsabilidad en su disfrute, las medidas pactadas podrían ser constitutivas de una discriminación indirecta por razón de sexo en caso de generar sin justificación efectos perversos y discriminatorios en la carrera profesional de las mujeres y no en la de los hombres.

Así que, conciliación sí, pero desde la corresponsabilidad. Se negocien en un convenio sectorial, en un plan de igualdad o en un convenio de empresa con preferencia aplicativa en los términos del art. 84.2 ET.

---

<sup>58</sup> Directivas del Consejo 92/85/CEE, de 19 de octubre, y 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, según exposición de motivos se produjo por la Ley 39/1999. De hecho, la primera de ellas contempla la maternidad desde el punto de vista de la salud y seguridad en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. La segunda, relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental, celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, prevé el permiso parental y la ausencia del trabajo por motivos de fuerza mayor como medio importante para conciliar la vida profesional y familiar y promover la igualdad de oportunidades y de trato entre hombres y mujeres.

## A MODO DE CONCLUSIÓN

Por todo lo anterior, a modo de recapitulación, me interesa concluir con la síntesis de las siguientes ideas:

1ª.- Todo este estudio parte de la doble relación entre legislación y negociación colectiva: la que tiene que ver con las modificaciones que a la estructura, articulación y duración de la negociación colectiva se produjo con la entrada en vigor de la Ley 3/2012; y la de contenido o materias a tratar que, obviamente, se enmarcan en ese contexto complejo a partir del cual se fijan los criterios objetivos que llevan a abordar el tratamiento de unos temas y no de otros.

2ª.-Así, en primer lugar, y por lo que tiene que ver con las reglas de negociación, se han determinado los aspectos más relevantes de aquello que supone la inaplicación en los términos del art. 82.3 ET; la preferencia del convenio de empresa en los términos del art. 84.2 ET y la ultraactividad convencional. Una vez subrayada que la transcendencia de esta última medida ha sido atemperada por la interpretación de los tribunales, me interesa resaltar que la inaplicación ex art. 82.3 ET es causal pero se puede pactar con una comisión *ad hoc* que legalmente no ostenta la consideración de representación legal o sindical de los trabajadores.

Por el contrario, la preferencia aplicativa del convenio de empresa en los términos del art. 84.2 ET si bien siempre supone la intervención y el acuerdo de aquellos que legalmente sí son representantes, no precisa concurrencia de causa.

3ª.- Lo anterior, especialmente, el acercamiento a la empresa que se deduce de la interpretación sistemática de los procedimientos regulados en los arts. 82.3 ET y 84.2 ET entiendo que debe llevar a la negociación sectorial a plantearse cual es su papel en este momento y cual se prevé que puede ser en un futuro próximo. Así la falta de protección especial de los trabajadores que conforman la comisión *ad hoc*; la concurrencia desleal que entre empresarios se puede producir por el art. 82.3 ET y 84.2 ET; la conveniencia o no de distinguir en el tratamiento de ciertas cuestiones en función de las características de las empresas afectadas por el convenio; posibles elecciones abusivas con la única pretensión de tener unos representantes de los trabajadores a fin de negociar ex. art. 84.2 ET, o la competencia desleal de algunas empresas multiservicios son también cuestiones que se han considerado, siquiera brevemente, entre las consecuencias sobre las que reflexionar tras la modificación de la estructura de la negociación colectiva producida especialmente por la Ley 3/2012.

4ª.- Determinado lo anterior y en función de, de un lado, lo que fijan los preceptos legales; y, de otro, lo que constituye base esencial del derecho laboral, entiendo que todo convenio colectivo, como reto actual y de futuro inmediato debe abordar el tratamiento de las siguientes medidas: a) contratación; b) flexibilidad interna; c) causas de incumplimiento contractual y despido; d) medidas en favor de la igualdad entre mujeres y hombres y frente a la erradicación de la discriminación por razón de género.

a) Al respecto de la contratación, entiendo de vital importancia determinar con claridad y precisión las causas de los contratos temporales en cada sector y/o empresa en cuestión; el posible incremento de duración en los términos fijados por la norma; y también, como no, valorar la posibilidad de regular la indemnización por extinción del contrato de interinidad en aras a la seguridad jurídica. Todo ello siendo consciente que en relación con el objeto contractual, la determinación de la causa que en cada caso puede dar derecho a concertar un contrato de obra o eventual puede tener prioridad aplicativa lo que se regule en el convenio de empresa ex. art. 84.2 ET.

b) En relación con las medidas de flexibilidad interna en aras de respetar los límites de espacio y tiempo he tenido que dejar al margen de este trabajo cuestiones de indudable interés como la cesión ilegal, las contrataciones, la transmisión y sus efectos en la reversión a la gestión pública de ciertas concesiones, etc.

Por el contrario, me he centrado en tres materias contractuales básicas: las funciones, el tiempo de trabajo y la retribución.

Al respecto de todas y cada una de estas cuestiones me he detenido en analizar qué se debería regular en el convenio colectivo según mandato legal y cuanto de lo regulado puede ser objeto de inaplicación ex art. 82.3 ET o modificable por ser de preferente aplicación lo negociado a nivel de empresa ex. art. 84.2. ET

Es relevante, en ese sentido, que es materia de preferente aplicación ex. art. 84.2 ET la *adaptación* del sistema de clasificación profesional en la empresa, lo que no parece dar posibilidades de innovar a nivel de empresa lo pactado en ámbitos superiores, sino solo adaptarlo.

Igualmente es importante señalar que en materia de tiempo de trabajo la jornada no resulte de relevante aplicación en caso de que se negocie en convenio de empresa frente al convenio del sector. No obstante, pese a que la jornada como digo no es de aplicación preferente ex. art. 84.2 ET sí que puede ser objeto de inaplicación en la empresa. Pero al menos para eso se requiere concurrencia de causa en los términos del art. 83.2 ET.

El horario, la distribución del tiempo de trabajo y el sistema de trabajo a turnos puede ser objeto de inaplicación ex. art. 82.3 ET y de aplicación preferente cuando se regule en convenio de empresa en aplicación del art. 84.2 ET.

La decisión de si las horas extras se abonan o se compensan, también es materia de preferencia aplicativa, y lo mismo cabe decir de la planificación de las vacaciones. Ambas materias están señaladas en el art. 84.2 ET entre las que resultan de aplicación prevalente cuando se negocian en el convenio de empresa.

Respecto de la retribución puede afirmarse algo similar: la estructura se puede inaplicar ex. art. 82.3 ET pero no existe preferencia aplicativa a este respecto ex. art. 84.2 ET. La cuantía, tanto del salario base como de los complementos puede ser objeto tanto del procedimiento del art. 82.3 ET como del art. 84.2 ET

Las mejoras en materia complementaria de la seguridad social, son la única percepción extrasalarial modificable. Y lo es por el art. 82.3 ET y no 84.2 ET.

Al respecto de funciones, tiempo y salario, además, se ha entendido que por contractualización forman parte del estatus jurídico del trabajador y que no se verán

afectadas aunque transcurrido el año desde la denuncia del convenio sin que este regule otra cosa, pierda vigencia el convenio sin existir convenio superior aplicable.

c) Por otra parte, y en otro orden de cosas, he querido reivindicar la necesidad de que se regule en aras a mayor claridad y seguridad jurídica ciertas conductas en la empresa, a fin de que se pueda clarificar que conductas son o no constitutivas de infracción y que incumplimiento, efectivamente por serlo de forma muy grave, puede derivar en un despido disciplinario.

Sin olvidar, a este respecto, lo provechoso que para ambas partes de la relación laboral resultaría negociar un protocolo de acoso, no solo sexual o por razón de sexo, sino del acoso laboral en general. Cumpliendo así el empleador con el art. 49 LOI y el art. 14 LPRL. Y garantizando al acosador que sus actos no quedan impunes; y a la víctima que la tutela efectiva a la que tiene derecho se materializa en algo más que la extinción indemnizada de su contrato.

d) Y ya para concluir, y a modo de cuestión transversal a tener siempre en cuenta en la negociación colectiva me he referido a la necesidad de tener presente la obligación de negociar cuanto sea posible en aras de “respetar la igualdad de trato y de oportunidades en el ámbito laboral” ex. art. 45.1 LOI. Teniendo en cuenta, además, que todo lo que se negocie en ese sentido, constituye un límite imperativo a la posibilidad de inaplicar el convenio.

Todo ello sin olvidar, asimismo, que si bien continua teniendo preferencia aplicativa en materia de conciliación lo que se negocie en la empresa ex. art. 84.2 ET, la conciliación para no ser discriminatoria debe abordarse desde la corresponsabilidad y no como un conjunto de medidas diseñadas para la mujer trabajadora habida cuenta los efectos perversos y discriminatorios que ello puede generarle como trabajadora.

5ª.- Lo anterior, en fin, se ha realizado desde la pretensión de reflexionar en voz alta a propósito de algunas de las muchas cuestiones que resulta de interés que se aborden en la negociación colectiva. El criterio de la oportunidad temporal y legal me ha llevado a realizar un tratamiento selectivo que aunque he intentado objetivar tiene una clara connotación subjetiva.

Evidentemente, otros muchos temas me resultan de interés. Pero creo que al menos los que aquí abordo, por el bien fundamentalmente de la seguridad jurídica en la relación ley-convenio, deben tenerse en cuenta en cualquier negociación colectiva. Presumiendo como tal, la de eficacia jurídica normativa y eficacia personal absoluta o erga omnes<sup>59</sup>.

**Muchas gracias.**

---

<sup>59</sup> He dejado al margen el art. 41 ET, que prevé modificaciones en la negociación extraestatutaria de eficacia jurídica contractual y personal limitada. Al respecto de este último, como se ha dicho, puede verse ALFONSO MELLADO, C.L. y FABREGAT MONFORT, G., (2015) *Negociación en la empresa*, cit., y toda a bibliografía que allí se cita.

