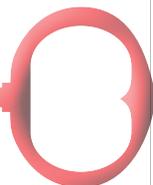




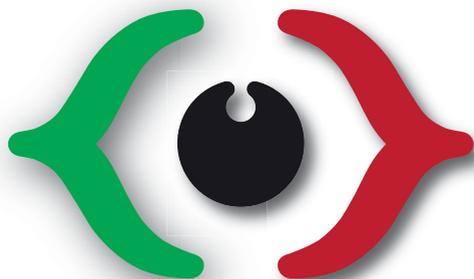
Cuadernos de acción sindical

marzo 2016



LOS CONVENIOS DE EMPRESA DE NUEVA CREACIÓN TRAS LA REFORMA LABORAL DE 2012

Observatorio de la Negociación Colectiva



CONCLUSIONES

Edita:
Confederación Sindical de CCOO

Elabora:
Secretaría Confederal de Acción Sindical de CCOO

© CS de CCOO [marzo 2016]

Presentación

El Observatorio de la Negociación Colectiva de CCOO ha estado integrado, desde sus orígenes en el año 2000, por profesionales universitarios de distintos campos del saber, mayoritariamente especialistas en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de distintas Universidades españolas.

Quienes conforman el Observatorio de la Negociación Colectiva, desarrollan de forma autónoma sus investigaciones y sus reflexiones aportan una perspectiva complementaria al debate sindical. El resultado de su trabajo es, en nuestra opinión, un instrumento privilegiado para el conocimiento del contenido de los convenios y acuerdos colectivos y de los efectos que los cambios legislativos provocan en ellos.

La presente publicación se hace eco de las conclusiones más destacadas de la monografía recientemente editada con el título ***“Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012”***, resultado de la última investigación, en la que ha participado un equipo de veinte docentes de las Universidades de Castilla La Mancha, Carlos III de Madrid, Córdoba, Granada, Salamanca, Sevilla y Valencia, sobre una muestra de convenios colectivos de empresa y centros de trabajo creados con posterioridad a la reforma laboral de 2012 y de sus convenios sectoriales de referencia. La versión completa de la obra, publicada por la Editorial Lefebvre-El Derecho, incluye también la valiosa aportación de un amplio artículo sobre el marco doctrinal y jurisprudencial en esta materia elaborado por M^a Emilia Casas Baamonde, Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Complutense de Madrid.

El estudio, realizado por iniciativa de la Secretaría de Acción Sindical de la CS de CCOO, y enmarcado en los trabajos de seguimiento y evaluación de las reformas laborales, se ha dirigido a conocer los efectos que sobre la negociación colectiva está teniendo la modificación del artículo 84.2 del ET introducida en la reforma laboral de 2012, en relación a la preferencia negociadora y aplicativa del convenio de empresa sobre el sectorial en una serie tasada de materias.

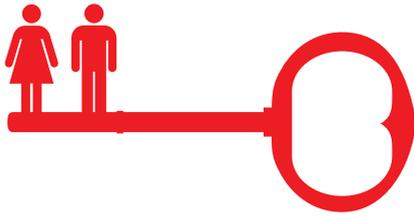
Las reformas legales que afectan al mercado laboral y a la negociación colectiva tienen una importancia vital para el desarrollo de las relaciones laborales y la negociación colectiva en los sectores y en las empresas, y cuando son impuestas sin el consenso de las organizaciones sindicales y empresariales, pueden producir efectos muy indeseables, especialmente para los trabajadores y trabajadoras, como los producidos por las reformas laborales impuestas desde 2010 y, en especial, con la aprobada en 2012 (precariedad laboral, devaluación salarial, aumento de la desigualdad, debilitamiento de la regulación convencional y del papel de las organizaciones sindicales, desequilibrio entre las partes...), por lo que consideramos muy útil difundir aquellas investigaciones que nos ayuden a buscar las mejores alternativas para reafirmar el derecho del trabajo y el valor de la autonomía colectiva en la regulación de las condiciones de trabajo y el desarrollo de las relaciones laborales.

La Confederación Sindical de CCOO agradece a todos los profesionales que han participado en este proyecto el esfuerzo realizado para llevarlo a cabo y la aportación de conclusiones que pueden ser muy útiles en el abordaje de los problemas que surgen en la negociación colectiva.

Ramón Górriz Vitalla
Secretario confederal de Acción Sindical

Índice

<p>EL CONVENIO DE EMPRESA TRAS LA REFORMA LABORAL: PROCESO DE NEGOCIACIÓN Y LEGITIMIDAD</p>	<p>Carlos L. Alfonso Mellado, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia; y Gemma Fabregat Monfort, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia.</p>	<p>7</p>
<p>LA PRIORIDAD APPLICATIVA DEL CONVENIO DE EMPRESA EN MATERIA SALARIAL</p>	<p>Juan Bautista Vivero Serrano, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca; Jesús Cruz Villalón, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla; Joaquín Pérez Rey, Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha; María Sepúlveda Gómez, Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla; y Rosa Morato García, Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca.</p>	<p>13</p>
<p>CLASIFICACIÓN PROFESIONAL, MOVILIDAD FUNCIONAL Y SISTEMAS DE PROMOCIÓN EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE EMPRESA</p>	<p>Francisco Alemán Páez, Catedrático Acreditado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Córdoba; Miguel Ángel Almendros González, Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada; Belén del Mar López Insúa, Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada; y José Luís Monereo López, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Granada.</p>	<p>43</p>
<p>LA PREFERENCIA APPLICATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA EN LA ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO</p>	<p>Cristina Aragón Gómez, Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Carlos III de Madrid; Óscar Contreras Hernández, Investigador, Área de Derecho del Trabajo, Universidad de Castilla-La Mancha; Amparo Merino Segovia, Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha; Daniel Pérez del Prado, Profesor Visitante Doctor de Derecho, Universidad Carlos III de Madrid; y Francisco José Trillo Parraga, Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad de Castilla-La Mancha.</p>	<p>47</p>
<p>LAS CLÁUSULAS SOBRE MODALIDADES DE CONTRATACIÓN Y EMPLEO EN LOS NUEVOS CONVENIOS DE EMPRESA</p>	<p>Wilfredo Sanguinetti Raymond, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca; María Luisa Martín Hernández, Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Salamanca; y Ana Belén Muñoz Ruiz, Profesora Titular Visitante de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Universidad Carlos III de Madrid.</p>	<p>53</p>
<p>PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA Y DERECHOS SINDICALES EN LOS NUEVOS CONVENIOS DE EMPRESA</p>	<p>Vanessa Cordero Gordillo, Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Valencia.</p>	<p>59</p>



EL CONVENIO DE EMPRESA TRAS LA REFORMA LABORAL: PROCESO DE NEGOCIACIÓN Y LEGITIMIDAD

CARLOS L. ALFONSO MELLADO (COORD.)

GEMMA FABREGAT MONFORT

ALGUNAS CONCLUSIONES GENERALES EN CUANTO A LA LEGITIMACIÓN NEGOCIAL

Si centramos el análisis, especialmente aunque no totalmente en exclusiva, en los convenios que hemos calificado de sospechosos, nos encontramos con que la mayor parte de ellos han sido firmados por un solo representante de los trabajadores, generalmente no afiliado. En este caso cabe incluso sospechar si no se han provocado las elecciones a representantes precisamente con la única finalidad de firmar el convenio de descuelgue. Sería, pues, importante comparar la fecha de las elecciones con la de la firma del convenio.

En muchos casos el firmante es un delegado no afiliado, es más, esto es lo predominante en estos casos. Así ocurre, por ejemplo, en muchos de los convenios analizados del sector de Hostelería de Granada o en los que nos han parecido sospechosos en la actividad de ayuda domiciliaria de Andalucía y Extremadura.

Los casos en los que firman más de un representante o este es sindicalizado son menores y además en esos casos habría que ver si la pertenencia sindical es real o meramente nominal, y si es real hasta qué punto se dio cuenta a la organización sindical de la firma de ese convenio. Esto, por ejemplo, nos ocasiona serias dudas en ciertos casos en los convenios del sector de Construcción, en el que aparecen convenios en centros o empresas muy pequeñas firmados en algún caso por un delegado no afiliado, pero en otros casos por un delegado con atribución sindical, incluso a UGT o CCOO que no nos parece clara.

Incluso en los convenios sospechosos se detecta que cuando firman tres representantes suelen ser no afiliados.

Sí que se detecta algún caso de convenio con apariencia dudosa pero firmado sindicalmente y ahí aparece un caso repetido, el de ciertos convenios de limpieza en las Islas Baleares en los que resulta mayoritaria en la firma USO. Son convenios a analizar porque suelen ser de duraciones muy largas, 4 a 6 años, y negociados con bastante celeridad, pero habrá que estar a su contenido concreto para confirmar si son regresivos o son una reacción frente a dificultades en la negociación sectorial.

Formalmente, como se ha visto, se cumple en general la regla de legitimación, aunque en las unidades menores la preferencia legal por las secciones sindicales es irreal, precisamente por el escaso tamaño de la empresa y la presencia de un alto porcentaje de representantes no afiliados en la firma de estos convenios.

Solo en algunos casos, aunque significativos, cabe dudar incluso de la legitimación pues se alude a delegados elegidos aparentemente "ad hoc", lo que no es posible a la hora de negociar convenios de empresa, sí para los descuelgues, pero no para los convenios de empresa. Pese a ello, en estos casos el registro de convenios establece una conclusión sobre la legitimación del representante laboral firmante que es dudosa visto el propio texto del convenio. Esto lo hemos apreciado con claridad en dos convenios de hostelería de Granada, los convenios colectivos de las empresas Antonio Ramírez Carmona y Micarguel.

Igualmente se detecta en muchos casos que negocian representantes de un centro, pero el convenio alude a su aplicación a cualquier centro futuro, lo que en principio tampoco sería posible. Es el caso de convenios como los de las empresas Grúas San Telmo o Técnica General de Electrificaciones SL (ambos de construcción de Cádiz) o bastantes de Hostelería en Alicante (por ejemplo los convenios colectivos de las empresas Specially For You y Uno Plus Restauración).

En definitiva, existen algunos problemas de legitimación pero el problema esencial es la falta de garantía de que las representaciones laborales firmantes, aunque formalmente se ajusten a la legalidad, realmente hayan actuado como genuinos representantes de los trabajadores, hayan seguido un procedimiento de negociación suficiente y hayan tenido capacidad en él de resistirse a las imposiciones empresariales.

Se evidencia claramente, pues, la disfunción que en la materia ha introducido la reforma laboral de 2012.

ALGUNAS CONCLUSIONES GENERALES EN CUANTO AL PROCEDIMIENTO DE NEGOCIACIÓN

En cuanto al procedimiento de negociación, en la mayor parte de los casos no consta registrada la promoción del convenio y en muchos casos cabe dudar de que los trámites siquiera formales se hayan cumplido, pues hay convenios firmados en un día, como por ejemplo en el sector de Construcción el Convenio colectivo de la empresa Obras y Urbanizaciones Victoria SL de Madrid.

En otro caso hay convenios que se firman tras una negociación corta, pero son tan complejos que no se entiende que siendo convenios nuevos se pueda haber llevado a cabo una negociación real en tantos temas en tan corto tiempo, incluso en ciertos casos se combinan periodos cortos de negociación, con periodos de vigencia muy largos, detectándose bastantes casos de unos 4 años y otros con periodos más largos y en algunos casos exagerados, de hasta casi 9 años. Por ejemplo el Convenio colectivo de la empresa Construcciones Felipe Castellano de Cádiz, tiene una duración de más de 8 años y se negoció en poco más de 15 días. En menos días, unos 10, se negoció el Convenio colectivo de la empresa Uno Plus Restauración de Alicante que prevé 5 años de duración y algo muy similar en el caso del Convenio colectivo de la empresa Top Clean del sector de Limpieza de Islas Baleares.

En algún otro caso se detectan igualmente duraciones prolongadas pero que parecen responder a negociaciones igualmente largas y reales, como en el caso del Convenio colectivo de la empresa Just In Time Expedition, del sector de Transporte de Mercancías por Carretera de Madrid, que prevé una duración de más de 5 años, pero que parece responder a una negociación real.

Cabe pensar exactamente lo mismo que hemos visto en el caso de la legitimación; en algunos caos formalmente se habrá hecho la documentación para aparentar un proceso de negociación pero el mismo puede haber sido irreal en la práctica.

Ello se une a que se detectan numerosos convenios en centros de trabajo que difícilmente justifican un convenio propio, concretamente en centros de unos 10 o menos trabajadores, incluso de 6 ó 7 trabajadores. Esto lógicamente depende mucho de los sectores analizados; así ocurre en algunos casos de Construcción en Cádiz (convenios colectivos de las empresas Grúas San Telmo, Matrarcos, Montajes Moya Torres), con menor frecuencia en Dependencia y Discapacidad (Convenio colectivo de la empresa Residencia Nuestra Señora de Setefilla, en Sevilla o Convenio colectivo de la empresa Te Cuidan Vegas Altas de Extremadura), también se detectan casos en Hostelería (convenios colectivos de las empresas Antonio Ramírez Carmona, Fusión Pasión SL, Micarguel, todas de Granada; en cambio no en los analizados de Alicante).

En otros sectores es muy raro, por ejemplo en Químicas, solo se detecta el caso del Convenio colectivo de la empresa Químicas Los Abuelos, en Castilla y León, con 8 trabajadores; en Ingeniería el caso del Convenio colectivo de la empresa Péritos Judiciales de Barcelona, con 6 trabajadores; en Transportes por carretera, el Convenio colectivo de la empresa NTV Logística de Navarra, con 8 trabajadores).

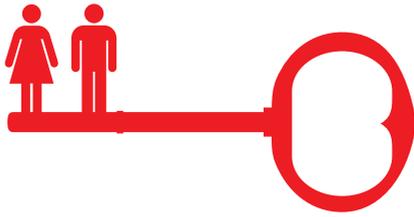
Incluso en los restantes sectores analizados en la muestra no se detectan empresas tan pequeñas que hayan negociado convenios de empresa.

En la duración es curioso resaltar que en la regulación de las situaciones de prórroga del convenio las soluciones son muy variadas y no parece haber una diferenciación clara que permita determinar que los convenios menos fiables se decanten por unas determinadas reglas y los que parecen responde a negociaciones más reales por otras. Más bien ello parece depender de la importancia que en cada caso los negociadores hayan dado a esa cuestión o, incluso, de su valoración sobre la posibilidad de negociación en el mismo sentido que la actual cuando finalice el convenio firmado; de tal modo que en convenios aparentemente regresivos en ocasiones no se prevé su prórroga a la finalización del plazo fijado –que sería lo lógico para mantener la unidad separada de la sectorial–, pero posiblemente ello sea por considerarse empresarialmente que podrá de nuevo firmarse otro convenio regresivo.

Por todo ello no se detectan prácticas en esas reglas de prórroga distintas de las que operan normalmente en el resto de convenios, combinándose pues todas las posibles soluciones.

Como conclusión al respecto de lo expuesto, puede pensarse, pues, que en estos convenios sospechosos el cumplimiento en general de las reglas de procedimiento es más formal que real –y lo mismo en cuanto al de las reglas de legitimación– y que es más que dudoso que estemos ante auténticos procesos de negociación colectiva.

La vigilancia sindical sobre estas situaciones es esencial, aunque ciertamente las vías de impugnación pueden ser complejas apareciendo así en toda su crudeza el carácter negativo y desequilibrado de la reforma legal en la materia.



LA PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO DE EMPRESA EN MATERIA SALARIAL

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO (COORD.)

JESÚS CRUZ VILLALÓN

JOAQUÍN PÉREZ REY

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ

ROSA MORATO GARCÍA

BALANCE GENERAL-CONCLUSIONES

1. La prioridad aplicativa del convenio de empresa introducida con carácter imperativo por la reforma laboral de 2012 no se extiende al entero régimen jurídico del salario, sino exclusivamente a la determinación convencional de su cuantía por cualesquiera conceptos, esto es, salario base y complementos salariales del tipo que sean {art. 84.1.a) ET}. Y puesto que en todo momento la regulación legal de la prioridad aplicativa maneja el concepto estricto de salario, el del artículo 26.1 ET –cualesquiera percepciones extrasalariales, las legales del artículo 26.2 ET –dietas y suplidos, mejoras voluntarias de Seguridad Social e indemnizaciones por traslados, suspensiones o despidos–, y las convencionales –variada gama de ayudas sociales, por ejemplo– no se beneficiarían de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa ex artículo 84.2 ET, lo que en todo caso no impediría su lícita regulación convencional a la espera de su aplicación efectiva con el paso del tiempo.

2. Junto a la prioridad aplicativa del convenio de empresa introducida por la reforma de 2012 no debería olvidarse que hay otros mecanismos, anteriores a la reforma de 2012, en virtud de los cuales podría aplicarse con carácter preferente el convenio empresarial y además con mayor amplitud de contenidos salariales y extrasalariales. Se trata de la regulación convencional de la estructura de la negociación colectiva del artículo 83.2 ET y de la regulación legal de la concurrencia conflictiva de convenios colectivos de distinto ámbito del artículo 84.1 ET. Como consecuencia de ambos mecanismos hay en la muestra de convenios numerosos ejemplos de prioridad aplicativa del convenio empresarial *in toto*, esto es, de triunfo de la unidad empresarial sin necesidad de recurrir a la controvertida apuesta imperativa (art. 84.2 ET) operada por la reforma de 2012.

3. En la muestra de convenios estudiados predominan ampliamente, aunque más en algunos sectores productivos que en otros, los nuevos convenios empresariales de reducción salarial o *in peius*. Los que, al margen de otras motivaciones ajenas a esta investigación particular, tienen por finalidad la disminución del coste salarial. Obviamente, no faltan ejemplos, de nuevo más en algunos sectores productivos –Industrias Químicas, Industrias Lácteas y Siderometalúrgico– que en otros, de nuevos convenios empresariales que en materia de cuantía salarial, y seguramente en otras materias más, responden a la lógica clásica de la negociación empresarial, que es una lógica de mejora de lo que ya hay, de mejora de la regulación convencional sectorial. En esta última categoría habría que incluir también a los convenios empresariales nuevos que responden a la parálisis o petrificación de la negociación sectorial.

4. La 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, a saber, 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 previsto. No faltan incluso otras vías más sofisticadas para introducir –o al menos permitir– la reducción salarial de marras como las dobles escalas salariales. Con todo, la estrella de la reducción salarial es el salario base tanto de forma directa como de manera indirecta a través de su habitual influencia en las pagas extras, los complementos salariales, etc. Y ello tanto en los que podrían denominarse convenios empresariales de descuelgue, que más que crear una unidad de negociación nueva se comportan como un sucedáneo de la inaplicación o descuelgue del artículo 82.3 ET, como en los que podrían llamarse convenios empresariales de huida, de constitución al margen de la unidad sectorial de una nueva unidad de negociación a partir de la amplia regulación de las relaciones laborales en la empresa.

5. Por mucho que, tal y como ya se ha dicho, la estructura salarial no esté comprendida en la prioridad aplicativa del artículo 84.2 ET, buena parte de los nuevos convenios empresariales están yendo más allá de la mera cuantía salarial, ocupándose también de la estructura salarial y de otros aspectos no estrictamente salariales. La deliberada ruptura por parte de muchos convenios empresariales nuevos de las costuras de la preferencia aplicativa del artículo 84.2 ET se aprecia desde luego en aquellos convenios que por su amplia regulación de materias aspiran a formar una unidad de negociación autosuficiente convenios de huida se ha dicho con anterioridad–, pero también en los convenios de contenido temático mucho más limitado –convenios de descuelgue se les ha llamado–. Y, por supuesto, si los convenios *in peius* están rompiendo las costuras del artículo 84.2 ET, desbordándolas si se prefiere, los convenios empresariales clásicos, de mejora de la regulación sectorial, con mayor motivo si cabe.

6. Teniendo en cuenta que en muchos casos la referida práctica convencional de desbordamiento no encuentra cobertura ni en la vía del artículo 83.2 ET –convenio sectorial que privilegia incondicionadamente la unidad empresarial– ni en la del 84.1 ET –convenio de empresa anterior en el tiempo al convenio sectorial–, es más que probable que los empresarios no se estén conformando con la jurisprudencia que les obliga a esperar un tiempo hasta poder lícitamente aplicar esa parte del convenio colectivo temporalmente inaplicable –que no ilícita *per se*–, esto es, que los empresarios sin más estén imponiendo a los trabajadores el entero régimen salarial del nuevo convenio empresarial: una parte, la pura cuantía salarial, con la cobertura de la preferencia aplicativa del artículo 84.2 ET y el resto, la estructura y todo lo que detrás de la misma hay, por las bravas. Cuando los empresarios caigan en la referida tentación podrá lógicamente acudir a los mecanismos autónomos de solución de conflictos colectivos y, en su caso, al proceso judicial de conflicto colectivo, sin descartar los pleitos individuales de los trabajadores afectados.

7. Cuando, por el contrario, entren en juego las otras vías de potenciación de la unidad empresarial, las de los artículos 83.2 ET y 84.1 ET, la cosa será muy diferente. Empezando por la regulación de la estructura de la negociación colectiva vía artículo 83.2 ET, en algunos sectores productivos de la muestra –Industrias Químicas y Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos– el propio convenio estatal otorga a los convenios empresariales plena autonomía y sin condiciones además. En semejante escenario de confianza ciega en la unidad empresarial, la regulación convencional empresarial no queda constreñida por los márgenes de la preferencia aplicativa del artículo 84.2 ET, pudiendo abarcar cualesquiera cuestiones salariales y extrasalariales en lo que aquí interesa.

Desde la perspectiva sindical, convendría replantearse la remisión incondicionada por parte de los convenios sectoriales estatales –incluso provinciales como sucede en el sector Siderometalúrgico– a la unidad de negociación empresarial, yendo mucho más allá de la preferencia aplicativa del artículo 84.2 ET. Dicha remisión tenía plenamente sentido cuando la lógica de la negociación empresarial era la de mejora de las condiciones pactadas en la negociación sectorial, pero en la medida en que a partir de la crisis económica de los últimos años dicha lógica ha cambiado notablemente, con la inestimable ayuda legal de la preferencia aplicativa del artículo 84.2 ET, habría que replantearse la confianza ciega en la negociación empresarial. Lógicamente, dicho replanteamiento exigiría la voluntad en el mismo sentido de la patronal.

8. En cuanto al juego cronológico del artículo 84.1 ET, algunos convenios empresariales entraron en vigor antes que el correspondiente convenio sectorial de la muestra, o bien durante la fase de ultraactividad del mismo, pudiendo por ello ir lícitamente más allá de los márgenes de la preferencia aplicativa del artículo 84.2 ET. Para evitar esta situación, si es que sindicalmente se quisiera evitar, no habría más remedio que recurrir a la regulación convencional de la estructura de la negociación colectiva, esto es, al artículo 83.2 ET. Así sucede, por ejemplo, en el sector de Limpieza de Edificios y Locales donde el convenio estatal, vigente en fase de ultraactividad convencional de 5 años de duración, atribuye en su artículo 10.2.B) a los ámbitos provincial y autonómico todo lo relativo al régimen salarial. Luego, más allá de las materias amparadas imperativamente por la preferencia aplicativa del artículo 84.2 ET no entraría en juego en este sector el criterio cronológico del artículo 84.1 ET, sino que en virtud del artículo 83.2 ET habría que estar al reparto competencial dispuesto por el convenio sectorial estatal. En todo caso, para que por la vía del artículo 83.2 ET se pudiera frenar –o al menos obstaculizar– la creación de nuevas unidades empresariales a la baja o *in peius* los negociadores de los convenios sectoriales provinciales tendrían que no dejar decaer sus correspondientes unidades, a la vista de lo dispuesto en materia de ultraactividad por el polémico artículo 86.3 ET y por la interpretación agrídulce del mismo a cargo del Tribunal Supremo.

9. Además de las dobles escalas salariales visibles o tradicionales, conocidas mucho antes de la reforma de 2012 y cuya aceptación sindical debería ser excepcional, con la apuesta de la reforma de 2012 por la negociación colectiva empresarial por varios medios, muy en particular el de la preferencia aplicativa del artículo 84.2 ET, han proliferado las dobles escalas salariales ocultas, camufladas en las cláusulas convencionales de garantía *ad personam*, de respeto de las condiciones más beneficiosas y similares. Cláusulas convencionales que bajo la apariencia de legalidad que indiscutiblemente

rodea a todas aquellas pensadas para que los trabajadores con mejoras contractuales –de origen pactado o de origen unilateral– no las pierdan a partir de la regulación convencional menos favorable, en realidad lo que pretenden es que los trabajadores que venían rigiéndose por el convenio sectorial conserven sine die –con o sin aumentos según los casos– sus salarios, aplicándose en cambio a los nuevos contratados las tablas salariales –notablemente inferiores– del convenio empresarial amparado en la preferencia aplicativa del artículo 84.2 ET.

Aunque la licitud o ilicitud de las dobles escalas salariales introducidas por la negociación colectiva, la compatibilidad o no de las mismas con el principio constitucional de igualdad genérica o formal, es en general un terreno particularmente pantanoso, es probable que conforme a las jurisprudencias constitucional y ordinaria las dobles escalas ocultas sean ilícitas. Y ello porque ninguna respondería a las principales justificaciones aceptadas hasta el presente por los tribunales, con el Constitucional y el Supremo a la cabeza. La probable ilicitud de las dobles escalas salariales ocultas podría combatirse judicialmente vía conflicto colectivo y vía impugnaciones individuales en materia salarial, siendo la pretensión la nulidad –*erga omnes* o inter partes según el tipo de pleito judicial– del régimen salarial instaurado por el convenio colectivo empresarial, con la consiguiente aplicación del régimen salarial del convenio sectorial de referencia, el que viniera aplicándose a los trabajadores contratados con anterioridad a la firma del nuevo convenio empresarial con doble escala oculta.

10. La práctica convencional más llamativa de todas es la que puede apreciarse en determinados convenios empresariales que fijan el salario base y las pagas extras conforme al SMI vigente en cada anualidad –o un poquito más– y además por igual para todos los trabajadores –o con diferencias simbólicas–, al margen del sistema de clasificación profesional. 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 de los niveles salariales a través de su incorporación a las cláusulas de los respectivos contratos de trabajo, uno por uno por así decirlo. Y es que no es imaginable desde el punto de vista económico que todos los trabajadores vayan a trabajar de verdad a cambio de la cuantía del SMI y menos en aquellos sectores productivos donde sea significativo el número de trabajadores de alta cualificación. Ciertamente se trata de una práctica no generalizada, solo observada en determinados sectores productivos y por parte de algunos convenios empresariales de la muestra, aunque tampoco pueda hablarse de una práctica puramente anecdótica.

Aunque la cuestión no sea sencilla, hay argumentos para sostener la ilicitud de semejante práctica, la nulidad de la entera regulación salarial llevada a cabo por los correspondientes convenios empresariales, al haber incurrido en un supuesto de fraude de ley. En efecto, la cuestión no es tanto que mediante el convenio colectivo de ámbito empresarial se desplace la determinación del salario a la autonomía individual y a la facultad premial del empresario, sino que con semejante actuación se evite la aplicación de la regulación salarial del convenio sectorial de referencia. Es este último desplazamiento el que podría considerarse hecho en fraude de ley y el que debería no solo evitarse sindicalmente, sino combatirse judicialmente por la vía de impugnación de tales convenios colectivos de empresa.

11. Se deja para el final la práctica convencional que junto a otras similares, a las que de inmediato se hará referencia, ha suscitado mayor litigiosidad. Se trata de la retroactividad de la reducción salarial producto del nuevo convenio empresarial a la baja o *in peius*. En muchos casos no solo se ha tirado de la preferencia aplicativa del artículo 84.2 ET para materializar la devaluación salarial a partir de la fecha de la firma del nuevo convenio empresarial *in peius*, sino que adicionalmente se le ha dado a la devaluación salarial carácter retroactivo en mayor o menor medida. Una práctica tan extendida que hay ejemplos en todos los sectores productivos de la muestra.

Como no podía ser de otra manera, hace poco el Tribunal Supremo –STS, 4ª, 18–2–2015, recurso de casación núm. 18/2014– ha considerado ilícita semejante retroactividad de grado máximo, pues sin la menor duda limita o restringe el derecho individual de los trabajadores al salario ya devengado conforme al importe del convenio sectorial en vigor con anterioridad a la firma del convenio colectivo empresarial *in peius*. Basta para ello con apelar al artículo 9.3 CE, que prohíbe la retroactividad de las normas limitativas de derechos individuales. Luego, además de evitar sindicalmente esta práctica convencional ilícita por inconstitucional, siempre cabría recurrir a la impugnación judicial colectiva por la vía de impugnación de convenios colectivos, sin perjuicio de la siempre posible vía individual por el proceso ordinario.

BALANCES SECTORIALES-CONCLUSIONES

SECTOR DE EMPRESAS DE INGENIERÍA Y OFICINAS DE ESTUDIOS TÉCNICOS

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO, PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA.

Tres son los problemas principales detectados en la muestra de convenios del sector de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos:

En primer lugar, el **fomento incondicionado de la unidad de negociación empresarial**. Fomento no tanto por la vía de la prioridad aplicativa del artículo 84.2 ET como por la de la regulación de la estructura de la negociación colectiva del artículo 83.2 ET, esto es, por la fijación por parte del Convenio sectorial estatal de una estructura de la negociación colectiva en el sector que confía a ciegas en la unidad de negociación empresarial.

En el informe general ya se ha aludido a la necesidad de un nuevo planteamiento sindical sobre la materia, que pase por la no remisión incondicionada a la unidad empresarial de negociación. Se remite al mismo.

En segundo lugar, el recurso también en este sector a las **dobles escalas salariales**, si bien en el caso de la introducida de manera clara por el Convenio de la empresa Algeposa Outsourcing Industrial S.L. (art. 24.5) no habría inconvenientes para asumir su licitud, ya que la jurisprudencia ha admitido la fijación de niveles salariales de ingreso, evidentemente inferiores, debido a la menor productividad de los trabajadores sin experiencia.

Cuestión distinta es la doble escala oculta en una cláusula de garantía *ad personam* que introduce el Convenio de la empresa Investigación y Desarrollo F. J. Sánchez S.L. (art. 28). Se remite a lo ya dicho acerca de la ilicitud de estas dobles escalas y a las posibilidades de reacción jurídica frente a las mismas a propósito del sector de Limpieza de Edificios y Locales, así como de manera más desarrollada en el informe o balance general.

En tercer y último lugar, el problema más interesante detectado en la muestra de convenios es el de la fijación del salario base y de las pagas extras conforme al SMI vigente en cada anualidad y además por igual para todos los trabajadores, al margen del sistema de clasificación profesional. Una decisión así solo puede interpretarse como la renuncia explícita por parte de los negociadores colectivos, con la consiguiente apuesta por la autonomía individual, por el contrato, ya que no es imaginable desde el punto de vista económico que todos los trabajadores vayan a recibir el SMI y menos en un sector en el que no faltan precisamente trabajadores de alta cualificación. Es más, ni siquiera se confía siempre la fijación del salario real a la autonomía individual, dejándose más bien en manos del empresario al determinar este con libertad y unilateralmente el complemento de grupo profesional o las gratificaciones puntuales (respectivamente, artículo 28 del Convenio de la empresa Algeposa Outsourcing y artículo 27 del Convenio de la empresa Investigación y Desarrollo F. J. Sánchez). Adviértase que los dos convenios empresariales que contienen las controvertidas cláusulas de individualización de las condiciones salariales fueron pactados por un delegado de personal sindicalizado, de UGT en ambos casos.

Aunque la cuestión no sea sencilla desde luego, hay argumentos para sostener la ilicitud de semejante práctica, la nulidad de la entera regulación salarial llevada a cabos por ambos convenios empresariales al haber incurrido en un supuesto de fraude de ley. Se remite a este respecto a lo dicho en el correspondiente epígrafe del informe o balance general.

SECTOR DE LIMPIEZA DE EDIFICIOS Y LOCALES

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO, PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA.

Los dos problemas principales que se derivan de la práctica convencional en el sector de Limpieza de Edificios y Locales son los siguientes. En primer lugar, **todos los convenios empresariales analizados van más allá de lo previsto en el artículo 84.2 ET y regulan materias no comprendidas en la preferencia aplicativa empresarial como la estructura salarial y las mejoras voluntarias de Seguridad Social.** Conforme a la doctrina de la Audiencia Nacional ya mencionada en el informe o balance general, semejante regulación no podría beneficiarse de la prioridad aplicativa del artículo 84.2 ET, lo que no significa que se trate de una regulación ilegal, sino más bien de una regulación inaplicable mientras esté en vigor –vigencia pactada y, en su caso, prórroga convencional– el convenio sectorial de referencia, tal y como desde hace mucho tiempo tiene sentado el Tribunal Supremo.

Luego, ninguna duda hay de que los convenios empresariales analizados, todos ellos con largos periodos de vigencia, también estaban pensando en el futuro, en su aplicación íntegra cuando concluyera la vigencia pactada de los convenios sectoriales, sin descartar su aplicación inmediata *in toto* a falta de impugnación judicial. Y la vigencia pactada del Convenio provincial de las Islas Baleares concluyó el 31 de diciembre de 2013 y la del Convenio provincial de Madrid el 31 de diciembre de 2014. En todo caso, la escasa regulación de los tres convenios mallorquines les aboca a la fuerza a convivir con los convenios sectoriales, con el provincial y con el estatal según las materias. A diferencia de lo que sucede con el Convenio empresarial madrileño, cuya extensa regulación seguramente se deba a la voluntad de constituir el único convenio colectivo de aplicación. Además, al ser el Convenio empresarial madrileño de fecha anterior al sectorial provincial resultaría de aplicación lo dispuesto por el artículo 84.1 ET y, por tanto, no solo resultarían de preferente aplicación las materias del 84.2 ET, sino las demás también.

Ahora bien, el problema es más complejo de lo hasta ahora dicho porque hay que tener en cuenta la regulación por parte del Convenio sectorial estatal de la estructura de la negociación colectiva del sector, Convenio estatal, vigente en fase de ultraactividad convencional de 5 años de duración, que atribuye en su artículo 10.2.B) a los ámbitos provincial y autonómico todo lo relativo al régimen salarial. Luego, más allá de las ma-

terias del artículo 84.2 ET no entraría en juego el criterio cronológico del artículo 84.1 ET, sino que en virtud del artículo 83.2 ET habría que estar al reparto competencial dispuesto por el Convenio sectorial estatal.

Así las cosas, se formulan las siguientes propuestas. Primera, mantener al amparo del artículo 83.2 ET la presente estructura de la negociación colectiva en el sector, con la remisión del régimen salarial a los convenios autonómicos y provinciales. De esta manera se evita que por la vía del artículo 84.1 ET se puedan constituir unidades empresariales de negociación que en materia retributiva vayan más allá del artículo 84.2 ET. Ahora bien, no basta con jugar con la regulación al respecto del Convenio sectorial estatal, siendo adicionalmente necesario que los convenios sectoriales provinciales ya decaídos, como el de las Islas Baleares, se negocien, pues una vez decaídos y aunque se mantengan con carácter contractual conforme a la doctrina del Supremo de diciembre de 2014 no podrán evitar la constitución de unidades de negociación empresariales con condiciones salariales a la baja.

Segunda propuesta, lo dicho en el párrafo anterior debería exceptuarse en los hipotéticos casos de convenios empresariales de mejora salarial. Habría que introducir a este respecto una cláusula en el Convenio sectorial estatal en curso de negociación.

Tercera y última, impugnar judicialmente las cláusulas salariales y extrasalariales de los convenios empresariales a la baja o *in peius* que vayan más allá de la prioridad aplicativa del artículo 84.2 ET, buscando la declaración judicial de inaplicación de las mismas mientras el convenio sectorial provincial esté en vigor con naturaleza normativa. Se trataría de evitar en la medida de lo posible que de facto los empresarios aplicasen salarios y percepciones extrasalariales a la baja sin el amparo de la preferencia aplicativa del artículo 84.2 ET.

En segundo lugar, los tres convenios empresariales mallorquines contienen una **doble escala salarial**. En cuanto al modo de establecimiento de la misma, en los tres casos se intenta ocultar la doble escala en cuestión. Así, en el Convenio de la empresa Limpiezas Candor S.L. la doble escala se camufla en la cláusula de garantía *ad personam* (art. 10)¹. En el Convenio de la empresa Neonet Illes S.L. se camufla en la disposición

1 Dice así: «La diferencia entre los nuevos salarios base y pagas extraordinarias con respecto a las anteriores, será llevada a un nuevo concepto denominado “complemento personal”. Dicho complemento podrá absorber posteriores incrementos de los conceptos salario base y pagas extraordinarias».

transitoria única bajo el concepto de condición personal más beneficiosa². Y en el Convenio de la empresa Top Clean Baleares S.L., aunque no queda del todo claro, pudiera la doble escala ocultarse en la cláusula sobre absorción y compensación (art. 5)³.

Aunque la licitud o ilicitud de las dobles escalas salariales introducidas por la negociación colectiva, la compatibilidad o no de las mismas con el principio constitucional de igualdad genérica o formal, es un terreno particularmente pantanoso, todo apunta a que conforme a las jurisprudencias constitucional y ordinaria ninguna de las dobles escalas ocultas mencionadas sería lícita. Y ello porque ninguna de las tres responde a las principales justificaciones aceptadas por los tribunales, a saber, la menor productividad de los trabajadores de nuevo ingreso durante sus primeros años en la empresa, el fomento convencional del empleo –realización de nuevas contrataciones, conversión de contratos temporales en contratos indefinidos, paso de jornada a tiempo parcial a jornada a tiempo completo, evitación de despidos por causas empresariales, etc.– y el respeto de las genuinas condiciones más beneficiosas de origen necesariamente contractual. En todo caso, habría que conocer mejor la realidad de las empresas en cuestión a la hora de pronunciarse con rotundidad sobre la ilicitud de las dobles escalas ocultas en los tres convenios empresariales mallorquines.

La eventual ilicitud de las dobles escalas salariales podría combatirse judicialmente, vía conflicto colectivo y vía impugnaciones individuales en materia salarial, siendo la pretensión la nulidad –*erga omnes* o en el caso concreto según el tipo de pleito judicial– del régimen salarial instaurado por el convenio colectivo empresarial, con la consiguiente aplicación a todos los trabajadores, los antiguos y los nuevos, del régimen salarial del convenio sectorial provincial. En todo caso, desde la perspectiva sindical deberían evitarse con carácter general las dobles escalas salariales y muy en particular las ocultas o camufladas.

2 Literalmente: « Los actuales trabajadores de la Empresa Neonet Illes, S.L. que estuvieran percibiendo salarios y/o complementos superiores a los establecidos, conservarán la posible diferencia a su favor como condición personal más favorable o “*ad personam*”, siendo este concepto y su importe objeto de compensación y absorción por futuros incrementos legales o convencionales. Dicha diferencia, si existiera, figurará en el recibo de salarios como “diferencia salario anterior *ad personam*”. Para mayor claridad, se relacionan los trabajadores afectados con sus importes correspondientes».

3 Dice lo siguiente: « Quant a les millors condicions econòmiques salarials de què estiguessin gaudint els treballadors o treballadores anteriorment a l'aplicació d'aquest Conveni, es respectaran íntegrament, aplicant-se les diferències pel concepte de plus absorbible, per la qual cosa es podran compensar fins a la total absorció i sempre es garantirà la quantia que regia anteriorment»

SECTOR DE INDUSTRIAS QUÍMICAS

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO, PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA.

No se han detectado en el presente sector problemas jurídicos como consecuencia de la plena autonomía de la negociación empresarial en materia salarial. Plena autonomía en parte por el juego de la preferencia aplicativa del artículo 84.2 ET y, sobre todo, por la regulación de la estructura de la negociación colectiva llevada a cabo por el Convenio sectorial estatal –art. 83.2–.

Convendría, eso sí, replantearse la vigente regulación de la estructura de la negociación colectiva del sector, que confía a ciegas en la negociación empresarial tanto en materia salarial como en otras muchas materias. Confianza que podía tener sentido antes del cambio radical operado por la reforma de 2012, pero que tras la misma habría perdido sentido. Se remite a lo dicho a estos mismos efectos en el informe o balance general. En todo caso, el replanteamiento no valdría a corto plazo a la vista de que el reciente XVIII Convenio colectivo General de la Industria Química (2015, 2016 y 2017) sigue literalmente la línea marcada en este punto por los convenios sectoriales anteriores como el XVII Convenio colectivo general de la Industria Química proporcionado en la muestra objeto de estudio.

Si acaso cabría mencionar los problemas jurídicos ligados a los supuestos de doble escala salarial oculta. Los mismos ya comentados al hilo de otros sectores –Limpieza de Edificios y Locales, Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos, etc. –, sin que quepa añadir aquí algo distinto.

SECTOR DE TRANSPORTE DE MERCANCÍAS POR CARRETERA (MADRID Y NAVARRA)

JOAQUÍN PÉREZ REY, PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA.

El ámbito asignado, transportes de mercancías por carretera de Madrid y Navarra, tiene como principal característica la debilidad de la regulación convencional sectorial que se encuentra en condiciones de vigencia muy precarias y poco aptas para ofrecer resistencia a la colonización de su espacio regulativo por los convenios de empresa. Esta situación origina toda una serie de fugas convencionales unas veces de mejora y otras, las más, de claro empeoramiento que sin embargo son difíciles de combatir desde la óptica del art. 84.2 ET que no parece ser el fundamento de los convenios de empresa estudiados.

Siendo esto así las recomendaciones pasan por una evidencia: la reconstrucción del ámbito sectorial y la negativa, allá donde a CCOO le sea posible, a la suscripción de convenios de empresa o, cuando menos si esta negativa no es posible, procurar incorporar a los mismos cláusulas que permitan a la futura regulación sectorial volver a recuperar los espacios empresariales que se dotan de norma convencional propia.

SECTOR DE SERVICIOS DE ATENCIÓN A LAS PERSONAS DEPENDIENTES Y DESARROLLO DE LA PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL

JOAQUÍN PÉREZ REY, PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA.

Teniendo en cuenta el análisis hasta aquí desarrollado cabe sucintamente hacer algunas propuestas de actuación:

La primera es tener muy presente que la pérdida de vigencia de la regulación sectorial, al margen de los efectos sobre el propio convenio que la pierde, genera una ampliación de la regulación convencional empresarial que agazapada hasta entonces puede ganar espacio a la regulación sectorial. Quizá este efecto podría evitarse intentando ampliar la vigencia de las partes del convenio sectorial que regulan la concurrencia con la negociación en la empresa, procurando de esta forma que el espacio empresarial siga constreñido exclusivamente a las posibilidades que le brinda el art. 84.2 ET, estas sí, no disponibles por los negociadores.

En segundo lugar cabe hacer una recomendación estratégica consistente en no prestar apoyo a las negociaciones en la empresa por los problemas que ello genera cuando, como sucede en el sector de la Dependencia, se apuesta por un ámbito de regulación sectorial. Las dificultades económicas por las que, en su caso, puedan atravesar las empresas deberían, si se hace patente la necesidad de no aplicar la regulación convencional sectorial en materia salarial, canalizarse por la vía coyuntural de las inaplicaciones sin generar una nueva unidad de negociación y consiguiendo además así la limitación temporal de la regulación de “excepción” y por ende una reversibilidad de la misma.

Por último parece conveniente discutir jurídicamente en la sede oportuna la validez de los que aquí hemos llamado convenios de individualización. En estos casos la cobertura formal del art. 84.2 ET no puede amparar resultados abusivos que, en definitiva, desregulan y entregan a la autonomía individual la ordenación de las condiciones económicas de la empresa. El precepto estatutario autoriza dar preferencia a una regulación convencional sobre otra pero en ningún caso a entregar al contrato la fijación de las condiciones salariales. Del mismo modo, y en la medida que estos convenios de individualización establecen escalones salariales simbólicos entre las distintas categorías, queda afectada la clasificación profesional más allá de lo tolerable por el ET.

Finalmente la propia estructura retributiva queda alterada desbordando los confines del art. 84.2 ET cuando los complementos se limitan a reiterar el modelo sectorial pero con cuantías tan bajas que los hacen puramente simbólicos y orientados en exclusiva a dar apariencia de cumplimiento a los límites del tan citado art. 84.2 ET.

Naturalmente pueden asimismo ser discutidas en la sede oportuna otras anomalías no reconducibles claramente a la prioridad del art. 84.2 ET como sucede, en primer término, con la aplicación retroactiva de las nuevas condiciones económicas previstas por los convenios de empresa o, en segundo lugar, por la circunstancia de que algunos de los convenios que integran la muestra son en realidad productos negociales de ámbito inferior a la empresa.

SECTOR DE ATENCIÓN A PERSONAS CON DISCAPACIDAD

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ, PROFESORA ACREDITADA A TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA.

Un primer aspecto a destacar es el que de que todos los convenios de la muestra tienen entrada en vigor retroactiva, incluido el de sector. Los convenios de empresa, en general, establecen como entrada en vigor primeros de año, aunque se publican en un tiempo que varía entre uno, tres y hasta seis meses después. Este hecho tiene especial trascendencia si se tiene en cuenta que, salvo alguna excepción puntual, casi todos los convenios de empresa de la muestra vienen a reducir las cuantías retributivas notablemente respecto a las contempladas en el convenio de sector, con la dificultad añadida de que para realizar la comparación hay que manejar diferentes clasificaciones profesionales a nivel de empresa. Se trata de una irretroactividad *in peius* y por tanto contraria al ordenamiento jurídico.

De otro lado, se observa la existencia del mecanismo de doble escala salarial mediante la fórmula de reconocer complementos personales para quienes viniesen percibiendo un complemento de antigüedad que desaparece en el nuevo convenio colectivo. Es el caso del propio convenio colectivo de sector estatal y de algunos de empresa. Hay, además, otra fórmula de doble escala salarial a través de la cual se reconoce el derecho a percibir en forma de complemento personal la diferencia económica entre lo que se percibía en el anterior convenio aplicable y lo que se percibe ahora en el convenio de empresa, si en su conjunto y cómputo anual por todos los conceptos aquella fuera superior. Se trata de una doble escala salarial encubierta, sin justificación objetiva y por tanto contraria al ordenamiento jurídico.

En otro orden de cosas, y por lo que se refiere a la existencia de ampliación o no por parte del convenio estatal de la lista de materias con prioridad aplicativa (art. 84.2.g), interesar destacar que el convenio estatal de sector se reserva las materias no disponibles (o sin prioridad aplicativa) en ámbitos inferiores, sin perjuicio de que se puedan adoptar pactos de aplicación y desarrollo de este convenio colectivo general. Da preferencia aplicativa al convenio de ámbito autonómico y al de empresa en algunas materias que relaciona, entre ellas la de poder establecer complementos salariales que remuneren circunstancias especiales de los puestos de trabajo no regulados en el presente convenio. También reconoce a los convenios de empresa la posibilidad de pactar otras cuantías (valores) de los conceptos retributivos regulados en este convenio (aun-

que esta materia ya es considerada por el art. 84 de prioridad aplicativa en el convenio de empresa), siempre que se vinculen en el resto de materias a este convenio colectivo general.

Se observa en el citado convenio estatal que tanto la regulación de la estructura de la negociación colectiva como de las reglas de concurrencia se hace de una forma en exceso prolija y confusa, incluso incurriendo en alguna contradicción, lo que puede dificultar la tarea de constatación de qué materias se reservan para cada ámbito de negociación y cuáles son las reglas que resuelven la concurrencia de convenios.

Lo anterior cobra especial importancia si se tiene en cuenta que en la mayoría de los convenios de empresa de la muestra se observa la tendencia a ir más allá del art. 84.2 ET con la posible pretensión de implantar una nueva unidad de negociación, siendo muchos ellos el primer convenio que se negocia en la empresa, que podríamos denominar como convenios de “huída”. Y ello a pesar de que ni tienen una remisión general por parte del convenio estatal, ni tienen aplicación prioritaria por vía del art. 84.1 ET en este caso, al ser todos los convenios de empresa posteriores al convenio estatal.

Por último, se observa también una cierta tendencia a la contractualización de condiciones retributivas en los convenios colectivos de empresa, ya que en su mayoría contemplan, para todos o casi todos los puestos del grupo profesional inferior, una retribución con escasa o ninguna diferencia entre ellas e iguales o próximas al SMI. Además, un concreto Convenio colectivo de empresa (Asociación sin ánimo de lucro IPRES, inserción de personas con riesgo de exclusión social) contractualiza uno de los complementos salariales, por cuanto condiciona su devengo a que se haya pactado individual y expresamente en el contrato de trabajo, además de que no especifica el factor determinante del devengo del complemento, salvo la necesidad de pacto en contrato.

Desde esta perspectiva cabría preguntarse por las causas de este desplazamiento hacia otra fuente –el pacto individual– por parte de la propia negociación colectiva. La finalidad es evidente, esto es, flexibilizar al máximo las relaciones laborales en la empresa, pero al punto que la propia negociación “cede” su campo natural de actuación, como es regular colectivamente las condiciones de trabajo, a otro, el de la autonomía individual de la voluntad en el que cobra todo protagonismo la debilidad contractual de los trabajadores.

Nos atreveríamos a sugerir como una de las posibles causas de este fenómeno la propia debilidad negocial de la representación de los trabajadores en este ámbito de empresa –de pequeñas empresas– en el que probablemente se haya elegido el órgano

con la casi única finalidad de fijar una nueva unidad de negociación para ese ámbito, reforzada por la prioridad aplicativa que legalmente se le atribuye en las materias más importantes, con la intención de desplazar así por completo otras unidades de negociación de ámbito superior que tradicionalmente han fijado de forma uniforme las condiciones de trabajo esenciales en un determinado territorio del sector.

Se propone a estos efectos una doble vía de actuación al sindicato. Por un lado, fomentar la constitución de secciones sindicales también en el ámbito de las pequeñas empresas y participar en los procesos de elecciones a representantes de los trabajadores. Y, con carácter general, hacer un seguimiento de los procesos electorales en las pequeñas empresas, exigiendo a través de las instancias oportunas que en todos los convenios colectivos figure entre su contenido mínimo “la determinación de las partes que lo conciertan”, como impone el art. 85.1. a) del Estatuto de los Trabajadores, no bastando a estos efectos la imprecisa mención que hace la autoridad laboral en las resoluciones que acuerdan la publicación de un convenio colectivo a la “representación de los trabajadores”.

SECTOR DE HOSTELERÍA

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ, PROFESORA ACREDITADA A TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA.

Ni el convenio estatal de sector ni los convenios colectivos sectoriales de provincia analizados amplían las materias con prioridad aplicativa para el nivel de empresa, estableciendo por contra la preferencia aplicativa del convenio de ámbito superior al de empresa en todas las materias no incluidas en el art. 82.3 ET.

Pese a ello, la casi totalidad de los convenios de empresa de la muestra regulan aspectos y materias que no gozan de dicha prioridad aplicativa, lo que no equivale a considerar que los mismos sean ilícitos por este hecho, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo⁴, pero sería necesario constatar si las empresas las están aplicando con la misma prioridad de la que gozan legalmente las contempladas en aquel precepto.

No obstante lo anterior, la preferencia aplicativa también puede venir por la vía del art. 84 ET, de manera que en el momento de negociarse y publicarse el convenio de empresa ya no esté vigente el convenio de sector por haber llegado a su término y haber sido denunciado. Es lo que ocurre en el sector de la Hostelería de Granada, dado que el convenio provincial de dicho sector terminó su vigencia a finales de 2013, habiendo sido denunciado, en tanto que todos los convenios de empresa de la muestra de esa misma provincia, salvo uno, son posteriores a dicha fecha, de manera que pasarían a tener prioridad aplicativa en todas las materias que regulan y no sólo en las previstas en el art. 82.3 ET, y ello pese a que el convenio provincial del sector declara su ultraactividad hasta tanto no se firme el nuevo convenio, dado que en esta situación decae la preferencia del convenio vencido que se venía aplicando⁵.

4 No es nulo un convenio colectivo porque entre en concurrencia conflictiva con otros, la ley dispone su no aplicación durante la vigencia de la concurrencia (STS 21-12-2005).

5 STS de 2 de febrero de 2004.

Lo anterior adquiere aún mayor importancia si tenemos en cuenta que en ambas provincias ningún convenio de empresa de la muestra salvo uno, contiene previsión alguna de aplicación del convenio una vez denunciado, es decir, no contemplan su ultractividad, por lo que en caso de ser denunciados sería esencial contar con la existencia de un convenio vigente de sector que pasara a aplicarse en dichas empresas. Incluso en el supuesto de que se pactara la prolongación *ad hoc* de la vigencia del convenio de empresa denunciado en tanto se negocia el nuevo, si transcurrido un año desde su denuncia no se llegara a pactar, cobraría especial importancia la existencia del convenio de sector en vigor para que se pudiera aplicar éste por virtud de lo establecido en el art. 86.3 ET.

De otro lado, se observa una doble tendencia según la provincia en cuanto a la finalidad perseguida por los convenios de empresa. Así, mientras los de Alicante podríamos calificarlos de convenios “de huida” porque pretenden establecer una nueva unidad de negociación abordando una regulación de casi todas las condiciones de trabajo (algunos con una duración de tres y cuatro años). En cambio los convenios de empresa de Granada vienen a ser convenios “de descuelgue”, pues se limitan a regular casi exclusivamente las materias relativas a tiempo de trabajo y retribución.

En ambos casos, la retribución es claramente *in peius*, con una importante reducción de las cuantías respecto de las contempladas en los convenios de sector, no sólo en conceptos salariales sino también los extrasalariales, aunque la comparación se dificulta por el hecho de contener los convenios de empresa su propia clasificación profesional.

Esta negociación a la baja tiene además otro efecto negativo para los trabajadores, y es el hecho de que todos los convenios de empresa de la muestra, salvo uno, aplican su entrada en vigor con efecto retroactivo, lo que es claramente contrario a la legalidad pudiéndose impugnar judicialmente dichos convenios.

SECTOR DE LAS INDUSTRIAS LÁCTEAS Y SUS DERIVADOS

ROSA M^a MORATO GARCÍA, PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA.

Una de las principales cuestiones a analizar es la posible retroactividad de las reducciones salariales practicadas por la negociación colectiva de empresa. Dentro del sector estudiado uno de los convenios de la muestra, el de la empresa Lácteas Castellano Leonesas, S.A., se aprueba y publica en el año 2014, si bien incorpora las tablas salariales aplicables a los años 2012 y 2013. Y es justamente a este último año al que el convenio empresarial dirige determinadas previsiones que empeoran las condiciones retributivas de los trabajadores que desempeñan labores de administración y producción. En concreto, la tabla salarial del convenio de empresa no recoge la actualización salarial que, sin embargo, sí viene contemplada en el de sector, de modo que el convenio de empresa llega a regular las cantidades salariales en perjuicio de los trabajadores con carácter retroactivo. Baste con remitirnos en este punto a lo señalado en el Informe General en torno a la retroactividad de las disposiciones limitativas de los derechos individuales.

En cambio, a salvo de los confines aplicativos del art. 9.3 CE, dicho convenio mejora el trato dispensado al grupo de técnicos. La tabla salarial que contempla el convenio de empresa para el año 2013 aumenta el salario bruto anual respecto del salario previsto en la tabla salarial de sector, dando lugar, esta vez sí lícitamente, a la aplicación de la regulación convencional empresarial relativa a las condiciones salariales de este colectivo.

Por otro lado, el Convenio sectorial estatal del sector de las Industrias Lácteas y sus Derivados contiene una cláusula reguladora de la estructura de la negociación colectiva y la concurrencia, pero se limita a señalar que no cabe la negociación en otros ámbitos inferiores que no sea el empresarial. No resulta de aplicación, de este modo, el art. 84.2. g) ET al no haber ampliado el convenio sectorial la lista de materias con prioridad aplicativa.

Tampoco cabría invocar el principio de temporalidad previsto en el art. 84.1 ET para permitir una amplia regulación de la materia salarial por la negociación colectiva de empresa, pues todos los convenios de empresa que componen la muestra analizada son posteriores al de sector. Así pues, en materia salarial va a primar la regulación empresarial únicamente en los términos establecidos en el art. 84.2, a) y b) ET.

Finalmente hay que subrayar que los convenios de empresa analizados no llegan a contener una regulación detenida en relación a la materia salarial, por lo que no es probable que se esté pensando en la implantación de una futura unidad de negociación con amplias posibilidades para abordar toda la materia salarial y retributiva. No obstante, tal y como se ha hecho mención anteriormente, llama la atención el empleo de la negociación colectiva a nivel empresarial para aplicar una devaluación salarial en una de las empresas, Queserías Sarrianas, S.L., que cuenta con muy escaso número de trabajadores en plantilla, siendo en este supuesto la capacidad negociadora muy limitada, y que, como ya se ha dicho, se aparta de la práctica que tradicionalmente ha presidido la negociación a nivel empresarial para, en lugar de mejorar las condiciones de los trabajadores, disminuir su retribución.

Resulta igualmente destacable el distinto trato dispensado a parte de la plantilla en otro de los convenios analizados (Lácteos Castellano Leonesas, S.A.), pues mientras que el grupo de técnicos titulados obtiene un aumento en la cuantía del salario base, el personal dedicado a labores de producción sufre una devaluación retributiva. Al respecto procede en este punto las valoraciones ya realizadas a lo largo del presente informe.

SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN (CÁDIZ)

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ, PROFESORA ACREDITADA A TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA.

Destaca en los convenios colectivos de la muestra la retroactividad de las reducciones salariales practicadas por la negociación colectiva de empresa. Así, de los seis convenios colectivos de empresa, cinco de ellos tienen entrada en vigor con carácter retroactivo (dos de ellos 5 meses, otros dos 1 mes, y otro 3 meses). Sólo uno de ellos entra en vigor en la fecha de su publicación en el boletín oficial que, dicho sea de paso, de manera poco usual tiene una duración de algo más de 8 años, no permitiendo revisión salarial en los primeros 5 años. Esta retroactividad es especialmente preocupante si se tiene en cuenta que todos los convenios de empresa de la muestra contienen salarios y percepciones extrasalariales muchos más bajos que los contemplados en el de sector provincial. Al tratarse, pues, de una irretroactividad *in peius* la consideramos contraria al ordenamiento jurídico.

También el convenio provincial de sector tiene entrada en vigor retroactiva, de forma anómala, pues se publica en noviembre de 2013 y establece su entrada en vigor en enero de 2012, pero desconocemos si contiene salarios inferiores al anterior convenio vigente.

De otro lado, y respecto a la posible existencia de doble escala salarial, se observa en el derogado plus de antigüedad que se mantiene como complemento *ad personam* para los que viniesen percibiéndolo, tanto por el convenio de sector provincial, como dos convenios de empresa. Otro tipo de doble escala salarial se constata en uno de los convenios de empresa que establece como “condición mínima” las condiciones establecidas en el presente convenio colectivo y, por tanto, considera como que las más beneficiosas, que pudieran venir percibiendo los trabajadores bien por decisiones voluntarias del empresario o contrato individual de trabajo y “otra cualquier causa”, prevalecerán sobre las aquí establecidas. Esta fórmula permite mantener como condición más beneficiosa lo que se percibiera mediante convenio colectivo anteriormente aplicable a esta empresa, lo que supone una doble escala salarial en el sentido de que los trabajadores de nueva incorporación percibirán una retribución inferior respecto de aquéllos, no justificada en razón de empleo o cualquier otra causa objetiva en el convenio, por lo que difícilmente se puede mantener su licitud.

Otro aspecto a destacar de los convenios de empresa de la muestra es que todos ellos son de “huida”, en el sentido de que ir más allá del art. 84.2 ET con la posible pretensión de implantar una nueva unidad de negociación, regulando casi todos los aspectos y condiciones de trabajo de las relaciones laborales incluidas en su ámbito de aplicación. Y ello a pesar de que no cuentan con una ampliación de materias, ni de forma general ni puntual por parte del convenio estatal⁶, ni del convenio de sector de la provincia de Cádiz (objeto de la muestra de este informe). Esa intención se evidencia también en el hecho de que todos los convenios de empresa, salvo uno, contemplan su prórroga convencional y la ultractividad en caso de denuncia, intentando mantener ocupada esa unidad de negociación respecto de todas las materias que regulan y no sólo en las materias que legalmente la ley les atribuye prioridad aplicativa.

No obstante, conviene tener en cuenta que algunos de los convenios de empresa de la muestra podrían tener aplicación prioritaria por la vía del art. 84.1 ET, en este caso. Así, tres de los convenios de empresa entran en vigor cuando aún no se ha publicado el convenio provincial de sector (noviembre de 2013), aunque éste entraba en vigor con carácter retroactivo en enero de 2012. Los otros tres convenios de empresa entran en vigor en 2014, fecha en la que ha finalizado su vigencia el convenio provincial de sector, aunque desconocemos si se ha prorrogado, denunciado, o sustituido por otro. Se aconseja una mayor duración del ámbito temporal del convenio de sector y, en caso de renegociación, mayor dinamicidad en su consecución.

En último lugar, se observa la tendencia en los convenios de empresa de la muestra a la contractualización de los salarios en algunos casos. Así, algunos convenios fijan para todos o casi todos los puestos del grupo profesional inferior, una retribución con escasa o ninguna diferencia entre ellas e iguales o próximas al SMI, incluso en algún caso inferiores a esta cuantía mínima del salario. También se llega a contractualizar uno de los complementos salariales (de productividad conforme a los objetivos fijados por la dirección de la empresa), cuya cuantificación variable se remite al acuerdo en contrato de trabajo, sin más especificación.

Desde esta perspectiva cabría preguntarse por las causas de este desplazamiento hacia otra fuente –el pacto individual– por parte de la propia negociación colectiva. La finalidad es evidente, esto es, flexibilizar al máximo las relaciones laborales en la empresa, pero al punto que la propia negociación “cede” su campo natural de actuación,

6 Véase al respecto el Informe sectorial relativo al sector de la Construcción de Madrid, a cargo de Rosa M^a Morato García, que incluye el análisis del convenio estatal de sector.

como es regular colectivamente las condiciones de trabajo, a otro, el de la autonomía individual de la voluntad en el que cobra todo protagonismo la debilidad contractual de los trabajadores.

Nos atreveríamos a sugerir como una de las posibles causas de este fenómeno la propia debilidad negocial de la representación de los trabajadores en este ámbito de empresa –de pequeñas empresas– en el que probablemente se haya elegido el órgano con la casi única finalidad de fijar una nueva unidad de negociación para ese ámbito, reforzada por la prioridad aplicativa que legalmente se le atribuye en las materias más importantes, con la intención de desplazar así por completo otras unidades de negociación de ámbito superior que tradicionalmente han fijado de forma uniforme las condiciones de trabajo esenciales en un determinado territorio del sector.

Se propone a estos efectos una doble vía de actuación al sindicato. Por un lado, fomentar la constitución de secciones sindicales también en el ámbito de las pequeñas empresas y participar en los procesos de elecciones a representantes de los trabajadores. Y, con carácter general, hacer un seguimiento de los procesos electorales en las pequeñas empresas, exigiendo a través de las instancias oportunas que en todos los convenios colectivos figure entre su contenido mínimo “la determinación de las partes que lo conciertan”, como impone el art. 85.1. a) del Estatuto de los Trabajadores, no bastando a estos efectos la imprecisa mención que hace la autoridad laboral en las resoluciones que acuerdan la publicación de un convenio colectivo a la “representación de los trabajadores”.

SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN Y OBRAS PÚBLICAS (MADRID)

ROSA M^a MORATO GARCÍA, PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA.

Los tres convenios analizados, aprobados en fase de ultraactividad del convenio sectorial estatal, contemplan la retroactividad de sus disposiciones salariales, lo cual comporta una retroactividad de las reducciones salariales practicadas en dos de ellos.

Este es el caso del Convenio colectivo de Lafarge Cementos, SAU que, pese a ser de 6 de mayo de 2013, regula las condiciones salariales para el año 2012, con carácter retroactivo, y con una única cuantía como salario base para todas las categorías. Su aprobación es anterior a la del convenio sectorial provincial, pero posterior al estatal, el cual recoge la tabla de remuneración mínima anual aplicable desde el 1 de enero de 2012, de la cual se aparta el convenio empresarial *in peius*.

Especialmente significativo es el supuesto del Convenio de Obras y Urbanizaciones Victoria, S.L., el cual se firma en 2014 pero extiende su eficacia temporal desde el 1 de julio de 2013. A diferencia del Convenio de Emsule, S.A. (que mejora las condiciones salariales con carácter retroactivo), el convenio de Obras y Urbanizaciones Victoria S.L. establece reducciones salariales, y lo hace de forma retroactiva, pese a que, de acuerdo con el art. 9.3 CE, deberán respetarse los salarios de superior cuantía ya devengados conforme al convenio sectorial que por entonces ya se encontraba en vigor.

Por otro lado, conviene valorar la posibilidad de que el convenio estatal haya procedido a ampliar el listado de materias con prioridad aplicativa ex art. 84.2, g) ET. En relación a este tema, lo cierto es que el V Convenio colectivo del sector de la Construcción, asigna a la negociación colectiva de ámbito estatal la regulación de un bloque de materias, entre las que se encuentra la salarial (conceptos, estructura y cuantía). Excluye de este modo la intervención normativa de los ámbitos inferiores, a excepción de la concreción de las percepciones no cuantificadas numérica o porcentualmente en el convenio estatal, en cuyo caso le corresponderá dicha tarea a los convenios colectivos provinciales o, en su caso, autonómicos (art. 12). Es más, aclara que estos dos niveles de negociación son prevalentes, y por lo tanto gozarán de prioridad aplicativa sobre los convenios de empresa o ámbito inferior respecto de un conjunto de materias, incluida la cuantía salarial.

Así pues, nos encontramos con que el convenio sectorial estatal, no sólo no amplía la lista de materias que en virtud del art. 84.2, g) ET gozan de prioridad aplicativa, sino que

contraría la advertencia contenida en el último párrafo del art. 84.2 ET, la cual impide a los convenios sectoriales estatales disponer sobre la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre la cuantía salarial.

No obstante, más allá de la preferencia aplicativa del artículo 84.2 ET, el reparto competencial dispuesto en el convenio sectorial estatal impide que entre en juego el criterio cronológico ex art. 84.1 ET. De modo que los convenios de las empresas Emsule, S.A. y Lafarge Cementos SAU, los cuales entraron en vigor en fecha anterior a la del Convenio colectivo del sector de Construcción y Obras Públicas de Madrid, carecerán de prioridad aplicativa sobre los conceptos no amparados por el art. 84.2 ET al deber respetarse las reglas que sobre la articulación de la negociación colectiva establece el convenio sectorial estatal a excepción, claro está, de las materias que constituyen una mejoría respecto de lo regulado en los convenios sectoriales de referencia.

Finalmente, no se puede dar por terminado este informe sin subrayar que nos hallamos en este caso ante dos convenios de empresa que han renunciado a fijar el salario base atendiendo a los distintos niveles profesionales. Este es el caso del Convenio colectivo de Lafarge Cementos, SAU que, como ya se ha dado debida cuenta en anteriores apartados, prevé un salario base mensual único para todos los trabajadores y en su última cláusula se compromete, tanto a crear una comisión en la que se estudie la clasificación profesional del personal de oficinas, como a pactar una tabla que en función de dicha clasificación se establezcan los salarios mínimos de contratación y referencia. El presente convenio, no obstante, introduce mejoras en relación a otros conceptos, como determinados complementos salariales y extrasalariales.

A su vez, el Convenio colectivo de la empresa Obras y Urbanizaciones Victoria, S.L. cuenta con una regulación convencional muy escueta y superficial en materia salarial. Ahora bien, fija como salario base el SMI, sin distinción entre los distintos grupos profesionales, favoreciendo así la individualización o contractualización de las condiciones salariales. Y a diferencia de otros convenios del sector, no implica a los trabajadores en la buena marcha de la empresa al no contemplar primas por resultados, por beneficios, por reducción de siniestralidad, etc. Y es que, en este caso, nos encontramos claramente ante un convenio de reducción salarial, quizás debido a una situación de crisis empresarial, como alternativa a posibles medidas extintivas. Recuérdese, además, que la empresa cuenta únicamente con treinta y ocho trabajadores, el convenio fue negociado en escasos días y firmado por la representación no sindicalizada de los representantes de los trabajadores, lo cual permite explicar la consideración de este convenio como convenio *in peius*.

SECTOR DE INDUSTRIA SIDEROMETALÚRGICA

ROSA M^a MORATO GARCÍA, PROFESORA AYUDANTE DOCTORA DE DERECHO DEL TRABAJO DE LA UNIVERSIDAD DE SALAMANCA.

En febrero de 2012 se aprueba el Acuerdo de modificación del Acuerdo estatal del Sector del Metal. Su objetivo es adaptar la estructura de la negociación colectiva a las modificaciones legislativas operadas, teniendo presente el reforzado papel que a partir del RD Ley 7/2011, de 10 de junio, adquieren los convenios sectoriales de ámbito estatal y autonómico, en detrimento de los de ámbito provincial; así como la prioridad aplicativa del convenio de empresa para determinadas materias.

No desconoce el Acuerdo que el sector está formado por medianas y, sobre todo, pequeñas empresas, cuyas dimensiones y características no son las más propicias para negociar un convenio colectivo. Por este motivo, establece que los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior deberán seguir fijando las condiciones mínimas respecto a las empresas y trabajadores de su ámbito territorial.

A la negociación estatal reserva el establecimiento de criterios generales en torno al salario, y dichos criterios deberán ser complementados en los niveles inferiores de negociación. Por su parte, a los convenios sectoriales de ámbito inferior le corresponde la tarea de regular “el contenido de las materias de prioridad aplicativa establecidas en el art. 84.2 ET”, debiendo determinar el grado de afectación de dichas materias a los convenios de empresa y, asimismo, establecer criterios de carácter supletorio para su regulación en el ámbito empresarial (art. 5). Aunque reconoce la prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre estas materias.

En el País Vasco, sin embargo, nos encontramos con una situación particular. El sindicalismo nacionalista ha promovido la negociación en la empresa al tiempo que, en el ámbito provincial el convenio sectorial de Gipuzkoa, objeto del presente estudio, ha otorgado a la regulación convencional de empresa amplias posibilidades en este campo. Para ser más exactos, exceptúa de la aplicación de sus cláusulas, en primer lugar, a las empresas que tengan convenio propio, o lo tengan en un futuro, “en tanto el mismo se halle legalmente vigente y en la medida que en sus propias cláusulas se determine”; y, en segundo término, a las empresas que alcancen un acuerdo en materia retributiva con la representación legal de los trabajadores, siempre que dichos pactos consten por escrito. De manera que en la materia salarial, como en otras, el convenio de empresa va a gozar de prioridad aplicativa más allá de lo establecido en el art. 84.2 ET. Es decir, se permite la amplia regulación de la materia salarial por la negociación colectiva de empresa.

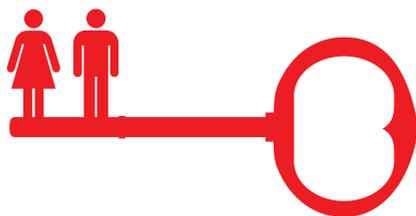
De otro lado, el análisis de los convenios empresariales permite constatar lo siguiente. Dada la situación de crisis económica que ha presidido el contexto socioeconómico en los últimos años, algunos convenios de empresa acuerdan que los salarios y demás conceptos económicos y retributivos no experimentarán incremento alguno. De hecho, la modificación del Acuerdo estatal del Sector del Metal del 2012 insta a los negociadores de los convenios de ámbito inferior al estatal a “establecer mecanismos que permitan a las empresas enfrentarse” a dicha crisis.

La comparación entre los distintos convenios que componen la muestra encierra grandes dosis de complejidad en estos casos, al emplear criterios de clasificación y conceptos retributivos dispares. Algunos de los convenios de empresa mejoran las condiciones salariales pactadas por la negociación sectorial, otros, en cambio, regulan estas cuestiones a la baja. No faltan incluso algunos convenios que llevan a la práctica la política de contención salarial practicada, pero excluyen de la aplicación de sus disposiciones al personal de alta dirección. Ejemplo de ello lo encontramos en el art. 1 del Convenio colectivo de Mecanizados Kanter, S.A.

A su vez, el Convenio colectivo de ThyssenKrupp Elevator Manufacturing Spain, S.L.U. advierte que las condiciones salariales previstas no serán aplicables a quienes tengan reconocidas individualmente otras condiciones económicas más favorables, ya sea por el especial carácter de sus funciones, nivel de responsabilidad, calificación profesional específica, mayor dedicación o razones de orden histórico/personal. Se respetarán, a título individual, las condiciones personales que en cómputo global anual sean superiores a las previstas en el convenio de empresa, sin perjuicio de que estas posibles diferencias sean susceptibles de compensación o absorción por las mejoras que en dichos casos pudieran ser procedentes (art. 2).

Igualmente llamativo es el supuesto del Convenio colectivo de Ángel Iglesias, S.A., el cual excluye del mecanismo de la compensación y absorción a los trabajadores con un salario anual superior a 50.000 euros durante la vigencia del convenio (art. 4).

Para finalizar el presente Informe cabe reseñar que, a medida que las empresas retomen una senda de crecimiento económico, sería necesario regular con mayor precisión numerosos aspectos retributivos que están contemplados con excesiva generalidad en los convenios de ámbito empresarial, así como establecer una regulación más favorable para los trabajadores.



CLASIFICACIÓN PROFESIONAL, MOVILIDAD FUNCIONAL Y SISTEMAS DE PROMOCIÓN EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS DE EMPRESA

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ (COORD.)

FRANCISCO ALEMÁN PÁEZ

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSÚA

JOSÉ LUÍS MONEREO LÓPEZ

CONCLUSIONES

Nuestro modelo de clasificación profesional fue originalmente configurado por las Ordenanzas Laborales a partir de un elemento clave: la categoría profesional. Junto a tales categorías aparecían otros elementos clasificatorios secundarios, como unos denominados grupos profesionales, que respondían a una división departamental (que no profesional) de la empresa: técnicos, administrativos, obreros, subalternos, comerciales, personal de laboratorio, personal de informática, etcétera; y que tenían como única función sistematizar y ordenar las categorías profesionales (en ningún caso encajarían

en el concepto estatutario de grupo profesional). Sin embargo, desde 1980 han sido constantes los intentos de adaptación a estructuras profesionales más innovadoras y de renovación de los sistemas clasificatorios, tanto los impulsados por el propio legislador a través de sucesivas reformas como los impulsados por los mismos agentes sociales (de los que el último exponente es el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva para 2015, 2016 y 2017)⁷.

En la renovación de las estructuras profesionales, en la superación de la categoría, existe un claro consenso entre los interlocutores sociales y, en definitiva, entre los sujetos negociadores; aunque la motivación de empleadores y trabajadores es distinta: respectivamente, la flexibilidad, competitividad y productividad empresarial o la profesionalidad del trabajador.

Finalmente, con la reforma de 2012 se configura legalmente un único modelo de clasificación profesional grupal. Desaparece la categoría profesional y el grupo se constituye como único elemento clasificatorio. El fundamento de esta reforma en materia de clasificación profesional y movilidad funcional es facilitar la adaptación de las funciones del trabajador a las cambiantes necesidades de la empresa, y no tanto el adaptar las estructuras profesionales a los cambios en las estructuras técnico-productivas y organizativas de los distintos sectores y empresas (pues aunque tales cambios son generalizados, aún encontramos sectores de actividad con sistemas productivos tradicionales en los que pudieran encajar todavía los sistemas clasificatorios categoriales). Por tanto, la flexibilidad interna (frente a la flexibilidad externa), y en concreto, la flexibilidad funcional, es la razón última de esta opción legal por el grupo profesional y de la nueva regulación de las polivalencias y de los cambios funcionales. Se pretende fortalecer el poder de dirección empresarial y facilitar su ejercicio en el ámbito de la determinación de la prestación de servicios. Ante ello, el papel del sindicato en la negociación colectiva es crucial, pues debe garantizar que esa flexibilidad funcional a favor de la competitividad de la empresa conlleve también beneficios para el trabajador, tanto retributivos como profesionales (cualificacionales).

7 En concreto, el III AENC impone a los sujetos negociadores unos deberes en relación con la clasificación profesional: 1) deberán establecer sistemas de clasificación profesional de los trabajadores por medio de grupos profesionales, fijando los procedimientos de adaptación para el caso de que la clasificación siga siendo en categorías profesionales; y 2) deberán potenciar instrumentos ágiles para que la movilidad funcional opere como mecanismo de flexibilidad interna y de adaptación por parte de las empresas, respetando en todo caso los derechos y garantías de los trabajadores y sus representantes (no debiendo tener la movilidad funcional otras limitaciones que las exigidas por la pertenencia al grupo profesional o, en su caso, por las titulaciones requeridas para ejercer la prestación laboral).

Pese a ese intento “unificador” del sistema de clasificación profesional, en la negociación colectiva todavía pervive, y con fuerza, la categoría profesional. En los convenios colectivos encontramos una variada y rica tipología clasificatoria, dependiendo entre otros aspectos, de los elementos clasificatorios utilizados (grupo o, incluso todavía, categoría) y de su número, de su configuración interna y de los criterios de definición, o de la concurrencia o no de otros conceptos sistematizadores. No obstante, tales sistemas clasificatorios, a pesar de su variedad, se pueden reconducir dentro de dos grandes modelos. De este modo, se aprecian claramente en la negociación colectiva dos tendencias clasificatorias: 1) sistemas de clasificación profesional tradicionales, continuistas del modelo establecido por las Ordenanzas Laborales, que siguen utilizando como elemento clasificatorio la categoría profesional; y 2) sistemas de clasificación profesional más innovadores y flexibles, que utilizan como elemento clasificatorio el grupo profesional, tal y como es definido desde 1994 por el artículo 22.2 del ET. Esto evidencia que nos encontramos todavía en una etapa de transición de los sistemas clasificatorios.

Respecto a la regulación de los convenios colectivos de empresa en materia de clasificación profesional no hay tendencias claras ni definidas. Hay convenios de empresa que siguen (aunque en mayor o menor grado) el sistema clasificatorio establecido por el convenio sectorial (en ocasiones conformado por grupos profesionales, otros por categorías). Pero con frecuencia encontramos contraposición entre la negociación colectiva a nivel sectorial y a nivel de empresa, en ambos sentidos: recurriendo el convenio de empresa al grupo profesional cuando el convenio sectorial lo hace a la categoría y viceversa, recurriendo el convenio empresarial a las categorías cuando el convenio de sector lo hace al grupo.

Se constata una ausencia generalizada de cláusulas de polivalencia funcional que pudieran contrarrestar las disfuncionalidades que presenta esta institución y pudieran garantizar la posición jurídica del trabajador (pues sin ningún tipo de control la polivalencia supone la negación misma del sistema clasificatorio). Los pocos convenios que se refieren a la polivalencia se limitan a reiterar el criterio “temporal” de clasificación del trabajador polivalente.

La movilidad funcional tampoco goza de un tratamiento convencional que compense y equilibre los intereses que están en juego. Las referencias convencionales a la misma no confieren a la movilidad funcional un tratamiento sustantivo propio, sino que se limitan a reproducir el artículo 39 del ET, cuando no directamente a remitirse a él. Excepcionalmente hay convenios colectivos que incorporan una regulación propia de la movilidad funcional, pero en su mayoría son regulaciones vacías o que evidencian

una deficiente técnica jurídica. La casuística viene a ser el elemento característico de la regulación convencional de la movilidad funcional.

Los cambios en las estructuras productivas y en los sistemas clasificatorios afectan a la composición salarial. El modelo de determinación salarial por asignación de un grupo profesional tiene como inconveniente la pérdida de correspondencia entre las tareas del trabajador realmente desempeñadas y el salario percibido, lo que se atempera mediante la definición de niveles salariales dentro de cada grupo. En materia salarial, como en la clasificación profesional, también se aprecia un cierto continuismo. Se mantienen estructuras tradicionales y clásicas en la determinación salarial, como la persistencia de partidas fijas y el papel secundario de los elementos variables de la retribución.

La mayoría de los convenios colectivos analizados no concretan cuáles son los criterios, requisitos, procedimientos y reglas a tener en cuenta en caso de promoción interna y ascensos, remitiéndose casi todos ellos a lo dispuesto en el ET. Solo en algunos convenios colectivos de empresa se hace referencia expresa a esta materia (y casi siempre de forma genérica). En cualquier caso, del análisis de los convenios colectivos de empresa que regulan la promoción y ascenso se comprueba como se siguen utilizando mayoritariamente sistemas tradicionales de promoción. Así, la antigüedad del trabajador todavía desempeña un papel protagonista en los ascensos. Es verdad que la antigüedad del trabajador actúa normalmente como un simple criterio preferencial de ascenso en caso de igualdad de los candidatos, pero también se han encontrado convenios colectivos que lo utilizan como criterio de ascenso automático de un grupo (o categoría) al superior. El criterio formativo no parece ser que tenga demasiado peso en los sistemas de promoción y ascenso. La formación profesional pretende una mejora en las cualificaciones de los trabajadores, de manera que puedan éstos disponer de mayor facilidad para el acceso al empleo, favoreciendo además la promoción interna, pero estas políticas formativas no se concretan en los convenios colectivos empresariales. En cambio, los sistemas de promoción analizados sí suelen tener en cuenta tanto el concurso-oposición como la libre designación, pero siempre desde un enfoque continuista y clásico.

LA PREFERENCIA APLICATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA EN LA ORGANIZACIÓN Y GESTIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

AMPARO MERINO SEGOVIA (COORD.)
CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ
ÓSCAR CONTRERAS HERNÁNDEZ
DANIEL PÉREZ DEL PRADO
FRANCISCO JOSÉ TRILLO PÁRRAGA

A MODO DE CONCLUSIONES

PRIMERA

El tiempo de trabajo es una materia que ha penetrado con intensidad en el territorio de la flexibilidad interna. Los propios interlocutores sociales confirman esta tendencia y declaran su compromiso de facilitar una gestión flexible del tiempo de trabajo, direccionada, no obstante, a través de técnicas de articulación de la negociación colectiva, que en los distintos sectores y ramas de actividad den coherencia y racionalidad al sistema. Con todo, el debate abierto en torno a la necesidad de flexibilizar las condiciones de trabajo y su compatibilidad con medidas que garanticen la seguridad y protección de los trabajadores adquiere una significación singular en el contexto actual, donde los

márgenes de flexibilidad, que en la ordenación del tiempo de trabajo la ley reconoce a la negociación colectiva, se instalan cómodamente en el convenio colectivo, cada vez más atento a distribuir irregularmente la jornada y gestionar con flexibilidad los tiempos de trabajo, adaptándolos a las exigencias empresariales. Menos pendiente se muestra la negociación colectiva cuando se trata de facilitar la efectiva corresponsabilidad de los trabajadores y trabajadoras y la conciliación entre ellos de ocio, familia y trabajo.

SEGUNDA

En la situación legal actual, la flexibilidad interna y la flexibilidad externa son intercambiables y refuerzan la voluntad unilateral del empresario. Prueba de ello son las facultades que la normativa vigente le reconocen para modificar determinadas condiciones laborales pactadas en convenio colectivo, que afectan a la organización del tiempo de trabajo, así como la preferencia legal de aplicar el convenio colectivo de empresa, cuando este concurra conflictivamente con otros convenios sectoriales estatales, autonómico o de ámbito menor.

TERCERA

La gestión del tiempo de trabajo es, por lo común, una materia cuyos componentes esenciales cualitativos son objeto de renvío a las unidades inferiores de negociación: a los convenios provinciales de sector y a los convenios de empresa. No sucede lo mismo con la cuantificación de la jornada máxima de trabajo y la duración de las vacaciones, que suelen recibir un tratamiento exclusivo y excluyente del convenio nacional de sector. No se ha detectado, sin embargo, en la negociación colectiva una línea de tendencia clara, ni una orientación de carácter general, en referencia a la cuantificación de la jornada de trabajo máxima anual. En ocasiones el convenio de empresa sitúa el límite por encima del convenio sectorial, mientras que otras veces lo hace por debajo.

CUARTA

Es habitual, por otra parte, que la negociación colectiva sectorial preserve el espacio de influencia del convenio colectivo de empresa, consolidándolo como unidad de contratación propia e independiente. Estos convenios aparecen autónomos en sí mismos, salvo que sus firmantes declaren la supletoriedad del convenio nacional o la remisión de determinadas materias a lo dispuesto sectorialmente. En ocasiones, la supletoriedad y complementariedad del convenio sectorial estatal, en relación con los convenios vigentes de empresa, es afirmada en sentido descendente, con la finalidad de dotar a la unidad sectorial de un cariz integrador, superador de anomalías e insuficiencias normativas.

QUINTA

No son muchos los convenios colectivos que ofrecen una ordenación prolija de la distribución irregular de la jornada de trabajo. El ámbito negocial en el que habitualmente se produce dicha regulación, desde una perspectiva tanto cuantitativa como cualitativa, es el convenio de ámbito empresarial, lo que viene a confirmar que la unidad de contratación más próxima a la voluntad unilateral del empresario arroja resultados convencionales más cercanos a los intereses empresariales que a los de los trabajadores. Se percibe así un serio contraste entre la regulación de la distribución irregular de la jornada de trabajo, como integrante del interés empresarial, y la habida en el campo de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que es prácticamente inexistente.

SEXTA

Es significativa y cuestionable la ausencia en la negociación colectiva de un análisis y normativización de las causas que pueden habilitar al empresario a recurrir al uso flexible del tiempo de trabajo. Se prescinde así de una ordenación sobre los motivos que aconsejarían y autorizarían, para el buen funcionamiento de la empresa, la distribución irregular de la jornada de trabajo. En determinados sectores, el convenio colectivo ha limitado con acierto la capacidad de tal reparto irregular a través de la regulación de los descansos diarios y semanales, y de la estipulación de jornadas diarias y semanales máximas.

SÉPTIMA

Los periodos de referencia que, en este contexto, articula la negociación colectiva para el cómputo de la jornada ordinaria, cumplen la función de permitir una compensación de los excesos y defectos de jornada ordinaria de trabajo, sin necesidad de que haya finalizado el año. Estas previsiones responden mejor a determinados intereses y derechos de los trabajadores: los relacionados con la protección de la seguridad y salud en el trabajo y con la conciliación de ocio, familia y trabajo. Por otra parte, la fijación de periodos de referencia inferiores al año se acomoda mejor a la existencia de bolsas de trabajadores temporales, al permitir que estos colectivos puedan ver compensadas, a través de jornadas reducidas, las jornadas ordinarias de trabajo intensificadas.

OCTAVA

La negociación colectiva no presenta grandes innovaciones en el modo de distribuir el tiempo de trabajo diario. Es habitual que el convenio sectorial, cuando establece

algunos límites sobre la materia, los haga coincidir con los legalmente previstos, quedando evidenciada la función propedéutica que, en ocasiones, desarrolla el convenio con acierto, sin dotar, empero, los derechos de los trabajadores de mayores garantías y niveles de mejora.

NOVENA

La prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa alcanza al régimen del trabajo a turnos y a su específica retribución. Nada dice el art. 84.2 ET acerca del régimen del trabajo nocturno, por lo que se ha de entender que sobre dicho contenido material no es aplicable la regla especial de concurrencia de convenios colectivos de distinto ámbito. Hay que advertir, no obstante, que la retribución de la nocturnidad, en la medida en que encuentra encaje en el art. 84.2.a) ET, referido a la cuantía del salario base y de los complementos retributivos, se regirá por lo establecido en el convenio colectivo de empresa, con preferencia en esta materia sobre el convenio sectorial.

DÉCIMA

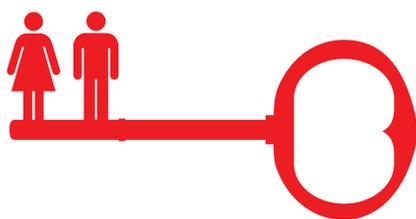
La prioridad del convenio de empresa se circunscribe en exclusividad a la planificación anual de las vacaciones; en los restantes aspectos relativos al descanso anual de los trabajadores, entre ellos, la duración de las vacaciones y la retribución a percibir durante su disfrute, rige la regla general de prohibición de concurrencia, siendo aplicable en estos casos el principio *prior in tempore*, de acuerdo con lo establecido en el art. 84.1 ET. En esta tesitura, la mayoría de los convenios colectivos especifican qué concretos conceptos salariales se abonarán durante el periodo vacacional. Debe repararse en que los últimos pronunciamientos del TJUE ofrecen una interpretación, recientemente acogida por la Audiencia Nacional, sobre los conceptos salariales que deben ser retribuidos durante las vacaciones. El TJUE considera que cualquier decisión empresarial que suponga reducir la retribución ordinaria del trabajador durante los periodos vacacionales se opone a la normativa comunitaria en materia de ordenación de tiempo de trabajo; otra solución tendría un efecto disuasorio del ejercicio del derecho al descanso, desde el momento en que se coloca al trabajador en una situación económica no comparable con la del resto del año. La Audiencia Nacional, acogiendo esta doctrina, la hace extensiva a cualquier otra retribución variable correspondiente a la jornada ordinaria, salvo que tenga carácter excepcional.

DÉCIMO PRIMERA

El convenio colectivo de cada sector debería establecer pautas sobre publicación y exposición del calendario laboral y sus contenidos, así como someter su confección e implantación al acuerdo entre el empresario y los representantes de los trabajadores, o, cuando menos, a un periodo de consultas o de revisión con dicha representación. Ciertamente, determinados convenios sectoriales introducen criterios sobre la materia, con tendencias a exigir la participación de la representación legal en la confección y exposición del calendario laboral. Tal intervención va desde la negociación a la consulta, pasando en ocasiones por la emisión de un informe previo no vinculante. No es frecuente encontrar atribuciones unilaterales a la dirección de la empresa, sin implicación de los representantes del personal. La misma orientación se detecta en los convenios colectivos de empresa que, como regla, siguen las directrices marcadas por el convenio sectorial de referencia. Con todo, la anomia convencional, en unos casos, y, en otros, la coordinación en este campo entre la negociación sectorial y los convenios de empresa, determinan que la elaboración del calendario laboral, sus contenidos y periodicidad, así como los criterios para su exposición y publicación, no entren, por lo común, en contradicción a los efectos previstos en el art. 84 ET. Estamos ante una materia que, sin lugar a dudas, demanda su tratamiento en la empresa, sin perjuicio de la conveniencia de que sectorialmente se establezcan algunos criterios y orientaciones generales al respecto.

DÉCIMO SEGUNDA

La ordenación convencional de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral es prácticamente inexistente, produciéndose un fuerte contraste entre aquellos aspectos de la regulación del tiempo de trabajo que proporcionan flexibilidad a los empresarios y los aspectos flexibilizadores que podrían enriquecer los derechos de los trabajadores. La regulación convencional se caracteriza por ser una repetición de los derechos legales previstos en la normativa laboral; pareciera que los derechos de conciliación no entrañan un interés suficiente para los negociadores, al no existir una auténtica regulación convencional sobre la materia. Puede concluirse, por tanto, que los convenios colectivos de empresa se han convertido en una suerte de recopilación de facultades empresariales de disposición flexible de las condiciones laborales, quedando desatendidas las necesidades y demandas de los trabajadores y trabajadoras incluidos dentro de sus ámbitos de aplicación.



LAS CLÁUSULAS SOBRE MODALIDADES DE CONTRATACIÓN Y EMPLEO EN LOS NUEVOS CONVENIOS DE EMPRESA

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND (COORD.)

MARÍA LUISA MARTÍN HERNÁNDEZ

ANA BELÉN MUÑOZ RUÍZ

CONCLUSIONES GENERALES

1. Pese a la estrecha relación existente entre ambas, el artículo 84 ET ofrece un tratamiento distinto en materia de concurrencia a las cláusulas convencionales reguladoras de las modalidades de contratación, que se encuentren afectadas por la regla especial de preferencia del convenio de empresa establecida por su apartado 2, respecto de las relativas al empleo, que continúan rigiéndose por la regla general de no afectación del convenio *prior in tempore* prevista por su apartado 1.

2. La preferencia aplicativa impuesta a favor del convenio de empresa es una de contornos acotados, tanto desde el punto de vista objetivo como formal. Al estar vinculada a la “adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa”, exige que la regulación de la que se trate tenga por objeto adecuar a la empresa aquellos extremos del tratamiento de algu-

na de esas modalidades para cuya regulación el Estatuto lleve a cabo una remisión a la negociación colectiva en la que pueda entenderse incluidos los convenios de empresa, aunque no sea exclusiva y pueda ser incluso tácita. Fuera quedan, pues, aquellos reenvíos que no se vinculan con alguna modalidad o se atribuyen exclusivamente a los convenios de sector. Y también los aspectos de su regulación respecto de los que no existe remisión alguna a la negociación colectiva, claro está.

3. El espacio de los convenios de empresa para degradar las condiciones de contratación y empleo presentes en los convenios de sector es bastante más limitado que el ofrecido por las demás materias listadas en el artículo 84.2 ET. En el caso de las cláusulas sobre las modalidades de contratación debido a que la competencia reguladora prioritaria reconocida a los primeros es una de mero ajuste a la empresa de ciertos extremos de su régimen, a la que no está permitido desnaturalizar su diseño legal, incluyendo la exigencia de causalidad que configura nuestro sistema de contratación. Tratándose del empleo, el parapeto está representado por la no inclusión de esta materia entre las afectadas por esa prioridad. Ello supone que las cláusulas correspondientes solo serán de aplicación si se ocupan de cuestiones no reguladas por el convenio de sector o prevén un tratamiento más favorable. En caso contrario será de aplicación el convenio de sector *prior in tempore* por así disponerlo el artículo 84.1 ET.

4. La interpretación y aplicación de lo dispuesto en el art. 84.2 e) resulta bastante más compleja de lo que a primera vista pudiera parecer. La redacción del precepto es confusa, sobre todo, en tanto que la referencia en él a los aspectos de “modalidades de contratación” es una expresión que no siempre es fácil de diferenciar respecto del término aspectos de “empleo”, que quedarían fuera del ámbito de aplicación de este precepto legal. Esta dificultad se incrementa por el hecho de que gran parte de las remisiones legales a la negociación colectiva para la regulación de aspectos relacionados con el régimen jurídico de los diferentes tipos de contratos de trabajo no vienen referidas a la de ámbito empresarial en particular.

5. La reglamentación más amplia y detallada del régimen jurídico de los distintos tipos de contrato de trabajo admitidos en nuestro ordenamiento jurídico laboral en vigor continúa siendo recogida, como regla general, en los convenios colectivos de sector de ámbito provincial (excepto en los sectores de Construcción y de Atención a la Dependencia).

6. Hasta ahora, los convenios colectivos de ámbito empresarial no muestran ninguna tendencia en aprovechar la prerrogativa que les concede el art. 84.2 e) ET. En su mayor parte, reiteran y/o complementan lo ya establecido en el convenio sectorial de referencia o bien incorporan previsiones suplementarias, pero siempre dentro de la legalidad.

7. La prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio de sector establecida en la reforma laboral de 2012 no comprende los compromisos de empleo estable o de creación de empleo. No obstante, la normativa permite que los acuerdos interprofesionales o convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, incrementen las materias reservadas al ámbito empresarial. En defecto de los mencionados acuerdos que reserven la materia de empleo al ámbito empresarial, habrá que estar a la regla general de prohibición de concurrencia de forma que un convenio colectivo durante su vigencia ordinaria no puede ser afectado por lo dispuesto en otro convenio posterior.

8. En las relaciones convenio sector–empresa se concluye que las cláusulas de empleo no revisten una especial conflictividad. Esta afirmación queda acreditada en la medida que no se han constatado regulaciones contradictorias entre los dos niveles de negociación que sean susceptible de resolución mediante las reglas de concurrencia del artículo 84 del ET. Lo que significa que ambos preceptos convencionales son susceptibles de aplicación sin dificultad alguna.

9. Si bien existen experiencias convencionales donde sólo en uno de los dos niveles hay compromisos de estabilidad, se concluye que la tendencia más acusada consiste en la doble presencia de las mencionadas cláusulas. A partir de esta realidad negocial, el convenio de empresa regula el mismo aspecto que el convenio de sector con el propósito de mejorar o adaptar la garantía de empleo a la realidad de su empresa o bien aborda el empleo desde otra perspectiva que no implica una regulación contradictoria a la prevista en el sector. La primera de las tendencias observadas se ajusta mejor a una política de empleo coordinada siempre deseable ya que reduce posibles desajustes que se produzcan en la práctica.

10. Se constata una mayor presencia de cláusulas de empleo en la negociación colectiva de empresa frente al convenio de sector. El entorno empresarial parece más proclive a los compromisos de estabilidad en los puestos de trabajo porque en ese ámbito se tiene mayor información para realizar previsiones económicas a corto y medio plazo y capacidad de respuesta a los cambios que se produzcan. Sin embargo, desde el nivel sectorial, también se pueden establecer medidas de gran interés que no siempre afectan de forma negativa a los poderes del empresario. Un ejemplo es el índice de estabilidad fijado en el sector de la Industria Química cuya consecución tiene como contraprestación positiva para las empresas una mayor flexibilidad en la gestión de las relaciones laborales. Además, conviene tener en cuenta que esta materia permanece inmune frente a posibles decisiones de inaplicación o descuelgue en la medida que no está incluida en la lista del artículo 82.3 del ET. Y que su incorporación en el nivel sectorial evita posibles situaciones de desprotección para los trabajadores de pymes que carecen de convenio de empresa propio.

11. Algunas de las cláusulas convencionales analizadas son ciertamente mejorables de cara a lograr el objetivo que persiguen de estabilidad del empleo. Así, se debería insistir en aquellas cláusulas de empleo que fijan consecuencias para los supuestos de incumplimiento empresarial de las mismas. Sobre todo cuando la garantía de empleo se reconoce en el convenio colectivo como contraprestación de los trabajadores que han aceptado condiciones salariales inferiores a las disfrutadas con anterioridad. Los efectos que se deriven de su incumplimiento no tienen por qué tener siempre un signo sancionador sino que pueden adoptar otras perspectivas de corte más promocional en clave de incentivos.

12. Parece necesario homogeneizar parámetros respecto a los criterios de cómputo de los niveles de temporalidad así como ampliar los objetivos de empleo. Desde este enfoque, deberían ser objeto de revisión algunas de las experiencias convencionales en la medida que excluyen del cómputo de temporalidad los contratos de obra o servicio. El criterio de cómputo debería ir dirigido a consolidar empleo fijo en el sentido de contratos indefinidos. A su vez, sería recomendable que el empleo comprometido no fuera exclusivamente el empleo ya existente sino que los pactos incluyeran también la creación de nuevos puestos de trabajos.

VALORACIÓN GENERAL DE LAS CLÁUSULAS SOBRE CONTRATACIÓN

Una vez que se ha llevado a cabo la identificación de los principales tipos de cláusulas que sobre el régimen jurídico de las modalidades de contratación recogidas en los convenios colectivos de ámbito empresarial aprobados tras la instauración legal de la prioridad aplicativa de los mismos en esta materia respecto a lo previsto en cualquier otro convenio colectivo de ámbito sectorial que resulte aplicable, lo que procede es comparar tales previsiones con las que sobre la misma materia se encuentran contenidas en los correspondientes convenios colectivos sectoriales en vigor y, de este modo, poder llegar a un conocimiento aproximativo acerca de en qué medida y en qué aspectos en concreto los convenios colectivos de empresa están asumiendo efectivamente hasta el momento la facultad que les atribuye el art. 84.2 e) del ET de poder establecer regulaciones diferentes y de aplicación prioritaria. Al mismo tiempo, se considera oportuno y necesario el poder determinar si, en su caso, los convenios colectivos de empresa están asumiendo la reglamentación de aspectos relativos a las modalidades de contratación para los que ni siquiera están legalmente legitimados por estar reservados en exclusiva a los pactos resultantes de la negociación colectiva de ámbito superior. Ambas tareas no están exentas de enorme dificultad en cuanto que en su realización

se han puesto de manifiesto los graves problemas que suelen plantearse en cualquier estudio empírico en el que asuma una relevancia esencial el factor de la estructura de la negociación colectiva vigente en nuestro país, como es el caso que nos ocupa.

La comparación efectuada entre las regulaciones que sobre el régimen jurídico de las modalidades de contratación recogido respectivamente en los convenios colectivos de ámbito de empresa y en los convenios colectivos de ámbito de sector otorga como resultado más reseñable el de que, con carácter general, se trata de una materia cuya regulación fundamental, salvo alguna excepción destacada, se encuentra recogida en los convenios sectoriales de ámbito provincial y no tanto en los de ámbito estatal.

Otros resultados destacables del estudio comparativo llevado a cabo en el doble plano indicado, son los que se enumeran a continuación:

Se han encontrado regulaciones en algunos convenios colectivos de empresa sobre aspectos que, en materia de régimen jurídico de las modalidades de contratación, la ley reserva en exclusiva a los convenios de ámbito superior, pero en ningún caso las mismas contradicen o discrepan de lo dispuesto en estos últimos, sino que reiteran lo ya dispuesto en ellos (así sucede, por ejemplo, respecto a la duración máxima de los contratos de trabajo eventuales y de obra o servicio determinados dentro de los límites legales).

Por otra parte, también se han localizado cláusulas en los convenios colectivos de empresa sobre aspectos de la contratación laboral que, pudiendo tenerla, no contaban con ninguna regulación en el correspondiente convenio o convenios de sector aplicable/s, por lo que tampoco constituyen un supuesto de prioridad aplicativa (así sucede, por ejemplo, en cuanto a la especificación de la duración y de la jornada del contrato de relevo; a la determinación de los puestos que no pueden ser ocupados con trabajadores cedidos por ETTs; al número máximo de horas complementarias que se pueden pactar en los contratos a tiempo parcial y al plazo de preaviso para su realización; la fijación de la duración máxima posible de los períodos de prueba pactados en todos los tipos contractuales en general y en el de prácticas en particular; y al establecimiento de un régimen de horas complementarias).

En tercer lugar, los principales aspectos en materia de modalidades de contratación laboral respecto a los que se han hallado regulaciones simultáneas en los dos niveles de negociación, resultando ello legítimo, son los que tienen que ver con la duración máxima dentro de los límites y con la retribución de los contratos formativos: en la mayor parte de los casos las previsiones de las dos normas convencionales son coincidentes

y, en caso de discrepancia, lo establecido en el convenio colectivo de empresa constituye una mejora en favor de los trabajadores.

Y, por último, señalar que es frecuente encontrar en los convenios colectivos de empresa cláusulas que intentan (pero que no siempre consiguen puesto que en bastantes casos se trata de tentativas de concreción con resultados muy vagos y genéricos) especificar los distintos tipos de actividades susceptibles de ser realizadas por cada una de las modalidades de contratación temporal previstas en el art. 15 ET. En algunos casos el convenio sectorial de referencia no alude a esta cuestión o, si lo hace, se limita a reiterar el supuesto de hecho previsto en la ley, pero también hay otros, en que el convenio de sector si ha entrado también a regular tal cuestión, a veces, incluso, con más minuciosidad que el de empresa. En este segundo supuesto mencionado, la mayor parte de las veces es difícil determinar si nos hallamos ante un caso de prioridad aplicativa del convenio empresarial sobre el de sector o si, en cambio, la relación entre ambas regulaciones es de mera complementariedad.

VALORACIÓN CRÍTICA DE LAS CLÁUSULAS DE EMPLEO

El estudio realizado advierte que no se producen relaciones de concurrencia conflictiva entre convenios colectivos de sector y empresa por lo que se refiere a las cláusulas de empleo. La tendencia predominante es que los dos niveles de negociación colectiva abordan cuestiones diferentes de la temática de empleo pero que no entran en contradicción. Esto significa que no se aplican las reglas del artículo 84 del ET y que no hay dificultad alguna para aplicar de forma simultánea ambas regulaciones.

Sin perjuicio de lo anterior, desde nuestro punto de vista, algunas de las cláusulas convencionales analizadas son ciertamente mejorables de cara a lograr el objetivo que persiguen de estabilidad del empleo. En primer lugar, se debería insistir en aquellas cláusulas de empleo que fijan consecuencias para los supuestos de incumplimiento empresarial de las mismas. En segundo término, sería conveniente homogeneizar parámetros respecto a los criterios de cómputo de los niveles de temporalidad. Como tercera propuesta, deberían ser corregidas las ausencias de regulación detectadas en algunos sectores de actividad en la medida que consolidan el efecto de vacío de compromisos de empleo para los trabajadores de pymes que carecen de convenio de empresa propio.

PREVISIÓN SOCIAL Y DERECHOS SINDICALES EN LOS NUEVOS CONVENIOS DE EMPRESA

VANESSA CORDERO GORDILLO

CONCLUSIONES

Los derechos colectivos, en concreto, la mejora de la regulación legal con relación a los requisitos para la designación de delegados sindicales y el crédito horario reconocido a los representantes de los trabajadores, no figuran en el listado de materias afectadas por la prioridad aplicativa atribuida a los convenios de empresa por el art. 84.2 ET. Lo mismo cabe decir con respecto a los complementos de las prestaciones económicas por IT y la suscripción de pólizas de seguro para la cobertura de las situaciones de fallecimiento y/o incapacidad de los trabajadores, debido a su naturaleza extrasalarial⁸.

No obstante, el interés por el análisis de dichas materias radica en la conveniencia de determinar hasta qué punto los convenios de empresa suscritos tras la reforma laboral de 2012 están yendo más allá de lo que permite el precepto legal, estableciendo una regulación divergente a la prevista en el sectorial, particularmente cuando resulta menos favorable desde la perspectiva de los trabajadores.

⁸ Sin perjuicio de que la jurisprudencia entiende que la prima a pagar por el empresario tiene carácter de salario en especie.

Tras el análisis realizado cabe concluir que los principales problemas se plantean respecto a los complementos a cargo de la empresa en caso de IT, los cuales aparecen regulados en gran parte de los convenios de empresa de la muestra. En este sentido, en la mayoría de los sectores se ha constatado una gran disparidad, con convenios que mejoran la regulación contenida en el sectorial y otros que, por el contrario, la empeoran. Las excepciones serían el sector de atención a las personas con discapacidad por cuanto, de los dos convenios de empresa que prevén el complemento, uno reproduce la regulación del sectorial y otro la empeora⁹; el sector de la hostelería, con convenios que empeoran parcialmente lo previsto en el convenio provincial de referencia¹⁰ y otros que la empeoran totalmente¹¹; y el sector de servicios de atención a personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal en el que la mayoría de los convenios de la muestra mejoran la regulación contenida en el sectorial¹². Si bien cabe destacar que el complemento que prevé este último convenio es de alcance limitado (sólo contempla contingencias profesionales y durante un máximo de 21 días).

Mención aparte merece el sector de la industria siderometalúrgica en el que podemos encontrar una gran diversidad de regulaciones, habida cuenta que los convenios de empresa gozan de plena autonomía para ello y que, en cualquier caso, los convenios de sector no contienen ninguna cláusula al respecto.

9 El Convenio colectivo de la Fundación Adcor y el Convenio colectivo de la Asociación Valenciana de Ayuda Ciudadana, respectivamente.

10 En la provincia de Alicante los convenios colectivos de Uno Plus Restauración S.L., Frsamamaral S.L.U., Alc Hostelería S.L., Specially for You, S.L.U., Nice Experience, S.L.U. y Diviértete mientras comes, S.L.U.

11 En la provincia de Granada los convenios colectivos de Micarguel Granada S.L., Antonio Ramírez Carmona y Ramírez Cervera e Hijos S.L.

12 Convenios colectivos de Laugara S.L., Muskiz, Residencia de Mayores Hogar de Santa Isabel, Centro Gerontológico de Burgos S.L., Residencia Geriátrica San Diego S.L., Rafael Luque Molina, Residencias Alcabala y Dulcinea de Capiro Sanidad S.L., Eulen y Asociación Edad Dorada Mensajeros de la Paz. El Convenio colectivo de Biharko Gipuzkoa S.L. la mejora parcialmente y el de la Residencia Nuestra Señora de Setefilla S.L. la empeora.

Los supuestos más problemáticos serían aquellos en los que el convenio de empresa empeora la regulación contenida en el convenio sectorial. Sin embargo, en principio, hay que entender que las disposiciones del convenio de empresa no tendrían prioridad aplicativa respecto a los convenios de ámbito superior. Ahora bien, al margen del sector de la industria siderometalúrgica, otros dos sectores, el de ingeniería y oficinas de estudios técnicos y el de la industria química otorgan preferencia a los convenios negociados a nivel de empresa, los cuales resultarán de aplicación en todo caso¹³.

Por lo que respecta a los derechos colectivos, las cláusulas referidas a la designación de delegados sindicales y el crédito horario de los representantes son menos frecuentes que los complementos por IT en los convenios de la muestra. En este sentido, cabe destacar que la situación es distinta que en el supuesto anterior pues la mayor parte de los convenios de empresa que regulan estas cuestiones suponen una mejora en relación con el convenio sectorial de referencia. Las excepciones las encontramos en el sector de la hostelería, con dos convenios de empresa que no tienen en cuenta lo previsto en el sectorial y se remiten a la regulación legal¹⁴, y en el sector de servicios de atención a personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal en el que la práctica totalidad de los convenios de empresa empeoran la regulación del convenio de sector¹⁵.

13 Exceptuando estos tres sectores y los convenios mencionados en las notas anteriores, los convenios de empresa que entran en contradicción con el sectorial serían los siguientes: en el sector de limpieza de edificios y locales, los convenios colectivos de Neonet Illes S.L., Top Clean Baleares S.L. y Comuno Koptimo S.L.; en el sector de industrias lácteas, los convenios colectivos de Corporación Alimentaria Peñasanta S.A. y Lácteos Goshua; en el sector de transporte de mercancías por carretera, los convenios colectivos de Just in Time Expedition, S.L., IP Transport CZ S.L., Transportes Azpiroz, S.L. y Truck and Wheel Logistics, S.L.; en el sector de la construcción, los convenios colectivos de Grúas San Telmo, Matracos S.L., Técnica General de Electrificaciones S.L. y Grupo Afor Servicios Empresariales.

14 En la provincia de Alicante los convenios colectivos de Frsamamaral S.L.U. y Alc Hostelería S.L.

15 Se trata de los convenios colectivos de Arisolis Ambiental S.L., Centro Gerontológico de Burgos S.L., Residencia geriátrica San Diego S.L., Rafael Luque Molina y Residencias Alcabala y Dulcinea de Capio Sanidad S.L. El único que mejora es el Convenio colectivo de Residencia Monte Rincón S.L.

Finalmente, en la mitad de los sectores de actividad incluidos en la muestra los convenios sectoriales prevén la suscripción de pólizas de seguro para cubrir las contingencias de fallecimiento y/o incapacidad de los trabajadores¹⁶. En tales casos, el análisis efectuado ha revelado que la mayor parte de los convenios de empresa, o bien comprenden coberturas más amplias y, en consecuencia, mejoran el sectorial en este aspecto, o bien reproducen y/o concretan lo dispuesto en este último. Únicamente cuatro convenios establecen una regulación menos favorable desde la perspectiva de los trabajadores¹⁷.

16 Industrias lácteas, Transporte de mercancías por carretera, Ingeniería y Oficinas de estudios técnicos, Construcción y Hostelería.

17 En el sector del transporte de mercancías por carretera los convenios colectivos de FCC Logística S.A.U. y Just in Time Expedition S.L. Y en el sector de la construcción de la provincia de Cádiz los convenios colectivos de Grúas San Telmo y Técnica General de Electrificaciones S.L.

