

La nueva regulación de la negociación colectiva: ruptura del equilibrio en las relaciones laborales en aras de una flexibilidad sin consenso

Jesús Cruz Villalón
Catedrático de Derecho de Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

Resumen

La reforma laboral de 2012 ha tenido una intensa importancia en lo que se refiere a la negociación colectiva, incidiendo en pilares básicos de la regulación legal, especialmente en lo que afecta a la pérdida de efectividad de la ultraactividad de los convenios colectivos, la preferencia aplicativa absoluta de los convenios de empresa, el arbitraje obligatorio público de descuelgue de los convenios colectivo, así como importantes restricciones a la libertad de pacto entre las partes.

El presente estudio se centra en la valoración del impacto práctico de tales cambios en el desarrollo efectivo de la negociación colectiva. A pesar de que aparentemente algunos datos podrían mostrar que los efectos prácticos pudieran ser de carácter menor, el análisis de las consecuencia indirecta y, en particular, el estudio llega a la conclusión de que se ha producido una importante alteración de las posiciones de las partes en el seno de las mesas de negociación, con el resultado de producirse un notable debilitamiento de la negociación colectiva como instrumento central del sistema de relaciones laborales y una caída real de su tasa de cobertura.

1.- Un proceso de debilitamiento de la negociación colectiva

Cuando han transcurrido tres años desde la entrada en vigor de la reforma laboral del Gobierno del partido popular, puede tenerse la perspectiva suficiente para valorar el impacto que tal reforma ha tenido sobre las relaciones laborales en su conjunto y, muy especialmente, sobre el modelo de negociación colectiva que viene rigiendo desde hace ya varias décadas. Ya desde los primeros análisis de la reforma de 2012 hubo una coincidencia bastante generalizada en valorar que los cambios en materia de negociación colectiva eran los de mayor calado, incluso para algunos con diferencia el que afectaba en mayor medida a la arquitectura general con la que se había construido el sistema de relaciones laborales desde la implantación de la democracia. Por ello, se pensaba que el funcionamiento de la negociación colectiva podría ser la vertiente institucional más afectada del conjunto del sistema de relaciones laborales desde un punto de vista estructural a resultas de la aplicación práctica de tal reforma.

Pasado el tiempo, con un análisis afinado y en profundidad de lo sucedido cabe confirmar que la trascendencia de la reforma ha resultado muy intensa, en términos tales

que ha provocado una pérdida de la centralidad de la negociación colectiva, que ha perdido fortaleza y capacidad de gestión y condicionamiento de la evolución del mercado de trabajo, provocando un manifiesto debilitamiento del protagonismo de las organizaciones sindicales a través de su menor influencia en los contenidos de los convenios.

Para poder confirmar esta conclusión es obligado advertir que el panorama se ha vuelto mucho más complejo, por una disociación entre determinadas realidades aparentes y otras más subyacentes por encontrarse ocultas. Nos movemos en un juego de espejos, que a veces distorsionan la realidad, al extremo que desde una perspectiva formal podría parecer que sustancialmente el panorama general apenas ha cambiado, cuando si se enfoca la mirada más allá de esos espejos deformadores se advierte el verdadero alcance cualitativo de la mencionada reforma.

No cabe la menor duda de que la reforma laboral se concentra en tres, a lo más en cuatro, aspectos bastante concretos del régimen jurídico del marco de funcionamiento de la negociación colectiva, de modo que podría afirmarse que el cuadro normativo general sustentador del modelo pervive. En efecto, permanecen las reglas básicas relativas a los sujetos legitimados que permite un intenso protagonismo sindical del proceso; a la eficacia general del convenio colectivo que propicia una amplia tasa de cobertura; a la libertad de fijación de ámbitos que da pie a una pervivencia de una amplia red de convenios sectoriales; así como a la amplitud de contenidos negociales que procura que los convenios colectivos asuman un papel central en la determinación de los contenidos negociales.

Sin embargo, al propio tiempo esos tres o cuatro aspectos sobre los que se concentra la reforma de 2012 afectan a órganos vitales del modelo, en términos tales que un simple cambio en tales aspectos logra provocar un decisivo revulsivo en el equilibrio de posiciones de las partes, al extremo que reorienta cualitativamente el devenir de los procesos negociales: pérdida de efectividad de la ultraactividad de los convenios colectivos, procedimiento no consensuado de los descuelgues convencionales, preferencia aplicativa absoluta de los convenios colectivos de empresa, así como limitación relevante en los contenidos negociales.

Para incrementar los riesgos de distorsión de los espejos, cierto tipo de datos estadísticos suministradores de información respecto de los resultados en cuanto a efectos de los mencionados cambios pueden ofrecer una imagen errónea de lo que ha sucedido, por cuanto que los mismos pueden transmitir la idea de que nos enfrentamos a un cambio lampedusiano, en el sentido de que se cambian reglas tradicionales y centrales del sistema, de notable trascendencia desde la perspectiva jurídico formal,

pero sin que desde el enfoque material se transforme casi nada la negociación colectiva tal como ha venido funcionando desde que se implantó el actual modelo hace más de tres décadas.

En efecto, frente a quienes defendemos que el modelo ha provocado un resultado de fuerte desequilibrio entre los protagonistas de las relaciones laborales, se puede aducir que por diversos mecanismos legales, judiciales y negociales se han conservado los precedentes niveles negociales, sin que la ultraactividad haya derivado en la decadencia de un elevado número de unidades negociales, ni se haya reducido la tasa de cobertura; se puede afirmar que la preferencia aplicativa de los convenios de empresa no ha reducido el peso porcentual de los convenios sectoriales y que el incremento en términos absolutos de las nuevas unidades empresariales no ha sido relevante desde el punto de vista del número de trabajadores afectados por los mismos al tratarse de microunidades; se puede alegar que han sido marginales los arbitrajes de descuelgue convencional, pues la práctica totalidad de las inaplicaciones han sido resultado de acuerdos entre las partes y por añadidura con una afectación en términos de porcentaje reducido respecto del total de trabajadores cubiertos por la negociación colectiva; en fin, se puede considerar que las limitaciones a los contenidos negociables no son relevantes, por afectar a aspectos puntuales del habitual clausulado convencional.

Frente a ello, la descripción precedente de lo sucedido muy probablemente se corresponde con las sombras de la alegoría de la caverna de Platón; son proyecciones distorsionadas de la realidad, que impiden detectar la posición real de los personajes y las herramientas con las que se mueven, sin detectar las aguas subterráneas que han cambiado sustancialmente el escenario efectivo en el que se desarrolla hoy en día la negociación colectiva.

Para empezar, no es poco influyente la concepción de conjunto que se tiene de la funcionalidad que ha tenido la negociación colectiva y la actitud con la que se enfrenta el legislador a su reforma. Basta hacer una lectura de conjunto de las medidas adoptadas para percibir en todas ellas un hilo conductor común de fuerte desconfianza frente a la negociación colectiva. La idea subyacente no es otra que para el legislador de la reforma una negociación colectiva potente produce efectos negativos sobre la evolución de la economía y, en particular, provoca consecuencias dañinas para la competitividad y, por ende, para el empleo. A partir de ahí se comprende que todas las medidas van dirigidas a debilitar la posición sindical en el desarrollo de la negociación colectiva: pérdida de impacto de la ultraactividad, búsqueda del descuelgue convencional al margen de los propios procesos negociales, desapoderamiento a los interlocutores sociales para que diseñen la estructura de la negociación colectiva, así como fijación de topes máximos o

de prohibiciones a la libre decisión de las partes de decidir acerca de los contenidos negociables que desean tratar en la mesa de negociación.

De otro lado, lo relevante para apreciar los efectos materiales de la reforma en materia de negociación colectiva no es tanto la identificación de los resultados inmediatos externos o aparentes, que pueden ser menores, cuanto la constatación del logro de los objetivos finales en el equilibrio de posiciones de las partes, que muestran el impacto real de depreciación y debilitamiento de la negociación colectiva.

2.- Ultraactividad convencional: reducción de la tasa de cobertura y pérdida de poder contractual

Así, el primero de los elementos sobre los que incide con notable trascendencia la reforma de 2012 en esta materia es en la alteración de las reglas de la pervivencia de la ultraactividad del convenio colectivo. En concreto, la novedad consiste en que a falta de acuerdo entre las partes, denunciado un convenio colectivo éste extiende su aplicación durante un año más, perdiendo vigencia cuando transcurre dicho plazo (art. 86.3 *in fine* ET).

Debe comenzar por advertirse que la regla contiene multitud de requisitos o condicionantes, de modo que no es una regla de decadencia absoluta del convenio que llega a su fin en el período de vigencia pactado. En términos telegráficos las limitaciones de la pérdida de la ultraactividad se pueden resumir del siguiente modo: requiere que el convenio se denuncie por una de las partes, de modo que si no se denuncia se mantiene la prórroga de año en año de forma indefinida; si hay regla diversa por parte del convenio colectivo se aplica ésta, de modo que vía negociación colectiva se puede establecer la vigencia ultraactiva indefinida del convenio colectivo; caso de que decaiga el convenio colectivo al cabo del año, de principio sus condiciones vienen sustituidas por el convenio colectivo de ámbito superior, naturalmente siempre que este exista y contenga una regulación completa que pueda atender a todos los contenidos del convenio inferior que pierde vigencia.

Más aún, cierta jurisprudencia, en clave aclaratoria de las dudas interpretativas de la reforma, ha precisado varios aspectos, que pudieran reducir el impacto de la decadencia de la ultraactividad. Así, se entiende que la supletoriedad de la regla legal permite otorgar validez a las cláusulas sobre ultraactividad indefinida previstas en los convenios colectivos pre-reforma; del mismo modo que ese pacto en contrario puede incorporarse tanto en el convenio colectivo objeto de la denuncia o bien alcanzarse en el momento de

la denuncia o incluso en cualquier momento durante el período de ultraactividad (STS 17 de marzo de 2015, rec. núm. 233/2013). De igual forma, ha tenido un gran impacto la sentencia conforme a la cual, a pesar de que el convenio se encuentre ya derogado por pérdida de la ultraactividad, su contenido sigue siendo exigible porque son condiciones pactadas e incorporadas al contrato de trabajo desde el momento mismo de su constitución (STS 22 de diciembre de 2014, RJ 6638).

A pesar de todo ello, es de común aceptación que la introducción de este nuevo mecanismo de pérdida de la ultraactividad del convenio colectivo ha tenido una enorme incidencia sobre el devenir de la negociación colectiva, especialmente en la posición de las partes en el seno de la comisión negociadora del convenio. Lo relevante no es tanto que al final, tras un largo esfuerzo y gran resistencia, no se produzca la decadencia de la unidad negociación derivada de la aplicación de las nuevas reglas en materia de pérdida de eficacia ultraactiva del convenio, cuanto la espada de Damocles a la que se enfrentan los negociadores con esas nuevas reglas, que les obliga a negociar en un escenario de intensa debilidad. Ya no es tanto que no se malogre la unidad negociadora preexistente, cuanto que la renovación del convenio colectivo se afronta en clave de deterioro decidido de sus contenidos, propiciando la devaluación salarial, con mayor impacto sobre los niveles profesionales inferiores. La prueba emblemática más elocuente de ello reside en el dato decisivo de que con precedencia quien denunciaba un convenio eran los representantes del banco social y a partir de ahora tiende a serlo de manera generalizada la representación del banco empresarial.

Se ha verificado un amplio debate acerca de la posible caída de la tasa de cobertura de la negociación colectiva a resultas de la aplicación de la regla de la ultraactividad, derivada de la desaparición de ciertas unidades negociadoras que no han sido sustituidas por ámbitos superiores de negociación. Se trata de una discusión efectuada con una enorme inseguridad, debida esencialmente a la pobreza de datos estadísticos, a su discutible fiabilidad y al enorme retraso en la actualización de los mismos. Los datos oficiales proporcionados no se encuentran lo suficientemente desagregados como para detectar con certeza las líneas evolutivas a estos efectos, no hay seguridad de que los datos aportados por los negociadores especialmente en relación con los convenios colectivos de ámbito sectorial se correspondan plenamente con la realidad, existe el riesgo de que haya doble cómputo de ciertos trabajadores que al propio tiempo tienen un convenio de empresa aplicable y se computen en el convenio sectorial que no les resulta de aplicación, existen realidades complejas de negociación colectiva articulada con negociación a diversos niveles simultáneamente aplicable que provocan del mismo modo duplicidades de cómputo, no se toman en consideración en el cómputo realidades en paralelo de acuerdos de empresa no registrados ni publicados y,

finalmente, los datos oficiales se publican con un enorme retraso que impide comprobar los resultados.

A pesar de todas estas dificultades, hay indicios que hacen pensar que se ha producido una cierta caída de la tasa de cobertura negocial, si bien esta no sea tan elevada como algunos han calculado y sin que sea fácil concluir si dicha caída es de carácter coyuntural vinculada al escenario económico general o puede hacer vislumbrar un importante cambio de tendencia estructural. En concreto, los datos pueden detectar una leve caída de la tasa de cobertura, deducida de la tabla siguiente:

Tabla 2.5					
Tasa de cobertura. España. Evolución					
AÑOS	ASALARIADOS* (A)	FUNCIONARIOS** (B)	LABORALES (C=A-B)	TRABAJADORES AFECTADOS POR NEGOCIACIÓN COLECTIVA*** (D)	TASA DE COBERTURA (D/C)
2008	16.082.200	1.587.011	14.721.189	11.968.148	81,30
2009	15.881.100	1.596.916	14.284.184	11.557.823	80,91
2010	15.592.300	1.626.533	13.965.767	10.794.334	77,29
2011	15.394.200	1.653.498	13.740.702	10.662.783	77,59
2012	14.573.400	1.671.246	12.902.154	10.099.019	78,27
2013	14.069.100	1.625.128	12.443.972	8.850.457+	71,12

* Datos INE-EPA (Encuesta de Población Activa). Medias anuales.
 **Boletín Estadístico del personal al servicio de las Administraciones Públicas. Registro central de personal. Datos semestrales, consignados a 1 de julio de cada año.
 *** Datos Ministerio de Empleo y Seguridad Social/Estadísticas/Condiciones de Trabajo y Relaciones Laborales/ Convenios Colectivos de Trabajo/Principales Series. Datos actualizados a 31 de julio de 2014. Trabajadores afectados por convenio por año de efectos económicos. Datos acumulados.
 (+) Datos provisionales

Por lo demás, se trata de una caída de la tasa de cobertura que parece no extenderse por igual en todos los sectores, territorios y empresas, sino que puede estarse concentrándose en ciertos ámbitos muy concretos. Por encima de todo parece resaltar la intensa singularidad del desarrollo de la negociación colectiva en el País Vasco, donde determinadas estrategias sindicales fuertemente favorables a la concentración de esfuerzos en la negociación empresarial, estén provocando un correlativo debilitamiento de la negociación sectorial y, con ella, la decadencia de convenios de éste ámbito en el País Vasco que desencadene en ese territorio una mayor repercusión de la caída de la tasa de cobertura negocial.

Por lo demás, los efectos de la pérdida de la ultraactividad convencional pueden estar siendo más indirectos y, por ello, menos centrados en la tasa de cobertura; sin llegar a verificarse una ausencia de convenio colectivo de referencia, el impacto de debilitamiento puede ser mucho más elevado, lo que se puede explicitar del modo siguiente.

Ante todo, la representación sindical en determinadas ocasiones ha tenido que concentrar todos sus esfuerzos en lograr el mantenimiento de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo, un compromiso de la representación empresarial de no aplicación de la decadencia del convenio colectivo, de modo que logrado ello se han agotado las posibilidades de renovación del convenio colectivo en situación de ultraactividad. El resultado de ello ha sido una simple congelación de los contenidos negociales, en la práctica una congelación retributiva en términos nominales, pues el poder negocial de los sindicatos con el nuevo marco normativo lo más que ha logrado es la pervivencia de la unidad negocial, en el mejor de los casos con el mismo contenido.

En segundo lugar, cuando, a resultas de la pérdida de la ultraactividad y decadencia del convenio, se ha procedido a la aplicación del convenio de ámbito sectorial éste no estaba concebido para regular los aspectos centrales de las condiciones de trabajo en la empresa, lo que ha desembocado en una insuficiencia sustitutiva de contenidos del convenio de ámbito inferior que pierde su vigencia.

En tercer lugar, la solución aportada por el Tribunal Supremo en clave de contractualización del convenio colectivo que decae en su vigencia para el caso de que no exista convenio de ámbito superior, aparte de que no ha sido aceptada de manera pacífica por la doctrina, provoca indudables incertidumbres y desde luego provoca una evidente situación de debilidad del régimen de condiciones de trabajo sustitutivo. En efecto, tal solución es en el mejor de los casos parcial y limitada, abriendo multitud de interrogantes; interrogantes que se pueden resumir esquemáticamente en tres: tal contractualización no se produce respecto de los trabajadores de nuevo ingreso, con el posible resultado de provocar una fórmula de doble escala salarial; no es seguro que esa contractualización pueda abarcar a la totalidad de los contenidos del convenio colectivo que pierde su vigencia; y, por último, como la propia sentencia explicita cabe la posibilidad de que sucesivamente se acometa en la empresa un procedimiento de modificación sustancial de las condiciones de trabajo que dé lugar a una alteración de las condiciones así contractualizadas por decisión unilateral de la dirección de la empresa, en todo caso por vía ajena a cualquier tipo de proceso negocial entre las partes.

Todo ello, desemboca en el resultado indicado de alteración general de las posiciones de las partes en el seno de las mesas de negociación colectiva, lo que queda constatado,

como ya hemos apuntado, de manera especialmente emblemática cuando se advierte que quien en la mayoría de las ocasiones denuncian los convenios colectivos son las representaciones de la empresa, mientras que con precedencia era la representación de los trabajadores.

3.- Descuelgue convencional y devaluación retributiva

El segundo aspecto más destacado de la reforma en materia de negociación colectiva se refiere al régimen de inaplicación del convenio colectivo derivado de la concurrencia de una causa económica, técnica, organizativa o productiva. Es bien sabido que esta institución del conocido como descuelgue salarial o, más ampliamente, convencional, presenta un largo recorrido en nuestra normativa laboral, por cuanto que se introduce ya a la altura de la reforma laboral de 1994. En todo caso, las claves con las que se verifica la reforma de 2012 son cualitativamente diversas a las precedentes, por cuanto que hasta ese momento se trataba de una fórmula que giraba siempre en torno a la idea de la flexibilidad negociada, mientras que a partir de esta última reforma se abre paso a un mecanismo que posibilita la inaplicación al margen del pacto directo o indirecto entre las partes, a resultas de la incorporación de un procedimiento de arbitraje obligatorio público iniciado a instancias exclusivamente de la representación empresarial.

Esta fórmula de arbitraje obligatorio ha sido objeto de amplia controversia en la doctrina laboral, si bien en tiempo reciente el Tribunal Constitucional la ha considerado plenamente compatible con los condicionantes constitucionales (SSTC 119/2014, de 16 de julio, BOE 15 de agosto; 8/2015, de 22 de enero, BOE 24 de febrero). En todo caso, dichos pronunciamientos del Alto Tribunal no dan una respuesta de plena constitucionalidad pues incorporan algunos matices y no dejan de suscitar algunas incertidumbres. En efecto, ante todo se trata de la única materia en la que de manera expresa se contiene un pronunciamiento expreso en clave sentencia interpretativa, por cuanto que advierte que al objeto de salvar el respeto al reconocimiento constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva, debe quedar abierta la posibilidad de revisión en sede judicial de los aspectos jurídicos derivados del pronunciamiento del árbitro a través del laudo. A pesar de que en este punto la sentencia resulta bastante clarificadora, no dejan de suscitarse algunos interrogantes, que necesariamente se tendrán que ir perfilando a través de resoluciones posteriores. En términos meramente telegráficos, habrá que indicar lo siguiente.

En primer lugar, el control de las causas puede derivarse tanto de que arbitrariamente se considera en sentido positivo o negativo la concurrencia de las causas, de lo que deriva que según circunstancias podrían impugnar el laudo una u otra parte, al propio tiempo

que el alcance de la resolución sería bien diferente. Podría suceder que el árbitro acordase la inaplicación, sobre la base de estimar la concurrencia de las causas, de cuya impugnación por parte de los representantes de los trabajadores derivase en hipótesis que judicialmente se estime que no concurrían las causas y por ende anule el laudo arbitral; pero también puede suceder que el árbitro desestime la solicitud de inaplicación, por entender que no concurren las causas justificativas, de cuya impugnación ahora por la dirección de la empresa derivase en hipótesis que judicialmente se estime que sí concurrían las causas, de nuevo anulando el laudo pero en esta ocasión sin capacidad jurisdiccional para decidir el órgano judicial las condiciones laborales alternativas, por lo que deberá devolver el asunto al árbitro para que ahora éste vuelva a dictar un nuevo laudo sobre la premisa de que sí concurren las causas legalmente previstas.

Mayores interrogantes plantea el control judicial del laudo que estima la inaplicación en cuanto al contenido preciso del régimen de condiciones sustitutivo. En esta vertiente la sentencia manifiesta una aparente contradicción, por cuanto que, de un lado ello lo conecta con la vertiente de conflicto de intereses, que desembocaría en la imposible impugnación judicial por este motivo, y la afirmación por parte de la sentencia de que el control judicial “alcanza también a aspectos de fondo de la cuestión sobre la que versa la decisión” y, por tanto, alcanza también a los elementos relativos al “contenido de la decisión o laudo arbitral”. A nuestro juicio, es posible integrar de manera complementaria ambas consideraciones en los siguientes términos: si bien con carácter general se trata de un laudo en equidad que, en cuanto a su contenido, resuelve un conflicto de intereses no revisable judicialmente, cabe una revisión de sus elementos externos, en clave de comprobar que el laudo no es contrario al principio de congruencia, anulable por *ultra petita*, *extra petita* o *infra petita*. De otra parte, cabe igualmente un control interno en la medida en que, a semejanza de lo que sucede respecto de la causalidad en los despidos económicos, aplicable aquí *mutatis mutandis*, es posible efectuar el correspondiente control de la razonabilidad de las medidas acordadas en el laudo, en clave de controlar la conexión entre causas determinantes y medidas adoptadas, así como la proporcionalidad de la medida igualmente en la relación causa-medidas.

Finalmente, el control judicial puede afectar a todo el resto de los elementos externos o de respeto a las exigencias procedimentales previstas legalmente, incluidas las garantías formales y de tramitación exigidas con carácter general a todos los laudos.

De otra parte, resalta en la argumentación de estas sentencias un apoyo reiterado a la justificación de la medida sobre la base de la situación de crisis económica general del país y no exclusivamente de la concreta empresa que procede a acometer el descuelgue

convencional. No deja de resultar llamativo el hecho de que en unas ocasiones el legislador anuda la vigencia en el tiempo de la correspondiente regulación con la pervivencia de la situación de crisis de empleo, pero en otras ocasiones, como es el caso precisamente del régimen del descuelgue convencional, no lo hace así por mucho que en términos de política legislativa esta coyuntura pueda ser la que ha desencadenado la decisión de introducir la correspondiente reforma; si bien el Tribunal ese elemento diferencial no lo advierte ni lo toma en consideración. Se contempla este elemento con tal intensidad, que en el modo de recogerlo el máximo intérprete de la Constitución lo transforma en requisito de constitucionalidad, con el resultado difícilmente asimilable para las categorías constitucionales habituales de llegarse a la consecuencia de que tales medidas dejarán de ser constitucionales a partir del momento en el que desaparezca el contexto de crisis económica. Por tanto, se abre el interrogante de si ello constituye un elemento decisivo y, por tanto, la lectura del precepto debe ser muy diversa en un escenario diverso en el que se haya superado la crisis económica.

En cuanto a los resultados materiales del nuevo régimen de la inaplicación convencional, nos encontramos de nuevo con un problema de insuficiencia de datos como para llevar a cabo una valoración afinada de los efectos producidos. Indiscutiblemente, es apreciable, en términos comparativos con lo que sucedía con anterioridad a la reforma, que se ha verificado un incremento notable de los procesos de inaplicación de convenios colectivos, concentrándose de manera muy generalizada en cambios que comportan reducciones retributivas, de modo que su posible efecto más relevante lo es en el terreno de la denominada devaluación salarial. Eso sí, esos datos sobre el impacto de los descuelgues también podrían relativizarse a la vista de las siguientes circunstancias: que en términos porcentuales, comparativamente con el total de trabajadores sometidos al conjunto de nuestro mapa convencional, las inaplicaciones no alcanzan tanta importancia, pudiendo considerarse, por tanto, su impacto relativamente marginal; que en la generalidad de las ocasiones dichas inaplicaciones se formalizan a través de acuerdo con las partes afectadas, es decir por canales de flexibilidad negociada, siendo ciertamente reducidos los procedimientos arbitrales que se han puesto en marcha en aplicación de la nueva regulación; que la mayoría de los procedimientos arbitrales iniciales han sido rechazados por defectos formales o de tramitación, por lo que el número de laudos arbitrales que se han dictado tienen el carácter de excepcionales; que, finalmente, el número de inaplicaciones está descendiendo en el último período, lo que puede suponer que la superación del escenario de crisis económica puede significar una mucho menor relevancia del mecanismo de descuelgue.

A pesar de todo ello, a nuestro juicio lo significativo no es tanto que sean pocos los arbitrajes obligatorios públicos en los nuevos procedimientos de descuelgue, sino la

premisa de que la representación empresarial puede hacer uso de un arma que, aunque virtual, tiene una notable capacidad de presión para propiciar el acuerdo en las fases previas del descuelgue. Más aún, los datos conocidos apuntan a que la gran mayoría de los acuerdos de descuelgue se producen con la intervención de las comisiones ‘ad hoc’ en empresas de dimensiones micro, de modo que hay nula capacidad de protagonismo sindical en estos procesos, cuando no se trate de pseudonegociaciones en la medida en que hay fundados elementos para dudar de la capacidad de negociación real de los interlocutores en representación de los trabajadores. Ello, a la postre, acaba teniendo un efecto colateral incluso en los procesos negociales auténticos, incluso de los convenios sectoriales, pues en la mente de los negociadores aflora con facilidad el riesgo sucesivo de que lo pactado en el ámbito sectorial sucesivamente venga erosionado por un proceso extendido de descuelgues.

4.- Preferencia convenio de empresa y pérdida de fortaleza negocial

El siguiente de los aspectos de relevancia modificado por la reforma en materia de negociación colectiva afecta a las reglas de concurrencia entre convenios colectivos. En concreto, la regla más importante a estos efectos es aquella que atiende a resolver la concurrencia entre convenios de empresa y sectoriales. Cuando se presenta este tipo de concurrencia se otorga preferencia aplicativa al convenio de empresa frente al sectorial, si bien es una preferencia parcial pues se extiende sólo a una concreta relación de materias. En concreto, la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, de grupo de empresa o de una pluralidad de empresas nominativamente identificada tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial en las siguientes materias: a) la cuantía del salario en sus diferentes partidas; b) el horario y la distribución de los tiempos de trabajo y de descanso; c) la adaptación del sistema de clasificación profesional; d) la adaptación de las modalidades de contratación; e) las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. Adicionalmente, a través de los acuerdos y convenios colectivos se podrán establecer otras materias adicionales para las que se aplique la preferencia aplicativa del convenio colectivo, pero en cambio se prohíbe que a la inversa dichos acuerdos y convenios puedan alterar la preferencia aplicativa del convenio de empresa otorgando mayor preponderancia al convenio sectorial (art. 84.2 ET).

Lo más importante de todo es que la regla se establece como de derecho necesario absoluto, de modo que, a diferencia de lo que sucede con las restantes previstas en el texto legal, en este caso resulta inalterable por parte de las representaciones sindicales y empresariales más representativas cuando diseñan la estructura negocial y las reglas de concurrencia entre diversos ámbitos de aplicación; o, por ser más precisos, que dicha

preferencia aplicativa del convenio empresarial no puede ser contradicha otorgando mayor aplicabilidad al convenio sectorial, sólo siendo admisible su reforzamiento por la vía de ampliar a través de la negociación colectiva las materias respecto de las cuales juega la preferencia del convenio empresarial.

También esta medida de la reforma fue discutida desde la perspectiva constitucional, en la medida en que reducía el margen de gestión por parte de los interlocutores sociales del diseño de la estructura de la negociación colectiva y su juego práctico, si bien con contundencia el Tribunal Constitucional ha considerado que ello no entra en colisión con el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectivo ni tampoco de la actividad sindical como contenido constitucional de la libertad sindical (STC 8/2015, de 22 de enero, BOE 24 de febrero).

Esa preferencia aplicativa provoca, pues, la necesaria nulidad de las cláusulas convencionales previstas en los convenios sectoriales opuestas a la presente regla de preferencia aplicativa, incluidas las reglas de preferencia contempladas en convenios pre-reforma en un marco en el que eran lícitas, pero devienen a contrarias al nuevo régimen legal (STC 26 de marzo de 2014, RJ 4345; SAN 10 de septiembre de 2012, AS 2514).

Una vez más, la regla de preferencia, aparentemente absoluta, requiere de su clarificación, por cuanto que en una lectura de conjunto del ordenamiento jurídico, no es de aplicación universal. De manera telegráfica, una vez más, resulta oportuno, enumerar las situaciones en los que no resulta de aplicación dicha regla de preferencia a favor del convenio empresarial.

Ante todo, conviene hacer notar que nos enfrentamos a una regla de mera preferencia aplicativa entre dos convenios colectivos de lícita firma por las partes. Ello significa que no nos encontramos ante una regla de distribución competencial de materias, por cuanto que todos los contenidos enumerados anteriormente son negociable e incluibles en el clausulado de un convenio colectivo sectorial. Eso sí, existente un convenio de empresa que regule dichas materias, el contenido sectorial queda en esta de suspensión aplicativa para esa empresa, no para el resto.

En casos tasados en el título primero del Estatuto de los Trabajadores se contienen reglas de reserva exclusiva a un determinado ámbito negocial, que se presenta a la inversa a favor del convenio sectorial en detrimento del empresarial, en cuyo caso no cabe aplicar la regla relativa a la preferencia aplicativa del convenio empresarial: duración del contrato de trabajo en prácticas (art. 11.1.b ET); duración contrato para obra o servicio determinado (art. 15.1.a ET); duración de los contratos eventuales (art.

15.1.b ET); utilización de fijos-discontinuos en modalidad a tiempo parcial (art. 15.8 ET).

Cuando el convenio de empresa ha decaído en su vigencia ultraactiva, tras el año de denuncia, si no hay pacto en contrario, no está vigente, no es aplicable y por tanto resulta de aplicación el convenio sectorial de ámbito superior (art. 86.3 *in fine* ET) (SAN 31 de marzo de 2014, JUR 110738).

Más allá de lo anterior, emergen ciertas dudas para la hipótesis en la que el convenio de empresa se encuentra en situación de vigencia ultraactiva, pues es discutible si la regla de la preferencia del convenio empresarial lo es sólo para las situaciones de vigencia ordinaria o también se extiende a los convenios prorrogados en ultraactividad. La incertidumbre a estos efectos es si podría resultar de aplicación, *mutatis mutandis*, aquella jurisprudencia que interpreta que la aplicación de la regla *prior in tempore*, de no afectación del convenio vigente anterior en el tiempo del apartado precedente, no es de aplicación a los convenios en situación de ultraactividad (STS 17 de mayo de 2004, RJ 4969; 2 de febrero de 2014, RJ 1069).

Asimismo, se presenta cierta discusión en torno al alcance de esta preferencia aplicativa respecto de los convenios infraempresariales, en concreto a título de ejemplo si también alcanza a los convenios colectivos de centro de trabajo o bien a los convenios empresariales de franja. Literalmente el precepto sólo se refiere a los convenios de empresa, ampliándolo expresamente respecto de los convenios colectivos de grupo de empresa y para redes empresariales. De este modo, la interpretación gramatical conduciría a excluir la preferencia aplicativa respecto de los convenios infraempresariales, por cuanto que cuando el legislador ha deseado efectuar una enumeración más amplia así lo ha hecho expresamente; aparte de que la lógica de la preferencia a favor del nivel empresarial no es trasladable como tal a los convenios colectivos de ámbito infraempresarial. Alguna resolución de los Tribunales Superiores de Justicia se orienta en esta dirección excluyente (STSJ, Madrid, 18 de mayo de 2015, sec. 3ª, procedimiento 197/2015), si bien no existe pronunciamiento expreso del Tribunal Supremo al respecto.

Naturalmente, la regla tampoco resulta de aplicación en las situaciones de concurrencia entre convenios infraempresariales de diverso nivel (centro de trabajo versus franja), ni entre convenios infraempresariales y convenios de empresa, de grupos de empresa o redes empresariales, ni tampoco entre estos tres últimos.

Tampoco es aplicable a los procesos de cambio de titularidad empresarial de los que deriva una subrogación contractual. Para estos casos se establece una regla especial de aplicación propia, consistente en la pervivencia aplicativa temporal del convenio que venía rigiendo (art. 44.4 ET).

Conviene asimismo advertir que la regla tampoco resulta de aplicación respecto de los convenios colectivos extraestatutarios y acuerdos de empresa; en particular, la negociación por comisiones ‘ad hoc’, por cuanto que la regla sólo es aplicable para los convenios colectivos estatutarios a resultas de la ubicación sistemática dentro del título tercero del Estatuto de los Trabajadores referible exclusivamente a estos últimos convenios estatutarios.

Para concluir, resulta necesario advertir que el método de establecimiento de una regla de preferencia aplicativa parcial por razón del contenido se articula a través de una relación de materias; relación de materias que no deja de suscitar también algunas dudas interpretativas, que indicamos de manera una vez más resumida.

Respecto del salario, la preferencia se extiende a la cuantía del salario base y de los complementos salariales. Expresamente se añade que en ello se incluyen los complementos vinculados a la situación y resultados de la empresa, así como al abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; precisiones estas últimas que, a nuestro juicio, tienen un carácter redundante, de innecesaria indicación desde el momento en que hubiera sido mucho más clara la referencia a que se aplica a todas cuantas cantidades tienen el carácter de salario. Jurisprudencialmente se ha aclarado que si con ello se produce una reducción de la retribución a percibir ello no puede tener efectos retroactivos (STS 18 de febrero de 2015, RJ 801). En sentido negativo, hay dos materias que quedan claramente excluidas: de una parte, la preferencia no juega respecto de las partidas extrasalariales conforme a la definición legal (art. 26.1 y 2 ET); de otra parte respecto del salario para el que se aplica la preferencia sólo se puede incidir sobre la cuantía, de modo que no se puede hacer respecto de los elementos cualitativos que alteren la estructura del salario; ni siquiera sería admisible hacerlo por vías ocultas de llevar determinada partida o complemento salarial a una cuantía equivalente a cero o irrelevante, pues tal conducta habría de valorarse como un fraude de ley pues de hecho lo que se pretende es alterar la estructura salarial (SAN 22 de abril de 2014, AS 1287). Asimismo, por idéntico motivo, en materia de horas extraordinarias sólo se puede abordar lo relativo a su cuantía o a su compensación con tiempo de descanso, pero no el resto del régimen jurídico en materia de horas extraordinarias, salvo que ello se acometa por vía de la siguiente de las materias que comentaremos. También quedan excluidas de la preferencia las reglas relativas a la liquidación y devengo salarial.

Por lo demás, conviene advertir que la regla pretende otorgar un protagonismo decidido al convenio de empresa para el diseño del equilibrio de costes salariales en la empresa y de derechos retributivos de los trabajadores. Por tanto, en lo que está pensando el legislador es que ello permanezca por excelencia en sede de negociación colectiva entre las representaciones de los trabajadores y la dirección de la empresa. Por ello, lo que no resulta admisible es que esa regla de la preferencia pueda ser utilizada como mecanismo

de huida de la negociación colectiva con vistas a otorgar al contrato de trabajo el protagonismo por excelencia de fijación de la cuantía retributiva, individualizando la materia. Tal resultado se produciría en la hipótesis en la que el convenio de empresa se limitase a fijar una retribución única para todos los empleados de la empresa, sin diferenciación alguna por situación profesional o del puesto de trabajo a desempeñar, en cuantía idéntica o muy próxima al salario mínimo; tal resultado es inimaginable que sea el efectivo que funcionaría en la empresa, pues materialmente lo que habría hecho el convenio de empresa es individualizar la materia más que pactarla, con lo cual se trataría de un uso abusivo de la regla de la preferencia aplicativa del convenio de empresa, con una funcionalidad claramente diversa a la concebida por el legislador.

La siguiente materia afectada por la preferencia aplicativa es la relativa al tiempo de trabajo, cifrada exactamente en el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. En esta ocasión, por contraste con lo relativo al salario donde la preferencia afectaba a la vertiente a los aspectos cuantitativos, aquí refiere a los de naturaleza cualitativa. Dicho en sentido negativo, ahora lo que queda excluido de la preferencia aplicativa a favor del convenio empresarial es lo que refiere a la jornada de trabajo, entendida esta en el sentido técnico del término de la cantidad de horas de trabajo de obligado cumplimiento de servicios por parte del trabajador: cantidad de tiempo de trabajo, sea jornada ordinaria, horas extraordinarias, jornada reducida o trabajo a tiempo parcial.

Un problema específico, que es extrapolable al conjunto del listado de materias del precepto, se presenta allí donde emerge una interferencia regulativa en términos tales que por la negociación colectiva sectorial se aborda la regulación de una materia que no es objeto de la presente preferencia pero que incide de manera indirecta sobre otra materia que sí se incluye dentro de las materias objeto de dicha preferencia; y, viceversa, la regulación por parte de un convenio de empresa de una materia que sí es objeto de la presente preferencia pero que de manera indirecta aborda aspectos de otras materias que no son objeto de la preferencia empresarial.

El caso más emblemático de ellos se refiere a un supuesto concreto en el que los negociadores en un convenio colectivo sectorial provincial fijaron la jornada anual de trabajo (1734 horas) (materia no preferente), al tiempo que regulaban también la cuantía del salario anualizado (materia preferente); a su vez, contemplaban como fórmula alternativa que en la hipótesis de que un convenio de empresa estableciera una retribución diferente más reducida (materia preferente), en ese caso la jornada anual máxima se reduciría notablemente (1540 horas) (materia no preferente). Indiscutiblemente el convenio sectorial puede tener preferencia aplicativa en la fijación de la jornada anual, si bien el dilema es hasta qué punto podía provocar por esa vía un impacto indirecto sobre la libertad de las partes a nivel individual de fijación de la cuantía retributiva. El asunto ha venido a ser resuelto por parte del Tribunal de Justicia

correspondiente, pronunciándose en términos favorables a la legalidad de la fórmula empleada por los negociadores del convenio colectivo sectorial (STSJ, Navarra, de 30 de julio de 2014, AS 2277). No obstante ello, el fallo de la sentencia no deja de provocar cierta perplejidad, por cuanto que no cabe la menor duda de que tal mecánica regulativa tiene la evidente finalidad de entrar a regular el régimen retributivo en términos tales de condicionar por la vía de los hechos la regla relativa a la preferencia aplicativa del convenio empresarial frente al sectorial.

La tercera de las materias se refiere a la clasificación profesional, si bien una vez más sin un corte limpio de modo que todo el régimen de clasificación profesional sea de aplicación preferente el convenio empresarial. En concreto, dicha preferencia afecta exclusivamente a la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores. No cabe la menor duda de que el legislador en esta materia introduce un típico concepto jurídico indeterminado, por cuanto que resulta enormemente difícil precisar qué aspecto entra dentro de la categoría de “adaptación” al ámbito de la empresa y qué materia no goza de la preferencia aplicativa por no ser mera adaptación. En términos de mera aproximación, cabría indicar lo que a nuestro juicio no abarca el término “adaptación” y, por ende, no se inserta dentro de la preferencia aplicativa del convenio de empresa. Así, no sería adaptación cuanto perteneciera al régimen general de la clasificación profesional. En segundo lugar, por derivación de lo anterior, tampoco podría admitirse que por vías ocultas de alteración de la cuantía salarial de ciertos niveles profesionales en el convenio de empresa, se achatasen por completo las diferencias entre grupos profesionales. Conviene recordar a estos efectos que el sistema de clasificación profesional atiende a una funcionalidad plural, no ceñida exclusivamente en la determinación del objeto de la prestación; en concreto, el sistema de clasificación profesional es una institución funcionalizada al diseño de una estructura salarial diferenciada, con un necesario abanico salarial diversificado por grupos profesionales. De este modo, lo que no cabe, con base en la preferencia aplicativa de lo referido a la cuantía salarial afectar de manera indirecta lo que refiere al régimen general de la clasificación profesional.

La cuarta materia afectada por la preferencia se refiere a las modalidades de contratación. De nuevo preferencia con matices, pues no se refiere a todo lo relativo a las modalidades, sino concretamente a la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por el Estatuto de los Trabajadores a los convenios de empresa. Ante todo aparece una vez más el término “adaptación”, lo que igualmente provoca la incertidumbre de su significado y, en particular, dificulta precisar qué aspectos de las modalidades se refieren al régimen general que no constituyen mera adaptación. Por lo demás, también sucede aquí que no enfrentamos a una redacción algo sorprendente, pues contiene una expresión algo enigmática, cuando se precisa que la preferencia afecta a los aspectos que se atribuyen en el Estatuto de los Trabajadores a

los convenios de empresa. A nuestro juicio, la expresión no puede interpretarse como la exigencia de que el texto legal contenga una remisión expresa en esta materia exclusivamente a los convenios de empresa, pues de ser así en realidad estaría contemplando lo contrario a lo que pretende: una “no preferencia” del convenio expresada en modo eufemístico, pues sólo admitiría la preferencia cuando la concreta norma así lo contemplara. A nuestro juicio, lo que está afirmando es que la preferencia juega siempre que la remisión se remita de manera genérica a cualquier convenio colectivo y, por tanto, también abarque al convenio de empresa. En sentido negativo, con ello se querrían excluir dos hipótesis: una cuando el texto legal se remite expresamente al convenio sectorial no admitiendo su intervención por parte de los convenios de empresa, en la relación de materias previamente mencionada; dos, cuando existiendo la posibilidad abstracta de que los convenios colectivos procedan a regular una materia para la que de manera implícita el texto legal deja juego de actuación a la negociación colectiva, pero sin efectuar expresa remisión a la misma.

Finalmente, la última de las materias respecto de las que se establece la preferencia es la relativa a la conciliación profesional: las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. Sin poder entrar en mayores detalles, la principal dificultad que deriva de esta materia es que tiene un carácter eminentemente genérico y, en particular, que la conciliación es una cuestión de carácter transversal, que incide sobre multitud de aspectos institucionales de las condiciones de trabajo. A tenor de ello, sin mayores precisiones, habría que advertir que este título preferencial no puede leerse en sentido expansivo, de modo que se convierta en excusa para invadir cualquier materia que afecte a condiciones de trabajo; más aún, cuando la conciliación no va referida en el texto exclusivamente a la compatibilidad con las responsabilidades familiares, sino mucho más genéricamente con lo personal, con el resultado nada positivo de que, a la postre, cualquier condición de trabajo acaba repercutiendo sobre el espacio personal del trabajador. Por ello, dicho de otro modo, sólo debe aplicarse esta preferencia cuando la finalidad primordial de la regulación sea la de establecer un régimen que propicie la conciliación y no lo provoque de manera meramente colateral o refleja.

A pesar de todas las consideraciones limitativas y condicionantes precedentes, no cabe la menor duda de que la preferencia aplicativa del convenio de empresa, expresada en los términos previstos en la reforma de 2012, posee una potencialidad práctica enorme, con unas intensas expectativas de impacto sobre el desarrollo futuro de la estructura de la negociación colectiva. Lo importante a estos efectos es la simplicidad de la regla, que se recibe como mensaje de capacidad de imposición de lo pactado en el convenio de empresa frente a lo negociado en el convenio sectorial. En la práctica, la relación de materias a las que afecta puede tener un impacto secundario, pues el mensaje principal del legislador desborda los matices de la distribución de materias. Ante todo, es

obligado recordar que la relación de materias no es técnicamente una regla de reparto de contenido, al modo de una negociación colectiva articulada, pues al convenio colectivo de empresa no se le prohíbe negociar el resto de materias, sino sólo se le niega la preferencia aplicativa; de este modo, formalmente si negocia esas otras materias, el único efecto que produce (siempre que el convenio de empresa sea posterior al sectorial) es postergar su aplicación en el tiempo al momento de la terminación de la vigencia ordinaria del convenio sectorial. Más aún, en una cultura refractaria a un modelo de negociación articulada, la tendencia natural será a que el convenio de empresa aborde todo y se aplique de facto todo lo negociado en el mismo.

En términos prácticos, parece que la reforma ha provocado un notable incremento en términos absolutos de los convenios colectivos de empresa, con creación de un elevado número de nuevas unidades negociales. Sin embargo, al propio tiempo, ello no parece que haya repercutido en una pérdida de peso de la negociación sectorial, dado que la impresión es que el porcentaje de trabajadores sometidos a convenios colectivos sectoriales (90 %) y empresariales (10 %) sigue casi inalterable. La explicación más plausible de ello es que esas nuevas unidades negociales de convenios de empresa afecten a organizaciones productivas micro, con un número bien reducido de trabajadores empleados en tales empresas. De ser así, el resultado puede considerarse bastante distorsionador, a pesar de su reducido impacto; bastante distorsionador por cuanto que lo novedoso puede estar desarrollándose en un terreno no previsto por el legislador, allí donde menor equilibrio contractual colectivo existe entre las partes y de hecho puede producirse una negociación más ficticia que real, de mera imposición unilateral de facto de condiciones por la parte de la dirección de la empresa.

Por lo demás, en esta materia igualmente ha de tomarse muy en consideración el impacto reflejo que puede estar teniendo la preferencia empresarial sobre el desarrollo de las negociaciones en el convenio sectorial. Es decir el impacto puede derivar no tanto porque con ello se altere la distribución de espacios entre convenio sectorial y empresarial, cuanto que la negociación sectorial se encuentre debilitada ante el riesgo de deriva posterior hacia una negociación empresarial a la baja, una vez más como espada de Damocles de la amenaza de la desvinculación de lo pactado en convenio sectorial vía emergencia del convenio de empresa, que no se materializa pero que incide sobre el proceso negocial del convenio de sector.

5.- Empobrecimiento de los contenidos negociales

Finalmente, de la reforma de 2012 habría que destacar también la técnica jurídica empleada en diversas ocasiones dirigida a bloquear posibles impactos del desarrollo de la negociación colectiva, lo que se advierte desde una triple perspectiva.

Primer plano de actuación, por la vía de superar técnicas precedentes de implicación de la negociación colectiva en el programa reformador. Así, se omiten las, en el pasado muy habituales, remisiones a la negociación colectiva, a los efectos de que los convenios colectivos procedieran a implementar y aplicar en la práctica lo que se presentaba como una mera propuesta reformista formulada desde la ley. Ahora lo que se contempla es la introducción de un nuevo régimen legal, que para su aplicación práctica no precisa de la intermediación de la negociación colectiva, por cuanto que la regulación legal se presenta como autosuficiente y no precisa de la intermediación de la negociación colectiva para su efectividad. Incluso a veces, presentando la apariencia de la necesidad de una adaptación de los convenios colectivos a los nuevos postulados legales, se incorpora una regulación que hace innecesaria dicha adaptación para que la reforma tenga impacto inmediato sobre la realidad laboral y empresarial. Cabe mencionar al efecto como ejemplo paradigmático la definitiva sustitución del modelo de clasificación profesional sobre la base de categorías por el más amplio de grupos profesionales, incluyéndose un plazo perentorio de un año para que los convenios colectivos procedan a la renovación del sistema de clasificación profesional en aquellos que aún no tengan incorporados el criterio de los grupos profesionales. Otro ejemplo, que no requiere de mayor detalle para no ser redundantes, es el relativo al procedimiento de descuelgue convencional: mientras que con precedencia todo el mecanismo de descuelgue quedaba al albur de lo que los diversos convenios estableciesen respecto del procedimiento de materialización del mismo, ahora la norma estatutaria es completa y perfecta, sin precisar su desarrollo ni aval por parte de la negociación colectiva en cada uno de los ámbitos y niveles.

Segundo plano de actuación, de mayor calado e intensidad, establecimiento de un régimen legal de carácter imperativo, que no admite su alteración por parte de la negociación colectiva, especialmente alteración en el sentido de contrarrestar los efectos deseados por el legislador de la reforma. De este modo, no se desea que la negociación colectiva tenga ningún impacto, por cuanto que se desea que éste provenga de la norma estatal y, en particular, que el convenio colectivo no pueda minorar ni impedir ese impacto legal. Basta con mencionar varios ejemplos al respecto: la prohibición de que los convenios colectivos establezcan reglas relativas a la jubilación obligatoria como instrumento de política de empleo, con vistas a que los convenios colectivos no puedan reducir el efecto deseado de prolongación de la edad de jubilación; el establecimiento del período de prueba de un año para los contratos dirigidos a las pequeñas empresas, sin permitir que los convenios colectivos puedan alterar la duración de este período de prueba, siendo por contraste esa posibilidad amplísima para el régimen general del período de prueba para el resto de los contratos. Tercer ejemplo, que igualmente no requiere de mayor detalle, es el relativo de nuevo a la preferencia aplicativa del convenio de empresa, que por su carácter de absoluto no permite su alteración por parte de la negociación colectiva, ni siquiera por parte de los acuerdos interprofesionales.

Un último plano, se introduce posteriormente, con ocasión de la reforma del régimen del trabajo a tiempo parcial. Aquí sí existe algún tipo de remisión a la negociación colectiva, pero lo es en clave de ahora una remisión en dirección única a la actuación por parte de la negociación colectiva. Ahora la técnica consiste en la fijación de un espacio de flexibilidad laboral a favor de la empresa, dejando juego a la negociación colectiva exclusivamente en la dirección de ampliación de los correspondientes márgenes de flexibilidad, pero nunca de condicionamiento o compensación con otros intereses en juego. Así sucede en el porcentaje de horas complementarias a realizar por el trabajador a tiempo parcial, que sólo puede ser incrementado por la negociación colectiva respecto del contemplado legalmente (art. 15.5.c ET), o bien el plazo de preaviso del requerimiento de realización de las n horas complementarias, que sólo se admite que pueda ser reducido por la negociación colectiva respecto del tiempo previsto legalmente (art. 15.5.d ET). Algo similar ya se establecía respecto de la preferencia aplicativa del convenio empresarial, ya analizada, en términos que la lista de materias objeto de la preferencia sólo puede ser ampliada respecto de la legalmente contemplada.

Por lo demás, para concluir, no es ya sólo que la ley restrinja la posibilidad de introducir vía negociación nuevas reglas de flexibilidad negociada, cuanto que se constata que algunas de las nuevas unidades negociales son más aparentes que reales, por cuanto que sus contenidos negociales son escasísimos, cuando no puramente formales o ficticios; algunos textos convencionales son especialmente sorprendentes, no pasando de un número reducidísimo de preceptos, sin innovación alguna respecto de los mínimos legales, con lo cual, de hecho, materialmente se corresponderían con ámbitos en los que lo que se produce es una ausencia de regulación de las condiciones de trabajo por parte del convenio colectivo y, por ende, una ficticia cobertura negocial.