

LA FRAGILIDAD DEL CONVENIO COLECTIVO
TRAS LA REFORMA DE 2012

THE FRAILTY OF COLLECTIVE AGREEMENTS AFTER THE
2012 SPANISH EMPLOYMENT LAW REFORM

Dolores Cáceres Gómez
4º Grado en Derecho. Universidad de Sevilla
caceresgomezdolores@gmail.com
María Reyes Luzón Sivianes
4º Grado en Derecho. Universidad de Sevilla
luzonsivianesreyes@gmail.com
Eva Montero Ibarra
4º Grado en Derecho. Universidad de Sevilla
evamonteroibarra@gmail.com

RESUMEN: El convenio colectivo es un instrumento de autotutela cuya finalidad es canalizar el conflicto social, mediante el fomento de un diálogo continuado entre trabajadores y empresarios en condiciones de igualdad. A pesar de que tanto el derecho a la negociación colectiva como la fuerza vinculante del convenio colectivo han sido consagrados a nivel constitucional, su desenvolvimiento, en la práctica, depende en gran medida del marco legal ordinario vigente. La reforma laboral de 2012 instauró modificaciones significativas en el modelo de negociación colectiva de nuestro país. Entre ellas, cabe destacar la posibilidad de modificar unilateralmente las disposiciones contenidas en un convenio colectivo extraestatutario, el “descuelgue” del convenio colectivo estatutario y la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el de sector. Este estudio tiene por finalidad analizar el impacto que estas modificaciones legislativas han tenido en la práctica laboral y valorar si la configuración actual del marco legal que regula la autonomía colectiva permite al convenio colectivo, como fuente del Derecho del trabajo, salvaguardar los valores constitucionales que le han sido encomendados.

Copyright: © Editorial Universidad de Sevilla. Este es un artículo de acceso abierto distribuido bajo los términos de la licencia de uso y distribución Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 (CC BY-NC-ND 4.0)

e-ISSN: 2660-4884

Trabajo, Persona, Derecho, Mercado 4 (2021) 199-230
<https://dx.doi.org/10.12795/TPDM.2021.i4.11>

PALABRAS CLAVE: Negociación colectiva; Reforma laboral; Constitución Española

ABSTRACT: Collective agreements channel social conflict by encouraging the establishment of an ongoing dialogue between employees and employers. Although both the right to collective labour bargaining and the enforceability of collective agreements are enshrined in the Spanish constitution, the way these principles operate in practice depends to a great extent on the current ordinary legal framework. The 2012 labour reform brought about significant changes in the Spanish collective bargaining system. It recognised the unilateral faculty of the employer to modify collective agreements of limited scope, the possibility to set aside certain terms of universally applicable collective agreements and the unavoidable preeminence of company collective agreements over sectoral collective agreements. This study not only does purport to analyse the impact of the aforementioned legal reform but also attempts to elucidate whether the current statutory framework does allow collective agreements to safeguard the constitutional values these legal institutions have been entrusted with.

KEYWORDS: Collective bargaining; Employment law Reform; Spanish Constitution

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. CONCEPTO Y BREVE EXPOSICIÓN DEL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA A NIVEL COMPARADO EN EL ENTORNO EUROPEO. 3. BASES CONSTITUCIONALES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO. 4. PRESENTACIÓN DEL MARCO LEGAL VIGENTE Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS. 5. LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO EXTRAESTATUTARIO POR DECISIÓN UNILATERAL DEL EMPRESARIO EX ARTÍCULO 41 ET. 6. EL *DESCUELGO* COMO PODEROSO INSTRUMENTO DE INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO EX ARTÍCULO 82.3 ET. 7. LA PRIORIDAD APLICATIVA, EN RELACIÓN CON DETERMINADAS MATERIAS DE SUMA IMPORTANCIA, DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA SOBRE EL DE SECTOR EX ARTÍCULO 84.2 ET. 8. CONCLUSIONES. 9. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

La unión voluntaria de personas para desarrollar acciones conjuntas ha sido un motor de transformación social trascendental a lo largo de toda la historia¹. Buen ejemplo de ello es el impacto que tuvieron en la estructura social decimonónica las reivindicaciones del movimiento obrero emergente durante la Revolución Industrial frente al sistema de explotación laboral característico del capitalismo moderno,

1. Almeida, Mosconi 2020, 17.

reivindicaciones que desembocaron en una conflictividad social tan acusada que únicamente pudo ser aplacada mediante la promulgación de las primeras leyes laborales que brindaban protección jurídica al trabajador².

La entrada en vigor de normas protectoras del trabajador individualmente considerado, mediante la imposición de límites a la autonomía contractual individual de las partes, se mostró, no obstante, insuficiente para alcanzar la ansiada armonía ciudadana. El antagonismo de intereses entre el obrero y el empresario se desenvolvía en un plano de ostensible desequilibrio, lo que a su vez generó una disonancia entorpecedora del óptimo desarrollo de las relaciones laborales. Ha sido precisamente el anhelo de salvar ese escollo, la razón que ha llevado al legislador laboral a promover una igualdad material entre las posiciones de asalariado y empleador mediante la positividad y promoción de la autonomía colectiva³.

Desde 1919, y con la finalidad de garantizar la paz universal de forma permanente, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha abogado no solo por la aprobación de normativa que establezca un modelo justo de relaciones laborales sino también por el fomento de la negociación colectiva como mecanismo fundamental de canalización del enfrentamiento social en el seno de sus Estados miembros. Esta organización internacional de cooperación postula que la negociación colectiva constituye el medio idóneo para el desarrollo de un diálogo social continuado entre empresarios y trabajadores⁴, algo que, a su vez, es presupuesto ineludible de la concordia social.

La negociación colectiva, así como la libertad sindical, la acción sindical y la huelga, son las facetas de la autonomía colectiva que han sido consagradas en nuestro ordenamiento jurídico al máximo nivel. La legislación orgánica y ordinaria ha desarrollado los mandatos recogidos en la Constitución de 1978 (CE), configurando un modelo de relaciones laborales sustentado en instituciones de autotutela que alcanzan un notable protagonismo en el tejido social español, pero cuya actuación se encuentra supeditada a las directrices introducidas por los poderes públicos, que a su vez se encuentran indudablemente influenciados por las vicisitudes de su realidad presente.

La última década ha sido una época ciertamente convulsa para la comunidad internacional en su conjunto y, en especial, para el Estado español. La economía española fue una de las más duramente castigadas por la crisis global de los mercados financieros de 2008 y una de las que más despacio estaba consiguiendo recuperarse antes de que la pandemia generada por el COVID-19 volviese a poner en pausa la producción a nivel nacional, aumentase la deuda y se incrementase el déficit público a niveles insospechados. Como buen reflejo que es de la realidad que pretende

2. Cruz Villalón 2020, 25.

3. Cruz Villalón 2020, 64.

4. OIT 2021.

ordenar, el Derecho no puede sino adaptarse a las alteraciones que experimenta su entorno. Existe una directa correspondencia entre el mercado de bienes y servicios y el mercado de trabajo, que a su vez es regulado por el Derecho del trabajo, de ahí que las previsiones de este último incidan profundamente en el primero. Con la intención de agilizar la economía y respaldándose en el pretendido deseo de *atajar las debilidades del modelo laboral español*⁵, la Ley 3/2012 introdujo destacables reformas en materia de negociación colectiva. Partiendo de todo lo anterior, en este estudio se pretende dilucidar si, el convenio colectivo como producto de un modelo de negociación colectiva que se ha visto sometido a drásticas reformas por vía de la ley, sigue siendo un instrumento lo suficientemente garantista como para salvaguardar los valores constitucionales que le han sido encomendados.

2. CONCEPTO Y BREVE EXPOSICIÓN DEL PAPEL DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA A NIVEL COMPARADO EN EL ENTORNO EUROPEO

Aun cuando puede, sin duda, afirmarse que el Derecho del Trabajo no es más que el resultado del proceso histórico de intervención del Estado en las relaciones laborales⁶, dicha afirmación ha de ser matizada. El Estado, compelido por la OIT, a nivel global, y por otras organizaciones internacionales, a nivel regional, reconoce a los protagonistas de las relaciones laborales la capacidad de intervenir en el proceso de fijación de las condiciones de trabajo, reservando así, una margen de actuación “inmune” a la autonomía colectiva, en el que la ley no debería inmiscuirse.

La Recomendación nº 91, sobre *contratos* colectivos, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) define el convenio colectivo como:

“un acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, fruto de la negociación colectiva, que es celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estos últimos, de acuerdo con la legislación nacional⁷”.

Con el objeto de velar por el correcto y pacífico desarrollo de las relaciones laborales, la OIT ha propuesto la adopción de diversas convenciones relativas a la negociación colectiva, entre ellas, el Convenio número 98 (1949), 151 (1978) y 154 (1981). El elevado número de ratificaciones de estos Tratados internacionales pone

5. De 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

6. Ramos Quintana 1999, 380.

7. OIT 2021.

de manifiesto que el reconocimiento de fuerza vinculante y naturaleza jurídica al producto de la autonomía colectiva no es una singularidad exclusiva de nuestro país. Este cauce de estipulación de las condiciones de trabajo está presente en numerosos países, de hecho, se trata de una práctica muy extendida y asentada en nuestro continente, si bien, en cada país, en función de sus particulares circunstancias sociales y políticas, rigen modelos divergentes.

A pesar de que en el contexto de la Unión Europea (UE), se han proclamado Directivas comunitarias que contienen algunas directrices que aspiran a armonizar el marco jurídico ordenador de esta institución, no existe en la actualidad una regulación uniforme de la negociación colectiva y el fruto de su ejercicio, el convenio colectivo⁸. De hecho, algunos Estados miembros de la UE ni siquiera coinciden en el nivel jurídico al que se consagra esta institución: así como en España e Italia, el derecho a la negociación colectiva es proclamado por sus respectivas constituciones (arts. 37.1 de la CE y 39 de la Constitución Italiana), en otros como Alemania y Francia, este derecho fundamental solo ha sido objeto de reconocimiento a nivel de legalidad ordinaria. De igual manera, el peso de la negociación colectiva varía notablemente de un país a otro. Así, en Francia, entre 2013 y 2016, algo más del 98% de los trabajadores estaban amparados por un convenio colectivo, frente a la modesta cifra del 7,1% en Lituania⁹. España es uno de los países europeos que más trabajadores tiene bajo el manto del convenio con un 73.1%¹⁰.

No obstante, quizás la diferencia más relevante, desde un enfoque jurídico, es el sistema de ordenación normativa de la negociación colectiva que cada Estado instituye en su respectivo ordenamiento jurídico. En primer lugar, es obligada la alusión al modelo neutral de tutela de la autonomía colectiva consistente en la instauración de mecanismos e instrumentos para garantizar su observancia y cumplimiento. Este sistema, en que prima la vertiente negativa del derecho a la negociación colectiva, se ocupa de suprimir los obstáculos jurídicos que puedan impedir su ejercicio. Para ello, instaura un marco jurídico que no prejuzga la actividad colectiva y que resulta apto para impedir eventuales injerencias o intromisiones de los poderes públicos en la negociación colectiva. En segundo término, la salvaguarda del derecho a la negociación colectiva puede alcanzarse mediante la implantación de un sistema focalizado en su vertiente positiva, esto es, un modelo que ya no se basa en la abstención de los poderes públicos, sino que se cimenta en la promoción y apoyo por parte de estos a la autonomía colectiva. Tal y como subraya el magistrado Valdés Dal-Ré en la STC 119/2014 (sentencia a la que nos referiremos de nuevo más adelante), este modelo, que es precisamente el que ha sido positivizado en nuestro país atendiendo al mandato constitucional recogido en el art. 37.1 CE,

8. Cruz Villalón 2019, 19.

9. Merino 2019.

10. Merino 2019.

“atribuye a ciertas formas organizativas de los trabajadores, señaladamente a los sindicatos, una protección reforzada cuya finalidad inmediata o primaria es asegurar de manera real y efectiva el desarrollo de sus derechos de actividad, en general, y del derecho de negociación colectiva, en particular”¹¹.

3. BASES CONSTITUCIONALES DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO

A diferencia de lo que ocurre con la autonomía privada y el deber de cumplimiento de los contratos privados, que son objeto de reconocimiento únicamente por parte de la legislación ordinaria civil, la CE consagra expresamente el derecho a la negociación colectiva de los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante del convenio colectivo el art. 37.1. La citada previsión constitucional se encuentra en sintonía con la nota de obligatoriedad que el art. 3 de la Recomendación nº 91 de la OIT predica de los *contratos* colectivos¹².

La noción básica que da soporte a la potestad reconocida por la OIT y atribuida por la Norma suprema de nuestro ordenamiento jurídico a los interlocutores sociales colectivos en las relaciones de producción para la autorregulación de los intereses contrapuestos de empleado y empleador es, indudablemente, la autonomía colectiva¹³. Empero, la noción de autonomía colectiva no se agota en su mero aspecto regulador de condiciones de trabajo, en la medida en que incorpora también contenidos de autoorganización (del grupo o sujeto colectivo y como tal, de su propia esfera de actuación interna), autorrepresentación (o poder de representación de los intereses del grupo) y autotutela colectiva (como poder de defensa de los intereses del grupo a través de la huelga y de medidas de conflicto colectivo)¹⁴.

Lo que sí es cierto es que, de todas las manifestaciones de la autonomía colectiva, el derecho a la negociación colectiva es quizás la vertiente de esta institución que mayor presencia tiene en nuestra Norma suprema, pues no es solo abiertamente proclamada en el art. 37.1, sino que también nuestro Tribunal Constitucional (TC) sostiene que se inserta en el haz de facultades que integra el derecho fundamental que reconoce el art. 28.1 CE, la libertad sindical. Ello ha originado una duplicidad de garantías en torno a esta faceta de la autonomía colectiva¹⁵. Ha sido precisamente el vínculo inescindible entre la libertad sindical y la negociación colectiva, respaldado

11. STC 119/2014.

12. OIT 2017.

13. Ramos Quintana 1999, 378.

14. Palomeque López 1994, 35.

15. Cruz Villalón, *et al.* 2019, 89.

por el Comité de Libertad Sindical de la OIT¹⁶, el que explica los pronunciamientos del TC, vía recurso de amparo, sobre el sistema negocial de condiciones de trabajo y los efectos del convenio colectivo. Los dos núcleos temáticos fundamentales de la doctrina constitucional son la conexión entre la negociación colectiva y otros derechos laborales de base constitucional, en concreto, la libertad sindical, y de otro, las relaciones entre la autonomía negocial colectiva y los otros cauces de fijación de las condiciones de trabajo, la ley y la autonomía privada contractual.

Antes de aproximarnos a la relación trazada por la doctrina constitucional entre el derecho a la negociación colectiva y la libertad sindical, resulta oportuno señalar que el Alto Tribunal, en su jurisprudencia reiterada, ha recalcado que el derecho a la negociación colectiva consagrado en el art. 37.1 CE no consiste en un simple mandato dirigido al legislador, sino que es una facultad en sí misma considerada, con eficacia directa *ex Constitutione*¹⁷, que vincula plenamente a los poderes públicos y a los particulares sin necesidad de complemento de la ley. Dicho esto, la jurisprudencia más emblemática emanada del máximo intérprete de la Constitución en relación con el derecho a la negociación colectiva comprende diversos pronunciamientos resultantes de la admisión a trámite de un recurso de amparo fundamentado sobre la base de una presunta lesión a la libertad sindical. Esta doctrina se sustenta en la premisa de que la facultad que se concede a los protagonistas de las relaciones laborales para determinar las reglas por las que se rige su actuación no solo es reconocida por el derecho fundamental dotado de un “*estatuto básico de garantías*” consagrado en el art. 37, tutelado únicamente por las garantías del art. 53.1 CE, sino que es también una posibilidad de actuación integrada en el contenido esencial del derecho fundamental consagrado en el art. 28 de la Norma suprema y revestido de un “*plus íntegro de fundamentalidad*”¹⁸, salvaguardado por las garantías tanto del apartado primero como del apartado segundo del art. 53. No por ello ha de perderse de vista que el derecho a la negociación colectiva, por sí solo, no es susceptible de protección en amparo.

La configuración del derecho a la negociación colectiva como una faceta de la libertad sindical posibilita, por tanto, desde una perspectiva procesal, la admisión de recursos de amparo fundamentados en una injerencia en el derecho a la negociación colectiva. No obstante, desde una perspectiva sustantiva, resulta pertinente resaltar que los únicos sujetos legitimados para acudir a este cauce procesal en defensa de su derecho a la negociación colectiva son los sindicatos, pues, de todos los entes legitimados para ejercitar el derecho a la negociación colectiva, las organizaciones sindicales son las únicas respecto de las cuales el máximo intérprete de la Constitución ha afirmado la titularidad del derecho de sindicación. Señaladamente, el TC ha negado la titularidad del derecho fundamental en que consiste la

16. García Murcia 1989, 190.

17. STC 58/1985.

18. Pérez Royo 2018, 208.

libertad sindical a la representación estatutaria de los trabajadores en la empresa, esto es, los delegados de personal y el comité de empresa, y a las asociaciones empresariales (STC 118/1983¹⁹). Esta diferencia, entre muchas otras, pone de manifiesto que el sindicato no se encuentra en situación de paridad respecto del resto de entes legitimados para defender los intereses de los protagonistas de las relaciones laborales, sino todo lo contrario; ocupa una posición privilegiada, tal y como se deduce de su ubicación entre las instituciones que actúan como pilares del Estado Social y Democrático de Derecho²⁰.

Constituyen un resumen sintético notablemente esclarecedor de todo lo anterior las palabras de los magistrados constitucionales en la Sentencia 118/1983, de 13 de diciembre:

“no habrá inconveniente, a los meros efectos dialécticos, considerar vulnerado el derecho a la negociación colectiva, pero lo que no resulta posible es afirmar, sin otras precisiones adicionales, que toda infracción del art. 37.1 CE lo es también del art. 28.1, de forma que aquella fuera siempre objeto del amparo constitucional”.

El segundo eje temático de la jurisprudencia constitucional en materia de negociación colectiva gravita en torno al papel del convenio colectivo en el sistema de fuentes de nuestro Ordenamiento jurídico y su relación con el resto de cauces de establecimiento de condiciones de trabajo, particularmente, la ley y el contrato de trabajo.

A través del reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva, el producto del diálogo institucionalizado entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, el convenio colectivo, ingresa en la relación de fuentes de regulación de las relaciones laborales.

La STC 58/1985, de 30 de abril, recalca que:

“la facultad reconocida a los representantes de los trabajadores y empresarios de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional”.

Con todo, la facultad consagrada en el art. 37.1 CE es un derecho fundamental necesitado de desarrollo legal para estar dotado de operatividad en la práctica, tal y como señala la STC 224/2000. De una síntesis de lo anterior se deduce que el legislador, situado en un rango jerárquico superior al de los interlocutores sociales que participan en la negociación colectiva, goza de un amplio margen de discrecionalidad a la hora de configurar el alcance y los confines del derecho a la negociación colectiva, pero en ningún caso está legitimado para vaciarlo de contenido. Parte de la doctrina

19. STC 118/1983.

20. Valdés Dal-Ré 2011, 147.

ha llegado a aseverar que, en la medida en que la norma fundamental reconoce a los representantes de los trabajadores y empresarios un poder normativo autónomo para determinar y establecer las condiciones de trabajo, la intervención directa de los poderes públicos ha de quedar relegada a una función subordinada y, en todo caso, complementaria de la autonomía colectiva²¹. Frente a esta postura, no obstante, cabe invocar diversos preceptos de la CE justificar la intervención del legislativo en aras de garantizar el establecimiento de una estructura de relaciones laborales imbuida de los valores esenciales propios de un Estado Social de Derecho. Con el objeto de compatibilizar la salvaguarda del contenido esencial del derecho consagrado en el art. 37.1 CE y la protección del resto de valores primordiales que consagra la Norma suprema frente a potenciales injerencias perpetradas por los protagonistas de las relaciones laborales en ejercicio de su autonomía colectiva, se impone como tarea fundamental del legislador alcanzar un delicado equilibrio entre un desmesurado grado de intervención y un excesivo nivel de desregulación.

En la actualidad, además del principio de jerarquía normativa, la relación entre la ley y el convenio colectivo se articula a través de cauces considerablemente más complejos, que son resultado de las reformas introducidas en el Estatuto de los trabajadores (ET) durante los últimos 25 años, entre ellas, la operada por la Ley 11/1994, de 1 de junio, cuya misión fue reforzar la pujanza de la negociación colectiva en nuestro ordenamiento jurídico. La citada reforma supuso un ostensible cambio de paradigma en la articulación de las relaciones entre la ley y el convenio. Por un lado, la consideración de la ley como norma imperativa y de Derecho necesario que el convenio colectivo solo puede mejorar, desaparece para dejar paso a un modelo en el que el legislador no puede proceder a ordenar determinadas materias al quedar estas reservadas al concurso de voluntades de los participantes en la negociación colectiva y en el que numerosos preceptos anteriormente considerados mínimos de Derecho necesario pasan a convertirse en mandatos dispositivos, susceptibles de ser modificados a voluntad de los interlocutores sociales de empleadores y empleados. Así, el principio de reserva normativa (a favor del convenio colectivo sectorial, por ejemplo, en materia de duración de contratos temporales²²) y el principio de subsidiariedad (de especial relevancia en la fijación de la duración del periodo de prueba²³), entre otros, juegan un papel primordial a la hora de articular las relaciones entre las referidas fuentes del Derecho del trabajo.

La legislación es la encargada de configurar el marco en que se desarrolla la negociación colectiva, con la que entabla intrincadas relaciones, pero carece de capacidad suficiente para modular la eficacia del producto normativo del diálogo entre los representantes de trabajadores y empresarios, pues la fuerza vinculante del convenio

21. Palomeque López 1994, 35.

22. Art 15.1 b) ET.

23. Art 14.1 ET.

colectivo es consagrada al más alto nivel, en el propio texto constitucional. Es precisamente la eficacia atribuida por el art. 37.1, una genuina “*norma sobre producción de normas jurídicas*”²⁴, al convenio colectivo la que permite afirmar su integración en el Sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico y atribuirle una verdadera función normativa en cuanto generador de Derecho objetivo.

La eficacia normativa del convenio colectivo determina que esta atípica fuente del Derecho de origen contractual haya sido dotada de un estatuto jurídico similar al de la ley en diversos aspectos. La supeditación de la eficacia general del convenio a su publicación en el Boletín Oficial correspondiente en virtud de lo dispuesto por el art. 90.3 del ET²⁵, el juego del principio *iura novit curia* (según sostuvo el Constitucional en la STC 151/1994, de 23 de mayo²⁶) y la posibilidad de impugnar sentencias contrarias al clausulado de los convenios colectivos por infracción del ordenamiento jurídico (de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 193 y 207 de la Ley de la Jurisdicción Social)²⁷ son solo algunos ejemplos de los rasgos que aproximan a esta fuente autónoma de producción de Derecho objetivo a la fuente heterónoma de producción de normas jurídicas por excelencia.

Por añadidura, como elemento diferenciado, aunque inextricablemente ligado a la eficacia normativa, el convenio colectivo celebrado de acuerdo con lo dispuesto por las normas del Título III del Estatuto de los Trabajadores, esto es, el convenio colectivo *estatutario*, goza también de eficacia *erga omnes*. El Derecho objetivo que el convenio colectivo encierra en sí mismo, es, justamente, lo que permite explicar su aplicación directa a todas las relaciones de trabajo comprendidas dentro de una concreta unidad de negociación²⁸.

A diferencia del convenio estatutario, el convenio *extraestatutario*, esto es, aquel que no cumple con alguna de las exigencias subjetivas, objetivas o procedimentales impuestas por el Estatuto de los Trabajadores, está dotado de una mera eficacia *inter partes*. En consecuencia, su clausulado es vinculante, pero únicamente para los trabajadores y empresarios representados en la negociación, tal y como recuerda la STC 121/2001, de 4 de junio.

La STC 8/2015, de 22 de enero, recuerda que el derecho a la negociación colectiva *ex art. 37.1 CE* “presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual”²⁹. Esta prevalencia de la voluntad común frente a la autonomía privada se pone de manifiesto en la supeditación del contrato de trabajo, no solo a las previsiones establecidas por ley, sino

24. Álvarez de la Rosa 1991, 15.

25. Art 90.3 ET.

26. STC 151/1994.

27. Cruz Villalón 2020, 88.

28. Ramos Quintana 1999, 382.

29. García-Perrote Escartín 2015, 244.

también a lo acordado vía convenio colectivo. De esta forma, conviven en nuestro modelo de relaciones laborales tres poderes legitimados para fijar las condiciones de trabajo: el Estado, mediante la ley y el reglamento, la autonomía colectiva, a través del convenio colectivo y la autonomía privada, plasmada en el contrato de trabajo. Conviene puntualizar, no obstante, que el contrato de trabajo no es fuente de Derecho objetivo, sino de obligaciones, y además solo está dotado de eficacia *inter partes*.

La flagrante desigualdad entre las partes que conciertan la relación laboral es la *ratio* que subyace a la primacía de la voluntad general transformada en ley y la autonomía colectiva sobre la individual. Desde la génesis del Derecho del trabajo, las instituciones más emblemáticas de esta rama del Ordenamiento jurídico han tenido por objeto constituirse en un límite de la voluntad particular de los contratantes. El Derecho del trabajo contemporáneo ordena todo el sistema de relaciones laborales sobre la base de dos principios medulares: la compensación de la desigualdad social y económica (como principio inspirador de la ordenación normativa en un Estado Social) y la prevalencia de los derechos colectivos sobre los individuales (como instrumento de garantía de derechos del trabajador individual, incluso, frente a sí mismo, articulado en torno al carácter inderogable del convenio colectivo)³⁰.

En suma, tanto la ley como el convenio se erigen como necesarios instrumentos de limitación de los poderes del empresario en la relación de trabajo con la finalidad de garantizar la observancia y pleno respeto de los derechos y principios fundamentales consagrados por la Constitución. Puesto que no es otra que la norma estatal la llamada a fijar el marco jurídico en que se desarrolla la negociación colectiva, no resulta descabellado preguntarse si acaso la regulación actual concerniente a esta vertiente del diálogo social es la idónea para asegurar la materialización de los mencionados valores primordiales que han de impregnar, en términos generales, las diversas previsiones de todo el ordenamiento jurídico, y, en particular, la rama de este mismo encargada de encauzar las relaciones de trabajo.

Eso es precisamente lo que nos proponemos considerar a continuación.

4. PRESENTACIÓN DEL MARCO LEGAL VIGENTE Y DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ANÁLISIS

La configuración legal actual del ejercicio del derecho a la negociación vigente es fruto de las reformas operadas en el Estatuto de los trabajadores por el Real Decreto-Ley 7/2011, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva³¹, el Real Decreto-Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de

30. Ramos Quintana 1999, 387.

31. De 10 de junio.

trabajo y la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. Las modificaciones introducidas en los años 2011 y 2012 por las citadas normas han supuesto una alteración significativa del Título III, del Estatuto de los Trabajadores, en materias de especial trascendencia, como la legitimación para negociar, la estructura de la negociación colectiva y la vigencia, concurrencia y aplicación de los convenios colectivos. Por su parte, el Real Decreto-Ley 20/2012, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad³² ha incidido en el derecho a la negociación colectiva en el ámbito de la función pública.

El citado paquete de reformas, introducido a raíz del estallido de la crisis financiera de 2008 y la subsiguiente desestabilización del mercado de bienes y servicios español, ha dejado una indeleble huella en el derecho a negociar que corresponde a los interlocutores sociales protagonistas de las relaciones de trabajo. Los cambios implantados son innumerables y su repercusión en las relaciones de trabajo ha quedado patente en los últimos años. Por razones logísticas, no obstante, este trabajo se ciñe, en exclusiva, al análisis de tres modificaciones relativas al ejercicio del derecho a la negociación colectiva y la eficacia del convenio colectivo en el seno de empresas privadas, renunciando a efectuar cualquier tipo de estudio relativo al alcance y consecuencias de la reforma de 2012 en el entorno de la función pública. Así pues, se examina la facultad que se reconoce al empresario de recurrir al cauce de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo para dejar sin efecto, unilateralmente, el convenio colectivo extraestatutario (art 41 ET), la amplitud de la potestad que se reconoce al empleador para proceder al descuelgue como vía de inaplicación del convenio colectivo estatutario (art 82.3 ET) y, por último, la prioridad aplicativa del convenio de empresa, en relación con determinadas materias, sobre el convenio de sector (art 84.2 ET).

En aras de garantizar la máxima sistematicidad, el análisis de cada uno de los anteriormente mencionados cambios legislativos que se expone a continuación, se articula en torno a cinco cuestiones a las que pretendemos dar una sucinta, pero precisa, respuesta. En primer lugar, se enuncia brevemente en qué ha consistido el cambio normativo, apreciable en la vigente redacción del precepto legal. En segundo término, se exponen las razones sobre las que se sustentó la presunta inconstitucionalidad de la alteración legislativa y su impugnación ante el TC. Tras esto, se sintetizan los argumentos invocados por el máximo intérprete de la Constitución para avalar su constitucionalidad. A continuación, se contraponen los valores constitucionales subyacentes a la decisión del TC a otros principios y derechos fundamentales socavados por la controvertida reforma. Finalmente, se describen algunas de las consecuencias que la alteración normativa ha tenido en las relaciones laborales que se desarrollan en el mercado de trabajo de nuestro país.

32. De medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

5. LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO EXTRAESTADUTARIO POR DECISIÓN UNILATERAL DEL EMPRESARIO *EX* ARTÍCULO 41 ET

Uno de los cambios más significativos introducidos por el RDL 3/2012, consolidados por la ley 3/2012, ha sido la disgregación del régimen de inaplicación del clausulado de los convenios colectivos. Tras la reforma, no cabe recurrir a la vía del art. 41 ET para proceder a la inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo estatutario, sino al procedimiento regulado en la novedosa redacción del art. 82.3 ET, del que nos ocupamos en el siguiente apartado.

La alteración unilateral, a instancias del empresario, de condiciones de trabajo reconocidas a los trabajadores a través del contrato de trabajo, acuerdos o pactos colectivos, entre los que se encuadran los convenios colectivos extraestatutarios (según la STS 7283/2012, de 23 de octubre)³³, o disfrutadas por estos en virtud de la decisión unilateral del empresario continúan regidas por el régimen previsto en el art. 41 ET. No obstante, el legislador, en 2012, ha modificado el criterio sobre el que se establece la delimitación entre lo que son modificaciones individuales y modificaciones colectivas, con el consecuente abandono de la distinción en función de la fuente de reconocimiento de la condición de trabajo. Así, de manera similar a lo que sucede con el despido colectivo, pasan a ser consideradas “colectivas” las modificaciones que superen determinados umbrales numéricos e “individuales” las que se queden por debajo de dichos umbrales, con independencia de que afecten a contratos de trabajo o a convenios colectivos extraestatutarios. De una interpretación sistemática de los criterios en virtud de los cuales se diferencia una modificación individual de otra colectiva y de la exigencia de un periodo de consultas, se observa que el viraje legislativo tiene una repercusión capital en el plano fáctico. La imposición del deber de celebrar un periodo de consultas antes de proceder a la alteración significativa de condiciones de trabajo únicamente se exige para las modificaciones sustanciales colectivas, en consecuencia, si la modificación incide en un convenio colectivo extraestatutario pero repercute en un número de trabajadores inferior a los umbrales previstos por la norma, al empresario se le reconoce la facultad unilateral de alterarlo, sin tener que realizar siquiera un periodo de consultas con los representantes de los trabajadores y bastando una mera notificación a los sujetos afectados.

Por otro lado, se ha incluido de forma explícita, entre las condiciones susceptibles de modificación sustancial del art. 41 ET, la cuantía salarial, disipando, de esta forma, las dudas formuladas por la doctrina acerca de la posibilidad de reducir la retribución de los trabajadores mediante el uso de este mecanismo.

Otras de las variaciones relevantes apreciables en el régimen de inaplicación de estos acuerdos colectivos es la amplitud de las causas justificativas que recoge la

33. STS 7283/2012, de 23 de octubre.

redacción actual del precepto. El precepto legal anterior contemplaba que se daban causas justificativas económicas, organizativas o técnicas, cuando la adopción de las medidas propuestas pudiera contribuir a prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favoreciera su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda³⁴. En la redacción actual del art. 41.1 ET, se amplía notablemente el presupuesto habilitante para la activación del mecanismo de la modificación unilateral de las condiciones de trabajo, al exigirse, sin mayor precisión, la existencia

“de probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, considerando como tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”³⁵.

La reforma laboral de 2012 no ha estado exenta de polémica y tampoco de acciones legales para disipar dudas acerca de su constitucionalidad. Varios grupos parlamentarios interpusieron un recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, entre ellos los que daban una nueva redacción a los arts. 41, 82.3 y 84.2 ET. Alegaban que dicha norma conculcaba diversos valores y derechos constitucionales tales como el derecho a la negociación colectiva (art. 37 CE) y la libertad sindical (art. 28.1 CE).

A propósito de la nueva redacción del art. 41 ET (de las impugnaciones de los arts. 82.3 y 84.2 ET nos ocupamos en posteriores apartados), los recurrentes rechazaban la decisión del legislador consistente en habilitar al empresario para inaplicar unilateralmente las condiciones de trabajo previstas en un convenio colectivo extraestatutario, sin haber tramitado un proceso de diálogo o, en el caso de las modificaciones sustanciales individuales, sin siquiera un periodo de consultas, pues consideraban que ello contrariaba el principio *pacta sunt servanda* y mandato constitucional contenido en el art. 37.1 CE. Al fin y al cabo, argüían los recurrentes, la jurisprudencia constitucional consolidada había interpretado que el art. 37.1 CE reconoce fuerza vinculante a todo convenio colectivo, independientemente de que se celebre conforme a las reglas del ET o al margen de este, siempre y cuando fuera fruto de la voluntad real de los representantes de los trabajadores y empresarios³⁶. Asimismo, objetaban que la redacción de las causas que constituyen el presupuesto para el ejercicio de esta citada facultad empresarial era demasiado laxa y por tanto, propiciaba que la decisión unilateral del empleador escapase a todo posible control, vulnerando así el derecho a una tutela judicial efectiva propugnado por el art. 24 CE.

34. CCOO 2013, 97.

35. Art 15.1 b) ET.

36. STC 121/2001.

En la STC 8/2015 el TC puso de manifiesto que el empresario puede hacer uso del instrumento previsto por el art. 41 ET para modificar las condiciones de trabajo fijadas por convenios colectivos extraestatutarios, acuerdos y pactos colectivos, es compatible con el derecho a la negociación colectiva. Los magistrados asumieron que la reforma incidía en la fuerza vinculante que la jurisprudencia constitucional había sostenido que no solo es predicable de los convenios colectivos regulados por el Título III del Estatuto de los Trabajadores, sino también de los convenios colectivos extraestatutarios. No obstante, recalcaron que la posibilidad de modificar los convenios colectivos de eficacia limitada no era un novedad de la reforma de 2012, sino que había sido introducida por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, por la que se modificaban determinados artículos del Estatuto de los Trabajadores.

Además, señalaron que la medida encontraba respaldo en una justificación razonable, la de “favorecer la flexibilidad interna en las empresas, como alternativa a la destrucción del empleo”³⁷.

De igual manera, los magistrados constitucionales aseveraron que era proporcionada, pues se concebía como una alternativa al fracaso de la interlocución entre los trabajadores y el empresario y porque no se facultaba al empresario para adoptar la decisión de forma discrecional, sino exclusivamente cuando concurrieran razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Frente a la presunta laxitud de las causas, el TC aludió a la previsión contenida en el art. 41.3 ET, en el que se le ofrece al trabajador la oportunidad de impugnar, de forma individual, o colectiva, la decisión empresarial ante los tribunales ordinarios (jurisdicción social), previendo dicho precepto la posibilidad de restablecer las condiciones iniciales si finalmente la sentencia declarase injustificada la modificación unilateral de las condiciones.

Por todo lo anterior, el TC concluyó que la redacción del art. 41 ET introducida por la Ley 3/2012 era conforme a los mandatos constitucionales.

A diferencia de lo que sucede con la alteración de los art. 82.3 y 84.2 ET, respecto de los cuales sí fue manifestado un voto particular avalado por tres magistrados del TC, todos los magistrados coincidieron en que el art. 41 ET no estaba aquejado de inconstitucionalidad. Además, la argumentación de los magistrados se basaba en argumentos de peso para avalar su encaje constitucional, al invocar la defensa de derechos fundamentales y valores esenciales como la adopción de una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE) y la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE).

No obstante, consideramos que esta limitación del derecho a la negociación colectiva, que se fundamenta en la consecución de fines consagrados a nivel constitucional, puede, en la práctica, derivar en la injerencia en otros derechos y valores reconocidos por la norma suprema. Es encomiable abogar por la defensa de la

37. STC 8/2015.

flexibilidad interna de la empresa para alcanzar una mayor agilidad y competitividad en el mercado, no obstante, tampoco deben soslayarse derechos fundamentales, que presumiblemente pueden verse afectados por el mecanismo que regula el art. 41 ET, como el derecho a un trabajo que reporte una remuneración suficiente para satisfacer las necesidades del trabajador y las de su familia (art 35 CE), así como una de sus manifestaciones específicas, formulada como principio rector de la política social y económica, consistente en el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

6. EL *DESCUELGUE* COMO PODEROSO INSTRUMENTO DE INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO ESTATUTARIO *EX* ARTÍCULO 82.3 ET

La reforma laboral introducida en 2012 ha entrañado la migración del régimen de inaplicación del convenio colectivo estatutario del art. 41.6 ET al art. 82.3 ET. Este mecanismo que se presenta como excepción a la fuerza vinculante de los convenios colectivos y cuyos efectos se traducen en la dispensa del deber de cumplimiento de lo pactado en ellos, se denomina coloquialmente “descuelgue”³⁸ del convenio colectivo.

Han sido varias las alteraciones a las que se ha visto sometida la regulación que versa sobre la inaplicación del convenio colectivo pactado conforme a las formalidades previstas en el Título III del ET. Así como el RDL 7/2011 incrementó la relación de causas justificativas de la posibilidad de que el empresario promoviera el descuelgue, el RDL 3/2012 y la Ley 3/2012 no solo amplió el listado de condiciones de trabajo susceptibles de inaplicación sino que además instauró un régimen que permite suspender la fuerza vinculante *erga omnes* del convenio a petición del empresario y tras agotarse los procedimientos de negociación y los sistemas extrajudiciales de solución de conflictos, por voluntad de un órgano tripartito integrante de la Administración denominado Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC) o del órgano equiparable a nivel autonómico.

El descuelgue, ya sea del convenio colectivo de sector (*descuelgue* en sentido estricto), ya sea del convenio colectivo de empresa (*autodescuelgue*), no habilita al empresario para disponer de la universalidad de las cláusulas convenidas pero sí para modificar una serie de condiciones de trabajo de notable envergadura desde la perspectiva del trabajador. Son susceptibles de inaplicación, entre otras, las reglas fijadas en relación con el régimen de remuneración y cuantía salarial (nótese que no se limita en exclusiva al concepto restringido de salario propio del art. 26.1 ET), el horario y la distribución del tiempo de trabajo, y, destacadamente, la jornada de trabajo. Esto último resulta particularmente llamativo, pues la redacción introducida por la controvertida reforma constituye la antítesis de la previa tutela jurídica dispensada a

38. Cruz Villalón 2020, 583.

la jornada máxima de trabajo predeterminada por el convenio sectorial, que no podía ser objeto de modificación ni tan siquiera por acuerdo expreso entre el empresario y la representación legal de los trabajadores³⁹.

El legislador consideró conveniente, además, aumentar el número de causas constitutivas del presupuesto necesario para recurrir a este mecanismo de inaplicación del convenio colectivo estatutario. Frente a la regulación anterior a 2012, que únicamente permitía alegar causas económicas, tras la entrada en vigor de la 3/2012, para iniciar un procedimiento de inaplicación se admite la invocación, por parte del empleador, de vicisitudes técnicas, organizativas o productiva, además de la tradicional justificación basada en la concurrencia de causas económicas. La redacción del precepto que delimita el presupuesto de hecho de cada una de estas causas es prácticamente idéntica a la prevista para las causas que fundamentan los despidos colectivos. Estas definiciones configuran de manera considerablemente amplia el presupuesto fáctico, amplitud que el legislador avala arguyendo que propicia la flexibilidad empresarial e incrementa las posibilidades de supervivencia de las corporaciones privadas en el contexto de inestabilidad del mercado de bienes y servicios sucesor de la crisis financiera de 2008. Aunque la jurisprudencia ha establecido de forma reiterada la exigencia de que exista proporcionalidad entre la gravedad de la causa y la intensidad de la medida (STS 599/2014⁴⁰ y concordantes), el legislador no pareció haber reparado en ello al configurar la amplitud de las causas habilitantes del descuelgue.

En todo caso, la doctrina iuslaboralista considera que “la clave (de la reforma) se encuentra en el requisito del procedimiento, pues este es el que determina a la postre cuándo se puede materialmente proceder a inaplicar lo pactado en el convenio colectivo”⁴¹. Además del requisito previo e imperativo de celebrar un periodo de consultas semejante al previsto para las modificaciones sustanciales de las condiciones laborales, la tramitación del descuelgue se articula en cuatro fases sucesivas, donde la etapa siguiente se contempla para el caso en que fracase la anterior. Dos rasgos de este régimen son los que, *prima facie*, se muestran disonantes con el haz de facultades que reconoce a los interlocutores sociales de trabajadores y empresarios el derecho a la negociación colectiva. Por un lado, cada una de las fases se incoa por la iniciativa de una de las partes, presumiblemente, el banco empresarial, pues es la interesada en solventar las situaciones de bloqueo y en que finalmente se inaplique el convenio. Por otro, ante la ausencia de pacto alcanzado por las bancadas en conflicto en alguna de las tres primeras etapas, la última de las fases puede iniciarse a petición del empresario, sin necesidad de aceptación por parte de la representación de los trabajadores, y finaliza con la resolución emitida por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (u órgano correspondiente de las comunidades autónomas), que solo

39. CCOO 2013, 67.

40. STS 599/2014, de 27 de enero.

41. Cruz Villalón 2020, 583.

puede ser recurrida por los motivos explicitados en el art. 91 ET. Este último estadio del procedimiento consiste en un arbitraje obligatorio público, no pactado voluntariamente por los negociadores enfrentados y al que pone término la decisión unilateral y definitiva de un ente ajeno al proceso de negociación. Ha sido precisamente esta última fase la que ha suscitado mayor disensión acerca de su constitucionalidad.

Las SSTC 119/2014 y 8/2015 postularon que la facultad para decidir de forma unilateral acerca del descuelgue del convenio colectivo aplicable atribuida por el legislador laboral a la CCNCC u órgano equiparable de las comunidades autónomas era compatible con los mandatos enunciados por los arts. 37.1 y 28.1 de la Constitución. Sin embargo, no son sentencias unánimes, contando con sendos votos particulares. La mayoría de los magistrados constitucionales avalaron su constitucionalidad sobre la base del amplio margen de actuación que la Carta Magna ha reconocido al legislador para dar cumplimiento al mandato constitucional contenido en el art 37.1 CE y la posibilidad que este tiene de limitarlo cuando entre en contradicción con otros valores constitucionales como la libertad de empresa (art. 38 CE) y el logro del pleno empleo.

El TC defendió que tanto el descuelgue como la atribución de la decisión última acerca de la adopción de este instrumento de inaplicación del convenio respondían a una finalidad legítima y aseveró que la medida era razonable y proporcionada por estar sujeta a límites causales (necesidad de que concurra una causa justificativa del descuelgue), límites materiales (la inaplicación no se refiere a la totalidad del convenio, sino solo a algunas condiciones de trabajo en él contenidas), límites temporales (la decisión arbitral que dictamine la inaplicación del convenio no puede producir efectos más allá del término en que resulte aplicable un nuevo convenio a la empresa⁴²). Además, ponderaron los magistrados, la voluntad de la CCNCC se había configurado de manera subsidiaria respecto del acuerdo de descuelgue, otorgándose así una inicial preferencia a la autonomía colectiva para la resolución del conflicto⁴³. Por último, el TC tomó en consideración la naturaleza del órgano encargado de llevar a cabo la intervención decisoria, revestido de garantías que salvaguardan su imparcialidad.

Tanto las precedentes sentencias de la Audiencia Nacional (SSAN de 9 de diciembre de 2013 y de 11 de febrero de 2014) como las SSTC 119/2014 y 8/2015 catalogaron de constitucional el arbitraje obligatorio en que consiste la intervención de la CCNCC, por articularse como última ratio y por encomendarse a un órgano imparcial. La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos es un órgano colegiado adscrito al Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social a través de la Dirección General de Trabajo, de carácter tripartito y paritario e integrado

42. García-Perrote Escartín 2015, 263.

43. STC 119/2014.

por representantes de la Administración General del Estado, así como de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas⁴⁴. El TC puso especial énfasis, a la hora de justificar la reforma, en que la CCNCC ejerce sus competencias con independencia y autonomía plenas (art 2 RD 1362/2012⁴⁵) y además, en su desarrollo reglamentario se explicita una preferencia por la toma de decisiones por consenso, sin perjuicio de que faculte a la Comisión para adoptar, de forma subsidiaria, una postura apoyada por la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión Permanente o del Pleno (art 8.3 y 16 RD 1362/2012). En consecuencia, argumentaron los magistrados,

“por más que el voto de los representantes de la Administración Pública pueda resultar determinante en los supuestos en que las posiciones de los representantes de los empresarios y los trabajadores estén enfrentadas, la posición de la Administración Pública nunca tendrá alcance decisorio por sí sola; siempre será necesario el apoyo de parte de los representantes de los agentes sociales en la CCNCC para adoptar la decisión que proceda”⁴⁶.

Por otra parte, el TC rechazó que los representantes de la Administración en la Comisión muestren, *a priori*, una predisposición favorable hacia la inaplicación del convenio, pues, al fin y al cabo, la Administración está vinculada por el mandato constitucional que la obliga a orientar toda su actuación a servir a los intereses generales (art. 103.1 CE), entre los cuales no solo se encuentra la defensa de la productividad y la libertad de empresa (art. 38 CE), sino también el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), el derecho al trabajo (art. 35.1 CE) o la puesta en práctica de una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE). Por último, los magistrados del máximo intérprete de la Constitución apuntalaron su argumentación subrayando la garantía final a la que está sometida la última fase del descuelgue, el sometimiento de la decisión de la CCNCC a un eventual control judicial.

Como se había indicado, las dos SSTC van acompañadas de un –a nuestro juicio– relevante voto particular firmado por los magistrados Valdés Dal-Ré, Asúa Barranta y Ortega Álvarez. Los detractores de la decisión mayoritaria del tribunal, criticaban, esencialmente, que se emplease como canon de constitucionalidad la crisis económica y declararon inconstitucional, y por tanto nula, la nueva redacción del art. 82.3 ET, que instituía, como salida de los desacuerdos que pueden presentarse en los procedimientos negociales de inaplicación de las condiciones de trabajo establecidas en un convenio colectivo estatutario, la sumisión con carácter obligatorio, y por iniciativa de una sola de las partes, a una decisión de la Comisión Consultiva

44. Ministerio de Trabajo y Economía Social 2021.

45. De 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

46. STC 119/2014.

Nacional de Convenios Colectivos o del órgano autonómico homólogo, convalidando de nuevo la figura del laudo obligatorio, proscrita, salvo por razones de salvaguarda de intereses generales, por la STC 11/1981, de 8 de mayo⁴⁷. En síntesis, la opinión disidente de los magistrados se sustentaba en su rechazo a la utilización de la crisis económica como canon de constitucionalidad y en la utilización del examen de proporcionalidad como instrumento alternativo y no complementario a la tesis del contenido esencial.

Los magistrados que no suscribieron la decisión mayoritaria del tribunal negaron que la Constitución pusiera en manos del legislador ordinario la facultad discrecional de configurar, a su antojo, el marco en que se desarrolla la negociación colectiva y la potestad de modular, a voluntad, la fuerza vinculante del convenio colectivo, pues ello resultaría contrario a la garantía institucional que consagra el art. 37.1 al proclamar que “*la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva (..) y la fuerza vinculante de los convenios*. Tal y como se ha indicado en la Parte Primera de este trabajo, la norma suprema instituye un modelo promocional de la negociación colectiva, lo que se traduce en el mandato dirigido al legislativo consistente en velar por este instrumento de canalización del conflicto social, organizando los cauces por los que discurre, sobre la base de los criterios de posibilidad e iniciativa reales. En definitiva, en palabras del magistrado Valdés Dal-Ré, el aludido mandato que vincula al legislador se traduce en “*instituir los presupuestos necesarios para que la negociación colectiva pueda cumplir de manera razonable la constelación de funciones que le son propias*”⁴⁸.

Las voces detractoras de la decisión mayoritaria sostuvieron que no existía el pretendido conflicto entre el derecho fundamental a la negociación colectiva (art. 37.1 CE) y la libertad de empresa (art. 38 CE) que la mayoría del TC invocó para fundamentar la constitucionalidad de la configuración del descuelgue heredera de la reforma laboral de 2012. La discusión gravitaba, según los jueces de la oposición, en torno a una premisa falaz, pues el contenido del art 38 CE blindaba la actividad económica frente a injerencias sobre la ordenación de la economía de mercado y no frente a las fuentes de la relación laboral, ni frente a la titularidad, correspondiente a trabajadores y empresarios, a negociar las condiciones de trabajo entablado una interlocución cuyo producto consensual goce de plena fuerza vinculante. De igual manera, aseveraron que la defensa de la productividad tan tenazmente invocada por la mayoría de los magistrados había sido empleada sin rigor técnico⁴⁹ y postularon que, *a priori*, productividad y negociación colectiva no constituían nociones antitéticas. “Las breves referencias de nuestra jurisprudencia a la defensa de la productividad, imprecisas y vagas como pocas otras, no hacen sino acreditar la volatilidad de la

47. STC 119/2014.

48. STC 119/2014.

49. STC 119/2014.

justificación que en dicha mención del art. 38 CE trata de encontrar la mayoría para concluir en la constitucionalidad de las normas impugnadas⁵⁰, sentenció el magistrado disconforme.

No obstante, fue, quizás, la sumisión ineludible de la controversia a un tercero ajeno a los sujetos en conflicto, a instancias de una sola de las bancadas (en la práctica, evidentemente, la correspondiente al empresario), la previsión que con mayor vehemencia rechazaron los adalides de su inconstitucionalidad. El hecho de que los desacuerdos originados en el contexto de un proceso de inaplicación de un convenio colectivo estatutario debiesen sustanciarse en el seno de un arbitraje público obligatorio suponía, según el voto particular, una quiebra sin precedentes del modelo constitucional de negociación colectiva incidiendo en el derecho consagrado en el art. 37.1 y desvirtuándolo hasta hacerlo prácticamente irreconocible. La nueva redacción resultante de la reforma operada por la Ley 3/2012 no solo atentaba contra el contenido esencial del nombrado derecho fundamental, arguyeron los magistrados discrepantes de la decisión mayoritaria, sino que además se apreciaba que no se ajusta a la máxima de ponderación. Las voces disidentes dejaron patente que la mayoría dedujo la proporcionalidad de la medida del simple hecho de que el laudo obligatorio quedaba sometido a límites (materiales, temporales...) y de una examen de la composición de la CCNCC, sin detenerse a valorar si la citada sumisión a arbitraje público obligatorio incidía o no en el derecho a la negociación colectiva y en qué medida. El voto particular vindicó que la naturaleza tripartita del órgano era absolutamente irrelevante a la hora de formular un juicio de constitucionalidad y afirmó que el argumento expuesto por la mayoría del TC solo cumplía la función de distraer la atención del objeto de juicio, que no era otro que el análisis acerca de si la decisión coactiva emitida por un tercero ajeno al conflicto, en contra de la común voluntad de ambas partes, era compatible con la autonomía negocial consagrada en el art. 37.1 CE. Por ende, los magistrados discrepantes sostuvieron que la reforma, lejos de promover e incentivar la negociación colectiva mediante el ofrecimiento de un cauce facultativo a través del cual el cual zanjar una controversia, derivaba en una limitación desproporcionada de la capacidad de las partes para solventar el conflicto introduciendo en su seno elementos ajenos a su gestación y desarrollo⁵¹.

Por todo lo anterior, los tres magistrados que avalaron las tesis del emisor del voto particular, concluyó que la nueva redacción del art. 83.2 fruto de la reforma operada por la Ley 3/2012 en el Estatuto de los Trabajadores era inconstitucional y, en consecuencia, había de ser proclamada nula.

Con el objeto de complementar las disquisiciones teóricas vertidas sobre la controvertida medida en sede constitucional, procedemos a exponer algunas de las

50. STC 119/2014.

51. STC 119/2014.

conclusiones alcanzadas por las organizaciones sindicales tras la realización de un examen pormenorizado de la incidencia práctica de la configuración actual del descuelgue en la realidad fáctica del mercado laboral español. Sin embargo, antes de comenzar la exposición de los datos arrojados por dicho examen, se considera pertinente exponer la reflexión de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras acerca de lo que ellos consideran que es la soterrada, pero verdadera *ratio legis*, de la alteración normativa introducida por la reforma laboral. El citado sindicato afirma, que la modificación de un convenio puede realizarse durante su vigencia o incluso durante su ultraactividad, por acuerdo de las partes y sin necesidad de recurrir a la figura de la inaplicación. Al fin y al cabo, los representantes de trabajadores y empresarios que reúnan la legitimación necesaria pueden manifestar en cualquier momento su intención de constituir una nueva unidad de negociación, o de reformular, de forma consensuada, el clausulado del pacto colectivo. ¿Para qué se creó, entonces, esta figura (el descuelgue) que además está sometida a la existencia de causas?, se preguntan los integrantes de la organización sindical. Su respuesta es esta:

“El único objetivo que parecía buscar la reforma es el de que las empresa en que concurriesen las causas previstas para la inaplicación, pudieran llevar a cabo una modificación del convenio aunque no alcanzasen un acuerdo con la representación de los trabajadores mediante el recurso al procedimiento que la reforma instituye para estos casos, consistente en una decisión arbitral o propia de los órganos administrativos a los que se dio esta facultad, la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos o sus equivalentes en las Comunidades Autónomas”.

Dicho esto, conviene adentrarse en los datos arrojados por el estudio al que nos hemos referido. Desde una perspectiva territorial, cabe destacar que, de entre todas las comunidades autónomas, Andalucía es la que, en el ejercicio 2017, ha registrado un mayor número de descuelgues (31,93% sobre el total)⁵². Aunque entre todas regiones de la comunidad andaluza, Córdoba y Granada destacan, notablemente, al duplicar las aplicaciones que se producen, por ejemplo, en la Comunidad de Madrid, sin que aparentemente exista ninguna razón que lo justifique⁵³.

Desde el prisma procedimental, procede subrayar que, de entre todos los procedimientos de descuelgue que fueron sustanciados ante la CCNCC en 2013, la mayoría desembocó en una estimación total o parcial de las pretensiones del banco empresarial, y, de entre los 12 laudos que fueron pronunciados en el seno de la CCNCC entre 2012 y 2018, 10 se resolvieron por estimación total o parcial de las puestas de inaplicación formuladas por el empresario.

52. CCOO 2019, 17.

53. CCOO 2019, 18.

Desde un enfoque temporal, resulta pertinente señalar que, tras la reforma laboral de 2012 se aprecia un impulso notable de la figura del descuelgue, cuya máxima expresión se observa en el año 2013, disminuyendo dicha pujanza paulatinamente hasta el año 2019, donde comienza a vislumbrarse otro repunte. Los redactores del Cuaderno de Acción Sindical titulado *Los Acuerdos de Inaplicación de Convenios Colectivos en Cifras*, sostenían en 2019 que, si el mencionado incremento se mantenía en el tiempo sin una situación económica que lo justificase, podría deducirse que determinadas empresas podrían estar aprovechándose de la laxitud del control de legalidad de esta figura convencional, para eludir obligaciones con respecto a los salarios establecidos por convenio colectivo sectorial. Lo anterior supondría una clara lesión de los derechos de los trabajadores, al disminuirse las cotizaciones a la Seguridad Social, del interés general, al producirse igualmente una minoración de los ingresos por IRPF a la Hacienda Pública, así como del derecho a la libre competencia, pues las empresas “descolgadas” fraudulentamente experimentarían un ahorro que las colocaría en mejor situación que otras que, en igual posición hicieran un uso respetuoso de dicha figura⁵⁴. Si la apreciación del estudio sindical se ajusta a la realidad, constituiría una clara advertencia de que, si se sucediese un nuevo periodo de recesión, las cifras de descuelgue podrían, de nuevo, dispararse.

A pesar de que todavía no contamos con datos omnicomprendidos y contextualizados del ejercicio 2020, el vaticinio formulado por los autores del citado Cuaderno de Acción Sindical no ha resultado del todo desatinado. A raíz de la crisis sanitaria y económica generada por la proliferación de contagios de COVID-19, alrededor de 500 empresas españolas dejaron en suspenso durante 2020 la aplicación de aspectos sustanciales de sus respectivos convenios colectivos⁵⁵. A pesar de que la cifra no es desdeñable, no es comparable al número de descuelgues tramitados en el año 2013, tras la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012. El descenso, presumiblemente, está directamente relacionado con la activación masiva de expedientes de regulación de empleo (ERTE) como fórmula para mitigar la repercusión de la situación de crisis sobre la actividad empresarial. Durante el tiempo que los ERTE permanecen en vigor, los afectados cobran la prestación por desempleo, con lo que las empresas *se ahorran* los salarios, aun así, éstas tienen la posibilidad de plantear simultáneamente la inaplicación del convenio, según dejó establecido una reciente sentencia de la Audiencia Nacional; si bien los alicientes para hacerlo, como es lógico, se reducen⁵⁶.

54. CCOO 2019, 35.

55. Clavero 2021.

56. Clavero 2021.

7. LA PRIORIDAD APLICATIVA, EN RELACIÓN CON DETERMINADAS MATERIAS DE SUMA IMPORTANCIA, DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA SOBRE EL DE SECTOR *EX* ARTÍCULO 84.2 ET

La reforma laboral de 2012 ha traído consigo una profunda alteración de la estructura de la negociación colectiva, esto es, las unidades y ámbitos en que se desarrolla la misma, y de las reglas de concurrencia que resultan de aplicación cuando existe una pluralidad de convenios colectivos *a priori* aplicables a un mismo grupo de trabajadores y empresarios.

Las modificaciones introducidas por el RDL 7/11 en el art. 83 del Estatuto de los Trabajadores, que versa sobre las unidades de negociación colectiva, han tenido repercusión, especialmente, en materia de legitimación. Esencialmente, la nueva redacción de su segundo apartado privó a las organizaciones sindicales más representativas del monopolio sobre los convenios sectoriales, tanto estatales como autonómicos, susceptibles de delimitar la estructura de la negociación colectiva de nivel inferior, remitiendo a las reglas de legitimación ordinaria de los art. 87, 88 y 89.3 ET la determinación de los sujetos capacitados para ello. Asimismo, desapareció del citado precepto la potestad para imposibilitar, vía acuerdo interprofesional o convenio colectivo estatal o autonómico, que la negociación colectiva de ámbito inferior regule determinadas condiciones de trabajo en sentido contrario a lo previsto por la negociación sectorial.

A pesar de que, formalmente, el principio de libertad de las partes negociadoras para fijar el ámbito aplicativo del convenio del art. 83.1 ET ha permanecido intacto, de su interpretación sistemática junto al vigente art. 84.2 ET, se aprecia que ha padecido una notable erosión.

Así como los apartados 3 y 4 del art. 84 han racionalizado la negociación colectiva a nivel sectorial, las modificaciones introducidas en sus apartados 1 y 2 han supuesto un “duro revés”, en palabras de los redactores del Cuaderno de Acción Sindical⁵⁷ publicado por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras en febrero de 2013, a la ordenación de la estructura de la negociación colectiva. El citado sindicato asevera que, sin lugar a dudas, de todas las novedades introducidas por el RDL 7/2011, el RDL 3/2012 y la ley 3/2012, la regla más disruptiva en materia de concurrencia es la prioridad aplicativa del convenio de empresa, y por extensión, del convenio de grupo o pluralidad de empresas, sobre el convenio de sector en lo que respecta a una lista de materias, enunciadas por el art. 84.2 ET, en la que se incluyen condiciones laborales de tanta relevancia como el salario base y los complementos salariales. Esta prioridad aplicativa permite al convenio colectivo de empresa reformar *in*

57. CCOO 2013, 13.

peius las condiciones de trabajo fijadas en el convenio de sector que *prima facie* le resultaría de aplicación.

La mencionada prevalencia aplicativa del convenio colectivo de empresa sobre el sectorial opera sea cual sea el ámbito y el lapso de vigencia de este último. No resulta trivial señalar que los convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 ET, esto es, los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos sectoriales pactados por las organizaciones sindicales y empresariales más representativas a nivel estatal o autonómico, no pueden disponer en contrario a la regla de prioridad aplicativa del convenio de empresa, pues esta última se configura como una norma de Derecho imperativo. Partiendo de que, a diferencia de lo que sucede en la negociación sectorial, donde el banco social está íntegramente compuesto por representantes sindicales, la legitimación para negociar convenios colectivos de empresa corresponde indistintamente a la representación sindical o la estatutaria, se aprecia que el legislador sitúa la preferencia aplicativa de los convenios colectivos en el nivel donde la acción sindical encuentra mayores dificultades para permear. La débil presencia sindical en el convenio de empresa y la resultante difuminación de la pujanza sindical en la negociación colectiva, fenómeno exacerbado por la reforma legislativa de 2012, se hace aún más evidente cuando se toma en consideración que en el tejido productivo español, más del 95% de las empresas son de menos de 50 trabajadores⁵⁸ y que la densidad sindical, esto es, la tasa de afiliación en España no solo no superaba el 17% según datos de 2016⁵⁹, sino que además mostraba una tendencia, en las últimas dos décadas, de claro declive.

Las SSTC 119/2014 y 8/2015 declararon que las previsiones que instituyen la prioridad aplicativa del convenio de empresa, así como la prohibición a los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos sectoriales de disponer en contrario, no vulneraban ni el derecho a la negociación colectiva ni la libertad sindical de los arts. 37.1 y 28.1, respectivamente, de la Constitución.

En la primera de ellas, partiendo de la inexistencia de un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva, los magistrados constitucionales declararon

“tan legítima desde el punto de vista de su constitucionalidad, una política legislativa que se decante por la prioridad del convenio colectivo sectorial o supraempresarial, como aquella que opte por la preferencia aplicativa del convenio colectivo”⁶⁰.

El Tribunal aseveró que el viraje legislativo no era arbitrario, sino que respondía a una finalidad legítima, la de favorecer el traslado de la negociación colectiva a

58. CCOO 2013, 14.

59. Vandaele 2019, 25.

60. STC 119/2014.

un nivel más próximo a trabajador y empresario, así como la de agilizar la dinámica interna de la empresa a través de una mayor flexibilidad empresarial para evitar la destrucción de empleo. De igual forma, señaló que la prevalencia del convenio de empresa sobre el de sector no imposibilitaba la negociación colectiva de ámbito superior y además no impedía que el convenio colectivo estatutario sectorial desplegara sus efectos *erga omnes* sobre todas aquellas empresas encuadradas en su ámbito de aplicación que no hubieran celebrado su propio convenio colectivo de empresa. Tampoco suponía una postergación de la negociación colectiva de origen sindical⁶¹, proseguía la argumentación del TC, pues nada impedía que las secciones sindicales negociasen convenios colectivos de empresa estatutarios en los términos del art. 87.1 ET.

Por su parte, frente al argumento invocado por la parte recurrente consistente en establecer una dicotomía entre los dos tipos de representación de los trabajadores y las distintas garantías constitucionales que los revisten, la STC 8/2015 recalcó la inexistencia de una preferencia constitucional que inclinase la balanza a favor de la representación sindical puntualizando que el art. 37.1 CE no se circunscribe a una faceta de la acción sindical, pues alude genéricamente a los representantes de los trabajadores.

En lo que se refiere a la discusión sobre la proporcionalidad de la medida, el TC concluyó que, ya que la medida impugnada no constreñía en sentido estricto el derecho a negociar las condiciones de trabajo, sino que simplemente lo “descentralizaba”, no resultaba desproporcionada. Evocando la jurisprudencia consolidada en la que se ha puesto de manifiesto que el derecho reconocido en el art. 37.1 es de configuración legal, el Constitucional postuló que el legislador ostentaba la potestad de delimitar su alcance y el contenido en función de la opción que en cada preciso instante considere más idónea. A su juicio, la medida objeto de enjuiciamiento respondía a una finalidad legítima y además era razonable y proporcionada, por lo que debía entenderse que el legislador había actuado circunscribiéndose a sus posibilidades de actuación, y, cumpliendo, por ende, con el canon de constitucionalidad establecido por el TC. De nuevo, el voto particular el magistrado Valdés Dal-Ré se situó en una posición antagónica respecto de la decisión mayoritaria del Tribunal, y tachó de inconstitucional la prioridad aplicativa absoluta del convenio de empresa sobre el de sector, por constituir, a su juicio, un flagrante atentado contra el derecho a la negociación colectiva y la libertad sindical.

Analizándolo más en detalle, se aprecia una divergencia importante en la forma de concebir la configuración constitucional del derecho a la negociación colectiva. El voto particular negó que el derecho consagrado en el art. 37.1 CE confiriese al legislador ordinario la facultad ilimitada de ordenar la autonomía negocial colectiva

61. STC 119/2014.

permitiéndole modularla a gusto para promover valores tales como la productividad, la viabilidad de la empresa y, en última instancia, del empleo⁶². Los magistrados disconformes con el sentir mayoritario consideraron la libertad de estipulación como una faceta del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva, de ahí que no concibieran que este fuera un elemento del que el legislador pudiera disponer a voluntad. Al tratarse de una posibilidad de actuación integrada en el contenido esencial de un derecho fundamental, cualquier injerencia fruto de la actividad del legislador debía examinarse en detalle con la finalidad de discernir si se acomodaba al canon constitucional de proporcionalidad. Además, los magistrados de la oposición valoraron que la prioridad aplicativa del convenio de empresa había sido configurada por la reforma como una norma de Derecho necesario absoluto. Este tipo de normas jurídicas no es ajeno al Derecho del trabajo, no obstante, constituye una categoría excepcional, que en todo caso ha de orientarse a la protección de un derecho fundamental, a asegurar la omnicomprensividad del Ordenamiento jurídico en su conjunto y a garantizar el cumplimiento del principio de seguridad jurídica. De ahí que la medida en cuestión haya de estar especialmente fundamentada y justificada en la defensa de valores esenciales necesitados de tutela.

Valdés Dal-Ré y el resto de magistrados que suscribieron su voto particular, repudiaron la premisa sobre la que se sustentaba la argumentación de la mayoría, consistente en afirmar un supuesto conflicto de derechos (entre la libertad de empresa y la defensa de la productividad, por un lado, y el derecho a la negociación colectiva, por otro). Postularon que todo producto de la autonomía negocial tiene carácter bilateral⁶³, y aseveraron que resultaba un verdadero sinsentido emplear la libertad de estipulación que corresponde al banco empresarial como fundamento constitucional tanto del ejercicio de la libertad de estipulación contractual colectiva como de la restricción y limitación de esta misma libertad. Además, la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa no se fundamenta, a diferencia de lo que ocurre con el descuelgue, en razones de carácter económico, técnico, organizativo o productivo, sino que resulta de aplicación automática y universal, y opera en todo caso, independientemente de la situación fáctica en que se encuentre la empresa.

Por todo lo anterior, el autor del voto particular y los demás magistrados que lo avalaron concluyeron que la medida suponía una injerencia de hondo calado en el contenido esencial del derecho fundamental que reconoce el art. 37.1 CE y, por extensión, de la libertad sindical tutelada por el art. 28.1 CE, y que, por carecer de los requisitos necesarios de razonabilidad y proporcionalidad que constituyen el canon de constitucionalidad, resultaba contraria a la Constitución de 1978 y merecía ser expulsada del Ordenamiento.

62. STC 119/2014.

63. STC 119/2014.

Especialmente ilustrativas son, a nuestro juicio, las reflexiones realizadas por los magistrados disidentes en relación con las consecuencias en el plano fáctico de la decisión legislativa adoptada y plasmada en el art. 84.2 ET. El voto particular apuntaba que la prioridad aplicativa absoluta del convenio de empresa detenta un gran potencial para favorecer no solo la descentralización de la negociación colectiva, sino su disgregación y su atomización. En esta misma línea de recelo hacia la proliferación de los convenios de empresa se han posicionado los promotores del Cuaderno de Acción Sindical titulado *Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*⁶⁴, ya mencionado al principio de este apartado, publicación que ha arrojado unas conclusiones verdaderamente alarmantes. La información que conforma el mencionado cuaderno es fruto de las investigaciones independientes de un equipo de veinte docentes de diversas universidades españolas. Estas resultan especialmente ilustrativas de la problemática que deriva de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en lo que se refiere al proceso de negociación y legitimación, así como en materia salarial.

Los autores del estudio aseveran haber localizado múltiples convenios colectivos de empresa con ostensibles anomalías en lo relativo a la legitimación negocial y el proceso de negociación. Entre los que ellos tachan de “convenios sospechosos”, apuntan que la mayoría de ellos manifiestan haber sido firmados por un solo representante de los trabajadores (o, como mucho, tres), por regla general, no afiliado(s)⁶⁵. Formalmente, se cumple la regla de legitimación establecida por el art. 87 ET, pues en las unidades de negociación menores la preferencia legal por las secciones sindicales es irreal, precisamente por el modesto tamaño de la empresa y la baja tasa de afiliación que hay actualmente en nuestro país. Los redactores de la publicación afirman que, a pesar de que desde un enfoque estrictamente jurídico se esté respetando la legalidad, en el plano puramente fáctico, surgen interrogantes acerca de si los delegados inmersos en la negociación realmente han actuado como genuinos representantes de los trabajadores y verdaderamente han tenido la posibilidad de resistirse en el proceso negocial a las imposiciones empresariales. De igual manera, algunos supuestos especialmente llamativos ni siquiera resultan formalmente conformes a Derecho. Este es el caso de las empresas hosteleras granadinas Antonio Ramírez Carmona y Micarguel. Los redactores de la publicación ponen en cuestión incluso la legitimación de los delegados participantes en la negociación, pues estos son elegidos *ad hoc*, lo que, a pesar de ser perfectamente válido para el proceso de descuelgue, no es admisible para la negociación de un convenio colectivo de empresa⁶⁶. A título de ejemplo, y con el propósito de demostrar que las disquisiciones de los docentes no

64. CCOO 2016, 1.

65. CCOO 2016, 7.

66. CCOO 2016, 8.

son meras elucubraciones, cabe señalar que el referido convenio colectivo de la empresa Micarguel fue impugnado ante el orden social y declarado nulo⁶⁷.

En cuanto al procedimiento negocial, el informe pone de manifiesto que, en algunos supuestos, no resulta disparatado dudar del respecto de los trámites legalmente previstos, como en el caso del convenio empresarial de la sociedad Obras y Urbanizaciones Victoria S.L. de Madrid, donde toda la interlocución entre representantes de los trabajadores y empresario se desarrolló en un solo día. Por otra parte, especial atención prestan a aquellos convenios colectivos que exhiben una relación inversa entre lapso de vigencia del convenio y duración de las negociaciones: convenios colectivos como el pactado en la compañía Construcciones Felipe Castellano de Cádiz, cuya vigencia se proyecta durante ocho años y que, sin embargo, fue negociado en tan solo quince días⁶⁸.

En otra sección del informe, los redactores analizan los efectos de la prioridad aplicativa en relación con la retribución, entendiéndose por tal el salario base y los complementos salariales. La publicación pone de manifiesto que reducción de la cuantía salarial que predomina en los nuevos convenios empresariales, facilitada cuando no fomentada por la reforma de 2012, se lleva a cabo en la práctica por todas las vías posibles: reducción del salario base, pagas extras, complementos salariales de todo tipo (horas extras y trabajo a turnos incluidos), y revisión salarial y actualización de la revisión salarial en caso de desvío sobre lo inicialmente previsto⁶⁹. El objetivo consistente en el abaratamiento de los costes fijos empresariales mediante la mengua del salario de los empleados se ha logrado en estos convenios incluso a través de mecanismos más sofisticados, como la doble escala salarial, en muchas ocasiones, enmascarada bajo denominaciones carentes de contenido jurídico. Este es el caso del convenio colectivo de la empresa Neonet Illes S.L., en el que se intenta camuflar la doble escala salarial bajo la fórmula de una supuesta “condición personal más beneficiosa”⁷⁰.

La tendencia a la disminución de la cuantía del salario, según exponen el informe, se aprecia tanto en los convenios colectivos de empresa que ellos denominan “convenios colectivos de descuelgue” (que surgen tras el descuelgue del correspondiente convenio de sector) como en los catalogados de “convenios de huída” (consistentes en la creación de una unidad de negociación al margen de la sectorial a partir de la amplia regulación de las relaciones laborales de la empresa)⁷¹.

No obstante, la práctica más anómala de entre todas las apreciadas en los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma de 2012 en lo que

67. SJS Granada 425/12.

68. CCOO 2016, 9.

69. CCOO 2016, 14.

70. CCOO 2016, 22.

71. CCOO 2013, 14.

respecta al salario es la consistente en la de fijar el salario base y las pagas extraordinarias en el salario mínimo interprofesional vigente por igual para todos los trabajadores, al margen del sistema de clasificación profesional. La crítica del informe es clara: una decisión así solo puede interpretarse como la renuncia explícita por parte de los negociadores de los convenios, con la consiguiente apuesta por la fijación *de facto* unilateral por parte del empresario, de la cuantía exacta del salario de cada trabajador a través de su incorporación a las cláusulas de los respectivos contratos de trabajo⁷². Aunque reconocen que se trata de una cuestión espinosa, los juristas mantienen que la práctica anteriormente descrita, consistente en desplazar la fijación del salario al ámbito de la autonomía individual plasmada en el contrato de trabajo, al traducirse en la elusión de la regulación salarial prevista por el convenio sectorial aplicable, es constitutiva de fraude de ley y que, por tanto, no solo ha de evitarse sindicalmente, sino combatirse judicialmente⁷³.

8. CONCLUSIONES

La reforma operada por la ley 3/2012 y el resto de normas jurídicas concordantes ha sometido al modelo de colectivización de relaciones laborales de nuestro ordenamiento a un proceso de transmutación sin precedentes.

El TC ha considerado la misma, en abstracto, constitucional. No obstante, la disfunción que en diversos ámbitos ha generado la amplitud de las causas justificativas de la modificación unilateral del convenio colectivo extraestatutario a instancias del empresario, la inadecuación de los cauces a través de los cuales se sustancia el descuelgue y la prioridad aplicativa absoluta del convenio de empresa, constituye —a nuestro juicio— evidencia suficiente como para poner en duda la idoneidad de la legislación vigente, en el plano fáctico, para garantizar los mandatos proclamados por la norma suprema de nuestro ordenamiento.

Los arts. 1.1, 9.2, 35 y 40 de la Constitución recogen el compromiso de una intervención legislativa orientada al establecimiento de un sistema de relaciones laborales imbuido de los valores esenciales propios de un Estado Social y Democrático de Derecho. El art. 37.1 no solo compele al legislador a garantizar un espacio vital para el desenvolvimiento de la negociación colectiva sino que impone al representante de la voluntad general el deber de promover las condiciones necesarias para que este cauce del diálogo social pueda cumplir con la miríada de funciones que le han sido confiados por la norma suprema.

72. CCOO 2013, 17.

73. CCOO 2013, 20.

Es cierto que sobre el mercado de trabajo influyen muchos factores que no pueden ser controlados por el legislador; lo ocurrido a raíz de la pandemia desatada por el Covid-19 es un ejemplo patente. No obstante, la solución a la crisis del empleo no puede consistir en la exclusiva introducción de medidas de mayor flexibilidad para el empresario. El marco jurídico actual en el que se desarrolla la negociación colectiva impide dar cumplimiento a la finalidad última del Derecho del Trabajo, la protección jurídica de la parte contratante más vulnerable, al desvirtuar la esencia de uno de los instrumentos limitadores de la voluntad empresarial por antonomasia, el convenio colectivo.

Reclamar la instauración de un marco normativo apto para asegurar que la negociación colectiva y su fruto, el convenio colectivo, cumplan con los valores constitucionales que le han sido encomendados, así como la consecución de un Ordenamiento laboral omnicompreensivo y garantista, se presenta, en nuestra era, como un imperativo categórico. Confiamos que, a las puertas de una nueva reforma laboral, se consiga este objetivo, contando –como no puede ser de otra manera– con el consenso de todos los agentes sociales involucrados en las relaciones laborales.

9. BIBLIOGRAFÍA

- Almeida, Paul (2020), *Movimientos sociales. La estructura de la acción colectiva*, Argentina; <https://www.clacso.org/wp-content/uploads/2020/09/01-Paul-Almeida.pdf>
- Álvarez de la Rosa, Manuel (1991), “Convenio colectivo y norma jurídica”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna*, 11, Tenerife.
- CCOO. Secretaría Confederal de Acción Sindical y Gabinete Jurídico Confederal de Comisiones Obreras (2013), “Guía sobre la Reforma Legal de la Negociación Colectiva: Flexibilidad Interna y Convenios Colectivos”, *Cuadernos de Acción Sindical Confederal*, Madrid. <https://www.ccoo.es/ee46a6b8d06d12d5253e-0469c6bae3b7000001.pdf>
- CCOO. Secretaría Confederal de Acción Sindical y Gabinete Jurídico Confederal de Comisiones Obreras (2016), “Los Convenios de Empresa de Nueva Creación tras la reforma Laboral de 2012”, *Cuadernos de Acción Sindical*, Madrid. <https://www.ccoo.es/a4181f9ec1cc230d5f1ed77fb5c22503000001.pdf>
- CCOO. Secretaría Confederal de Acción Sindical y Gabinete Jurídico Confederal de Comisiones Obreras (2019), “Los Acuerdos de Inaplicación de Convenios Colectivos en Cifras”, *Cuadernos de Acción Sindical*, Madrid. <https://www.ccoo.es/40b06d62d3bb3257b7e4bab02cb4d23c000001.pdf>
- Clavero, Vicente (2021), “Medio Millar de Empresas No Aplicaron sus Convenios Colectivos en 2020 para Pagar Menos”, *Público*, Madrid. <https://www.>

- publico.es/economia/medio-millar-empresas-no-aplicaron-convenios-colectivos-2020-pagar.html
- Cruz Villalón, Jesús (2020), *Compendio de Derecho del Trabajo*, Madrid.
- Cruz Villalón, Jesús (Dir.); Ales, Eduardo; Calvo Gallego, Javier; Cialti, Pierre-Henri; Doherty, Michael; Gómez Gordillo, Rafael; Guarriello, Fausta; Pisarczyk, Lukasz; Palma Ramalho; Rodríguez Contreras, Ricardo; Rodríguez Ramos, Patrocinio (2019), *La negociación colectiva en Europa. Una perspectiva transversal*, Madrid.
- García Murcia, Joaquín (1989), “Derechos Fundamentales y Negociación Colectiva: Una Aproximación desde la Jurisprudencia Constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 26, 181-229.
- García-Perrote Escartín, Ignacio (2015), “La constitucionalidad de la Reforma Laboral de 2012: Comentario a la STC 8/2015, de 22 de enero”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 105.
- Merino, Álvaro (2019), “La negociación colectiva en la Unión Europea”; <https://elordenmundial.com/mapas-y-graficos/negociacion-colectiva-union-europea/>
- Ministerio de Trabajo y Economía Social (2021), *Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Guía Laboral*; Recuperado el 9 de abril de 2021. https://www.mites.gob.es/es/Guia/texto/guia_12/contenidos/guia_12_24_4.htm
- OIT. Organización Internacional del Trabajo (2017), *R091, Recomendación sobre los contratos colectivos, nº 91, 1951*; Recuperado el 18 de marzo de 2021. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R091
- OIT. Organización Internacional del Trabajo (2021), *Negociación colectiva y relaciones laborales*; Recuperado el 18 de marzo de 2021; <https://www.ilo.org/global/topics/collective-bargaining-labour-relations/lang--es/index.htm>
- Palomeque López, Manuel Carlos (1994), *Derecho Sindical Español*, Madrid.
- Pérez Royo, Javier (2018), *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid.
- Ramos Quintana, Margarita Isabel (1999) “El convenio colectivo como fuente del derecho del trabajo: Alcance y nivel de protección del derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Laguna*, 16, 377-402.
- Valdés Dal-Ré, Fernando (2011), “El derecho a la negociación colectiva en la jurisprudencia constitucional española”, *Revista de Derechos Fundamentales*, 5, 129-150.
- Vandaele, Kurt (2019), “Un Futuro Sombrío: Estudio de la Afiliación Sindical en Europa desde el 2000”, *Colección de Informes de la Fundación 1º de Mayo*, Madrid. <https://1mayo.ccoo.es/0e68135349e052f223712ced986a93e3000001.pdf>