

CONDICIONES SALARIALES (II): EL TRATAMIENTO EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. ESPECIAL REFERENCIA A LAS REGLAS DE SELECCIÓN DE CONVENIOS Y LAS EMPRESAS MULTISERVICIOS. POSIBLES PROPUESTAS DE REFORMA NORMATIVA

MARÍA SEPÚLVEDA GÓMEZ
*Profesora Titular de Universidad
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla*

“la pobreza, en cualquier lugar, constituye un peligro para la prosperidad de todos”

DECLARACIÓN DE FILADELFIA, OIT, 1944

1. TRABAJO Y POBREZA

Según el Informe de la OIT “Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. Tendencias 2018”¹, a fecha de 2017 el desempleo mundial sigue siendo elevado, aumenta el empleo vulnerable y se ralentiza el ritmo de reducción de la pobreza laboral, siendo alarmante el porcentaje de personas en situación de extrema pobreza laboral en países en desarrollo, que se cifra en torno al 40 por ciento, en tanto que dicho porcentaje se reduce al 8 por ciento en países emergentes. El total de

consideran en millones. Se constata igualmente que en materia de empleo persisten las desigualdades, especialmente en mujeres y jóvenes.

¹ *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo: Tendencias 2018*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra: OIT, 2018. https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_631466.pdf

Resulta también preocupante, según el citado Informe, que el previsto giro estructural hacia el sector de los servicios podría someter la calidad del empleo a presiones complejas, de tal manera que podría aumentar la incidencia del empleo a tiempo parcial y el subempleo por insuficiencia de horas y que, por tanto, esa transformación estructural parece tener escasas posibilidades de suscitar mejoras generalizadas de las condiciones de trabajo. En cuanto al crecimiento de los salarios, se constata que seguirá siendo moderado, lo que limitará la demanda agregada, y que la frecuente mala calidad de los puestos de trabajo creados también ha contribuido a limitar los salarios. En ello influye también el alto porcentaje de empleo a tiempo parcial, en el que suele haber salarios más bajos y pocas perspectivas de promoción profesional. En el caso de España, junto a Italia y Portugal, hasta un 70 por ciento de trabajadores a tiempo parcial preferirían trabajar a tiempo completo, en tanto que dicho porcentaje se reduce a una media del 30 por ciento en los países de la eurozona².

Para la OCDE, la pobreza en España es una fuente de inquietud, ya que la proporción de personas en edad de trabajar que vive con menos del 50 por ciento del ingreso mediano es del 15,9 por ciento, la segunda más alta de la OCDE, sólo levemente inferior a Grecia. Se constata además que el crecimiento negativo de los salarios se debe a la importante y creciente parte de trabajadores en empleos mal pagados o a tiempo parcial involuntario³.

Por su parte, la Estrategia Europea 2020⁴ refleja que 80 millones de personas corrían riesgo de pobreza antes de la crisis, de los que 19 millones son niños, y que el 8 % de los trabajadores no ganan lo suficiente para abandonar el umbral de pobreza, siendo los trabajadores en paro especialmente vulnerables a la pobreza, fijando entre uno de sus principales objetivos reducir el número de europeos que viven por debajo del umbral nacional de pobreza en un 25 %, liberando de la pobreza a 20 millones de personas, para lo que formula una serie de propuestas.

Por otro lado, téngase en cuenta que para medir el riesgo de pobreza no sólo se tiene en cuenta el nivel de ingresos de una unidad familiar, sino también la carencia material severa de bienes y su baja intensidad laboral, de manera que el concepto de riesgo de pobreza y/o exclusión social se amplía para considerar no sólo los términos monetarios (nivel de renta), sino un concepto multidimensional para definir la pobreza y/o exclusión social⁵. Entre los bienes cuya carencia se considera relevante

² *Ibíd.*, p.29.

³ ECD Economic Outlook Database (No. 103), Junio 2018. <https://www.oecd.org/spain/Employment-Outlook-Spain-ES.pdf>

⁴ Comunicación de la Comisión europea: *EUROPA 2020 Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, 3.3.2010 COM (2010) 2020 final.

⁵ Indicador AROPE, referido al grupo de personas en riesgo de pobreza y/o exclusión social, que según la Estrategia Europa 2020 se les denomina ERPE (personas En Riesgo de Pobreza y/o Exclusión) o las siglas en inglés AROPE (At Risk of Poverty and/or Exclusion). Fuente: http://www.ine.es/ss/Satellite?L=es_ES&c=INESeccion_C&cid=125941637944&p=1254735110672&pagename=ProductosYServicios/PYSLayout.

a los efectos de medir el umbral de pobreza se encuentran no sólo cierto tipo de alimentos y electrodomésticos básicos, sino también el retraso en el pago de gastos relacionados con la vivienda principal (hipoteca o alquiler, recibos de gas, comunidad...), entre otros. Es evidente que si no se puede contar con estos bienes básicos, en gran medida se debe a la falta de ingresos o ingresos adecuados, especialmente el salario si hablamos de personas que forman parte de la población activa, es decir, en edad de trabajar, ya estén ocupadas o desocupadas.

En otras aportaciones contenidas en este libro se aborda con más profundidad el estudio de trabajadores en situación de pobreza en el mercado laboral español, por lo que nos remitimos a ellas. Hacemos, no obstante, especial hincapié en el hecho de que contar con un salario, adecuado, es un factor decisivo para que pueda considerarse como medio de vida de quienes trabajan o pretenden hacerlo, y que no sólo el desempleo es motivo de pobreza, sino también el empleo precario de mala calidad. Pese a que el objetivo de consecución de empleo de calidad sea una constante en las normas -tanto nacionales como europeas- desde la era dos mil, sin embargo el concepto de calidad en el empleo ha girado en torno a una visión cuantitativa del mismo. Las políticas activas han estado orientadas principalmente a la reducción del nivel de desempleo y las reformas laborales, especialmente la de 2012, y han tenido como uno de sus objetivos principales éste, o al menos ha constituido el argumento en base a cual se han modificado sustancialmente la funcionalidad de algunas instituciones laborales básicas propias de todo sistema democrático de relaciones laborales, como es la negociación colectiva, entre otras.

Son numerosos y variados los factores que pueden incidir tanto en el nivel de empleo de un mercado de trabajo como en el nivel de calidad del mismo, sin duda. Entre ellos el marco regulador de la relación laboral y el espacio que las normas laborales permiten a la autonomía colectiva. Sin ánimo de exhaustividad, es desde esta perspectiva jurídica desde la que vamos a abordar la influencia o el resultado que está teniendo el actual régimen jurídico de la negociación colectiva, en particular en lo que se refiere a las reglas legales sobre la selección del convenio colectivo aplicable a una empresa, en el actual deterioro o devaluación de los salarios de los trabajadores empleados. Devaluación salarial que, en demasiados casos, lleva a mantener la afirmación de que tener trabajo y estar en la pobreza, o en su umbral, ya no son situaciones antitéticas.

Si bien las reglas legales de selección del convenio aplicable son las mismas para todas las relaciones laborales y, por tanto, para todas las empresas, especial interés reviste su aplicación práctica a un modelo de empresa en expansión desde finales de los años noventa: las empresas multiservicios. La interrelación del actual marco jurídico laboral con la consolidación del modelo de organización de la producción de forma descentralizada, hacen que este tipo de empresas haya proliferado en el mercado de trabajo precarizando de forma exponencial las condiciones de trabajo en la relación laboral, especialmente el salario.

2. INFLUENCIA DE LA NORMA LABORAL ESTATAL EN LA SELECCIÓN DEL SALARIO FIJADO POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Si la norma estatal se limita a fijar anualmente el nivel mínimo de salario que debe percibir todo trabajador asalariado a tiempo completo (art. 27 ET)⁶, y la negociación colectiva es la que fija la cuantía del salario respetando dicho salario mínimo legal (art. 26 ET), podría llegarse a la conclusión de que la devaluación salarial se debe a que los sujetos colectivos que representan a trabajadores y empresarios así lo han decidido libremente, y que en sus intercambios negociales han llegado a ese pacto.

Sin embargo, este razonamiento resulta incorrecto y constituye más bien un sofisma. Antes al contrario, y es algo ampliamente analizado por la doctrina que por conocida omitimos su cita, se podría afirmar que el actual marco regulador de la relación laboral, en especial sus fórmulas de flexibilidad interna y externa, así como la regulación de la negociación colectiva, hacen que el convenio colectivo aplicable se torne en muchos casos en instrumento de devaluación salarial, lo que evidentemente va a afectar a las condiciones de vida y de trabajo de la población asalariada. Seguidamente indicaremos las principales causas de ello, no sin antes hacer una breve reflexión en torno al papel de la negociación colectiva en relación con la afirmación acabada de hacer.

La libertad de contratación de las empresas, o acceso a un mercado de trabajo ilimitado, por un lado, y la individualización de las condiciones de trabajo, por otro, produjeron en el pasado unas condiciones de vida y de trabajo tan pésimas que hicieron surgir el asociacionismo obrero y el germen de lo que después se conocerá como negociación colectiva. Constituyó un desafío al individualismo liberal como forma colectiva de fijar las condiciones de trabajo, que ha perdurado en el tiempo, y cuyo principal objetivo ha sido fijar colectivamente las condiciones de trabajo. De manera que el desequilibrio de partida entre el trabajador individual frente a la empresa se compensaba con la presión que ejerce una colectividad de trabajadores frente a la empresa a la hora de fijar las condiciones de trabajo. Ésa ha sido primigenia y originalmente la función de la negociación colectiva, función que permanece y sigue identificando a este instrumento colectivo. Sin embargo, entre aquella época y la actual, podemos llegar a afirmar que la negociación colectiva en muchos casos ha pasado a ser un instrumento de devaluación salarial, es decir, una herramienta para reducir el salario de los trabajadores, entre otras condiciones de trabajo. Es decir, que pese a ser el medio colectivo por el que se siguen fijando las condiciones de trabajo, en buena parte ha perdido su objetivo de mejorar las condiciones de vida y de trabajo, de manera que su resultado no sólo no mejora, sino que empeora en muchos casos la situación de los trabajadores. Algo, cuando menos, paradójico.

⁶ Real Decreto-Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE 24 de octubre).

Sin podernos detener aquí en las causas de esta transformación, que son muchas y variadas, lo cierto es que ese instrumento colectivo y su resultado vienen reconducidos por la norma estatal a cumplir una función de flexibilidad de la relación laboral y de gestión de las necesidades de cambio en las empresas. Ello es algo constatado por abundante doctrina al respecto, cuya cita sería un ejercicio imposible, por lo que no vamos a insistir en esta idea. Pero de la misma cabe destacar dos conclusiones: la primera, que la influencia del Estado en las relaciones laborales a través de su poder normativo es una constante en la historia del Derecho del Trabajo y sigue siéndolo. Y la segunda, que la función y espacio de la autonomía colectiva los fija la norma estatal, pese a que el mandato constitucional ordena al legislador garantizar el derecho a la negociación colectiva y el carácter vinculante de los convenios colectivos (art. 37.1 CE)⁷. Cobra sentido aquí la afirmación “el Derecho no crea el poder, sino que solamente es «una técnica de regulación del poder social»”⁸.

De manera que el sofisma con el que empezamos este apartado enmascara la verdadera conclusión, que debería ser: si el salario aplicable a los trabajadores está deteriorado es fundamentalmente por la influencia que ejerce la norma estatal en la fijación y selección de aquél, sea directa o indirectamente, más que a la negociación colectiva por sí misma⁹.

Por tanto, el marco regulador de la flexibilidad de las condiciones de trabajo y de la negociación colectiva viene a ser un factor muy determinante no sólo de la cuantía del salario, sino también de que la selección del salario pactado en la negociación colectiva sea en muchos casos el más devaluado entre los posibles aplicables. Entre los diversos mecanismos legales que inciden en este resultado vamos a destacar principalmente uno de ellos, por tratarse en general del más incisivo en la devaluación del salario, y en especial en fórmulas de descentralización productiva. Nos referimos a la regla legal que da prioridad aplicativa al convenio de empresa (art. 84.2 ET), que pasamos a tratar seguidamente.

3. LA SELECCIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE A EFECTOS DE SALARIOS. EL IMPACTO DEL CONVENIO DE EMPRESA

Es sabido que la reforma legal operada sobre la negociación colectiva por la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, entre otras reglas, establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa en una serie de

⁷ Siendo significativa a estos efectos la STC 8/2015.

⁸ O. Kahn-Freund, *Trabajo y Derecho*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987, p. 48.

⁹ Vid. M. Sepúlveda Gómez, “La influencia de la norma estatal en la negociación colectiva desde la perspectiva de la segmentación laboral, en AA.VV., *Impacto de la negociación colectiva sobre la segmentación laboral: causa determinante y elemento de contención*, Coordinador J. Cruz Villalón, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 117-158.

materias esenciales de la relación laboral, entre ellas la cuantía del salario; esta misma preferencia se establece respecto de los convenios para grupos de empresas y los de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas (art. 84.2 ET)¹⁰. Aunque hace tiempo se venía poniendo de manifiesto la necesidad de un cambio en la estructura de la negociación colectiva, hasta ahora ésta ha sido una materia residenciada en el ámbito de la propia negociación colectiva y de los interlocutores sociales. La reforma 2011, aunque apostaba también por la preferencia del convenio de empresa, no obstante permitía que los acuerdos interprofesionales pudieran pactar otra regla distinta de estructura de la negociación colectiva y de concurrencia. Es, por otro lado, también la opción tomada por otros ordenamientos de nuestro entorno, dentro de un Derecho del trabajo de la crisis que considera que el nivel de empresa es el más apropiado para que las condiciones de trabajo estén adaptadas a las circunstancias de cada empresa concreta, por ser el nivel más cercano e inmediato a las mismas.

En el plano de la propia negociación colectiva, el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, 2012, 2013 y 2014, de 30 de enero de 2012, en su art. 1 asumió el compromiso de potenciar el convenio colectivo de empresa mediante *los convenios sectoriales deberán propiciar la negociación en la empresa, a iniciativa de las partes afectadas, de jornada, funciones y salarios por ser el ámbito más adecuado para configurar estas materias. Y ello sin perjuicio de otras alternativas complementarias a los convenios de empresa, como son los acuerdos o pactos de empresa suscritos por sujetos legitimados en el artículo 87.1 del ET*. Pero es evidente que este compromiso no fue viable con la nueva redacción dada al art. 84.2 ET por la reforma 2012, que vino a establecer de forma impositiva la prioridad aplicativa del convenio de empresa en las condiciones más importantes de la relación laboral, prioridad indisponible mediante los acuerdos interprofesionales del art. 83.2 ET. Lo que llevó a la doctrina a afirmar que “nos encontramos ante una norma imperativa, de *ius cogens* de la negociación colectiva, que llega a privar de sus funciones a los mismos acuerdos de ordenación del sistema negocial”¹¹. Por su parte, el reciente IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, para los años 2018, 2019 y 2020, suscrito el 5 de julio de 2018¹², omite toda referencia a los

¹⁰ Se sigue en este apartado, en parte, las reflexiones para el debate que expuse en el Seminario sobre Las Reformas Laborales de 2012, organizado en el seno de los proyectos Proyecto de I+D DER2009-08766: Gestión Socialmente Responsable de la Crisis”; Proyecto de Excelencia SEJ 322 “Régimen Jurídico de los Mercados de Trabajo Transicionales” y PAIDI SEJ 322 “Integración y Desintegración económica: el marco jurídico de la empresa; SEJ103: Derecho; Mercado Trabajo y Relación Laboral, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla en octubre de 2012, y publicado en AAVV, Estudios en torno a la Reforma Laboral de 2012, E. Castellano Burquillo, E. e I.Feria Basilio (Directoras), ed. Punto Rojo, Sevilla, 2013, págs. 163-188.

¹¹ Rodríguez-Piñero Royo, M. (2012), “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, *XXV Jornadas de estudio sobre negociación colectiva. La reforma laboral de 2012*, publicación electrónica consultable en la siguiente dirección:
http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/Jornadas/Jornadas.htm

¹² Resolución de 17 de julio de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (BOE 18 de julio).

convenios de nivel de empresa y su prioridad aplicativa, y dirige sus cláusulas a todos los convenios colectivos en general, entre las que el salario, su cuantía y revisión es la única condición de trabajo que recoge.

Como ya ha manifestado la doctrina, pese a que la fórmula legal se presenta como una excepción a la regla general dispuesta en el art. 84.1, podría ahora mantenerse lo contrario, siendo la prioridad aplicativa del convenio de empresa la regla general en cualquier supuesto de concurrencia de convenios colectivos, sean del nivel que sean, lo que en la filosofía de la Ley 3/2012 presupone el declive del convenio de sector que queda denostado por considerarse un instrumento alejado de la realidad de cada empresa.

Sin que se pueda abordar aquí la estructura de la negociación colectiva, sí cabe plantear la cuestión de si la reforma del art. 84 ET, estableciendo esta prioridad aplicativa de ciertas materias del convenio de empresa, pretende solucionar los problemas que desde hace tiempo se achacan a la estructura de la negociación colectiva. La ley 3/2012, en su preámbulo, expresamente se refiere al objetivo de “*garantizar la descentralización convencional en aras de facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores*”. Es evidente que la respuesta debe ser negativa, toda vez que la reforma de este precepto persigue de nuevo como finalidad la adaptación de la negociación colectiva a las empresas -como lo es también en el mecanismo de la inaplicación del convenio-. Aunque no se dice expresamente, se considera que el convenio de sector no se adapta a la realidad de la empresa y, esto sí expresado, los estatales y autonómicos pueden impedir esa prioridad aplicativa del convenio de empresa, siendo esta razón la que legitima que la ley imponga esta prioridad “*en materias que se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo*” (preámbulo, IV).

Se deduce, pues, que no es objeto de la reforma evitar la atomización de la negociación colectiva, ni su fragmentación, ni dar solución a la elección de convenio colectivo aplicable en sectores emergentes o que realizan actividades multiservicios que no se ajustan a un solo sector, entre otros problemas, hasta ahora no solucionados. El objetivo es atender la emergencia en la que se encuentra el mercado de trabajo, la economía y la productividad, facilitando que se puedan pactar condiciones de trabajo más ajustadas a las circunstancias de cada empresa. Y el mecanismo jurídico utilizado es el de establecer una nueva regla de concurrencia, como excepción a la regla general, a través del cual se coloca en un nivel secundario a la negociación colectiva sectorial, y el auge de la de nivel de empresa, en la que las representaciones colectivas son más débiles¹³, de lo que se deduce por la doctrina “un profundo rechazo de la acción sindical, considerada por el gobierno legislador

¹³ C. H. Preciado Domènech, *Una primera aproximación al Real Decreto-Ley 3/2012, de reforma laboral*, Editorial Bazarzo, p.39.

más un elemento disfuncional a la economía que un instrumento de contrapoder colectivo”¹⁴.

Se trata de una opción del legislador de nuestro país y otros de nuestro entorno que, en las circunstancias de desempleo y crisis existentes durante esos años, opta por sacrificar una función que ha sido tradicional y propia de los convenios colectivos de sector, a favor del convenio de empresa, esto es, la función de igualar las condiciones de trabajo y los costes de producción en las distintas empresas que compiten en el mercado - además de ser el nivel que mejor permite la participación de los sindicatos en la determinación de condiciones de trabajo-. Siendo por tanto “una de las funciones consustanciales que ha de cumplir la negociación de ámbito sectorial: a saber, la de establecer unos estándares mínimos de obligada aceptación por parte de todas las empresas encuadradas en un determinado sector que ordene las reglas de juego y evite la competencia desleal o el llamado *dumping* social entre ellas”¹⁵. De manera que los convenios colectivos de sector son igualmente una herramienta de suma importancia para regular el sector y para hacer que la competencia entre empresas no se vea falseada por una tendencia a fijar su competitividad en base a la reducción de costes laborales, entre otras. Esta tendencia se ha considerado desde siempre como una competencia desleal, y se ha intentado impedir mediante una serie de técnicas jurídicas que pretenden proteger la posición del sindicato como garante de esa igualdad de costes¹⁶.

La reforma laboral de 2012 ha marcado un punto de inflexión en la materia a través de la preferencia por la empresa considerada individualmente, a la que se sitúa en primer plano, en tanto que el convenio colectivo de sector deja de ser un suelo de contratación en materia de condiciones de trabajo que impide a las empresas del sector la fijación de condiciones inferiores a las reguladas en el mismo. En un plano más general, también la propia autonomía colectiva se ve afectada, pues la norma sustrae a los sujetos que intervienen en el sistema de negociación colectiva la decisión de fijar las propias reglas funcionamiento de sus relaciones.

El tiempo transcurrido y el uso que se ha hecho de esta regla confirma que más allá de ser simplemente una técnica para dirimir la concurrencia conflictiva de convenios colectivos, altera una parte sustancial de las funciones que viene cumpliendo este instrumento, el convenio colectivo, desde su aparición en las relaciones laborales y su pleno reconocimiento jurídico. No obstante lo anterior, apuntamos algunos de sus efectos, sin ánimo de exhaustividad, que ya en su día tuve

¹⁴ A. Baylos Grau, A., “El sentido general de la reforma: la ruptura de los equilibrios organizativos y colectivos y la exaltación del poder privado del empresario”, Revista de Derecho Social nº 57, Bomarzo (monográfico sobre *La reforma laboral*), 2012, p. 9.

¹⁵ R. Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en España: una visión cualitativa*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 29.

¹⁶ M. Sepúlveda Gómez, “La función uniformadora de condiciones de trabajo del convenio colectivo de sector y la libertad de establecimiento en el derecho comunitario, en AAVV *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva. XXVII Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*). Monografías Temas Laborales, núm. 42/2009, p. 365.

ocasión de exponer, y que estudios recientes han confirmado¹⁷, al menos en las muestras de convenios colectivos analizados con vigencia a partir de 2013, cuya duración en muchos casos es inusualmente prolongada.

En el terreno de la hipótesis, planteábamos si la nueva regla legal de prioridad aplicativa de determinadas materias del convenio colectivo de empresa era llevada a la práctica, en una misma empresa se aplicarían a la vez dos convenios colectivos, esto es, el de la propia empresa en las materias con prioridad aplicativa, y el de sector vigente y aplicable en el resto de materias que no gozan de prioridad para el nivel de empresa.

Se podría argumentar de contrario que esto mismo podría suceder antes de la reforma porque la estructura pactada de la negociación colectiva suele contemplar el reparto de materias negociables entre las distintas unidades de negociación. Pero la diferencia estriba, no sólo en el hecho de que ahora la regla de concurrencia es preceptiva e indisponible por mandato legal -con lo que la misma regla legal se convierte en inadaptable a los cambios-, sino también en que el efecto que pretende lograr la norma es alentar la negociación de convenios de empresa allí donde no los haya hasta el momento. De manera que -dejando al margen la cuestión de que deberá haber voluntad por la empresa y representantes de los trabajadores de negociar, lo que no siempre ocurrirá por razones diversas- se supone que en un determinado plazo aumentará el número de convenios de empresa.

Esta hipótesis de partida ha sido confirmada, y no sólo el hecho de aumento considerable de convenios de empresa, con regulación peyorativa de los salarios, sino también de prácticas consistentes en una regulación a nivel de empresa de aspectos retributivos que no gozan de la prioridad establecida por el art. 84.2 ET. Por ejemplo, modificación de la estructura del salario, nuevas formas de doble escala salarial, supresión de complementos salariales, reducción de la cuantía de complementos extrasalariales, en particular las mejoras voluntarias de Seguridad Social y las ayudas sociales de diversa índole¹⁸. Y no es que se trate de contenidos ilegales, sino de contenidos que no gozan de la prioridad aplicativa y pese a ello se recogen, lo que supone el riesgo de su indebida aplicación prioritaria por parte de la empresa. Evidencia por otro lado, el interés por la ocupación de la unidad de negociación cuando el convenio colectivo de sector decaiga en su vigencia, a modo de huida del convenio de sector¹⁹.

¹⁷ “La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, J. B. Vivero Serrano, J. Cruz Villalón, J. Pérez Rey, M. Sepúlveda Gómez y R. Morato García, en AA.VV. Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012, (Coords. C. L. Alfonso Mellado et alii), Observatorio de la Negociación Colectiva, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Lefebvre El Derecho, Madrid, 2016, pp. 97-237, en el que se analiza una muestra de cien convenios colectivos de empresa negociados con posterioridad a la reforma laboral de 2012.

¹⁸ “La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, cit. pp. 107 a 110.

¹⁹ “La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, cit. p. 122.

Con el simple cambio de una regla que técnicamente se presenta como de prioridad aplicativa de determinadas materias, se llega no sólo a una situación de jerarquía entre convenios, sino también a la atribución de una función de complementariedad y subsidiariedad del convenio de sector respecto del convenio de empresa: la primera por aplicarse el convenio de sector sólo en aquellas materias que no son preferentes en el convenio de empresa, y la segunda porque el convenio de sector se aplicaría en su totalidad en defecto de convenio de empresa nuevo. Un papel sin duda secundario para el convenio de sector que, además, conlleva a una situación de inseguridad sobre el convenio aplicable en cada momento, pues habrá de conocerse la situación de vigencia y pactos de cada convenio de empresa para saber si se aplica o no el de sector, total o parcialmente, situación que escapa o cuando menos dificulta su control por los sindicatos.

Por otro lado, en situaciones de existencia de ambos niveles de negociación - sector y empresa- se planteaba que la nueva regla podría dar lugar a que los convenios de empresa regulasen sólo las materias en las que tienen prioridad aplicativa, como apuntaba la doctrina “a modo de un criterio de especialidad o competencia”²⁰, en tanto que el resto de materias no lleguen a negociarse en ese ámbito para que se apliquen las pactadas en el convenio de sector y, a su vez, éstos también lleguen a especializarse en materias que no son prioritarias en el nivel de empresa. Sin duda esto sería un efecto que incide, como el anterior, en la estructura de la negociación colectiva que sin cambiar su armazón ve desplazados sus contenidos entre diferentes unidades de negociación. Pero en la práctica se constata que dicha especialización no se ha producido mediante un reparto articulado de materias entre los dos niveles de negociación, ya que más bien lo que se ha ocurrido en muchos convenios, sobre todo de empresas pequeñas, es que se han limitado a regular sólo aquellas materias que gozan de la prioridad aplicativa, a modo de descuelgue del convenio de sector²¹.

Otro efecto derivado del aumento del número de convenios de empresa es la diferenciación de condiciones de trabajo para empresas del mismo sector, que precisamente los convenios colectivos de sector evitaban al menos en lo relativo a condiciones de trabajo básicas. Lo que a su vez puede producir de facto una competencia desleal entre empresas, que puede llevar a una negociación colectiva a nivel de empresa a la baja, con la finalidad de conseguir más competitividad a través de ahorros de costes laborales. Esta situación no sólo es desfavorable para los trabajadores, que verían cada vez más reducidas sus condiciones laborales, sino también para las propias empresas, pues la existencia de un mismo nivel de condiciones de trabajo en el sector aplicable por igual a todas las empresa fomenta la competencia empresarial en la calidad del producto y en la innovación de los métodos de producción, lo que genera una situación general más beneficiosa que la producida por la reducción de costes laborales.

²⁰ M. Rodríguez-Piñero Royo, “Eficacia personal e inaplicación del convenio colectivo”, cit., 2012, p.31.

²¹ “La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, cit. p. 122.

El hecho, además, de que la reforma laboral 2012 permita la inaplicación del propio convenio de empresa, cuyas condiciones de trabajo pueden ser sustituidas por otras -pactadas o impuestas- sin que esta modificación pueda llegar a conocerse externamente ya que la comunicación a la autoridad laboral es a los solos efectos de depósito (art. 82.3 ET), no de su publicación, puede generar un clima de desconfianza entre las propias empresas del mismo sector, que les haga tender a la reducción de condiciones de trabajo para ser más competitivas entre las de la misma actividad o sector.

Para finalizar, la prioridad aplicativa del convenio de empresa hace que los sujetos legitimados para negociar en este nivel en representación de los trabajadores adquieran un importante protagonismo. En el caso de empresas que cuenten con representantes unitarios y representantes sindicales, hace que la existencia de este doble canal de representación de los trabajadores en la empresa y la prioridad de las secciones sindicales para negociar en el ámbito de empresa o inferior -según la redacción dada al art. 87.1 ET por el RDL 7/2011- pueden hacer surgir conflictos y tensiones entre ambos tipos de representación de los trabajadores, que podrían ir en detrimento de la propia negociación colectiva. Aunque no se tiene constancia de este efecto, sin embargo sí se ha comprobado que en muchas empresas que no contaban con representación de los trabajadores han incentivado su elección a los efectos de poder negociar el convenio de empresa y que en su mayoría estos representantes no están sindicalizados, “por lo que la preferencia por las secciones sindicales es irreal”²². Se constata igualmente que en algunos casos incluso se ha llegado a firmar el convenio con representaciones *ad hoc*, que no tienen legitimación para negociar un convenio colectivo. Además de otros casos en los que el convenio de centro de trabajo amplía su ámbito de aplicación a cualquier otro centro de trabajo futuro que pueda crear la empresa, lo que evidentemente no cumple con la regla de correspondencia entre el ámbito de la negociación y el de la representación de los trabajadores, tal como ha confirmado el Tribunal Supremo²³.

Ha venido, pues, esta modificación legal a devaluar el salario de muchos trabajadores, entre otras condiciones de trabajo, si bien formalmente aparece como resultado de la negociación colectiva. Muchos convenios de empresa, aprovechando la prioridad aplicativa de la cuantía del salario y el desequilibrio de poder en el ámbito de la empresa, no sólo han llevado a cabo importantes reducciones salariales en comparación con el convenio de sector, sino que además modifican la estructura del salario, establecen en muchos casos nuevas formas de doble escala salarial y, en los casos más extremos, llegan a igualar la retribución a niveles del salario mínimo

²² C. L. Alfonso Mellado y G. Fabrega Monfort, “El convenio de empresa tras la reforma laboral: proceso de negociación y legitimidad”, en AA.VV Los convenios colectivos de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012, (Coords. C. L. Alfonso Mellado et alii), Observatorio de la Negociación Colectiva, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Lefebvre El Derecho, Madrid, 2016, pp 94-95.

²³ Por todas, vid. SSTS 20-5-2015 [RJ 2015, 2889] y 10-6-2015 [RJ 2015, 4089].

interprofesional previsto anualmente en la norma estatal, para todos los trabajadores al margen del sistema de clasificación profesional, apuntándose por la doctrina que pudiéramos estar en situación de fraude de ley, por no tener como objetivo fijar la retribución a través de la negociación colectiva sino exclusivamente desplazar la aplicación del convenio de sector. Otra práctica de dudosa legalidad detectada ha sido la de llevar a cabo una aplicación retroactiva de la devaluación salarial²⁴.

Pero este panorama se recruce aún más en situaciones de descentralización productiva, especialmente a través de empresas multiservicios, aunque no sólo. Lo abordamos seguidamente.

4. EMPRESAS MULTISERVICIOS. FACTORES DE DEVALUACIÓN SALARIAL

Existen a día de hoy numerosos estudios en torno a este modelo de empresa que opera exclusivamente en ámbitos de descentralización productiva prestando múltiples y variados servicios a las empresas clientes²⁵. Por haber participado en algunos de ellos, he tenido ocasión de conocer la amplitud de cuestiones jurídicas que provoca la aplicación de las normas laborales a este tipo de empresas y los resultados que por ahora se están produciendo, en especial en materia de selección del convenio colectivo aplicable. Pero también el impacto que está provocando esta forma de empresa en el deterioro de las condiciones de trabajo²⁶. Dado que no es objeto de esta aportación el análisis de este tipo de empresa y las problemáticas cuestiones jurídicas que se derivan de la misma, más modestamente y al hilo de la temática de esta monografía, me limito a indicar algunos de los factores que confluyen en este tipo de organización empresarial que incrementan o pueden incrementar potencialmente los niveles de devaluación salarial de los trabajadores empleados por las mismas. Para ello utilizaré algunas de las conclusiones obtenidas en los estudios citados.

En primer lugar, destaca el hecho de que se trata de un tipo de empresas que sólo prestan servicios en procesos de descentralización productiva. La consolidación

²⁴ “La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, cit. pp. 118-119.

²⁵ Por todos, vid. AAVV *Descentralización productiva: Nuevas formas de trabajo y de organización* empresarial. XXXVIII Congreso nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ediciones Cinca, 2018, y AA.VV. *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Observatorio de la Negociación Colectiva, CCOO, editorial Lefebvre, 2018.

²⁶ M. Sepúlveda Gómez: “La gestión del cambio laboral en la empresas multiservicios desde la perspectiva del convenio colectivo aplicable”, AA.VV. (J. Cruz Villalón dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, editorial Cinca, Madrid 2017, pp 77-103. “Derechos sindicales, comisión paritaria y solución autónoma de conflictos; prevención de riesgos laborales; régimen disciplinario (en coautoría con J. C. Álvarez Cortés, J. Cruz Villalón, R. Gómez Gordillo, y M. L. Martín Hernández), en AA.VV. *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, Observatorio de la Negociación Colectiva, CCOO, editorial Lefebvre, 2018, pp 455-508. “La Estructura Sectorial de la Negociación Colectiva: Problemas a Resolver”, *Civitas Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 127/ 2005, pp. 309-347.

de este modo de organizar la producción y la prestación de servicios, en sí mismo considerado, tiene como uno de los efectos principales en las condiciones de trabajo la aplicación de un régimen jurídico diferente a los trabajadores de las empresas contratistas respecto de los trabajadores de la empresa principal que externaliza parte de su producción o servicios. Es un efecto ampliamente tratado en numerosos estudios en los que se constata que se produce de facto una devaluación en las condiciones de trabajo de aquéllos, por la aplicación del convenio de la empresa contratista. Algo que la doctrina ya viene cuestionando, proponiendo una revisión del concepto de empresario²⁷, a la par que se hace cada vez más patente la necesidad de reformar el art. 42 ET para igualar las condiciones de trabajo de los trabajadores de contratistas²⁸, tanto desde instancias políticas²⁹, como por los agentes económicos y sociales³⁰, y el propio legislador³¹.

Ese efecto de reducción salarial se refuerza porque muchas de las empresas contratistas cuentan con convenio colectivo propio, con la prioridad aplicativa de la cuantía del salario, lo que acentúa aún más la brecha salarial entre trabajadores de la empresa principal y de la empresa contratista. Es especialmente significativo este hecho cuando se trata de empresas multiservicios (EM), pues los estudios constatan cómo hay un crecimiento exponencial de los convenios *in peius* o a la baja de las EM debido a dicha prioridad aplicativa y a la política retributiva *low cost* de las empresas clientes, “que han encontrado en las empresas multiservicios un cauce jurídico complementario, cuando no sustitutivo, al de las empresas de trabajo temporal, sobre todo a raíz de la reforma de la legislación de las ETT’s en el año 1999”³².

De otro lado, en los casos de inexistencia de convenio de empresa, el problema se complica porque por añadidura existe aún a día de hoy la incertidumbre

²⁷ M. F. Fernández López, “El empresario como parte del contrato de trabajo. Una aproximación preliminar”, en AAVV *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas* (Coord. M. F. Fernández López), edit. Trotta, pp 21 y ss, quien se pregunta: “hasta qué punto la flexibilidad y la gestión indirecta de la mano de obra permiten, en nuestro ordenamiento, la instauración de cortafuegos entre quien presta trabajo y quien se beneficia de él *ex art. 1.2 y 8.1 ET*”.

²⁸ En este sentido, vid. Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, *La negociación colectiva en el sector de empresas multiservicios*, Informes y Estudios, (Director J. Rivero Lamas), Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2006, p. 34, donde se propone una convergencia retributiva con los trabajadores de la empresa principal.

²⁹ Vid. Proposición de ley de modificación del art 42 del Estatuto de los Trabajadores para garantizar la igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores subcontratados, de 8 de agosto de 2016, presentada por el Grupo Socialista en el Congreso de los Diputados.

³⁰ Vid. IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva, para los años 2018, 2019 y 2020, suscrito el 5 de julio de 2018.

³¹ Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (BOE 9 de noviembre).

³² J. B. Vivero Serrano, D. Lantarón Barquín, J. Pérez Rey, R. Morato García, A. Todolí Signes: “La remuneración en los convenios colectivos de las empresas multiservicios”, en AAVV, *La negociación colectiva en las empresas multiservicios. Un balance crítico*, cit. pp. 173 y ss.

de qué convenio de sector corresponde aplicar a cada caso concreto de la multiforme realidad de las empresas multiservicios. El principio de unidad de empresa que hace aplicar el convenio de la actividad principal de la empresa multiservicios³³, lleva no sólo a la insegura selección que esto supone, sino que una vez seleccionado el convenio de un sector concreto se aplique a trabajadores que desempeñan una actividad diferente. Esto hace que unos determinados contenidos que se han pactado en función de las características propias de un concreto sector de actividad, se apliquen a otros tipos de actividad que ninguna relación guardan con aquéllas. A ello se añade que, en la práctica, la inexistencia de convenio de empresa lleva a la empresa multiservicio a aplicar a sus trabajadores las condiciones de trabajo conforme a los mínimos legales contemplados en las normas laborales, alegando que no resulta de aplicación ningún convenio de sector por no existir el sector de empresas multiservicios. Tanto si la EM cuenta con convenio colectivo propio como si no, se constata en todo caso una huida de la aplicación del convenio de sector a toda costa mediante fórmulas diversas³⁴.

Existen otros factores que debilitan la posición de los trabajadores de las empresas multiservicios y una posible negociación colectiva real, ya que “en este tipo de empresas la presencia sindical es prácticamente nula³⁵, precisamente por la alta rotación de trabajadores y la precariedad en las condiciones de trabajo³⁶. En muchos casos ni siquiera existirá la representación estatutaria -comité de empresa o delegado de personal-, bien por el tamaño de la empresa o bien por la falta de iniciativa de trabajadores que se encuentran en posición de vulnerabilidad, tanto en sus condiciones de trabajo como de mantenimiento del empleo”³⁷.

Pero en mi opinión, los factores principales que llevan a esta situación son dos: por un lado, la desigualdad de condiciones de trabajo, especialmente la retribución, provocada por la descentralización productiva. Sin que haya una respuesta por parte del ordenamiento al respecto, lo que lleva a un uso desmedido de tal forma de organización empresarial, que evita el ámbito de aplicación tanto de la norma estatal como de la norma convencional a quienes reciben la prestación de

³³ STS, en unificación de doctrina, de 17 de marzo de 2015 (rec. 1464/14).

³⁴ En este sentido, J. B. Vivero Serrano, D. Lantarón Barquín, J. Pérez Rey, R. Morato García, A. Todolí Signes: “La remuneración en los convenios colectivos de las empresas multiservicios”, cit., pp 179 y ss.

³⁵ En este sentido Vicente Palacios, M. A., *Empresas multiservicios y precarización del empleo. El trabajador subcedido*, Atelier, 2016, p.14, afirmando que “no parece arriesgado pensar que se trata de una realidad que ha sido favorecida, cuando no directamente propiciada, por las propias empresas”.

³⁶ Para Esteve-Segarra, E., *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Tirant lo Blanch, 2016, p. 195, “El hábitat natural de los trabajadores de estas empresas son centros de trabajo dispersos, muchas veces pequeños y fragmentados, con un recurso generalizado además a empleo atípico (trabajadores temporales y a tiempo parcial) con una alta rotación, donde el desarrollo de una acción sindical organizada ofrece grandes dificultades.

³⁷ M. Sepúlveda Gómez, “La gestión del cambio laboral en la empresas multiservicios desde la perspectiva del convenio colectivo aplicable” cit., p. 98.

servicios de los trabajadores. Y, por otro lado, la centralidad excluyente del convenio de empresa en materia de condiciones básicas de trabajo como es el salario, entre otras.

5. PROPUESTAS DE REFORMA NORMATIVA

Sin ánimo de simplificar el alcance de la materia, por razones de síntesis, apuntamos como propuestas de reforma normativa, acorde con lo expuesto en esta aportación, las siguientes:

1) La reforma definitiva del art. 42 del ET, de forma que se garantice la equiparación de condiciones de trabajo de los trabajadores de empresas contratistas y subcontratistas a las del convenio colectivo aplicable a la empresa principal. Sólo entonces se podrá mantener con seguridad que la razón prevalente que lleva a las empresas a estas fórmulas de descentralización productiva se debe a razones de especialización en el trabajo.

2) Derogación de la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Las reglas de concurrencia de convenios colectivos deben fijarse preferentemente en la negociación colectiva sectorial, así como las condiciones de trabajo básicas. Dadas las características del tejido empresarial español y del mercado laboral es en dicho nivel donde se puede contar con una presencia sindical que actúe realmente como contrapoder en la negociación colectiva y garantice una negociación real.

3) Revisión del concepto de empresario o empleador a efectos laborales. Sin menoscabo de la libertad de empresa en cuanto a su forma de organización de la producción, la norma laboral debe reconocer esa condición a quien recibe realmente la prestación de servicios del trabajador. No hacerlo supone desviar la aplicación de las normas a otras empresas, con frustración de la eficacia de derechos que se deben ejercer en el marco del contrato de trabajo.

4) Revisión del concepto de trabajador. Que incluya no sólo el trabajo jurídicamente dependiente, sino también el trabajo económicamente dependiente.