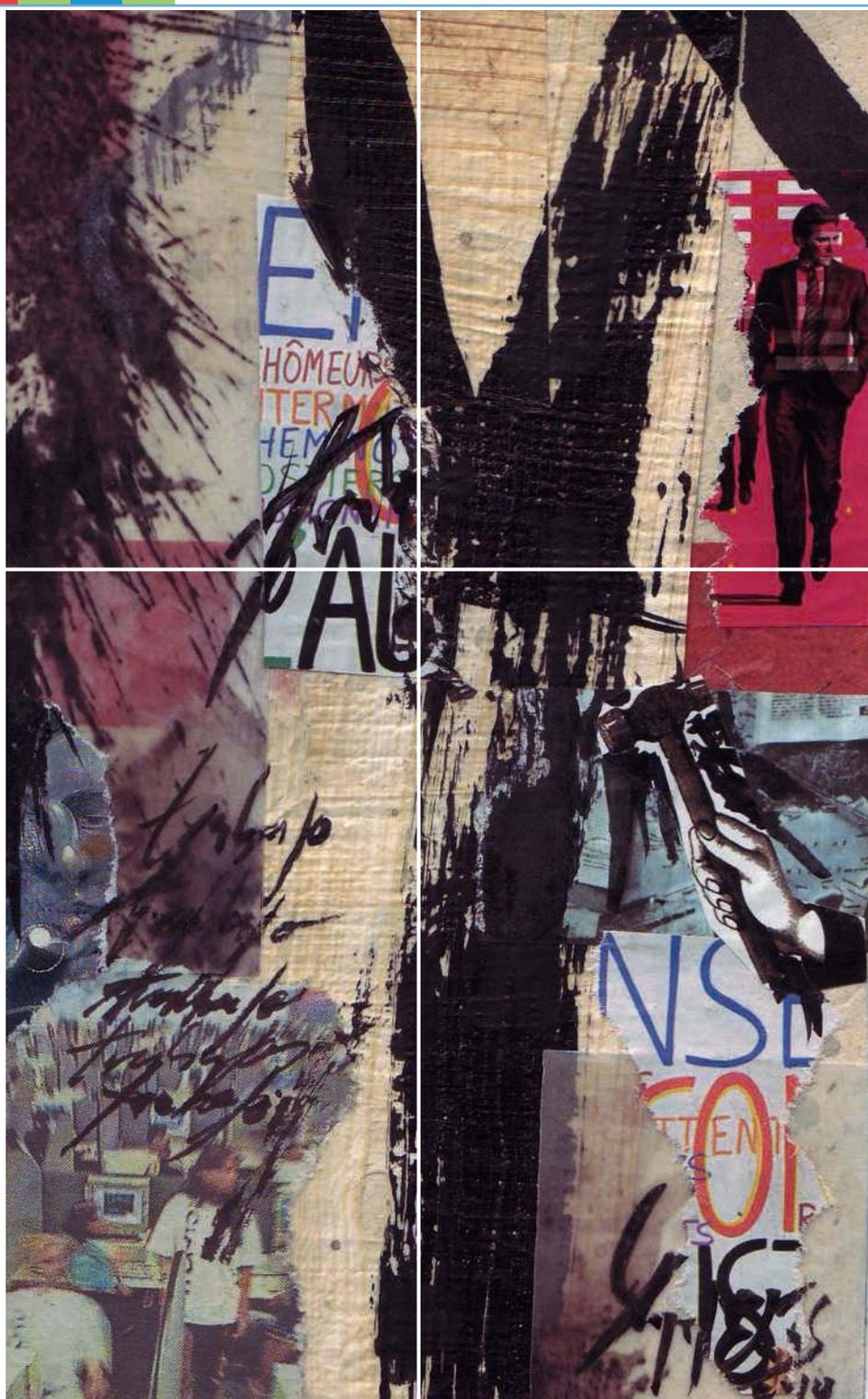


Director: *Manuel Carlos Palomeque López*

Trabajo y Derecho

NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES

NÚM. 21 • SEPTIEMBRE 2016



■ OPINIÓN:

- La contraproducente prioridad aplicativa del convenio de empresa
- La aplicación de la Directiva sobre trabajo temporal en las Administraciones Públicas
- Nuevas tecnologías y trabajo (II)
- La modificación contractual directa de las retribuciones

Consulte en
<http://smarteca.es/>
la revista en su formato
electrónico



Trabajo y Derecho, que se ofrece como una revista mensual de calidad, moderna y crítica, acoge en su seno cuantos asuntos interesan en general a la regulación jurídica del trabajo, de las relaciones laborales individuales y de las colectivas o sindicales, así como al sistema de protección social en su conjunto. Sin dejar de mirar al propio tiempo, cuando ello se requiera, a otras disciplinas próximas, como la economía o la sociología. Y lo hace desde una perspectiva científica o académica y también práctica, para abrir de este modo su campo de observación a la realidad jurídica laboral en España y en la Unión Europea, que es ofrecida y analizada desde la legislación, la jurisprudencia, el debate doctrinal, la práctica sindical y la actividad profesional.



El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de Wolters Kluwer España, S.A., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones.

El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Los estudios destinados a esta revista serán objeto de evaluación externa.

© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

ISSN Impreso: 2386-8090 ISSN Electrónico: 2386-8112

Depósito Legal: M-2-2015

URL: <https://tienda.smarteca.es/p/651/trabajo-y-derecho>

Diseño, Preimpresión e Impresión Wolters Kluwer España, S.A.

Imagen de cubierta: Miguel Elías Sánchez



	SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE REDACCIÓN 902 250 500 tel 902 250 502 fax clientes@wolterskluwer.es C/ Collado Mediano, 9 28231 Las Rozas (Madrid) www.wolterskluwer.es

Trabajo y Derecho

NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES

DIRECTOR

Manuel Carlos Palomeque López
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Salamanca)

SUBDIRECTORES

Margarita Isabel Ramos Quintana
Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad de La Laguna)

Wilfredo Sanguinetti Raymond
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Salamanca)

SECRETARIO

Juan Bautista Vivero Serrano
Profesor Titular de Derecho del Trabajo (Universidad de Salamanca)

SECCIONES

Opinión

Estudios

Unión Europea y agenda internacional
(a cargo de *M. I. Ramos Quintana*,
subdirectora)

Jurisprudencia
(a cargo de *J. B. Vivero Serrano*,
secretario)

Legislación

(a cargo de *E. Cabero Morán*,
Profesor Titular de Derecho del Trabajo,
Universidad de Salamanca)

Libros

(a cargo de *M. Álvarez de la Rosa*,
Catedrático de Derecho del Trabajo,
Universidad de La Laguna)

Práctica jurídica y despachos profesionales

(a cargo de *J. R. Mercader Uguina*,
Catedrático de Derecho del Trabajo,
Universidad Carlos III de Madrid)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Manuel Carlos Palomeque López, Margarita Isabel Ramos Quintana, Wilfredo Sanguinetti Raymond, Juan Bautista Vivero Serrano, Enrique Cabero Morán, Manuel Álvarez de la Rosa, Jesús Rafael Mercader Uguina

COMITÉ DE EVALUACIÓN EXTERNA

Jesús Baz Rodríguez
Profesor Titular de Derecho del Trabajo (Universidad de Salamanca)

Ángel Blasco Pellicer
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Valencia)
Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Jaime Cabeza Pereiro
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Vigo)

Dulce María Cairós Barreto
Profesora Titular de Derecho del Trabajo (Universidad de La Laguna)

Juan José Fernández Domínguez
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de León)

Juan Gorelli Hernández
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Huelva)

David Lantarón Barquín
Profesor Titular (Acreditado para CU) de Derecho del Trabajo (Universidad de Cantabria)

Magdalena Nogueira Guastavino
Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad Autónoma de Madrid)
Directora de la revista *Documentación Laboral*

Rafael Sastre Ibarreche
Profesor Titular de Derecho del Trabajo (Universidad de Salamanca)

Francesc Pérez Amorós
Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Autónoma de Barcelona)
Yolanda Valdeolivas García
Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad Autónoma de Madrid)

CONSEJO CIENTÍFICO ASESOR

Antonio Pedro Baylos Grau

Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Castilla La Mancha)
Director de la *Revista de Derecho Social*

Ricardo Bodas Martín

Presidente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional

María Emilia Casas Baamonde

Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad Complutense de Madrid)
Directora de la revista *Derecho de las Relaciones Laborales*

Jesús Cruz Villalón

Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Sevilla)
Presidente de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Director de la revista *Temas Laborales*

Isabelle Daugareilh

Directora de investigación en el Centre National de la Recherche Scientifique (Universidad de Burdeos)

Aurelio Desdentado Bonete

Magistrado (e) del Tribunal Supremo

Federico Durán López

Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Córdoba)
Of Counsel del Departamento Laboral de Garrigues Abogados

Maximilian Fuchs

Profesor de Derecho del Trabajo (Universidad de Ingolstadt)

Ignacio García-Perrote Escartín

Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Nacional de Educación a Distancia)
Director del Departamento Laboral de Uría y Menéndez Abogados
Director de la *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*

Adrián Goldín

Profesor Titular de Derecho del Trabajo (Universidad de Buenos Aires)

Santiago González Ortega

Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Pablo de Olavide de Sevilla)

José Luis Goñi Sein

Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Pública de Navarra)

Jorge Leite

Profesor (e) de Derecho del Trabajo (Universidad de Coimbra)

María Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad de Cantabria)

Antonio Martín Valverde

Catedrático (e) de Derecho del Trabajo
Magistrado (e) del Tribunal Supremo

José Luis Monereo Pérez

Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Granada)
Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Director de la *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*

Alfredo Montoya Melgar

Catedrático (e) de Derecho del Trabajo (Universidad Complutense de Madrid)
Director de la *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*

Luca Nogler

Profesor Ordinario de Derecho del Trabajo (Universidad de Trento).
Director de la revista *Giornale di Diritto del lavoro e Relazioni Industriali*.

Antonio Ojeda Avilés

Catedrático (e) de Derecho del Trabajo (Universidad de Sevilla)
Presidente del Instituto Europeo de Relaciones Industriales

Sofía Olarte Encabo

Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad de Granada)

Marcos Peña Pinto

Inspector de Trabajo y Seguridad Social
Presidente del Consejo Económico y Social de España

Francisco Pérez de los Cobos Orihuel

Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Complutense de Madrid)
Presidente del Tribunal Constitucional

Salvador del Rey Guanter

Catedrático de Derecho del Trabajo (ESADE Law School)
Socio del Área Laboral de Cuatrecasas Gonçalves Pereira
Presidente del Instituto Internacional Cuatrecasas de Estrategia Legal en Recursos Humanos

Miguel Rodríguez-Piñero Royo

Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Sevilla)

Gloria Pilar Rojas Rivero

Catedrática de Derecho del Trabajo (Universidad de La Laguna)

Eduardo Rojo Torrecilla

Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Autónoma de Barcelona)

Umberto Romagnoli

Profesor Ordinario (e) de Derecho del Trabajo (Universidad de Bolonia)
Director de la revista *Lavoro e diritto*

Juan Antonio Sagardoy Bengoechea

Catedrático (e) de Derecho del Trabajo (Universidad Complutense de Madrid)
Presidente de Honor de Sagardoy Abogados

Tomás Sala Franco

Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad de Valencia)

María Luisa Segoviano Astaburuaga

Magistrada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Antonio V. Sempere Navarro

Catedrático de Derecho del Trabajo (Universidad Rey Juan Carlos de Madrid)
Magistrado de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo
Director de la *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*

Tiziano Treu

Profesor Ordinario (e) de Derecho del Trabajo (Universidad Católica de Milán)
Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Luis Enrique de la Villa Gil

Catedrático (e) de Derecho del Trabajo (Universidad Autónoma de Madrid)
Of Counsel de Roca Junyent Abogados
Director de la *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Humberto Villasmil Prieto

Especialista Principal en Derecho del Trabajo (Organización Internacional del Trabajo)

Alfredo Villavicencio Ríos

Profesor Principal de Derecho del Trabajo (Pontificia Universidad Católica del Perú)

Trabajo y Derecho

NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES

Núm. 21 • SEPTIEMBRE 2016

SUMARIO

OPINIÓN

- La contraproducente prioridad aplicativa del convenio de empresa 10
por Wilfredo Sanguineti Raymond

ESTUDIOS

- La aplicación de la Directiva 1999/70/CE sobre Trabajo Temporal en las Administraciones Públicas: los conceptos de «situaciones comparables» y de «razones objetivas»... 15
María Nieves Moreno Vida
- Nuevas tecnologías y trabajo (II): perspectiva constitucional 34
Miquel Àngel Falguera Baró
- La modificación contractual directa de las retribuciones 52
Jesus Lahera Forteza

UNIÓN EUROPEA Y AGENDA INTERNACIONAL

(a cargo de Margarita Isabel Ramos Quintana)

Debates con la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Primacía del principio de igualdad de trato sobre el principio de seguridad jurídica y confianza legítima 64
por Cristina Sánchez-Rodas Navarro

- Últimos perfiles judiciales del despido de las mujeres trabajadoras en tratamiento de fertilidad 68
por Raquel Poquet Catalá

JURISPRUDENCIA

(a cargo de Juan Bautista Vivero Serrano)

Observatorio temático de jurisprudencia

- Vídeo-vigilancia en el trabajo: una vuelta a la jurisprudencia clásica 74
por Eduardo Enrique Taléns Visconti

Las sentencias del mes

- Las sentencias anotadas 81

LEGISLACIÓN

(a cargo de Enrique Cabero Morán)

Observatorio temático de legislación

- Reestructuración y «saneamiento» de empresas en situaciones concursales como alternativa a su extinción: tratamiento jurídico después de las últimas reformas legislativas (I) 92
por José Luis Monereo Pérez

Las novedades legislativas a examen

- Las disposiciones anotadas 110

LIBROS

(a cargo de Manuel Álvarez de la Rosa)

- El Derecho del Trabajo con perspectiva de género 116
por Sarai Rodríguez González
- La concertación social en España..... 121
por Luis Ángel Triguero Martínez

PRÁCTICA JURÍDICA Y DESPACHOS PROFESIONALES

(a cargo de Jesús R. Mercader Uguina)

Estudios de práctica jurídica

- El modelo actual de organización de la prevención en las empresas en el debate político 123
por Amanda Moreno Solana

Informes, dictámenes y notas de urgencia

- Cómputo de los plazos en el sistema LexNET. Aclaración de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo mediante acuerdo no jurisdiccional, de 6 de julio de 2016 135
por Bruno Álvarez Padín

RELACIÓN DE SENTENCIAS Y DISPOSICIONES LEGALES ANOTADAS

Las sentencias del mes

■ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- Sistema de autonomía y atención a la dependencia y jornada mínima de trabajo en el sector público: constitucionalidad de los preceptos de la Ley 2/2012, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012, relativos al sistema de autonomía y atención a la dependencia y al establecimiento de una jornada mínima de trabajo (37 horas y media semanales) en el sector público. *STC (Pleno) 99/2016, de 25 de mayo.*

■ TRIBUNAL SUPREMO

- Complementos salariales durante las vacaciones anuales: nueva jurisprudencia que en aplicación del Convenio 132 de la OIT, y de conformidad con la jurisprudencia del TJUE, obliga a la negociación colectiva a respetar la retribución normal o media durante las vacaciones anuales, incluyendo todos los complementos salariales ordinarios, los percibidos con regularidad. No es un complemento ordinario el *bonus* anual por cumplimiento de objetivos; sí lo es, en cambio, la comisión por ventas o incentivo a la producción percibido habitualmente. *SSTS, 4ª (Pleno), 8-6-2016, recurso de casación 207/2015, y recurso de casación 112/2015.*
- Convenio colectivo: nulidad del convenio de ámbito infraempresarial por no estar válidamente constituido el banco social de la comisión negociadora. Tras la celebración de nuevas elecciones sindicales y pese a la impugnación arbitral de las mismas la representación unitaria anterior no puede considerarse prorrogada, sin que por tanto pueda integrarse en la comisión negociadora. *STS, 4ª, 11-5-2016, recurso de casación 187/2015.*
- Despido colectivo: el plazo de caducidad de la acción empresarial de jactancia (art. 124.3 LRJS) está vinculado al plazo de caducidad de la acción colectiva por despido. Notificación del despido colectivo a la representación de los trabajadores efectuada en el acta final del periodo de consultas concluido sin acuerdo. *STS, 4ª (Pleno), 1-6-2016, recurso de casación 257/2015.*
- Imposición de costas a sindicatos: no procede la imposición de costas al sindicato vencido en suplicación por un afiliado sancionado (expulsado) ilícitamente al defender el sindicato en dicho pleito un interés colectivo (art. 235.1 LRJS en relación con el art. 20.4 LRJS). *Obiter dicta*, cuando el sindicato defienda un interés particular, por ejemplo como empleador, no gozará ni del beneficio de justicia gratuita ni de la exención de la imposición de costas. *STS, 4ª (Pleno), 11-5-2016, rcud 3323/2014.*
- Incapacidad permanente parcial: la pérdida total de la visión de un ojo constituye situación de incapacidad permanente parcial para la profesión de abogado. Admisión

excepcional de la casación unificadora en materia de incapacidad permanente. *STS, 4ª, 4-5-2016, rcud 1986/2014.*

- Jubilación forzosa por convenio colectivo: no puede recurrirse a la jubilación forzosa vía convenio colectivo (anterior a la reforma de 2012 y durante su vigencia prevista) si no se cumplen las correspondientes medidas convencionales de fomento del empleo y ello aunque lo impida alguna norma legal de contención del déficit público (RDL 20/2011 en el caso de autos). Nulidad del despido en vez de improcedencia por estar basado en un factor discriminatorio, la edad avanzada. *STS, 4ª, 11-5-2016, rcud 2530/2014.*
- Prestación de incapacidad temporal: responsabilidad subsidiaria de la Mutua (o del INSS) en caso de impago empresarial del subsidio por contingencias comunes durante los días 4º a 15º. Reitera doctrina del año 1998. *STS, 4ª, 9-5-2016, rcud 3535/2014.*
- Reducción de la jornada por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar: concreción horaria conforme a la mejora convencional de la regulación legal, concretamente dentro de la jornada ordinaria en lugar de dentro de la jornada diaria. Adecuación del proceso de conflicto colectivo. *STS, 4ª, 18-5-2016, recurso de casación 198/2015.*

■ AUDIENCIA NACIONAL

- Complemento salarial antiabsentismo: no es lícito computar para el devengo del incentivo unilateralmente implantado por el empresario las ausencias ligadas al disfrute de los permisos retribuidos. Es lícito, en cambio, computar las ausencias por permisos no retribuidos reconocidos convencionalmente, por suspensión contractual por incapacidad temporal o por suspensión disciplinaria de empleo y sueldo. *SAN, Sala de lo Social, 8-6-2016, núm. 102.*

■ TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- Contrato de trabajo y pareja de hecho: no puede equipararse al matrimonio la pareja de hecho, sin que por tanto proceda aplicar la presunción *iruis tantum* de no laboralidad del artículo 1.3.e) ET. Existencia de genuina relación laboral pese al impago absoluto del salario y pese al carácter esporádico de la prestación de trabajo. *STSJ de Galicia, Sala de lo Social, 28-4-2016, recurso de suplicación 4393/2015.*
- FOGASA: la estimación de la solicitud del interesado por silencio administrativo positivo (3 meses) puede ser enervada por la posterior resolución expresa estimatoria de la solicitud, si bien por un importe inferior a lo solicitado, coincidente con el límite legal de responsabilidad subsidiaria del Fogasa. Inaplicación de la doctrina sentada en la *STS, 4ª, 16-3-2015, rcud 802/2014. STSJ de Murcia, Sala de lo Social, 16-5-2016, recurso de suplicación 126/2015.*
- Revisión salarial e IPC negativo: no procede la revisión o actualización salarial a la baja para el año 2015 pese al valor negativo del IPC real del año 2014 (-1%) al no quedar probado que más allá de los términos literales del convenio colectivo la voluntad de las partes fuera revisar el salario tanto al alza como, en su caso, a la baja. *STSJ de Navarra, Sala de lo Social, 8-2-2016, recurso de suplicación 564/2015.*

- Ultraactividad del convenio colectivo estatutario y trabajadores de nuevo ingreso: los trabajadores de nuevo ingreso, contratados tras la pérdida *ex lege* de la vigencia ultraactiva del convenio colectivo denunciado, no se benefician de la contractualización de las condiciones salariales del convenio decaído. *STSJ del País Vasco, Sala de lo Social, 23-2-2016, recurso de suplicación 161/2016.*

Las novedades legislativas a examen

■ LEGISLACIÓN ESTATAL

- Real Decreto 287/2016, de 1 de julio, por el que se modifica el Real Decreto 939/1997, de 20 de junio, por el que se regula la afectación al programa de fomento de empleo agrario, de créditos para inversiones de las Administraciones Públicas en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura y en zonas rurales deprimidas (BOE 2 de julio de 2016).
- Orden ESS/1003/2016, de 22 de junio, por la que se prorrogan los plazos para la presentación de las solicitudes y la remisión de los informes-propuesta de los incentivos correspondientes al ejercicio 2015, al amparo del Real Decreto 404/2010, de 31 de marzo, por el que se regula el establecimiento de un sistema de reducción de cotizaciones por contingencias profesionales a las empresas que hayan contribuido especialmente a la disminución y prevención de la siniestralidad laboral (BOE 23 de junio de 2016).
- Resolución de 23 de mayo de 2016, de la Tesorería General de la Seguridad Social, por la que se modifica el ámbito territorial de determinadas unidades de recaudación ejecutiva de la Seguridad Social en las Direcciones Provinciales de Madrid y Valladolid (BOE 31 de mayo de 2016).
- Acuerdo de 2 de junio de 2016, de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Galicia relativo a la modificación de las normas de reparto de la Sala de lo Social (BOE 14 de junio de 2016).

■ LEGISLACIÓN AUTONÓMICA

- Aragón. Decreto 72/2016, de 14 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el Decreto 110/2005, de 24 de mayo, por el que se crea el Registro de Delegados de Prevención y de Comités de Seguridad y Salud y se regula el depósito de las comunicaciones de designación y constitución de los mismos, y Decreto 73/2016, de 14 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se crea el Registro de entidades especializadas acreditadas para actuar como servicios de prevención ajenos y de personas o entidades especializadas autorizadas para desarrollar la actividad de auditoría o evaluación externa del sistema de prevención en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón (BOA 24 de junio de 2016).

- Asturias. Ley 1/2016, de 10 de junio, de medidas retributivas (BOPA 14 de junio de 2016 y BOE 6 de julio de 2016).
- Asturias. Decreto 34/2016, de 16 de junio, de primera modificación del Decreto 72/2014, de 23 de julio, por el que se regula la utilización de unidades móviles por los servicios de prevención de riesgos laborales, y Resolución de 6 de junio de 2016, de la Consejería de Empleo, Industria y Turismo, por la que se ordena la inscripción del Acuerdo Interprofesional para la creación y regulación de los Delegados Territoriales de Prevención en el Principado de Asturias para el período 2016-2019, así como de su reglamento de funcionamiento, en el Registro de convenios y acuerdos colectivos de trabajo dependiente de la Dirección General de Trabajo (BOPA 23 de junio de 2016).
- Baleares. Ley 8/2016, de 30 de mayo, para garantizar los derechos de lesbianas, gays, trans, bisexuales e intersexuales y para erradicar la LGTBI fobia (BOIB 2 de junio de 2016 y BOE 30 de junio de 2016).
- Castilla y León. Orden EMP/558/2016, de 15 de junio, por la que se establecen las bases reguladoras del Programa Personal de Integración y Empleo (PIE) dirigido a trabajadores desempleados para la mejora de su empleabilidad e inserción laboral (BOCYL 21 de junio de 2016).
- Castilla y León. Orden EYH/595/2016, de 22 de junio, por la que se aprueban las normas de organización y funcionamiento de la Comisión Regional de Minería de Castilla y León (BOCYL 1 de julio de 2016).
- Extremadura. Decreto-ley 1/2016, de 10 de mayo, de medidas extraordinarias contra la exclusión social (DOE 11 de mayo de 2016 y BOE 17 de junio de 2016).
- Galicia. Ley 6/2016, de 4 de mayo, de la economía social de Galicia (DOG 18 de mayo de 2016 y BOE 18 de junio de 2016).
- Murcia. Ley 7/2016, de 18 de mayo, de reforma de la Ley 12/2014, de 16 de diciembre, de Transparencia y Participación Ciudadana de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia (BORM 20 de mayo de 2016 y BOE 22 de junio de 2016).
- Murcia. Ley 11/2016, de 15 de junio, por la que se modifica la Ley 7/2007, de 4 de abril, para la Igualdad entre Mujeres y Hombres, y de Protección contra la Violencia de Género en la Región de Murcia (BORM 17 de junio de 2016 y BOE 12 de julio de 2016).
- País Vasco. Ley 5/2016, de 21 de abril, de modificación de la Ley de Gestión de Emergencias (BOPV 27 de abril de 2016 y BOE 23 de junio de 2016).
- País Vasco. Ley 6/2016, de 12 de mayo, del Tercer Sector Social de Euskadi (BOPV 19 de mayo de 2016 y BOE 23 de junio de 2016).
- País Vasco. Decreto 82/2016, de 31 de mayo, por el que se ordena la formación profesional para el empleo en Euskadi (BOPV 7 de junio de 2016).



La contraproducente prioridad aplicativa del convenio de empresa

«La novedad que ahora se incorpora va encaminada [...] a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y sus trabajadores»

Preámbulo de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

La cuestión relativa a la ordenación de las relaciones entre los instrumentos convencionales de distinto nivel es, sin duda, una de las de más difíciles y complejas del Derecho del Trabajo. Ello se debe, antes que nada, a las singulares características del poder regulador del que emanan. En tanto expresión de la capacidad de los protagonistas de las relaciones laborales de ordenar sus relaciones e intereses contrapuestos, la autonomía colectiva es, como ha puesto de relieve en más de una ocasión la doctrina, un poder disperso y asistemático, en la medida en que, no sólo recae sobre un conjunto indeterminado de sujetos (todos los que, en un nivel u otro, representan a los trabajadores y empresarios), sino que se expresa a través de fórmulas muy diversas (convenios colectivos, acuerdos marco, pactos de empresa, de los más variados ámbitos territoriales y funcionales), no coordinadas en principio unas con las otras.

La ordenación que se haga de tales instrumentos no es, por lo demás, una que pueda solventarse en base a criterios puramente técnicos. No se trata solamente de que, al emanar todos del mismo poder regulador, no resulte posible establecer entre ellos ninguna prelación o preferencia intrínseca. Es que sobre ella inciden otros factores, como los relativos a las relaciones de poder entre los sujetos que los negocian o los efectos que sobre el sistema de relaciones laborales y la economía en general puede tener la decisión de privilegiar uno u otro instrumento o ámbito de contratación sobre los demás. En el fondo se trata, así pues, de una cuestión en gran medida de política del Derecho, cuya solución puede variar, no sólo de un ordenamiento a otro, sino de una etapa histórica a otra dentro de un mismo ordenamiento. Muestra palpable de esto último es, precisamente, el tratamiento que ha merecido a lo largo de las últimas décadas dentro del Derecho del Trabajo español.

Como ha sostenido uno de los observadores más atentos de la evolución del tratamiento normativo de nuestra negociación colectiva, el legislador del Estatuto de los Trabajadores de 1980 optó por mantener una posición de neutralidad en cuanto a la elección por las partes de los niveles de contratación, encomendando la tarea de ordenar las relaciones entre los mismos, y por tanto de renovar la estructura negocial, a las organizaciones sindicales y empresariales más representativas de nivel estatal o autonómico, mediante la creación un potente instrumento: el acuerdo marco estructural. Fue así cómo, mientras el apartado 1 del artículo 83 dispuso que los convenios colectivos «tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden», su apartado 2 atribuyó a dichas organizaciones capacidad de establecer, mediante «acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos», «la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito», dotando a esta regulación de carácter vinculante para los niveles inferiores.

No obstante, entre tanto se produjese dicha ordenación, el legislador decidió garantizar la estabilidad de la estructura de la negociación ya existente, a través de la regla sobre concurrencia contenida en el artículo 84, de acuerdo con la cual «un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto», salvo pacto en contrario, conforme al precepto citado. El efecto de esta regla no es otro que sancionar la aplicación preferente del convenio *prior in tempore*, actuando como muro de contención frente a la tentativa de arrebatarle todo o parte de su ámbito de «soberanía» por parte de otro posterior. Naturalmente, así concebida, se trata de una regla sumamente rígida, capaz producir una «petrificación» de la estructura contractual vigente en cada momento, cuya



única justificación se encontraba en la razón de conveniencia antes apuntada.

Esa esperada reordenación pactada de la estructura de nuestra negociación colectiva, sin embargo, nunca llegó. Si bien desde los años ochenta la práctica totalidad de los grandes acuerdos y pactos sociales de ámbito confederal han venido haciendo referencia a la necesidad de racionalizar la red de unidades de negociación imperante en España, ninguno de ellos se ha inclinado por adoptar criterios claros y vinculantes sobre el particular. La previsión del artículo 84, pensada como transitoria y puramente dispositiva para la autonomía colectiva, terminó así por perpetuarse y dar lugar a la «cristalización» de una arcaica organización de los niveles de contratación, heredada en gran medida de la situación anterior a la entrada en vigor del Estatuto, cuyo rasgo más característico está representado por el predominio de los convenios de sector de reducida dimensión (generalmente provinciales), en desmedro del espacio de los nacionales y de empresa. De hecho, aun hoy esa estructura «ambivalente», semicentralizada o semidescentralizada, según se la mire, sigue siendo la imperante si se tiene en cuenta que alrededor del 51% de trabajadores se rigen por convenios del primer tipo, mientras que los de ámbito nacional y de empresa, aún habiendo incrementado su tasa de cobertura, alcanzan sólo al 12 y al 37%, respectivamente, de los trabajadores por cuenta ajena en nuestro país.

Este tipo de sistemas «intermedios» son, como es sabido, los más problemáticos de todos los posibles. Esto se debe a que, si por una parte resultan demasiado descentralizados como para propiciar una reducción de la conflictividad o favorecer la adopción de políticas de rentas en momentos de crisis, como sucede con los centralizados, por la otra terminan siendo excesivamente centralizados como para permitir una satisfactoria adaptación de las condiciones de trabajo, y en particular los salarios, a la situación y necesidades específicas de las empresas, según ocurre en el caso de los completamente descentralizados. Se acumulan así inconvenientes mientras las ventajas terminan por diluirse.

En los años ochenta este diseño fue cuestionado por su excesiva descentralización, que dificultaba la aplicación de las medidas de contención salarial consideradas necesarias para afrontar los efectos de la crisis económica, recurriéndose a la figura del acuerdo social bipartito o tripartito intersectorial para conseguir ese efecto. Semejante percepción cambiará radicalmente hacia mediados de los años noventa. A partir de entonces este mismo sistema sería valorado negativamente, paradójicamente, debido a su excesiva centralización. Un rasgo que a juicio de muchos impedía esa adecuación de sus contenidos a las circunstancias de cada unidad productiva considera-

da indispensable para reforzar la competitividad de las empresas en el marco de una economía como la española cada vez más integrada internacionalmente.

De hecho, la reforma laboral de 1994 tuvo entre sus objetivos nucleares, precisamente, el de debilitar el papel uniformador desempeñado por los convenios sectoriales, especialmente de carácter provincial, como se ha dicho, favoreciendo una regulación de las condiciones de trabajo más próxima al nivel empresarial. La vía elegida no estuvo representada, sin embargo, por la atribución de prioridad aplicativa al convenio de empresa, pese a que esta hubiera sido opción coherente con ese objetivo, sino por la creación de dos instrumentos dirigidos a hacer posible la inaplicación parcial y condicionada en ese espacio de los convenios de ámbito superior. En concreto, las cláusulas de descuelgue, que todo convenio supraempresarial debía incluir como parte de su contenido necesario según el nuevo texto del artículo 82.3 con el fin de permitir a las empresas en dificultades pactar la no aplicación de los salarios por ellos regulados, y los acuerdos de modificación de condiciones de trabajo distintas del salario previstas en convenio estatutario, susceptibles de ser adoptados al amparo de artículo 41.2 cuando existan razones económicas, técnicas, organizativas o de producción que lo justifiquen.

¿Por qué se optó por esta compleja solución fragmentaria en vez de favorecer directamente la negociación empresarial? La explicación que se dio se relaciona con la peculiar estructura del tejido productivo español, articulado predominantemente en torno a las unidades de pequeña o muy pequeña dimensión. En un contexto como este, una apertura incondicionada a la negociación de empresa estaría en condiciones de conducir, antes que al desarrollo de la capacidad adaptativa de los convenios, a una intensa desarticulación del sistema negocial, dentro del cual la función uniformadora que venían cumpliendo los convenios de sector podría verse sustituida por una fijación de condiciones de trabajo muy fragmentada a nivel cada pequeña unidad productiva, en muchos casos incluso al margen de los cauces colectivos de negociación. Se daría con ello, según se advirtió, la salida a la carrera hacia una depredadora competencia desleal basada en la reducción de costes laborales, dentro de la cual se daría pábulo a toda clase de maniobras evasivas basadas en la manipulación de unas representaciones laborales débiles e inexpertas en ámbitos tan reducidos. Inconvenientes, todos, que se conjuran en gran parte introduciendo medidas descentralizadoras singularizadas, temporales y además causales y colectivamente gestionadas, como las previstas por los preceptos aludidos.

El escaso impacto que tuvieron estos instrumentos, y en particular las cláusulas de descuelgue, con frecuencia



obstaculizadas por los convenios encargados de regularlas, determinaría que el legislador de 2011, primero, y el de 2012, después, optasen por introducir una doble solución, en parte distinta y, sobre todo, más radical. Esta no estuvo representada solo por el despojo a los convenios supraempresariales de esa capacidad, atribuyendo directamente a las partes negociadoras a nivel de empresa el poder de sustituir sus contenidos mediante la creación de un sistema único y materialmente más extenso y flexible de inaplicación, residenciado en el propio artículo 82.3. Además, desoyendo las advertencias de potencial desintegración del sistema negocial, se decidió imponer también la «prioridad aplicativa» de los convenios de empresa, grupos o redes de empresas, sobre los de sector, sean estatales, autonómicos o de ámbito inferior, bien que no con carácter general sino respecto de ciertas materias «que se identifican como más cercanas a la realidad de las empresas», según se lee en la exposición de motivos del Real Decreto-Ley 7/2011, incorporándola al apartado 2 del artículo 84 como una excepción a la regla *prior in tempore* de su apartado 1. Eso ocurriría inicialmente con carácter supletorio respecto de lo que pudiera haberse decidido a través de acuerdo marco o convenio estatal o autonómico. Y, tras haberse advertido la resistencia de muchos de estos instrumentos, con carácter imperativo para la autonomía colectiva.

Las consecuencias de esta decisiva modificación, que dejó sin juego las cláusulas de «blindaje» frente a la negociación de empresa incluidas en muchos convenios de sector, no se dejarían esperar. Estas vendrían representadas por un muy notable incremento de los convenios empresariales de nueva creación. Así, ya en 2012 se negociaron 323. Cifra que se elevaría a 625 en 2013, a 576 en 2014 y a 416 en 2015. Es decir, nada menos que 1.940 nuevos convenios de empresa en menos de cuatro años. Tan llamativa como este dato, que podría ser interpretado como una muestra del éxito de la reforma, resulta, de todas formas, la paralela disminución del número de trabajadores afectados por los mismos. Si en 2012 dichos convenios se aplicaban a 143 trabajadores como promedio, esta cifra se redujo a 88 en 2013 y a 84 en 2014, para llegar a 60 en 2015. Menos de la mitad que al inicio del período.

A la luz de estos datos, inquietantes sin duda, resulta más que justificado preguntarse si la atribución de prioridad aplicativa a los convenios de empresa sobre los sector está sirviendo realmente para favorecer esa adaptación de las condiciones laborales a la situación de las empresas que así lo requieren pretendida por el legislador o está más bien abriendo la puerta a la adopción de regulaciones de mero carácter peyorativo de condiciones laborales de gran relevancia en empresas de muy redu-

cidas dimensiones, en muchos casos a través de procedimientos de negociación de dudosa autenticidad, como se hipotetizó que ocurriría.

Este fue el interrogante que nos propusimos despejar un núcleo de investigadores de diversas universidades españolas, agrupados en torno al *Observatorio de la Negociación Colectiva* patrocinado por la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, a través del estudio de una muestra de 99 convenios de empresa de los 1.023 negociados con carácter novedoso entre marzo de 2012 y julio de 2014 al amparo del nuevo texto del artículo 84.2 del Estatuto, pertenecientes a diez sectores productivos y equilibradamente repartidos desde el punto de vista de los territorios y la dimensión de las empresas afectadas. Los cuales, naturalmente, debían ser puestos en relación con los convenios vigentes en sus respectivos sectores.

El informe resultante, recientemente publicado (*Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Madrid, 2016), ofrece información de la mayor relevancia a los efectos de evaluar, con criterio práctico y no puramente ideológico, el impacto que está teniendo la tantas veces aludida previsión legislativa, no solo sobre las condiciones de trabajo, sino respecto de la propia estructura del tejido negocial y el sistema de relaciones laborales en su conjunto, como se podrá apreciar a continuación.

Un primer dato, muy llamativo, está representado por el elevado número de convenios que, aunque declaran ser de ámbito empresarial, son en realidad de ámbito inferior. Estos llegan casi al 40% de los estudiados. Esta anómala situación puede ser interpretada como expresiva de la pretensión, muy extendida al parecer, de dilatar el efecto de la prioridad aplicativa a supuestos no contemplados por la norma, particularmente en empresas que cuentan con representantes de los trabajadores solo en algunos centros de trabajo. En ciertos casos con el propósito de prolongar su aplicación a todos ellos. Aspiraciones estas que contrastan con el carácter expreso y excepcional de la referencia legislativa al convenio de empresa, en el primer caso, y además con los límites de la representación los que los suscribieron, en el segundo.

El aspecto más delicado del análisis está representado, en todo caso, por la valoración de la posible existencia de una ruptura de la unidad sectorial fruto de una imposición empresarial antes que de un verdadero proceso de negociación. Este es un cometido que el estudio aborda recurriendo a una novedosa técnica de «semáforo», basada en la presencia de cinco indicios clave: a) unidades muy pequeñas (debajo de 50 trabajadores), b) períodos de negociación cortos (un día, unos pocos días, un



mes); c) vigencias largas (superiores a dos años), d) firma por representantes no sindicalizados o escasamente fiables (un solo delegado, aún afiliado a un sindicato) y e) inexistencia de articulación con las unidades superiores. El resultado que arroja este análisis es digno de ser resalado. Aún sin tener que aludir a los supuestos dudosos, más del 25% de los convenios analizados merecen un «rojo» sin paliativos, por reunir acumulativamente los cinco indicios mencionados. En algunos sectores, como la industria química, no son muchos. En otros, como la hostelería, en cambio, representan la mayoría.

Ahora bien, ¿qué ocurre si pasamos a analizar los contenidos de los convenios seleccionados y los confrontamos con la regulación sectorial en principio aplicable a las empresas que los suscribieron?

La materia más relevante es este caso no es otra que el salario. Condición en relación con la que el artículo 84.2 atribuye prioridad al convenio de empresa en lo atiente a la cuantía de su montante básico y complementos, no de otras percepciones. Por supuesto, dentro de la muestra hay convenios de sector que dejan a los de empresa en libertad para fijar los salarios, haciendo innecesaria la aplicación del precepto. Asimismo, se detectan convenios de empresa que mejoran de las retribuciones del nivel superior, especialmente tratándose de empresas industriales, de tamaño medio o grande, ubicadas en el País Vasco o Cataluña. Más allá de estos supuestos excepcionales, predominan abrumadoramente los convenios que optan por reducir sin más los salarios pactados en el sector. Drásticamente en muchos casos y además por todas las vías posibles: no solo afectando el salario base, sino el importe de las pagas extraordinarias, los complementos salariales o la cláusula de revisión. Con frecuencia llevando a cabo incluso una reducción, no prevista por el precepto, de ciertas percepciones extrasalariales, se trate de las dietas, los pagos por gastos médicos o las mejoras voluntarias de la Seguridad Social. En algunos casos esa reducción viene acompañada de la creación de una doble escala salarial encubierta, ya que luego de haberla impuesto se aclara que los trabajadores antes afectados por el convenio sectorial mantienen sus mejores salarios a título de cláusula de garantía *ad personam*. Con todo, la práctica más llamativa es la de algunos convenios que disponen que el monto del salario de todos los trabajadores de la empresa será el del salario mínimo interprofesional o una cantidad muy próxima. Una decisión que no puede ser interpretada sino como una disimulada apuesta por su fijación unilateral e individualizada por el empresario.

El segundo bloque temático al que merece prestar atención es el relativo al tiempo de trabajo. Aquí, aunque la prioridad aplicativa del convenio de empresa se limita

a la regulación del horario, la distribución de la jornada, el régimen de turnos y la planificación anual de las vacaciones, son numerosos los convenios que elevan la jornada máxima fijada por los convenios de sector. Esto ocurre particularmente tratándose de empresas de los sectores de construcción y hostelería. La regulación de la distribución de la jornada, así como de las demás cuestiones aludidas, en cambio, no suele plantear conflictos, ya que prácticamente todos los convenios de sector contienen reenvíos a los niveles inferiores, incluido el de empresa, que los habilitan para disciplinar dichas materias. Es partiendo de estos reenvíos que la mayoría de convenios de la muestra procede a su regulación, sin incurrir por tanto en ningún tipo de concurrencia conflictiva que haga necesaria la aplicación del artículo 84.2. Estos recurren entonces a sistemas diversos, aunque con una marcada tendencia, seguramente debido al incremento del poder unilateral del empresario en la gestión de distribución irregular de la jornada introducido por el nuevo texto del artículo 34.2, a facilitar su utilización por el mismo sin someterse a exigencias causales. Y, por cierto, con una completa falta de atención la necesidad de conciliar la organización del tiempo de trabajo con la vida laboral y familiar de los trabajadores, pese a que esta última es una de las cuestiones a las que alude el artículo 84.2, otorgándole prioridad si es objeto de tratamiento por esta clase de convenios.

El espacio de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa es más escaso en lo relativo a la regulación de los sistemas de clasificación profesional, tercer bloque de materias al que remite el artículo 84, ya que aquí la habilitación normativa está vinculada exclusivamente a su «adaptación» al ámbito de la empresa. Una referencia que excluye las regulaciones opuestas a las de los convenios de sector y autoriza solo las que tengan un efecto de ajuste o adecuación. No es esto, sin embargo, lo que han entendido los negociadores de los convenios estudiados, que en su mayoría han optado por introducir tratamientos de evidente carácter discordante. En algunos casos el propósito ha sido dar lugar a sistemas clasificatorios más flexibles, de carácter grupal, frente al mantenimiento de la categoría como instrumento básico por los convenios de sector. Mayoritariamente, empero, sucede lo contrario. De lo que se trata es, más bien, de recuperar los sistemas categoriales, en principio más rígidos, frente al intento del convenio de sector de imponer otros más dúctiles basados en los grupos profesionales, en línea con las previsiones del artículo 22 del Estatuto de los Trabajadores.

Un semejante rol de adaptación es, finalmente, el que el artículo 84.2 reconoce a los convenios de empresa para la regulación de aquellos extremos del régimen jurí-



dico de las modalidades de contratación respecto de los cuales la ley habilita su intervención. Los negociadores no muestran una especial predisposición a aprovechar esta prerrogativa, ya que en la mayor parte de los casos lo que hacen es introducir regulaciones que reiteran o complementan lo establecido por los convenios sectoriales de referencia o se ocupan de cuestiones no tratadas por estos, siempre en todo caso dentro de la legalidad, dando lugar a regulaciones no concurrentes, válidas sin necesidad de hacer uso de la prioridad aplicativa. Así ocurre en particular cuando dichos convenios se ocupan, en línea con lo previsto por el artículo 15 del Estatuto, de especificar los trabajos, tareas o actividades susceptibles de ser realizadas al abrigo de los contratos temporales para obra o servicio determinado y eventual.

Los resultados del estudio empírico de los convenios empresariales de nueva creación posteriores a la reforma laboral de 2012, expuestos hasta aquí en apretada síntesis, permiten apreciar cómo la atribución de carácter imperativo a la regla de prioridad aplicativa presente en el artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores está sirviendo principalmente para facilitar una masiva imposición de reducciones salariales e incrementos de jornada en empresas de reducidas dimensiones y a través de procesos de negociación en muchos casos de dudosa autenticidad. Y no, al menos de forma preponderante, como hubiera sido deseable, para que las organizaciones productivas de dimensión media o grande adopten regulaciones de las condiciones laborales acomodadas a su realidad y necesidades específicas a través de un verdadero proceso de intercambio con los representantes de su personal. En algunos casos peyorativas seguramente, pero no en todos, ni necesariamente. Esto es algo que ocurre seguramente, no tanto debido a la inconsistencia del diseño legislativo, como al hecho de que la extrema fragmentación del tejido empresarial español, donde el 41,5% de los trabajadores presta hoy servicios en empresas de menos de cincuenta trabajadores, sienta estas

nada menos el 97,7% del total, induce de forma natural más a lo primero que a lo segundo.

En tales condiciones, cabe interrogarse por la utilidad de dicho mecanismo. Máxime cuando existe ya dentro de la legislación española otro que permite a las empresas inaplicar los salarios y la jornada pactados en convenio colectivo, bien que con carácter singularizado y temporal, además de supeditado a la concurrencia de causas que lo justifiquen. La prioridad aplicativa del convenio de empresa, si no suprimida, debería ser, por tanto, al menos revisada en lo que a sus elementos configuradores se refiere, con el objeto de prevenir comportamientos como los descritos, que en nada contribuyen a la salud de nuestro tejido productivo o nuestra negociación colectiva. Quizá, al menos, con el objeto de demandar una cierta consistencia, tanto de la unidad empresarial respecto de la cual se predica la prioridad aplicativa, como de la representación de los trabajadores a ella vinculada. Desde luego, nunca inferior a los cincuenta trabajadores.

La anterior es una conclusión que podía ser apenas aventurada inicialmente, dejando abierto un espacio para planteamientos entusiastas basados en una apriorística defensa de las virtudes de la negociación empresarial, cualquiera que esta sea. La misma emerge, en cambio, con claridad del análisis empírico de los productos de la contratación colectiva. Con ello queda demostrada nuevamente la utilidad y pertinencia de esta clase de estudios, considerados por algunos como una suerte de producto de menor valor frente al verdadero análisis científico, que no sería otro que el análisis dogmático de las normas e instituciones. Una vez más se pone de manifiesto, así pues, que no hay análisis dogmático útil fuera del que parte de la realidad y vuelve hacia ella. Para transformarla, naturalmente.

WILFREDO SANGUINETI RAYMOND
Subdirector