

EL NUEVO ESPACIO DE LOS CONVENIOS DE EMPRESA EN LA ESTRUCTURA CONVENCIONAL

M^a Carmen Aguilar del Castillo
*Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de
la Seguridad Social*
Universidad de Sevilla

Esperanza Roales Paniagua
*Profesora Colaboradora de Derecho del Trabajo y de
la Seguridad Social*
Universidad de Sevilla

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
3. DISPONIBILIDAD MATERIAL DEL ARTÍCULO 84.2 DEL TRET
4. MATERIAS JUSTIFICATIVAS DE LA FLEXIBILIDAD EN LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO
5. ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO
6. EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA REGULACIÓN CONVENCIONAL EN ANDALUCÍA
7. CONCLUSIONES
8. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN¹

Dada la reciente reforma acaecida en la negociación colectiva en nuestro país, en respuesta al mandato previsto en la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo², se hace necesario comentar, aunque sea brevemente, algunas de las cuestiones que más nos han llamado la atención.

Dentro de los distintos aspectos relevantes e importantes para el desarrollo presente y futuro de nuestro sistema de negociación nos vamos a detener en la influencia que el mismo tiene para un ámbito concreto, el de empresa.

Sin duda son muchos los contenidos que despiertan verdadero interés, no solo por la incidencia que los mismos van a tener en el futuro de las relaciones laborales, sino fundamentalmente por la determinación de los sujetos negociadores y la estructura negocial.

No obstante, consideramos de igual importancia que los temas anteriores, la incidencia que esta reforma provoca o puede llegar a provocar en las relaciones laborales directas³, en la organización de la actividad productiva con carácter general y en el respeto de los derechos laborales de los trabajadores con carácter particular. Todo ello junto a la problemática ineludible que va a generarse en la determinación de estas condiciones por los propios implicados en la misma.

Otro aspecto importante de nuestro estudio será determinar la oportunidad, necesidad y justificación de la reforma material producida en la conceptualización de la negociación empresarial.

En la presente reforma se pretende favorecer el convenio de empresa para ello la regla general de no afectación de un convenio por otro mientras dure su vigencia, desaparece para determinadas materias si quien pretende modificarlas es un convenio de este ámbito. Esto puede llegar a provocar importantes disfunciones

¹ El presente trabajo se elaboró estando vigente el Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio. No obstante, se han introducido a pie de página algunas modificaciones como consecuencia de la entrada en vigor del Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral.

² DA vigésimo primera «El Gobierno promoverá las iniciativas legislativas que correspondan para la reforma de la negociación colectiva...» «En defecto de acuerdo en el proceso de negociación bipartita, en un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno previa consulta con las organizaciones empresariales y sindicales, adoptará las iniciativas que correspondan para abordar, entre otros, la definición de mecanismos de articulación de la negociación colectiva, su papel como procedimiento de fijación de las condiciones laborales y de determinación de las políticas de empleo, su capacidad de adaptación a las necesidades de los trabajadores, las empresas y sectores productivos y la mejora de la productividad, así como todos aquellos elementos e instrumentos que relacionados con los objetivos señalados configuran el actual sistema de negociación colectiva»

³ Se pretende implica al trabajador en la actividad económica del empresario alejándolo «de los parámetros clásicos de las relaciones laborales y los conflictos de intereses a ella inherentes» en CARDENAS CARRO, M.: «Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio» apartado 9 «Un supuesto específico de concurrencia: la prioridad del convenio de empresa» BIB 2011/1156.

en virtud de la capacidad negociadora que tengan los sujetos⁴. Téngase en cuenta que una de las justificaciones de la reforma es flexibilizar las relaciones laborales como base de una mejor optimización de recursos, lo que debería conllevar una mejora en las condiciones de la prestación de trabajo dentro de la empresa y una mejora en la empleabilidad, tanto en su aspecto positivo como negativo, es decir, como creación de empleo y mantenimiento del ya existente⁵.

2. ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

No podemos centrarnos en responder a los objetivos de este trabajo si previamente no definimos aunque sea mínimamente la estructura convencional prevista en el RDL 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva (BOE 11/06/2011). La Exposición de Motivos de esta norma en su apartado segundo entiende la estructura de la negociación colectiva *«como la ordenación de las relaciones entre la pluralidad de unidades de negociación existentes»* justificando la necesidad de su reforma, entre otras razones, por *«la desvertebración de la negociación colectiva, su falta de orden, la ausencia de reglas claras sobre la concurrencia entre los convenios colectivos de distinto ámbito y las materias en ellos reguladas»*

Respecto a los distintos ámbitos la presente norma hace recaer la determinación estructural de la negociación tanto en acuerdos interprofesionales como en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, correspondiéndole sólo a ellos la previsión de convenios de distinto ámbito⁶, por lo que serán los propios agentes sociales lo protagonistas directos, en su caso, de la «desaparición de los convenios de ámbito provincial» reivindicación prolongada en el tiempo

⁴ Con esta reforma se introduce al salario, jornada o descansos, entre otras variables contractuales, en el juego de la economía de mercado, algo que la negociación sectorial pretendía eludir, evitando que formaran parte del cruce entre oferta y demanda, en CARDENAS CARRO, M.: «Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio» apartado 9 «Un supuesto específico de concurrencia...» op. cit.

⁵ «La flexibilidad en el uso de la mano de obra, adaptándolo a los incrementos o reducciones e producción derivados de la demanda externa, depende en gran medida de la capacidad empresarial tanto de incrementar o reducir la jornada laboral para atener los requerimientos organizativos y de mercado, como la complementaria capacidad de modificar horarios de trabajo como una movilidad del tiempo de trabajo que haga innecesario acudir a nuevas contrataciones de personal o bien a despidos en las plantillas de las empresas», en CRUZ VILLALÓN, J.: Compendio de Derecho del Trabajo, ed., Tecnos, 4ª ed. 2011, pág. 232; CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio», apartado 1.: «antecedentes y objetivos de la reforma» BIB 2011/1156; SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. SEMPERE NAVARRO, AV.: «Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio» BIB 2011/1156; HIERRO HIERRO, FJ.: «Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio» apartado 10 «Ámbito temporal de los» BIB 2011/1156.

⁶ Artículo 83.2 ET «Las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito»

de nuestra patronal⁷. Y en igual medida los que prevean la necesidad o conveniencia de abrir la negociación colectiva en ámbitos inferiores, por considerar que es la que mejor puede identificarse con las peculiaridades de un determinado sector en un territorio determinado⁸.

Una cuestión muy importante, que justifica nuestro estudio, es la determinación de las reglas de concurrencia entre convenios, fundamentalmente las reglas de afectación material entre convenios. La Ley del ET en su artículo 84 último párrafo preveía la imposibilidad de que un convenio sectorial de ámbito inferior pudiese negociar determinadas materias que hubiesen sido negociadas en ámbitos superiores. La reforma practicada en el RD-Ley/2011 lo modifica prohibiendo, salvo pacto o acuerdo en el ámbito estatal, la negociación de determinadas materias que, en cualquier supuesto, sólo podrían ser afectadas por un convenio sectorial de ámbito de comunidad autónoma.

Esta limitación facilita de forma importante la otra regla sobre afectación de convenios previstos en el RD-Ley: nos estamos refiriendo a la afectación de un convenio sectorial por un convenio de empresa. Esta posibilidad abre importantes interrogantes sobre la eficacia de la negociación sectorial en la determinación de condiciones de trabajo. La Ley es clara al respecto, se prohíbe la afectación de un convenio cuando está otro en vigor, pero en el párrafo siguiente, afirma que en cualquier caso y, siempre para las materias previstas, tendrá prioridad en su aplicación el convenio de empresa. Pese a la nefasta redacción del precepto, hemos de entender que se trata de modificar la regulación de determinadas materias de un convenio de sector que se encuentra en vigor, en caso contrario, no tendría ningún sentido la reforma en la medida en la que si un convenio está en vigor, por la regla general prevista en el artículo 84.1, no puede ser afectado en convenio de ámbito distinto. Por ello hemos de entender que se refiere a la posibilidad de que existiendo un convenio sectorial estatal o de comunidad autónoma, los sujetos legitimados para ello podrán negociar un convenio distinto siempre que se limite a las materias previstas en la norma legal o paccionada.

Esta posibilidad que abre la nueva regulación sobre la negociación colectiva tiene una doble valoración. Por un lado permite, como se insiste de forma

⁷ Durante largo tiempo se ha reclamado una descentralización de la negociación colectiva, incentivándose o potenciándose el convenio de empresa, en CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio» apartado 6: «la legitimación para negociar: empresas o grupos» BIB 2011/1156. En el mismo sentido, CARDENAL CARRO, M.: «Convenios y negociación colectiva tras el RD-Ley 7/2011, de 10 de junio», apartado 9: «Un supuesto específico de concurrencia: la prioridad del convenio de empresa» BIB 2011/1156. Con el fomento de la negociación colectiva de empresa en detrimento de ámbitos superiores tiende a provocar «una desarticulación cada vez más intensa del actual sistema de negociación colectiva, fragmentado peligrosamente con ello la fijación de las condiciones de trabajo», en ELORZA GUERRERO, F.: Los acuerdos reguladores de condiciones de trabajo y empleo, ed. CES, Madrid, 2000 pág. 41.

⁸ El II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013 y 2014, suscrito el 25 de enero de 2012 (BOE 6 de febrero de 2102), establece la necesidad de preservar el ámbito provincial de negociación, al ser el ámbito que más cobertura facilita a empresas y trabajadores.

⁹ Apartado V de la Exposición de Motivos de RD-Ley 7/2011.

reiterada en la EM del citado RD-Ley 7/2011, flexibilidad la prestación de trabajo y adecuar la regulación de determinadas condiciones de trabajo, como veremos, las más significativas a la realidad económica de cada empresa. Entendiendo que dentro de este concepto se encuadran todos aquellos que permiten a una empresa mantenerse en el mercado, siendo competitiva y mantener e incluso incrementar el número de empleados optimizando el rendimiento de cada uno de ellos y adecuándolo a sus circunstancias personales. La flexibilidad interna se nos presenta como una necesidad para el mantenimiento de la empresa en el mercado y de su empleabilidad⁹. Pero también como una exigencia para el progreso y desarrollo de nuestro sistema productivo, sin el cual difícilmente las empresas de nuestro país, alcanzarán el desarrollo necesario para formar parte del tejido empresarial global, al que parece estamos abocados.

Este elemento flexibilizador de las relaciones laborales que justifica e impulsa la reforma de la negociación colectiva, amparada en las anteriores reformas laborales, como una necesidad, negativa o positiva, es decir, manteniendo el tejido empresarial por un lado y promoviendo e impulsando un desarrollo económico por otro, nos hace plantearnos la eficacia de la reforma para su consecución.

3. DISPONIBILIDAD MATERIAL DEL ARTÍCULO 84.2 DEL TRET

La relevancia del apartado 2 del artículo 84 se manifiesta en distintos aspectos todos ellos de indudable trascendencia para la negociación colectiva. El primero de ellos, ya citado, es la posibilidad de afectación de las materias previstas en el mismo a un convenio sectorial en vigor. La segunda la enumeración, no exhaustiva, de materias objeto de negociación, ampliables por los acuerdos y convenios colectivos sectoriales estatales o de comunidad autónoma. Y la tercera la disponibilidad del precepto, serán los sujetos legitimados anteriormente los que, en última instancia, determinen la estructura de la negociación colectiva, así como reglas distintas de concurrencia. La primera conclusión es la posibilidad de ampliar el ámbito de la negociación a instancias inferiores como las provinciales. De ahí que el legislador al referirse a la afectación de los convenios por uno de empresa incluya a los convenios sectoriales estatales, a los autonómicos y a los de ámbito inferior.

Por otro lado el convenio colectivo sectorial estatal o de comunidad autónoma podrá establecer reglas distintas sobre la concurrencia de convenios que podrán afectar directamente a la posibilidad de regulación de los convenios de empresa, pero también lo podrán hacer los acuerdos interprofesionales aunque el artículo 84.2 del ET no los mencione expresamente, ya que el artículo 83.2 del ET permite que

⁹ Referido al tiempo de trabajo, LÓPEZ TERRADA, E.: "Nuevos contenidos de la negociación colectiva en la empresa" Documentación Laboral, nº 91, 2011, pág. 68.

puedan establecer reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de ámbito distinto¹⁰. Esta medida tiene gran trascendencia para evitar, principalmente, los desajustes que podrían llegar a producirse en aquellos sectores donde la representación es escasa e incluso inexistente, o bien en aquellos otros sectores donde los trabajadores ya han hecho importantes sacrificios para adaptar las industrias o las empresas a los nuevos retos. La importancia que tiene el carácter dispositivo de las reglas de concurrencia va a guardar una relación directa con la posición negociadora de los distintos sujetos implicados¹¹.

Si bien es dispositivo la determinación de las reglas de concurrencia, no ocurre lo mismo con la relación material objeto de negociación por la empresa y que puede concurrir con otro convenio en vigor. No resulta coincidente la determinación de estas reglas con el contenido material del precepto, el legislador habilita a los sujetos negociadores a alterar las reglas de concurrencia, por lo que podría evitarse la afectación del convenio de sector, cualquiera que sea éste, por el de empresa. No obstante, no se habilita en ningún caso a alterar el contenido material del precepto, más allá de su ampliación a materias diferentes. Esto significa que si el convenio sectorial no prevé reglas distintas de concurrencia las materias objeto de esta afectación constituyen un mínimo indisponible para los sujetos legitimados de un ámbito distinto al de empresa.

4. MATERIAS JUSTIFICATIVAS DE LA FLEXIBILIDAD EN LA ORGANIZACIÓN DEL TRABAJO

Las materias objeto de negociación en un ámbito de empresa cuya aplicación no será afectada por convenio de distinto ámbito, salvo acuerdo sectorial en contra, pueden clasificarse en tres grandes bloques:

- El primero de contenido económico que incluye: «la cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa». «El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turno».

¹⁰ En este sentido, GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Reforma de la negociación colectiva» Aranzadi núm.6/2011, BIB 2011/1359, pág. 5. Considera que la aplicación prioritaria del convenio de empresa se supedita a «... a que no se haya establecido regulación contraria en acuerdos o convenios de ámbito estatal o autonómico incluye los acuerdos interprofesionales...»

^{1a} nueva redacción del apartado 2 del artículo 84 del ET dada por la regulación contenida en el RD Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa en determinadas materias respecto de las contenidas en los convenios sectoriales estatales, autonómicos o de ámbito inferior, sin que los acuerdos y convenios a los que se refiere el artículo 83.2 puedan disponer de dicha prioridad aplicativa.

¹¹ CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio» apartado 6: «La legitimación para negociar: empresa o grupos» BIB 2011/1156; CÁRDENAL CARRO, M.: «Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio» apartado 9 «un supuesto específico de concurrencia...», op. cit.

- El segundo de organización empresarial: que responde a dos aspectos distintos relacionado directamente con la organización del trabajo en el que se incluye: a) «El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones». b) «La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores». Relacionado directamente con el sistema de clasificación, en concreto, con la definición de puestos de trabajo, consideramos incluidas la identificación de los trabajos o tareas con sustantividad propia objeto de un contrato por obra o servicio determinado.
- El tercero «la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa». En estas encontramos reglas de garantía, comprensivas a su vez de un doble contenido, por un lado evitar el uso fraudulento de la regulación contractual temporal y por otro garantizar la igualdad plena de los trabajadores, ante el reconocimiento de determinados derechos, con independencia de la temporalidad de sus contratos. Dentro del primero la limitación de la utilización del contrato eventual a un número determinado de trabajadores en función de la plantilla total de la empresa; la previsión de los requisitos necesarios para detectar la utilización abusiva de la contratación temporal «*para desempeñar el mismo puesto de trabajo cubierto anteriormente con contratación de ese carácter, con o sin solución de continuidad*»¹². Como una consecuencia directa de éstos, la concreción de criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos, siempre evidentemente, dentro del respeto a las leyes.

Forma parte del segundo bloque el procedimiento de acceso a la formación profesional continua y el de información sobre la existencia, en su caso, de vacantes en la empresa para que los trabajadores temporales puedan acceder en igualdad de oportunidades que el resto de trabajadores.

Un conjunto importante de medidas que en desarrollo de la Ley de Igualdad efectiva entra mujeres y hombres se atribuya a la regulación convencional también son objeto de prioridad en su aplicación cuando se prevén en un convenio de empresa. Su ubicación en algunos de los apartados en lo que, sólo a título de exposición, hemos estructurado el contenido material del RD-L 7/2011, dependerá de la medida concreta a adoptar para dar cumplimiento a las exigencias de conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.

De todos ellos el objeto de este trabajo se va a centrar en el apartado segundo y, dado que su tratamiento excedería en mucho al objeto de este trabajo, nos vamos a centrar en los temas relacionados con el tiempo de trabajo y la clasificación profesional, obviando aquellos aspectos que conectan directa o indirectamente

¹² Artículo 15.5 TRET.

con otras condiciones de trabajo, como las de contenido económico, promoción profesional o, entre otras, las relativas a la conciliación.

5. ORGANIZACIÓN DEL TIEMPO DE TRABAJO

La organización del tiempo de trabajo constituye uno de los aspectos más relevantes dentro de la flexibilidad empresarial por ser los aspectos constitutivos del mismo los que más directamente conectan con la organización de la actividad empresarial¹³. Esta importancia se manifiesta en la actuación convencional sobre la materia no resultándole extraña su regulación. Dada su proximidad con la organización productiva es habitual que esta condición de trabajo se erija, en la mayoría de las ocasiones, en la condición estrella de la regulación convencional en el ámbito de empresa. Afirmación que no se ve cuestionada, entendemos, porque existan convenios, en los que, normalmente por inercia, no regulen aspectos tan importantes como el horario o la distribución del tiempo de trabajo, dejando en manos del convenio de sector y del propio empresario la misma pero no es la regla general, en la medida en la que, como hemos dicho, la ordenación del tiempo de trabajo es uno de los aspectos que implican más directamente a empresario y trabajadores en sus relaciones.

Obsérvese que el artículo 20.2 del ET reconoce la facultad de dirección al empresario, que entre otras facultades conlleva la organización de la actividad productiva, dentro de los límites legales o convencionales previsto. Para la consecución de esta obligación el legislador exige del trabajador su subordinación, a las órdenes e instrucciones dadas por el empresario, en la prestación de su servicio. Todo ello no es más que una manifestación del requisito de la dependencia, como elemento definitorio del concepto de trabajador del Estatuto, previsto en el artículo 1.1 de esta norma que formando parte de su contenido contractual. Esta exigencia se manifiesta de forma específica en el contenido obligacional¹⁴ derivada de la relación laboral, dando lugar su incumplimiento a responsabilidad¹⁵. El contenido del poder de dirección, la relación y la posición que cada uno de los sujetos ocupa en la misma y las posibilidades de actuación que el legislador reconoce a la regulación convencional, hace que dentro de ésta, se considere el ámbito de empresa como el más adecuado para prever su determinación o las reglas de su adaptación a las circunstancias empresariales. Lo que nos lleva a plantearnos si la reforma planteada en el RD-L 7/2011 supone un auténtico repulsivo frente a la regulación anterior, o por el contrario, salvo excepciones, ya constituía práctica habitual entre los sujetos negociadores.

¹³ En este sentido LÓPEZ TERRADA, E.: "Nuevos contenidos de la negociación colectiva en la empresa" Documentación Laboral, n^o 91, 2011 pág. 66.

¹⁴ Artículo 5.e) «los trabajadores tienen como deberes básicos: e) Cumplir las órdenes e instrucciones del empresario en el ejercicio regular de sus facultades directivas»

¹⁵ Siendo la más grave de ellas la contemplada en el artículo 54 b) de TRET, «la indisciplina o desobediencia en el trabajo» como causa de despido disciplinario.

Como paso previo, a responder a la cuestión planteada, vamos a conceptualizar los elementos del tiempo del tiempo de trabajo para comprobar su inclusión en convenios de empresa en detrimento de los de sector y, dentro de éste, la incidencia que el ámbito provincial tiene sobre el mismo.

5.1. Distribución del tiempo de trabajo

A falta de referencia legal expresa corresponde al empresario la distribución del tiempo de trabajo, incluyendo en él tanto el horario como la distribución regular o no del tiempo de trabajo. Ambos elementos podemos considerarlos como un elemento esencial dentro de la organización y funcionamiento de la actividad¹⁶.

Esta previsión se nos presenta muy interesante fundamentalmente por la posibilidad de actuación del empresario. Es cierto que en la norma se prevé la posibilidad de que el empresario pueda modificar unilateralmente este tiempo de trabajo, pero también lo es que, al no formar parte, de su poder de dirección ni de su actividad regular de funciones, la decisión ha de ser motivada por constituir una novación contractual unilateral. Puede, no obstante, evitarse el inicio de un procedimiento de modificación sustancial, así como el carácter causal del mismo, si dentro del convenio se prevén mecanismos flexibilizadores que se incorporan al contrato, de tal manera que, como ocurre con la polivalencia funcional, el trabajador viene obligado a cumplir con esta flexibilidad como elemento constitutivo contractual.

El carácter flexibilizador del tiempo de trabajo conlleva, entre otros, la posibilidad de distribuir irregularmente la jornada de trabajo siempre, evidentemente dentro de la duración máxima prevista anualmente por la ley o por los convenios colectivos. La afectación que el RD-L 7/2011 solo se refiere a la ordenación del tiempo de trabajo y en ningún caso al elemento cuantitativo del mismo. La duración máxima de la jornada no podrá verse afectada más allá de los supuestos legales previstos. Realizada esta afirmación quedan diversos elementos configurados del tiempo de trabajo que si pueden pactarse e incluso imponerse unilateralmente por el empresario. Téngase en cuenta que la citada norma prevé la posibilidad de que el empresario adopte unilateralmente la decisión de distribuir irregularmente la jornada hasta un 5%, si previamente no se ha llegado a un acuerdo con los sujetos negociadores¹⁷. Esto resulta una novedad respecto de la regulación anterior, pero tampoco supone un gran avance como medida flexibilizadora habida cuenta, como hemos dicho que es una materia poco concretada en convenios de nivel distinto al de empresa. Y por otro lado que estos mismos convenios, incluso el de empresa, puede delegar la concreción de esta distribución en el acuerdo

¹⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, ed., Tecnos, 4ª ed. 2011, pág. 251

¹⁷ HIERRO HIERRO, FJ.: «Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio» apartado 10 «Ámbito temporal de los » BIB 2011/1156

de empresa¹⁸, en la autonomía individual e incluso en la decisión unilateral del empresario¹⁹.

Igualmente existen ya en los convenios de empresa cláusulas convencionales de disponibilidad horaria o modificación de la jornada, lo que facilita nuevamente la flexibilidad, incluso de forma más amplia de lo que parece deducirse de la reciente reforma.

5.2. El régimen de trabajo a turnos

La organización de la actividad empresarial forma parte de la titularidad que el empresario ejerce sobre la misma, fundamentado en el derecho constitucional de la libertad de empresa. Por esta razón desarrollar una actividad de forma permanente o con un amplio margen temporal, no supone la intervención del Derecho del Trabajo, salvo que ello conlleve la ocupación del mismo puesto de trabajo por distintos trabajadores, según un ritmo predeterminado continuo o discontinuo²⁰ y que además esta ocupación implique cambios en el momento de la prestación para los trabajadores, pasando de un turno a otro.

Es la atribución de los distintos turnos, la permanencia en los mismos y la disponibilidad para realizar unos u otros, donde la organización empresarial está sometida a las reglas legales y convencionales. Las posibilidades de actuación del empresario están limitadas, en mayor medida, que las vistas anteriormente para el tiempo de trabajo, por las exigencias legales impuestas no sólo por los descansos obligatorios²¹ sino fundamentalmente por los riesgos que esta organización por turnos genera en la salud de los trabajadores.

Entendemos que esta medida puede tener su justificación, como medida flexibilizadora en la organización de los turnos, en la determinación del horario de los mismos, en la elección de cuantos trabajadores han de coincidir en el mismo turno, en función de las necesidades de la empresa. Aplicando los criterios que mas y mejor favorezcan la productiva. Un aspecto distinto pero que entendemos guarda una relación muy directa con las exigencias de flexibilidad son las relativas a las normas de los contratos a tiempo parcial. De forma muy directa con las medidas de conciliación familiar, para establecer reglas en los supuestos de riesgos durante el embarazo o lactancia natural

¹⁸ La negociación de estos acuerdos se supedita a la voluntad de los negociadores, en ELORZA GUERRERO, F.: Los acuerdos reguladores de condiciones de trabajo..., op. cit. pág. 41.

¹⁹ En este sentido MERINO SEGOVIA, A.: "La reordenación del tiempo de trabajo: incidencias en la negociación colectiva", en AA.VV. : La negociación colectiva ante la crisis económica, ed. Bomarzo, Albacete, 2010, págs. 65-68.

²⁰ CRUZ VILLALÓN, J.: Compendio de Derecho del Trabajo, op. cit., pág. 253.

²¹ Estos pueden verse alterado si una norma así lo prevé de forma específica como ocurre con el Real Decreto de Jornadas Especiales, pero entendemos que la Ley es clara al respecto y no habilita a la negociación colectiva para poder alterarlos.

5.3. La planificación anual de las vacaciones

El legislador es muy parco a la hora de regular las vacaciones, limitándose fundamentalmente a reconocer el carácter no compensatorio de las mismas²², la necesidad de negociar determinados aspectos entre empresario y trabajador y su duración, que no podrá ser inferior a los 30 días naturales. La planificación anual, así como los criterios para coordinar los periodos de vacaciones del conjunto de la plantilla, en su caso, se establecerá en los convenios colectivos, lo que si permitirá esa adaptación a las circunstancias de la empresa o actividad a la que de forma reiterada nos hemos referido, no así la fecha del disfrute que será de común acuerdo con el trabajador y con dos meses de antelación. Hemos de acudir a otras regulaciones, incluso internacionales, para encontrar una regulación más elaborada, no obstante, serán los convenios colectivos los que doten a esta condición de un régimen jurídico propio. Un elemento muy importante del régimen jurídico de las vacaciones es su retribución, aunque el legislador no establece que partidas son o no susceptibles de ser retribuidas, la norma internacional determina que será por lo menos la remuneración normal o medio del trabajador. Sin embargo, deberán ser los convenios colectivos los que concreten los conceptos retributivos que deben computarse para calcular el importe de la remuneración correspondiente al periodo de vacaciones²³, lo que nos reenvía nuevamente al contenido económico de la reforma que será el que más directamente nos afecte.

5.4. La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores

Uno de los aspectos de la relación laboral que más directamente se relaciona con el sistema de organización del trabajo y, por ende, más necesitado de flexibilidad, es sin duda el sistema de clasificación profesional. No es de extrañar, por tanto, que en la nueva regulación de la estructura convencional se prevea esta de forma explícita. No obstante, si aplicamos una visión retrospectiva de quién y como se crea y desarrolla este sistema se observa como desde el ET se reenvía directamente a la negociación colectiva, limitándose a estructurarla en categorías y grupos profesionales, a los que ni tan siquiera define.

La elección del sistema de clasificación corresponde al convenio, así como el contenido del mismo, definiendo los distintos puestos de trabajo con sus correspondientes funciones o, y es la norma más general, definiendo las capacidades, méritos o responsabilidades que se derivan de la tarea a realizar, todo ello según se trate de una clasificación por categorías o por grupos profesionales respectivamente. La

²² Salvo los supuestos de finalización de contrato cuando este tiene una duración inferior al año.

²³ El Tribunal Supremo en unificación de doctrina consideró que los conceptos computables para la retribución de las vacaciones son los previstos en el convenio y no otros, aunque no se excluyan expresamente, sin que ello sea contrario al principio de equivalencia que inspira la retribución de las vacaciones establecido en el artículo 7 del Convenio 132 de la OIT. Vid STS 26 de enero de 2007 (2007/ 1620), f.j. tercero. También STS, 3 de octubre de 2007 (2007/ 7908).

enorme importancia que tiene su atribución al convenio de empresa en detrimento del de sector se encuentra en la posibilidad de adaptar este sistema a la situación real de la empresa en un momento determinado sin venir sujeto al sistema previsto en un convenio de ámbito superior.

La importancia de atribuir esta negociación a un nivel de empresa incrementa considerablemente, aunque no siempre de forma directa, el control directo de otras figuras configuradoras de la relación laboral cuyo régimen jurídico va a vincularse, total o parcialmente, a un determinado sistema o estructura de clasificación profesional. Desde una perspectiva individual va a afectar a la determinación de la cuantía salarial del trabajador, a su sistema de promoción y formación, a la duración del periodo de prueba en función de su adscripción a una determinada categoría o grupo profesional concreto, e incluso puede afectar a la división en colegios electorales del voto a representantes de los trabajadores, entre otros²⁴.

Ninguno de los aspectos contemplados anteriormente son extraños o ajenos a la negociación colectiva empresarial e incluso a los acuerdos de empresa, no obstante, sí podemos priorizar unos frente a otros en la incidencia que su inclusión en el RD 7/2011 puede llegar a tener en la determinación de las condiciones de trabajo de los trabajadores. Por continuar con la estructura señalada en este trabajo vamos a referirnos a la determinación del tiempo de trabajo, incluyendo la distribución de la jornada, regular e irregular, la fijación de horarios y la organización del trabajo a turnos. Dentro de éste, pese a su relación más directa con los tiempos de descanso, hemos de incluir el periodo vacacional. Eludiendo de todas las cuestiones planteadas el contenido económico de las mismas.

Se trata de materias que habitualmente son objeto de tratamiento por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, por convenio de empresa e incluso por acuerdo de empresa. La nota común a todos ellos es, por un lado, que son condiciones de trabajo, que prioritariamente van a estar subordinadas al sistema organizativo empresarial y éste a la productividad o resultados de la empresa. Y por otro, que las condiciones que hemos denominado de tiempo de trabajo suponen una afectación directa al interés personal de cada trabajador, por lo que cualquier acuerdo que se adopte va a repercutir en su propia organización vital. La cuestión que nos planteamos es determinar si esta afectación material va a permitir realmente hablar de una flexibilización en la regulación de estas condiciones o por el contrario, más allá de las reglas de concurrencia, no va suponer un incremento a las posibilidades de adecuación de estas condiciones a la situación real de la empresa.

Algunas de las cuestiones tratadas son susceptibles de ser desarrolladas por acuerdos de empresa, instrumento de adaptación más dinámico que la negociación colectiva, siempre que ésta los habilite expresamente o no concurren con

²⁴ CRUZ VILLALÓN, J.: Compendio de Derecho del Trabajo, op. cit. pág. 204.

ella. Junto a ellos un instrumento eficaz, de adaptabilidad a las necesidades de la empresa, es la decisión unilateral del empresario a través de la modificación sustancial de condiciones de trabajo, tanto individual como colectiva. Medida que permanece flexibilizada, en sus consecuencias tras la reforma de la Ley 30/2010, y que garantiza una alteración de las condiciones de trabajo.

Todo ello nos lleva a cuestionarnos la necesidad de una reforma en la que prime la negociación colectiva de estas condiciones en un nivel de empresa en lugar de uno de sector que en cualquier caso garantizaría salvo necesidades concretas una homogeneidad de las mismas.

También están las acciones individuales del empresario, modificación sustancial de condiciones de trabajo y aquellas prerrogativas que su posición le depara en los supuestos en los que convencionalmente no se hallen expresamente desarrollados estos aspectos. Luego esta rigidez en los procesos de adaptación de las condiciones de trabajo no es tal y como parece deducirse de la reforma.

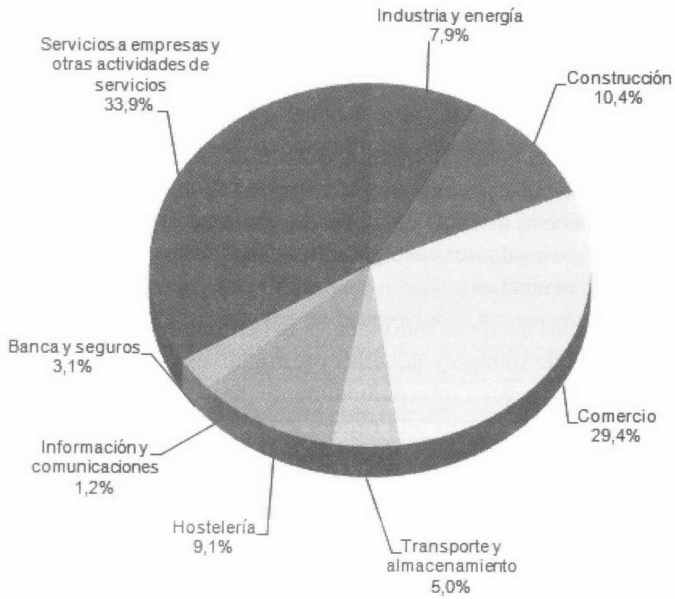
6. EL TIEMPO DE TRABAJO EN LA REGULACIÓN CONVENCIONAL EN ANDALUCÍA

A continuación vamos a presentar de forma somera el análisis de la negociación convencional que hemos desarrollado para este trabajo como reflejo de la afectación que la nueva normativa sobre negociación colectiva puede tener sobre las condiciones de trabajo de nuestros trabajadores teniendo en cuenta nuestro tejido empresarial andaluz.

Para este estudio hemos analizado todos los convenios de ámbito empresarial que se encuentra en vigor al menos hasta el 31 de diciembre de 2011, incluyendo los acuerdos de empresa. No se ha tenido en cuenta para este trabajo las revisiones salariales de los convenios prorrogados. Se han incluido los convenios colectivos de ámbito provincial en vigor y aquellos otros han perdido su vigencia al 31 de diciembre de 2010. Aunque son pocos significativos hemos utilizado dos variables más, la negociación interprovincial de sector y de empresa, separando, cuando procede, si nos referimos a empresas privadas o públicas.

Como paso previo a los resultados obtenidos vamos a reflejar los datos provenientes de la encuesta realizada por el Instituto de Estadística y Cartografía de Andalucía sobre el Directorio de empresas y establecimientos con actividad económica en Andalucía, cerrado en mayo del presente año y que recoge las estadísticas sobre los establecimientos existentes por provincias hasta el 31 de diciembre de 2010.

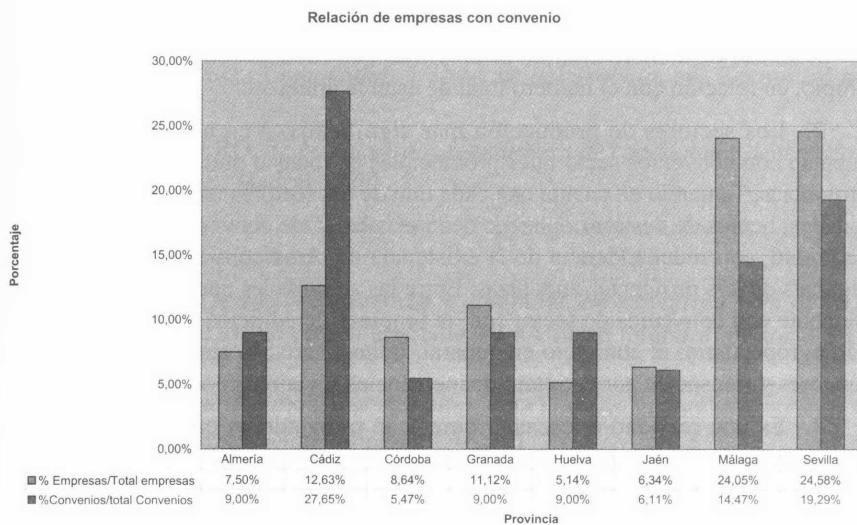
Número de empresas pertenecientes a cada sector de producción en nuestra Comunidad, excepto las correspondientes al sector agrario.



Fuente: Instituto de Estadística y Cartografía de la Comunidad Autónoma de Andalucía

LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DE ÁMBITO DE EMPRESA EN ANDALUCÍA (2011)					
Provincias	Establecimientos	C. de Empresa	% Empresas	% Convenios	% Convenios/ Provincia
Almería	14.172	28	7,50%	9,00%	0,20%
Cádiz	23.851	86	12,63%	27,65%	0,36%
Córdoba	16.316	17	8,64%	5,47%	0,10%
Granada	20998	28	11,12%	9,00%	0,13%
Huelva	9.710	28	5,14%	9,00%	0,29%
Jaén	11.983	19	6,34%	6,11%	0,16%
Málaga	45.442	45	24,05%	14,47%	0,10%
Sevilla	46.440	60	24,58%	19,29%	0,13%
Total	188.912	311			0,16%

Fuente: Elaboración propia excepto nº de establecimientos (IECA).



En esta gráfica se señala el porcentaje de empresas que cuentan con convenio colectivo de este ámbito en relación al número total de empresas existentes en cada provincia y su actividad negociadora en función de esta relación.

En el siguiente cuadro recogemos aquellos sectores de producción que cuentan con un convenio sectorial, regulador de la misma actividad, en todas o prácticamente en todas las provincias de nuestra Comunidad.

Convenios provinciales de sector (2011)								
Sector Producción	Almería	Cádiz	Córdoba	Granada	Huelva	Jaén	Málaga	Sevilla
Actividades Administrativas y servicio	X	X	X	X	X	X	X	X
Actividades sanitarias y de servicios sociales	X	X	X	X		X	X	X
Comercio al por mayor y al por menor: reparación de vehículos de motor y motocicletas	X	X	X	X	X	X	X	X
Construcción y obras públicas	X	X	X	X	X	X	X	X
Hostelería	X	X	X	X	X	X	X	X
Industria manufacturera	X	X	X	X	X	X	X	X
Otros servicios	X	X	X		X	X	X	X
Transporte y Almacenamiento	X	X	X	X	X	X	X	X
Agricultura, ganadería, silvicultura y pesca	X	X	X	X	X	X	X	X

Fuente: elaboración propia

7. CONCLUSIONES

1- Existe un número mínimo de empresas que cuentan con convenio colectivo propio, en relación con el número total de establecimientos.

2.- Los sectores de producción más significativos en nuestra Comunidad cuentan con convenios sectoriales provinciales en todas o prácticamente todas las provincias. Teniendo en cuenta que cada uno de los sectores incluye distintas actividades, hemos de destacar el hecho de la existencia de convenios sobre la misma actividad, con independencia de la existencia de otros convenios sectoriales en alguna/s de la/s provincias andaluzas. Entre las actividades que cuentan mayoritariamente con convenios de sector son: la limpieza de edificios y locales; la actividad agropecuaria; el comercio en general; la hostelería; la construcción; pompas fúnebres y transporte por carretera de mercancías y viajeros.

3.- Es una realidad el escaso número de trabajadores contratados en cada uno de nuestros establecimientos, siendo las microempresas las que proliferan en nuestra Comunidad²⁵, lo que plantea un importante problema, en la nueva normativa, sobre los sujetos legitimados para negociar convenios, más allá de la condición salarial. Lo que justificaría, junto a otros elementos, la escasa producción convencional empresarial

Con los datos reseñados hablar de negociación empresarial en nuestra Comunidad nos genera importantes dudas sobre su eficacia. Ha de cambiar profundamente el tejido empresarial andaluz si queremos fomentar realmente la contratación colectiva empresarial. La flexibilidad prevista en el RD-L puede ser positiva por la adecuación que cada una de nuestras empresas a las exigencias del mercado. Pero nuestra realidad no parece responder a esta posibilidad, principalmente por el tamaño de nuestras empresas y por el arraigo que la negociación sectorial provincial tiene en nuestra Comunidad, fundamentalmente en los sectores productivos que, actualmente, constituyen la base de nuestra economía. En cualquier caso consideramos que el legislador laboral ofrece instrumentos flexibilizadores suficientes para que una empresa pueda adaptarse en todo momento a las exigencias del mercado sin hipotecar su viabilidad.

8. BIBLIOGRAFÍA

CARDENAL CARRO, M.: «Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio», apartado 9: «Un supuesto específico de concurrencia: la prioridad del convenio de empresa» BIB 2011/1156.

²⁵ Según el IECA 500.169 trabajadores prestan sus servicios en establecimientos de hasta 5 trabajadores, por lo que no cuentan con representación legal; en empresas con una plantilla entre 6 y 49 trabajadores tenemos 52.863, de un total de 557.182. De donde se deduce que las empresas de 50 o más trabajadores dan ocupación sólo a 4.150, constituyendo esta cifra el 0.7% del total. Datos facilitados al 31 de mayo de 2011, <http://www.juntadeandalucia.es/institutodeestadisticaycartografia/direct/Resumen2010/index.htm>.

- CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio» BIB 2011/1156.
- CRUZ VILLALÓN, J.: *Compendio de Derecho del Trabajo*, ed., Tecnos, 4ª ed. 2011.
- ELORZA GUERRERO, F.: *Los acuerdos reguladores de condiciones de trabajo y empleo*, ed. CES, Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C.: «Reforma de la negociación colectiva» Aranzadi núm.6/2011, BIB 2011/1359.
- HIERRO HIERRO, FJ.: «Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio» apartado 10 «Ámbito temporal de los » BIB 2011/1156.
- LÓPEZ TERRADA, E.: “Nuevos contenidos de la negociación colectiva en la empresa” *Documentación Laboral*, nº 91, 2011.
- MERINO SEGOVIA, A.: “La reordenación del tiempo de trabajo: incidencias en la negociación colectiva”, en AA.VV.: *La negociación colectiva ante la crisis económica*, ed. Bomarzo, Albacete, 2010.
- SÁNCHEZ TRIGUEROS, C. SEMPERE NAVARRO, AV.: «Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio» BIB 2011/1156.