

XIII

¿ES LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA HERRAMIENTA GARANTE DEL EMPLEO Y LA IGUALDAD?

Noemí Serrano Argüello
Universidad de Valladolid

(Págs. 271 a 311)

SUMARIO

	<u>Página</u>
I. CLÁUSULAS DE EMPLEO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA	273
II. QUÉ INSTRUMENTOS UTILIZAN LOS CONVENIOS COLECTIVOS PARA FOMENTAR EL EMPLEO	275
1. Compromisos de incremento del empleo	276
2. La supresión de horas extraordinarias, un compromiso negocial	277
3. Frenar el pluriempleo	278
4. El tratamiento negocial de la jubilación: anticipada, voluntaria, especial y forzosa	279
5. Cláusulas de calidad: los compromisos de conversión de empleo temporal en empleo estable	287
6. Otros compromisos	292
III. SELECCIÓN Y CONTRATACIÓN	293
1. El ingreso en la empresa. La selección del personal para su acceso al trabajo	293
2. Preferencias en la contratación	296
3. El período de prueba	297
4. Las referencias convencionales a las empresas de trabajo temporal	301

IV. LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA SELECCIÓN Y CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES	304
1. La creciente aproximación a la igualdad en las negociaciones colectivas .	304
2. Las cláusulas en favor de la igualdad en el empleo y sus notables ausencias	305

RESUMEN

El año 2010 la crisis del empleo ha revitalizado medidas en favor del empleo, su mantenimiento y recuperación, al tiempo que desplaza el interés de los negociadores por la igualdad, como puede comprobarse tras la lectura del Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva (AENC 2010-2012).

El presente trabajo analiza las cláusulas de empleo, selección, contratación e igualdad localizadas en la negociación colectiva de Castilla y León en la última década. Los convenios colectivos están llamados a adoptar un papel más allá de la Ley para la consecución de sus propósitos, tras el estudio de las cláusulas convencionales, sin embargo, se descubre que en materia de igualdad de trato y de oportunidades se han conformado con servir de comparsa a la Ley en este tema capital. En respuesta a la pregunta de cabecera de este artículo, la negociación colectiva se vuelca mucho más en el empleo que en la igualdad.

ABSTRACT

Nowadays, crisis of employment in Spain has been revitalizing measures in collective agreements for increasing job creation, up keeping jobs, and recovering employment. But about equal policies show a lack of interest. We also can see these conclusions insert in the agreement summit between Employers and Trade Unions most representative, it was signed at the beginning of the year 2010 (called Agreement for employment and collective bargaining for the period 2010-2012).

The article analyses collective agreements signed during last past ten years in Castilla and León Region. It studies about preemployment, hiring process, employment clauses, equality clauses and no discrimination references. Collective bargaining should be enthusiastic; it should go beyond the Law contents in order to achieve the aims. We detect collective agreements just copy Law requirements about equal and no discrimination as undesirable practice. Collective bargaining shows particularly concerned to employment however, no regarding equal terms and equal opportunities.

Palabras clave: Negociación colectiva, empleo, mantenimiento, igualdad y no discriminación.

Key words: Collective bargaining, employment, keeping jobs, equality and no discrimination.

I. CLÁUSULAS DE EMPLEO Y NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Al negociar convenios colectivos, los interlocutores sociales regulan, junto con las cuestiones atinentes a las relaciones de empleo ya formalizadas, el fomento del empleo. Los dos instrumentos más utilizados para este último fin son los denominados compromisos de mantenimiento y creación de puestos de trabajo. No en vano en su momento desde los AINC de la primera década del presente siglo —sobre todo a partir del AINC 2005— se identifica a la negociación colectiva como el espacio natural para el ejercicio de la autonomía colectiva y lo nombra como ámbito apropiado para, entre otras cuestiones, aumentar el empleo y mejorar su calidad. El vigente AENC 2010-2012 reiterará esos dos puntos, además de indicar que la negociación colectiva es la esfera para facilitar la capacidad de adaptación de las empresas ⁽¹⁾. Aquellas menciones, sin duda, contribuyen a implantar en la negociación colectiva la estrategia europea por el empleo, que fue institucionalizada a partir de Lisboa 2000, con la ya célebre frase-eslogan de *más y mejores empleos*, que aglutina sus objetivos. Los interlocutores sociales firmantes del último AENC recogen el testigo de sus antecesores, pues en los precedentes AINC —celebrados a partir del año 2002— aparece, en todos ellos, el firme compromiso de llevar a la negociación colectiva los principios inspiradores de las recomendaciones europeas y de la llamada Agenda de Lisboa, tanto en su versión inicial, como en su posterior revisión y de la actual estrategia post-Lisboa (2010-2020). De forma que existe una línea de continuidad desde la plasmación de las políticas de empleo comunitario hasta el ámbito nacional, siendo en el nivel interno donde se observa que el interés destacado hacia el empleo no sólo está descrito por las reformas legislativas de los últimos años (referidas a la mejora e incremento del empleo e incidiendo de manera singular en el fomento de la contratación indefinida) sino que, también, aparece reflejado en los Acuerdos Nacionales interconfederales de Negociación Colectiva para el período 2002-2012.

Las organizaciones empresariales y sindicales deciden impulsar la negociación colectiva para que en ella se introduzcan concretos compromisos y/o criterios para el mantenimiento y la creación de empleo, sin descuidar tampoco que ese empleo debe ser de calidad, esto es, mostrando de manera singular su preferencia por el empleo estable. En el último AENC 2010 destaca: la promoción de la contratación indefinida —incluida la de los contratos fijos discontinuos para las actividades estacionales o el fomento de contrataciones parciales indefinidas rescatando viejas fórmulas de reparto del empleo que en su día no fueron muy fructíferas—, la transformación de contratos temporales en fijos, el mantenimiento del empleo, el uso correcto de la contratación no permitiendo la desnaturalización de las causas, la adopción de fórmulas que eviten el injustificado encadenamiento de los contratos temporales, la necesidad de que la negociación incorpore medidas para evitar el encadenamiento mediante distintos trabajadores para un mismo puesto de trabajo —pues se observa su ausencia a pesar del mandato del artículo 15.5, segundo párra-

(1) Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva, publicado en el *BOE* de 21 de febrero de 2010.

fo, del ET—, la posibilidad de determinar el volumen global de contratos temporales, atendiendo a criterios que permitan flexibilidad en las empresas, fomento de la contratación de jóvenes mediante el impulso de los contratos formativos (nuestras tasas rebasan el 40 por 100 de desempleo juvenil), el seguimiento de la finalidad formativa y el control de prácticas no laborales por el convenio o la llamada expresa a la implantación de mecanismos de seguimiento y control de la evolución del empleo, de la contratación y la puesta en común de buenas prácticas destinadas al fomento del empleo. También impulsa la creación de observatorios sectoriales bilaterales que, entre otras cuestiones, atiendan al mantenimiento y creación de empleo, con especial atención a las PYMEs. Por último, avanza una posible reforma de la negociación colectiva que necesariamente incorpore mecanismos de articulación y que atienda, entre otras materias, a su papel en la determinación de las políticas de empleo. Así como recuerda la necesidad de negociar sobre la cuestión de la flexiseguridad retomando el compromiso, no cumplido todavía a día de hoy, del Acuerdo de 9 de mayo de 2006, para la mejora del crecimiento y el empleo.

Desde hace unos años los interlocutores habían manifestado su preocupación por la tendencia al alza de la temporalidad, sin desconocer que era importante la creación de empleo, veían que junto con el aumento de la actividad laboral crecía la ya de por sí alta tasa de temporalidad. Dichos mandatos también se recogen y acuerdan en el seno de la concertación social autonómica de Castilla y León en favor del empleo. Cuando los agentes negociadores asumen el reto marcado por los interlocutores sociales estatales, se incorporan en algunos textos convencionales estas orientaciones dirigidas a la negociación colectiva que o bien fomentan la contratación indefinida o bien concretan la transformación de empleo temporal en estable (en este segundo supuesto lo hacen cuantificando el número de conversiones). Las recomendaciones recibidas por los negociadores para que introduzcan en su articulado disposiciones relacionadas con el empleo van siendo atendidas, cada vez en mayor número, por los negociadores de la Comunidad Autónoma, nos referimos a su intensidad, pues si atendemos a la población trabajadora afectada ha aumentado de manera progresiva durante los últimos años. En especial, en los convenios colectivos de sector, cada año se acrecientan los porcentuales que recogen esta clase de cláusulas, ya sea negociación sectorial o de empresa⁽²⁾, en particular la población trabajadora afectada por aquéllas como nos muestran los anuarios de estadísticas laborales del MTAS y de Castilla y León. No obstante, no podemos eludir que se trata de una materia que, aunque con lentitud, va filtrando en la negociación colectiva y cada anualidad se observa que esta cuestión está más presente en la negociación colectiva. La aparición de cláusulas de empleo, aun siendo ciertamente insuficiente (sobre todo si atendemos a sus contenidos), va abriéndose paso en las disposiciones de los Convenios Colectivos. Los mecanismos que aparecen en la regulación negociada para lograr esos objetivos son muy variados pues abarcan desde la pretensión del reparto del empleo mediante el reparto

(2) Si bien es cierto que las cláusulas de empleo y contratación observadas conjuntamente están en cifras muy próximas al 70 por 100 para los convenios de sector, situándose en porcentajes en torno al 65 por 100 para los de empresa, la cifra disminuirá si sólo atendemos a las cláusulas de empleo.

del tiempo de trabajo, limitando la realización de horas extraordinarias o gracias a la reducción de la propia jornada de trabajo. Asimismo aparecen otros instrumentos en los textos convencionales como, por ejemplo, la evitación del pluriempleo acordando pactos contrarios a éste o la creación convencional de una obligación de subrogación, más allá de las exigencias del artículo 44 del ET, que permita mantener a los trabajadores con independencia de la titularidad de la empresa. Otros medios de recepción en la negociación colectiva de las cláusulas del empleo, más frecuentes que las anteriormente descritas, son aquellos que incorporan medidas de mantenimiento de empleo o incluso a favor de su creación o, en fin, las cláusulas que recogen mediante una genérica declaración la importancia de la negociación en materia de empleo.

La base legal de la política de empleo en España se apoya en la vigente Ley de empleo, Ley 56/2003, de 16 de diciembre, si bien, no se agota con ese texto legal ya que el propio Estatuto de los Trabajadores contiene desde sus primeras versiones menciones específicas de apoyo al empleo y de fomento del empleo estable (artículos 15 y 17.3 del ET), incluida la conversión de los contratos temporales en indefinidos, así como, en particular, el fomento del empleo para aquellos grupos de trabajadores con mayores dificultades para acceder al empleo. Los AINC se han detenido en la necesidad de aumentar la tasa de actividad de determinados colectivos de trabajadores en sus textos se preocupan por sus tasas de ocupación y de desempleo, por ejemplo, de la población femenina (2005, 2007 y 2008), el otro gran reto presente es la incorporación de los jóvenes al mercado de trabajo (2005, 2007 ó 2010). En el último período, debido a la recesión económica (que a su vez supone la destrucción de puestos de trabajo) y a la crisis del empleo interesará de manera general el mantenimiento y la recuperación del empleo, teniendo en cuenta las elevadas tasas de desempleo.

Todavía sigue siendo exiguo el número de convenios colectivos que, buscando evitar la caída del empleo en el concreto sector, recogen expresamente la necesidad del mantenimiento del empleo. Este tipo de compromisos está presente en ciertas negociaciones de empresa, casi siempre de dimensión media —si bien no alcanza al 10 por 100 del total de las negociaciones de empresa—, no en vano resulta más fácil arrancar el compromiso empresarial en su ámbito natural. Sólo, excepcionalmente, aparecerá en los convenios colectivos de sector. Las cláusulas normalmente mencionan el compromiso de mantenimiento de la plantilla otras veces se comprometen, sin concretar cómo, a realizar los esfuerzos que fueran necesarios para mantener las plantillas en los niveles actuales. En los últimos años ha aumentado la población trabajadora afectada por estas decisiones, significativamente en la negociación sectorial pero, en su conjunto, es muy reducida la incorporación de estos compromisos y la media de Castilla y León todavía es algo inferior a la nacional.

II. QUÉ INSTRUMENTOS UTILIZAN LOS CONVENIOS COLECTIVOS PARA FOMENTAR EL EMPLEO

La promoción de la creación de empleo en la negociación colectiva con el objetivo último de incrementar las plantillas de las empresas suelen aparecer en los convenios colectivos de forma genérica, mediante la incorporación de ciertas actua-

ciones que fomenten el empleo, en ocasiones de manera particularizada determinando cuáles serán los concretos mecanismos capaces de generar empleo en el sector o empresa concreta de que se trate.

1. COMPROMISOS DE INCREMENTO DEL EMPLEO

De los posibles compromisos de creación de empleo que pueden localizarse en la negociación colectiva uno de ellos será el que recoge un incremento neto del empleo. No suelen ser muy frecuentes, aunque aparecen tanto en el ámbito funcional de la negociación de empresa como en la de sector, lo cual parece muy positivo. Donde más habituales son aquellos compromisos de creación de empleo neta suele ser en los convenios colectivos de personal laboral de distintos Ayuntamientos de Castilla y León, pero en los últimos años son menos los convenios de Administraciones Públicas registrados que incorporan este tipo de cláusulas. También aparecerá en ciertas empresas de la industria⁽³⁾ o en sectores como el comercio de la alimentación de Valladolid o de limpieza pública viaria y recogida de basuras, incluso en negociaciones que por vez primera se han llevado a efecto, cubriendo vacíos anteriores de negociación⁽⁴⁾. La finalidad de aquellas cláusulas es preservar los índices de puestos de trabajo existentes, regulando el acceso de nuevos efectivos en el sector o empresa de que se trate. Por ejemplo, incorporando cláusulas que promuevan la cobertura obligatoria de aquellas plazas que fueron quedando vacantes en la empresa o, también, al determinar un volumen mínimo de las plantillas, exigiendo que se mantenga, al menos, ese número de trabajadores. Sin embargo, hemos de apuntar que la tendencia de cláusulas de mantenimiento del empleo es creciente y suele ser en la negociación de empresa donde más aparecerán. Algunas veces se trata más bien de una decisión vinculada a la conversión de empleo temporal en indefinido del tipo siguiente: «la empresa incrementará la plantilla de trabajadores fijos ... en 5 trabajadores⁽⁵⁾», en algunos casos el compromiso irá más allá de la propia vigencia temporal del convenio colectivo.

Junto con aquellas cláusulas aparecerán otras que protegen el empleo en niveles *micro*, esto es, que buscan garantizar el mantenimiento de las relaciones laborales ya formalizadas de manera individual. Normalmente se presentan mediante una declaración expresa de la necesidad de lograr la estabilidad de las plantillas. Una subcategoría de estas disposiciones serían aquellas regulaciones que permiten al trabajador individual mantener su empleo a pesar de sufrir incidencias que modifican sus aptitudes profesionales, ya sean éstas internas al propio sujeto (por ejemplo, la incapacidad sobrevenida por motivos de salud) o de otro carácter, algunas veces producidas por la pérdida de la correspondiente autorización administrativa que les habilitaba para el ejercicio de su puesto de trabajo (por ejemplo, retirada del carné de

(3) CC Metales Extruidos SA, Valladolid o CC Galletas Gullón, SA, Palencia.

(4) CC Sector de Pompas Fúnebres, Valladolid.

(5) CC Lácteas Castellano-Leonesas, SA, Zamora.

conducir o de otras licencias). Ante estos casos se pacta un compromiso de mantenimiento del trabajador en la empresa, de forma que la dirección empresarial le ofrece su continuidad en otro puesto de trabajo para el que sí sea capaz. En este aspecto se puede constatar que es más sensible la negociación colectiva pública, de personal laboral de los Ayuntamientos o de empresas públicas y de grandes empresas para la incorporación de ciertas garantías adicionales de cambio o adecuación de puesto de trabajo, ya que en el resto de la concertación colectiva apenas encontraremos cláusulas como las aludidas.

2. LA SUPRESIÓN DE HORAS EXTRAORDINARIAS, UN COMPROMISO NEGOCIAL

Cada vez es menos frecuente encontrar referencias limitativas al trabajo extraordinario que sean absolutas mediante cláusulas que suprimen su realización, esto es, que prohíban recurrir a la jornada extraordinaria. Las fórmulas comúnmente utilizadas son más sutiles pues, si bien su primera afirmación se relaciona con su supresión, seguidamente de su lectura se deduce que permiten la realización de horas extraordinarias atendiendo a necesidades varias (que incluyen pedidos, períodos punta de producción, ausencias imprevistas, cambios de turno y cuantas otras los negociadores denominan de carácter estructural). Otras veces el acuerdo se adopta en los siguientes términos, prefiriendo incorporar la conveniencia «de reducir al mínimo indispensable la realización de horas extraordinarias» o con esta otra cláusula «con el objeto de favorecer la creación de empleo, ambas partes acuerdan reducir al mínimo imprescindible las horas extraordinarias». En todos los casos en que aparece la decisión negocial de eliminar de las horas extraordinarias, los negociadores utilizan la restricción como instrumento idóneo para repartir el empleo siendo considerada la supresión del trabajo extraordinario como un elemento que coopera con esa finalidad, siendo capaz incluso de generar *otros* empleos⁽⁶⁾ o, en otras ocasiones, como medio para atajar el paro existente en la zona geográfica concreta. Se trata de una medida que se contempla por los convenios colectivos con el objetivo final de lograr la creación de nuevos puestos de trabajo, en vez de la ampliación de la jornada. Un ejemplo de estas cláusulas sería la que recoge que: «ante la grave situación de paro existente y con el objeto de favorecer la creación de empleo, ambas partes se comprometen a eliminar en lo posible las horas extraordinarias⁽⁷⁾».

Se prefiere al introducir este tipo de cláusulas *suavizadas*; ya no recogen tanto la prohibición de recurrir al trabajo extraordinario sino que los negociadores recomiendan simplemente su no utilización o su reducción al mínimo, indicando, por ejemplo, que «se realizarán la mínimas imprescindibles». Otros convenios colectivos sí parece que incorporan su supresión, pero la aseveración inicial no es cierta pues seguidamente reconocen la posibilidad de realizar las llamadas *otras clases* de horas

(6) CC Ayuntamiento de Ayllón, Segovia, comprometiéndose a crear un nuevo puesto de trabajo por cada 500 horas estructurales.

(7) Tomada del CC de Asientos de Castilla y León, SA, Valladolid.

extraordinarias, en particular las antes mencionadas que son comúnmente conocidas, por todos, como horas extraordinarias estructurales. Son muchas las cláusulas convencionales en las que se mantienen como posibles aquellas horas extraordinarias estructurales, lo que de alguna forma viene a minimizar el efecto derogatorio de la cláusula inicial. Normalmente, se consideran estructurales las horas dedicadas a períodos punta de producción, ausencias imprevistas, cambios de turno y las de carácter estructural. También, en menor número, podemos encontrar negociaciones que con claridad expresan que se suprime su realización, sólo excepcionarán a las horas extraordinarias motivadas por causa de fuerza mayor al amparo del artículo 35.3 del ET.

Para hacer realidad el compromiso aludido, no sólo por las exigencias legales sino, también, para la limitación de la realización de horas extraordinarias se deberá informar a la representación de los trabajadores no sólo del número de horas realizadas sino de las causas que las motivaron también. Gracias a esta última información será posible estudiar la sustitución del trabajo extraordinario por otros instrumentos, incluida la opción de formalizar nuevas contrataciones. En este sentido se llega incluso a proponer vías alternativas de contratación, como es el recurso a la formalización de contratos a tiempo parcial que concentren esos tiempos de trabajo en exceso facilitando a un nuevo trabajador acceder a un empleo. El propio convenio colectivo propone su sustitución por el recurso a nuevos contratos a tiempo parcial u otras modalidades, según fuera necesario. Idea que también recogen los distintos AINC de la última década, así se mantiene en el AENC 2010-2012, pidiendo a los negociadores que *mejoren* la calidad de la contratación a tiempo parcial. Excepcionalmente, algún convenio colectivo teniendo en cuenta la situación de paro existente, exige no sólo informar a los representantes de los trabajadores sobre el número de horas extraordinarias realizadas (exigencia legal derivada del artículo 35 del ET y disposición adicional tercera del Real Decreto 1561/1995 y de los derechos de información que contiene el artículo 64 del ET) sino también la posibilidad de favorecer la creación de empleo, así se acoge el compromiso de crear puestos de trabajo en atención las horas extraordinarias realizadas en un año en cada centro de trabajo, por ejemplo, cada 1.500 horas extras⁽⁸⁾.

3. FRENAR EL PLURIEMPLEO

El pluriempleo está permitido en nuestra legislación vigente, sin embargo, los negociadores arbitran cláusulas que, en todo caso, son compromisos de naturaleza contractual, que impiden la contratación de pluriempleados. Si se contempla esta excepción, deberá justificarse el porqué y regular las razones que permitan su implantación, éstas podrán ser de política de empleo. Debemos recordar que el pluriempleo ha gozado de una muy mala aceptación en los períodos de mayor desempleo. Aunque no es frecuente en nuestras negociaciones, en ciertas ocasiones aparecerán cláusulas

(8) CC Comercio de Alimentación, Zamora.

sobre la incorporación de pactos convencionales que restringen el pluriempleo o que incluso lo prohíben. Algunas de las cláusulas tipo que suelen detectarse son: «todas las empresas se comprometen a no contratar trabajadores que dispongan de otro empleo», «las empresas afectadas adquieren el compromiso de no efectuar contrataciones con trabajadores que tengan otro empleo» o en las negociaciones de empresa «la empresa se compromete a no contratar trabajadores que dispongan de otro empleo».

A veces se llega a exigir al trabajador la obligación de comunicar a la empresa que tienen otro empleo o se extiende la obligación de las empresas a los trabajadores, haciéndoles asumir el compromiso a no prestar trabajo en otras empresas⁽⁹⁾, a modo de pacto *no concurrente*. En otras cláusulas las partes consideran conveniente la erradicación del pluriempleo en el sector, cláusula que aparece con frecuencia en hostelería. Hay ocasiones —no en todas— que este compromiso se vincula directamente a la situación de alto nivel de desempleo, de forma que su validez está condicionada por aquella situación de paro, por ello, en coherencia con la finalidad de la estipulación, se dice que el nuevo empleo que se cubra ha de serlo con un trabajador en situación legal de desempleo. Son muy poco frecuentes aquellos convenios colectivos que abordan el problema del pluriempleo en el momento de la salida y no en del acceso al empleo, de forma que si es necesaria la reducción de la plantilla se va a otorgar preferencia para permanecer en la empresa a aquellos trabajadores que no estuviesen pluriempleados (con una jornada normal en otra empresa que, por ejemplo, en hostelería se cifra en más de 7 horas diarias en otras empresas). En ocasiones se iguala la pluriactividad a la concurrencia, y ésta será la causa de la prohibición, al entender que se trata de una conducta desleal (sea desarrollada la actividad en otra empresa o a título personal), incluso habrá negociaciones que lo relacionan con el intrusismo.

Sin embargo, no deberíamos confundir estas cláusulas con aquellas otras que prohíben la pluriactividad o pluriempleo sólo si se desarrolla la misma actividad que la empresa, es decir, cuando se trata de un pacto de no concurrencia de carácter convencional, éste aparece, por ejemplo, en las empresas de pompas fúnebres la obligación será de gran amplitud pues abarca también a los seguros de decesos y otros conectados con la actividad principal de la empresa⁽¹⁰⁾. Aunque, aun en estos casos, admiten la posibilidad de autorizar la concurrencia si la empresa otorga la compatibilidad.

4. EL TRATAMIENTO NEGOCIAL DE LA JUBILACIÓN: ANTICIPADA, VOLUNTARIA, ESPECIAL Y FORZOSA

Una medida, ya clásica, que puede operar en favor de la renovación del empleo es la de la jubilación. Es muy relevante el número de convenios que se detiene en incorporar a su articulado algún tipo de cláusula relativa a la jubilación en Castilla

(9) CC Hostelería, Palencia.

(10) Así, CC Nevasa, Valladolid.

y León, importante es el número de convenios que las incorpora pero también las empresas afectadas, como lo son, así mismo, los trabajadores que ven tratada su regulación relativa a la jubilación por esas cláusulas. El reciente AENC 2010-2012 refuerza el recurso a la jubilación parcial junto con el contrato de relevo como mecanismo que sirve para mantener el empleo y rejuvenecer la plantilla. También reivindica el uso a través de los convenios colectivos de cláusulas de jubilación forzosa en los supuestos y cumpliendo los requisitos de la DA 10.^a del ET, por cierto, éstos últimos son criterios que están bien alejados del alargamiento de la vida laboral que demanda la actual situación social y, en particular, el futuro del mercado laboral y el sistema de pensiones públicas. Por último, el Acuerdo de 2010 también al atender a los procesos de reestructuración de empresa hace una llamada a la atención a las jubilaciones (probablemente quiera referirse a las prejubilaciones).

En comparación con el conjunto de España se observa que la negociación de la Comunidad Autónoma presenta un mayor tratamiento cuantitativo de esta materia, si bien en ambos ámbitos territoriales es muy similar la población trabajadora afectada. En todo caso, la inserción en los convenios colectivos de algún tipo de regulación sobre la jubilación se ve sustancialmente incrementada en los últimos períodos respecto de los años precedentes, en especial en la negociación autonómica sectorial. Para profundizar más se convierte en necesario conocer de qué tratan esas cláusulas sobre jubilación, pues su contenido es diverso, en número las más frecuentes son aquellas que potencian (o estimulan) la jubilación voluntaria, anticipando la edad ordinaria de jubilación.

Jubilación anticipada

Un importante número de los instrumentos negociales que fueron registrados a lo largo de la pasada década en Castilla y León de algún modo fomentan la anticipación de la edad de jubilación. La fórmula mayoritaria para incentivar el adelanto de la edad de jubilación será la concesión de un premio equiparado a determinado número de mensualidades de salario (que pueden oscilar de 1 a 12 mensualidades), con esta medida se busca compensar la pérdida de la cuantía de la pensión de Seguridad Social por el adelanto de la edad de jubilación, al menos hasta que el trabajador cumpla la edad en la que ordinariamente se habría jubilado (por ello la cuantía es mayor cuanto más se anticipa la edad de jubilación). Cuando los negociadores deciden introducir acciones concretas la gran mayoría mencionan la jubilación anticipada concebida como una medida de fomento al empleo, vinculada a otras contrataciones, temporales o indefinidas, con un efecto sustitución de plantilla, del puesto de trabajo que deja vacante el jubilado. Aunque en ciertas ocasiones los convenios colectivos incorporan cláusulas encaminadas a una jubilación parcial conectando ésta con la celebración de un contrato de relevo al amparo del artículo 12.6 y 7 del ET, recientemente reformado por la Ley 40/2007.

Por sectores de actividad se aprecia que los servicios acogen con gran entusiasmo esta posibilidad, tanto en la negociación de sector como en los convenios colectivos de empresa. Tampoco parece desdeñable su presencia en la construcción, en particular en convenios del sector, ni en la industria en donde aparece tanto en la

negociación de sector como en la negociación de empresa, incluso también se localiza en la agricultura, en este último caso en algún convenio de empresa del sector primario.

Jubilación forzosa

Tras la aprobación de la Ley 14/2005, de 1 de julio, sería deseable que esta forma de jubilación y, por tanto, la presencia de cláusulas de jubilación forzosa fuera incorporada en los convenios colectivos como instrumento eficaz para la política de empleo, en los términos previstos en la DA 10.^a del ET (lo que no siempre es así). Las posibilidades que ofrece aquella disposición no se refieren en exclusiva a medidas que conlleven la sustitución de jubilado forzoso por otro trabajador. Los convenios han de establecer en qué supuestos su inclusión es posible, acogiéndose al requisito contemplado en la propia DA 10.^a del ET *de la vinculación a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo*, es éste el mecanismo que habilita para incorporar cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva. La disposición legal cita como posibles ejemplos de esos objetivos: la mejora de la estabilidad en el empleo, la transformación de contratos temporales en indefinidos, el sostenimiento del empleo, la contratación de nuevos trabajadores u otros cuyos fines sean favorecer la calidad del empleo.

Desde el año 2005, la nueva DA 10.^a del ET validará la inclusión de cláusulas de jubilación forzosa en la negociación colectiva, pero sólo en tanto en cuanto permite esa opción como una medida de *política de empleo* que, como tal, sea recogida por los convenios colectivos. La aprobación de la Ley 14/2005, de 1 de julio —norma que, como se recordará, fue redactada a iniciativa de los propios interlocutores sociales⁽¹¹⁾— y cuyo contenido adelantaba en el mes de marzo el AINC 2005, recomendando la inclusión de este tipo de cláusulas en la negociaciones pues con la nueva norma había quedado *fuera de juego* la jurisprudencia expuesta en las resoluciones del Tribunal Supremo de 9 de marzo y 6 y 28 de abril de 2004. Esas sentencias entendieron que derogada la DA 10.^a (derogación operada por RD-Ley 5/2001, de 2 de marzo, y posteriormente la Ley 12/2001, de 9 de julio, de la DA 10.^a del ET) la negociación colectiva no podía insertar este tipo de cláusulas, al haber decaído la necesaria autorización normativa, por falta de un sustento legal que amparase las mencionadas cláusulas convencionales de jubilación forzosa. Si bien, por diversas razones jurídicas la doctrina jurisprudencial mantuvo la vigencia de aquellas cláusulas pactadas con anterioridad a la derogación normativa, argumentando que éstas serían válidas mientras estuvieran vigentes los convenios colectivos que las contemplaban, salvaguardando así el equilibrio interno del convenio colectivo. En todo caso hemos de recordar que, tanto desde la Ley 14/2005 como con anterioridad, la posibilidad de establecer este tipo de cláusulas de jubilación forzosa debe ser introducido en los convenios colectivos como un instrumento que sirva a la política de empleo. La propia jurisprudencia y el Tribunal Constitucional vino indicando que

(11) Típico ejemplo de legislación paccionada tripartita entre CEOE-CEPYME, UGT y CCOO y el Gobierno.

una limitación al derecho al trabajo como lo es la jubilación forzosa no puede ser incondicional sino que debe existir una justificación objetiva y razonable para dicha limitación. Se trata, por cierto, de exigencias que no resultan nada novedosas para los negociadores, pues, con la anterior redacción de la actual DA 10.^a del ET, ya fueron determinadas por el Tribunal Constitucional en varios pronunciamientos, entre otras, STC 22/1981 ó SSTC 58, 95 y 136 de 1985 así como la STC 207/1987. Sobre esta cuestión se ha manifestado recientemente el TJCE en Sentencia de 12 de enero de 2010, caso Petersen ⁽¹²⁾, indicando que la norma comunitaria prohibitiva de la discriminación por edad (artículo 6, apartado 1.º, de la Directiva 2000/78) no se opone a la implantación de jubilaciones forzosas a la llegada de una edad cuando aquélla persigue la finalidad de repartir entre las generaciones las posibilidades de empleo en la profesión si, habida cuenta de la situación del mercado laboral de que se trata, la referida medida es adecuada y necesaria para lograr dicho objetivo (el juez nacional deberá valorar si concurren estos requisitos).

Durante los últimos cinco años las cláusulas que disponen que la jubilación será obligatoria a los 65 años (edad ordinaria de jubilación) son relativamente importantes en cuanto a la población trabajadora afectada, aunque algunos años se había observado una pequeña disminución de aquéllas en número. Tras el acuerdo alcanzado por los agentes sociales con el Gobierno se rescataba la DA 10.^a del ET, en su momento el AINC 2005 hizo un llamamiento a la «recuperación» de estas cláusulas, ante la inminente promulgación de la Ley. Desde entonces esta disposición ha irrumpido nuevamente con cierta fuerza en los convenios colectivos; el recién aprobado AENC de 2010 llama a los convenios colectivos para que continúen incorporando cláusulas de jubilación forzosa. Del estudio de campo realizado los convenios colectivos incorporan cláusulas que indican cómo la jubilación será obligatoria al cumplir el trabajador los 65 años, por mandato legal se incorpora la posibilidad de permanecer en activo cuando no se tenga cotizado el período de carencia necesario para acceder a una pensión de jubilación de la Seguridad Social conforme a los períodos de carencia que fija la legislación de Seguridad Social (hasta que se cubra el período necesario para devengarla) y, en todo caso, hasta los 69 años. Algunos negociadores, aunque mantienen como regla general para la jubilación los 65 años, habilitan la ampliación de esa jubilación hasta edades mayores, pero siempre condicionada la ampliación a que el trabajador no tenga cotizado el tiempo suficiente para acceder a una pensión de jubilación. Serán bastante escasas las negociaciones que establecen la decisión colectiva de la jubilación obligada al alcanzar determinada edad entendida como una medida de política de empleo o por necesidades del servicio, desatendiendo el cumplimiento de los requisitos legales. Otros convenios se fijarán en las necesidades del mercado de trabajo en el sector, caso de la construcción, aunque permiten no aplicar la regla de la jubilación forzosa ante el acuerdo alcanzado entre la empresa y el trabajador afectado en atención a circunstancias excepcionales (de esta manera se respeta la voluntad individual y el derecho del trabajador a continuar en el ejercicio de la actividad laboral si éste así lo decide).

(12) Asunto C-341/08.

En lo que a su redacción se refiere las menciones a la jubilación forzosa son similares o iguales en casi todos los convenios colectivos, una cláusula de estilo sería: «la jubilación será obligatoria a los 65 años, siempre que el trabajador reúna los requisitos necesarios para acceder a la prestación de jubilación⁽¹³⁾» o «deberán jubilarse forzosamente al cumplir la edad de 65 años, salvo que en dicho momento no puedan acreditar el período de carencia suficiente para lucrar la pensión de jubilación, en cuyo caso la obligación se diferirá hasta el momento que se reúna el suficiente⁽¹⁴⁾». Algunos textos recogen su consecuencia jurídica de extinción automática de la relación laboral y sin derecho a indemnización alguna⁽¹⁵⁾. Será excepcional localizar convenios que concedan un premio en metálico a quien decida jubilarse de manera forzosa⁽¹⁶⁾. Con carácter general este tipo de cláusulas sólo hacen mención a la jubilación obligatoria al cumplir la edad⁽¹⁷⁾; incluso se localiza alguna negociación que bajo la rúbrica fomento de empleo convierte en obligatoria la jubilación a los 64 años de edad⁽¹⁸⁾. Pronto se observa cómo los negociadores han olvidado que la jubilación forzosa convencional está condicionada y desconocen lo que dispone la DA 10.^a del ET: deben vincular sus cláusulas a motivos tales como la creación y/o sustitución de empleo que hoy exige la normativa vigente, sin embargo será excepcional localizar una cláusula que regule la jubilación forzosa a los 65 años como medida de fomento del empleo ajustándose a las exigencias de la Ley⁽¹⁹⁾. Tampoco esas negociaciones parece que sean un modelo a seguir porque, aunque propone la jubilación forzosa como medida de fomento al empleo, prescinde de identificar la concreta pretensión de ésta; se supone que si es fomento por cada extinción promoverá una nueva contratación, pero no aparece especificado en los textos. Sí lo es la cláusula que impide la amortización del puesto y exige, tras la jubilación forzosa, el mantenimiento de la misma plantilla dando la oportunidad de incorporación de jóvenes a la empresa⁽²⁰⁾. Un ejemplo a seguir también se encuentra en el convenio colectivo que, introduciendo una referencia expresa a la Ley 14/2005, incorpora la jubilación obligatoria «al objeto de alcanzar los objetivos de política de empleo conducente al relevo de trabajadores en activo, reduciendo así la tasa de paro existente⁽²¹⁾». Las negociaciones mayoritariamente se detienen en que habrá que atender a que el trabajador reúna los requisitos necesarios para acceder a la pensión de jubilación de la Seguridad Social, como exige la DA 10.^a, requisito de la letra b), del ET⁽²²⁾, pero no se encuentran con profusión cláusulas que condicionen, como deberían hacerlo, la jubilación forzosa a

(13) CC Marta Móvil, SL, Salamanca.

(14) CC Confecciones Ory, Burgos.

(15) CC Esauto, SL, León.

(16) El CC Diputación Provincial, Ávila, lo fijaba en 4.000 euros.

(17) Así, CC Sector de Metal Industria, Zamora.

(18) CC Corporación Española de Transporte, SA, Ávila.

(19) Un ejemplo se encuentra en CC del Ayuntamiento de Valladolid.

(20) CC Federación de Castilla y León de Fútbol.

(21) CC Siderometalúrgica, Palencia.

(22) CC Clínica Santa Teresa, SA, Ávila.

los criterios exigidos por la Ley. Recordemos la literalidad de la norma: «esta medida deberá vincularse a objetivos coherentes con la política de empleo expresados en el convenio colectivo», requisitos del apartado a) de la DA 10.^a del ET. Sin duda, es el convenio colectivo el que debe aunar la jubilación forzosa con aquellos fines, la disposición exige que se recojan en el convenio (dice, como se acaba de leer, «expresados»), tras un análisis pormenorizado de la negociación colectiva se concluye que no lo hacen.

En consecuencia se descubre que los negociadores no respetan los criterios legales, ni siquiera se detienen a explicar el porqué de su medida, lo cual, probablemente, convierte las cláusulas en nulas por desconocer la legalidad vigente. Seguramente esta repercusión, de gran alcance, no ha sido sopesada por quienes incorporaron esas cláusulas de jubilación forzosa⁽²³⁾. Por otro lado, en su día fueron muy pocos los convenios colectivos que renunciaron al artículo convencional referido a la jubilación forzosa, al entender que aún regía la doctrina del Tribunal Supremo. Otros utilizaron mecanismos legales propios de funámbulos, pues recogieron la cláusula extintiva de los contratos dejándola latente, pendiente de la aprobación definitiva de la Ley 14/2005⁽²⁴⁾. Otro grupo de negociadores en sus cláusulas convencionales, a la vista del galimatías de reformas y resoluciones judiciales en torno a esta materia, optaron tan sólo por recomendar o aconsejar el cese por jubilación a la edad de 65 años⁽²⁵⁾, esta recomendación aparece reiterada por los convenios colectivos de empresas de la construcción y afines, por ejemplo, de la provincia de Burgos.

Jubilación parcial, gradual y flexible

La jubilación no siempre ha de ser una jubilación completa, siendo también una medida de reparto del empleo; es posible acudir a las distintas posibilidades de jubilación parcial cuando se llega a una determinada edad, permitida por nuestra legislación de Seguridad Social, creándose simultáneamente un contrato de relevo o no (en función de la edad del jubilado inferior o superior a los 65 años). En este supuesto los cambios normativos de principios de la década incorporaron una novedosa regulación que, desde entonces, permite el paso del trabajo activo a la situación de jubilación de manera progresiva (de ahí la denominación: flexible o gradual). Con ello, se busca desde la propia Ley acomodarse a las necesidades (o voluntades) de cada individuo en la determinación del momento en el cual decide pasar a la vida inactiva. La normativa reguladora de estas cuestiones es incorporada a nuestro ordenamiento jurídico siguiendo las directrices del Derecho comunitario, en especial la necesidad de sostener los sistemas de Protección Social. Probablemente, el primer paso en

(23) Es muy probable que la sanción de nulidad no afecte a las cláusulas de convenios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la norma que rescataba la DA 10.^a del ET, en atención a la letra de la DT única de la Ley 14/2005.

(24) Pues por aquella Ley se permitía un efecto retroactivo y la reforma legal de 2005 autorizaba, nuevamente, al Convenio Colectivo para el establecimiento de la edad de jubilación forzosa la misma se establece en ese convenio colectivo en 65 años

(25) CC Calferman SLU, Burgos.

este sentido fue dado por el RD 144/1999, de 29 de enero, disposiciones que fueron confirmadas a partir de la Ley 35/2002, de 12 de julio, y el RD 1131/2002, de 31 de octubre, fecha en la que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de los trabajadores de optar por una jubilación gradual y flexible, además se permite hacerlo sin necesidad de vincular la jubilación parcial a la necesidad de concertar simultáneamente un contrato de relevo. Sorprende la reforma que proyecta el documento de Revisión del Pacto de Toledo de 29 de enero 2010, pues, aunque persigue la prolongación de la vida activa, silencia cualquier mención a esta modalidad de jubilación, que, para nosotros, es una fórmula óptima de continuidad laboral.

Durante los últimos años casi son inapreciables los convenios colectivos que se detienen en estas particularidades de la jubilación. Un ejemplo sería aquel convenio colectivo que recoge el compromiso de facilitar este tipo de jubilación remitiéndose a la regulación legal ⁽²⁶⁾. Ni tampoco, consiguientemente, que se fomenten estas figuras desde la negociación colectiva. Los negociadores silencian en sus articulados concreciones que contemplen las múltiples posibilidades de alargamiento de la vida laboral, pese a la importancia que adquiere este mandato desde la Estrategia Europea del Empleo. Año tras año los negociadores se distancian de la tendencia expresada en el texto de los Pactos de Toledo (1996, de su revisión de 2003, del Acuerdo tripartito sobre medidas en materia de Seguridad Social de 13 de julio de 2006, o de los recientes documentos de revisión aparecidos a principios de 2010). Aunque se pueda leer que esos requisitos son remozados en el último quinquenio, mediante incentivos en cotizaciones sociales (y fiscales) para la prolongación voluntaria de la vida laboral, en el último período los textos legales han ido remodelando la regulación de la jubilación parcial así como la anticipada, sin olvidar que desde 1 de enero de 2008 se exige en los regímenes especiales que el período mínimo de cotización sea efectivamente de 15 años (5.475 días), no admitiendo como válidos los llamados días cuota que posibilitaban acceder a la pensión de jubilación con un tiempo menor de cotizaciones.

Del análisis de la negociación castellano-leonesa efectuado deducimos que la tendencia al fomento de la permanencia en el trabajo después de cumplida la edad ordinaria de jubilación, es absolutamente desconocida por los negociadores. Sin embargo, no por eso hemos de silenciar las contradicciones entre las regulaciones estatales y los pactos convencionales, pues no casa bien que, por un lado, las políticas públicas tiendan a desincentivar cualquier medida que promueva la jubilación anticipada (salvo excepciones, atendiendo a supuestos muy específicos y a ciertos colectivos tomando en consideración el trabajo penoso, peligroso o tóxico que realizan, o permitiendo rebajar el porcentaje de penalización de los coeficientes reductores por acceso a la jubilación anticipada en casos de extinciones no voluntarias, incorporando aquí desde 2008 la ocasionada como consecuencia de EREs, atendiendo también a largas carreras del seguro) y, por otro, los negociadores hagan lo contrario. Son muy pocos los convenios colectivos que entienden que a los 65 años la jubilación será voluntaria

(26) CC Ayuntamiento de El Burgo de Osma, Soria.

y a los 70 obligatoria. Normalmente, estas disposiciones que aparecen en ciertas negociaciones de Ayuntamientos tendían a igualar la obligatoriedad en cuanto a la edad máxima de jubilación del personal laboral a lo preceptuado en las leyes de la función pública; sin embargo, el EBEP, aprobado en 2007, ha fijado como edad de jubilación forzosa del funcionario los 65 años, permitiendo la prolongación hasta los 70 a solicitud del interesado, salvo cuando existan normas estatales específicas que regulen otras edades. Otros negociadores condicionan la edad de jubilación, pues, aunque aparentemente permiten que, a petición del trabajador, se les conceda una prórroga de continuidad hasta los 70 años, ésta sólo será concedida si así lo decide la dirección de la empresa, en ocasiones oído el parecer del comité de empresa.

No hemos localizado ninguna negociación que, desde su articulado, estimule la continuidad de la relación laboral en edades avanzadas, ni siquiera para aprovechar el potencial de experiencia que poseen determinados trabajadores, prolongando su vida activa. Seguimos creyendo que es probable que con el paso de los años, si así lo quieren nuestros negociadores, esta situación cambiará en profundidad, acomodándose a los mandatos que emanan desde las instituciones europeas y nacionales de prolongación de la vida activa o, lo que es lo mismo, el retraso progresivo de la edad real de jubilación (que es una necesidad⁽²⁷⁾). Tampoco debemos olvidar que también los agentes sociales plasmaron su firma con esa finalidad en Acuerdos pretéritos —el Acuerdo de 2006 es sólo un ejemplo—.

Jubilación anticipada especial y otras referencias convencionales a las jubilaciones

Tampoco son frecuentes en los convenios colectivos las cláusulas neutras de jubilación, que, refiriéndose a ella, simplemente arrancan un compromiso de reducción de la edad de jubilación cuando la Ley lo permite y el trabajador lo solicita. La negociación sí regula, en ciertas ocasiones, los contratos de sustitución por anticipación de la edad de jubilación, esto es, de quienes deciden jubilarse al alcanzar la edad de 64 años con el importe íntegro de su pensión como si lo hicieran a la edad ordinaria (los 65 años). Casi siempre se refieren al contenido legal del RD 1194/1985, de 17 de julio (que sustituyó al RD-Ley 14/1981, de 20 de agosto —al que todavía algún convenio colectivo se refiere, desconociendo su derogación y sustitución—). Aquel Real Decreto de 1985 aparece en un número importante de convenios, algunos tan sólo lo citan y se remiten a su regulación⁽²⁸⁾. Sin embargo, otros preferirán copiarlo literalmente, reproduciendo en los textos convencionales las condiciones y requisitos exigidos para anticipar la edad de jubilación⁽²⁹⁾. Cuantitativamente no es numerosa la cantidad de convenios de la negociación regional que incorpora la posibilidad de anticipar la edad de jubilación a cambio de generar empleo, aparecen en menor nú-

(27) El debate de nuevo lo abrió el documento del Gobierno de 29 de enero de 2010 sobre la Revisión del Pacto de Toledo, proponiendo dos años de ampliación de la edad ordinaria de jubilación hasta los 67 años, aunque parece que días más tarde daba marcha atrás.

(28) CC Pridesa, SA, Soria.

(29) CC Horno de Galletas, Aguilar, Palencia.

mero en la negociación de empresa, en la de sector se aprecia un leve incremento y afectación a la población trabajadora en los últimos años.

Como acaba de apuntarse en la mayoría de los casos, el convenio colectivo se remite, sin más, a aquella norma reglamentaria de 1985 y las condiciones que en ella se recogen repitiendo el contenido de la norma estatal, acostumbran a especificar la obligación de la empresa de contratar a un nuevo trabajador en sustitución del trabajador que se jubile anticipadamente, recordando que, en todo caso, el nuevo contratado ha de ser un trabajador desempleado o demandante de primer empleo. También se explicitan otras circunstancias como lo es la exigencia de una antigüedad mínima del trabajador relevado, por ejemplo, de al menos 10 años. Otros convenios permitirán la contratación mediante cualquiera de las modalidades contractuales vigentes con exclusión de las modalidades contractuales a tiempo parcial y, también, recordando que el contrato deberá tener al menos la duración de un año, reglas que aparecen recogidas en la regulación estatal. Con la finalidad de incentivar que los trabajadores se acojan a esta medida, en algunas negociaciones se incorpora una compensación económica y, junto con ellas, la de recibir los correspondientes premios por cese anticipado a que tuviera derecho el trabajador (fijados en atención a los años de antigüedad del trabajador en la empresa). Sorprende ver cómo algún negociador convierte esta jubilación a los 64 años en forzosa⁽³⁰⁾. E, incluso, equivocan esta clase de anticipo de la edad de jubilación con el rescate de la DA 10.^a del ET, pues declaran, con referencias al RD 1194/1985, «en caso de existir habilitación legal para su aplicación».

5. CLÁUSULAS DE CALIDAD: LOS COMPROMISOS DE CONVERSIÓN DE EMPLEO TEMPORAL EN EMPLEO ESTABLE

La negociación de Castilla y León recoge en sus disposiciones las llamadas cláusulas de calidad en el empleo, de los articulados analizados podemos afirmar que este tipo de menciones son, sobre todo, compromisos voluntarios asumidos en el seno de la negociación para la mejora del empleo en sus distintas vertientes. Hace unos años el AINC 2005 al referirse a la responsabilidad social de las empresas introdujo dentro del vasto terreno que contiene dicha fórmula de RSE, *de asunción voluntaria y adicional al cumplimiento de la legalidad*, la calidad en el empleo. La actual crisis ha desalojado de las agendas este componente, el AENC 2010 no contiene ninguna referencia a la RSE, pero sí se preocupa por incentivar la contratación estable y luchar contra el uso abusivo de la contratación temporal (ahora desde el cumplimiento de la legalidad). Pocas veces la calidad se contempla como una exigencia legal o convencional, cuando así sucede es porque el mundo laboral nos da la señal de que, en la mayoría de las veces, no se está cumpliendo la legalidad vigente. El caso paradigmático sería la reducción del mal uso de determinadas modalidades de contratación temporal.

(30) CC Comercio en General, Valladolid. También aparecerá en algún otro convenio de la provincia de Valladolid.

Detectar cláusulas de calidad en la negociación colectiva resulta una labor difícil. En primer lugar, deberíamos determinar qué son estas cláusulas, pues, no son sólo menciones que buscan que la dimensión de la plantilla se mantenga sino incluso, otras veces, se preocupan porque aquélla crezca o aumente e, igualmente, estas disposiciones atienden a qué tipo de empleos predominan en el sector o empresa, indefinidos o temporales. En ciertas ocasiones, la calidad (paradójicamente) se cuantifica, de esta forma se fijan en los convenios una serie de ratios que sería deseable alcanzar para considerar que se está trabajando en la búsqueda de la calidad, por ejemplo: al determinar el número máximo de contrataciones temporales para evitar la excesiva precarización del sector u, otras veces, limitando sus porcentajes en relación con las contrataciones indefinidas o, a la inversa, delimitando *la ratio* de contrataciones indefinidas que se debe conseguir cada anualidad. En segundo lugar, otras de las posibles vías abiertas por nuestros negociadores hacia la consecución de una mayor calidad del empleo serán la delimitación máxima de contrataciones de aprendices o se pide que se atienda a mayores incorporaciones de grupos con dificultades de inserción laboral como la presencia de mujeres en las empresas de esa concreta rama de actividad donde están subrepresentadas, el incremento de contratos a discapacitados o la integración de colectivos de trabajadores con riesgo de exclusión social. Este tipo de regulaciones se propone unos objetivos para ser cumplidos en el medio y largo plazo, que en muchas ocasiones superarán el período de vigencia temporal del propio convenio colectivo. De todas ellas, la más prolija de las cláusulas que promueven la calidad del empleo va a ser aquella que ve como respuesta a las exigencias de calidad la creación de empleos estables, en muchas ocasiones será la única. Para cumplir ese objetivo la negociación de Castilla y León incorpora en los convenios colectivos, sobre todo, cláusulas que se refieren a la conversión de las contrataciones temporales en indefinidas. Es relevante observar que en el último período se ha incrementado el número de convenios sectoriales que las contienen, lo cual ha significado, a su vez, que se ha multiplicado la población trabajadora en la negociación sectorial afectada por estas disposiciones a favor de la conversión del empleo temporal en fijo, aunque todavía sólo alcanza a un tercio de la población trabajadora cuyas condiciones de trabajo se someten a regulaciones sectoriales.

El incremento de su presencia en referencia a la población trabajadora afectada es bastante similar al que acontece en el conjunto de España. Por sectores, el más comprometido en la conversión de trabajo temporal en estable lo es la construcción, después el sector servicios y en último lugar la industria (este tipo de cláusulas están ausentes en los convenios de la agricultura). Sin embargo, si nos fijamos en la negociación de empresa destacará la industria seguida del sector servicios. Este tipo de cláusulas de conversión de empleo temporal en fijo todavía no se ha incorporado al sector primario (ni los convenios colectivos de empresa ni los de sector de la agricultura contemplan esta previsión). La manera de concretarse esa transformación difiere bastante de una negociación a otra, a veces son simples recomendaciones, otras sí se trata de compromisos firmes de conversión, incluso éstos se materializan numéricamente, disponiendo o bien cierto número de contratos que habrán de convertirse en indefinidos o bien fijando un porcentaje máximo de las plantillas para las contrataciones temporales o estableciendo, a la inversa, un porcentaje mínimo de

contrataciones indefinidas. Este tipo de cláusulas son más frecuentes en los convenios de empresa que en los de sector, pero se observa un crecimiento progresivo de determinados sectores de actividad que comienzan a contemplarlas.

Pocos convenios colectivos han previsto un número máximo de trabajadores temporales en función de sus respectivas plantillas. En muchas de estas ocasiones, como puede observarse al leer el clausulado de los convenios colectivos lo que se acuerda es el máximo de trabajadores temporales en atención al porcentaje total de la plantilla, por ejemplo al limitar la contratación temporal máxima a un 25 por 100 de la contratación, o un 20 por 100, 15 por 100⁽³¹⁾, otras veces delimitan un porcentaje máximo de contratación temporal, por ejemplo, del 12 por 100 de la plantilla fija. En otros textos se adquiere un mayor compromiso de reducción de la temporalidad, llegando al 5 por 100 de su plantilla, aunque al tiempo localizamos negociadores que, conscientes de sus altas tasas de temporalidad, se conforman con alcanzar los índices de la media española de temporalidad y proponen reducir la del sector al 30 por 100 por cada centro de trabajo⁽³²⁾. El Acuerdo Gobierno-Sindicatos para la función pública en el marco del diálogo social 2010-2012, también incorpora el compromiso de reducir la temporalidad, fijando un objetivo de reducción de las tasas de temporalidad hasta un máximo del 8 por 100, muy difícil de alcanzar en el corto o medio plazo si se tiene en cuenta que en algunos ámbitos públicos la temporalidad es superior a la de la empresa privada⁽³³⁾. Muy pocas veces en los convenios colectivos se recogerá que el compromiso abarca además de la contratación temporal directa la realizada a través de ETT, buscando mantener el mandato de conversión de los contratos temporales en indefinidos para todos los trabajadores que desempeñen sus funciones en la empresa, con independencia de que se trate de contrataciones directas o mediante la externalización de la mano de obra vía ETT⁽³⁴⁾. Igualmente, es escaso el número de convenios colectivos que incorporaron este tipo de obligaciones; podemos destacar que aparecen en convenios sectoriales de limpieza y, también, en ciertas empresas auxiliares del sector de la automoción de Castilla y León. Esa misma intencionalidad, aunque vista desde otro ángulo, se manifiesta en los convenios colectivos que concretan su compromiso de incrementar la contratación de carácter indefinido, normalmente hasta alcanzar un porcentaje de la plantilla media, por ejemplo el 80 por 100, el 75 por 100 o, de otra manera, se promueve el desarrollo de planes de estabilidad para lograr su consecución, también insignificantes en número; a veces se introduce para aquellas empresas del sector que cuenten con un mínimo de plantilla, por ejemplo, si ocupan a 8 o más trabajadores. Para el cálculo del porcentaje de indefinidos no se toman normalmente en cuenta contrataciones temporales que podrían suponer un doble cómputo del personal, como la interinidad o sustitución. En otras ocasiones el porcentaje de plantilla fija disminuye cuando la empresa

(31) CC Minería de Antracita y Hulla, Palencia.

(32) CC Comercio en General, Valladolid.

(33) Resolución de 22 de octubre de 2009, de la Secretaría de Estado para la Función Pública, BOE de 26 de octubre.

(34) CC Duo Fast, Burgos.

es de mayores dimensiones, por ejemplo, rebajando aquél de un 75 por 100 al 60 por 100 si tuviera más de 75 trabajadores⁽³⁵⁾. Poco común resulta localizar en alguna negociación de empresa como, al referirse al compromiso de conversión de empleo, incorpora los criterios para tomar en consideración en la conversión de los contratos temporales en indefinidos, por ejemplo, el trabajador temporal de más antigüedad total en la empresa y, en segundo lugar, el contrato de mayor duración⁽³⁶⁾. También se localizan cláusulas que amplían los compromisos a los casos de jubilación normal a los 65 años para proceder a cubrir los puestos vacantes mediante la formalización del contrato que sea pertinente, de acuerdo con la legislación vigente. Incluso ciertos convenios recogen la decisión de no amortizar puestos de trabajo dejados vacantes por motivos de jubilación anticipada.

Más comunes son aquellas negociaciones que prefieren incorporar mediante cláusulas genéricas el compromiso de fomentar el empleo estable sin cuantificar *a priori* y con un indicador numérico su decisión, del tipo: «los firmantes se comprometen a potenciar la contratación indefinida»; suelen justificarlo en la mejora de la competitividad y del empleo, añadiendo, a veces, que así se reduce la temporalidad, pero también se indica que no renunciarán a su uso cuando se trate de contratos temporales que se correspondan con el principio de causalidad. Criterio que se ve reforzado en el AENC 2010. Esa intención por fortalecer la estabilidad del empleo indefinido también se realiza mediante ciertas cláusulas convencionales que comprometen el mantenimiento del nivel global de contrataciones indefinidas de la empresa, con la cobertura de bajas de trabajadores indefinidos con nuevas contrataciones también fijas. Una típica obligación negocial, que fue tomada como referente para la reforma operada en junio de 2006 (meses más tarde transformada en Ley 43/2006), contiene la conversión de la relación laboral temporal que mantiene el trabajador con la empresa en un contrato indefinido. Las cláusulas más frecuentes son las que exigen la conversión del contrato en indefinido una vez pasados tres años en distintas modalidades de contrataciones temporales, generalmente a través del contrato por obra o servicio determinado⁽³⁷⁾. Se trata de una cláusula bastante frecuente en los convenios colectivos de la construcción así como otros sectores que también incorporan en sus clausulados este tipo de conversiones en contratos indefinidos tras el transcurso de 3 años en la empresa. «El trabajador que preste servicios para las empresas afectadas por el presente convenio colectivo durante tres años consecutivos, adquirirá la condición de fijo de plantilla a todos los efectos legales que corresponda⁽³⁸⁾». En otras negociaciones la cláusula tomada como paradigma sigue aquella que contiene un compromiso en cuanto a la duración máxima posible de la contratación temporal, pero de menor duración, de forma que una vez pasado ese período el trabajador pasará a ser fijo de plantilla, por ejemplo no pudiendo tener una duración temporal

(35) CC Limpieza de Edificios y Locales, Valladolid.

(36) CC Ayuntamiento de Portillo, Valladolid.

(37) CC Tableros Tradema, SL, Valladolid.

(38) CC Sector de Captación, Elevación, Conducción, Tratamiento, Depuración y Distribución de Aguas, Zamora.

mayor de dos años (o delimitando la contratación temporal entre seis meses y dos años). Un número destacable de negociaciones de empresa reducen aquel período para la conversión de un contrato temporal en uno indefinido a tan sólo un año⁽³⁹⁾ (en ambos casos sólo para contratos por obra o servicio), pero no es la tónica general. En los supuestos acogidos por la negociación colectiva no será necesaria una sucesión de contrataciones, a diferencia de la regulación legal del artículo 15.5 del ET.

Aun rigiendo la citada conversión no son pocos convenios colectivos en los que se excluyen de ella determinados contratos temporales, en todo caso las contrataciones por interinidad —en ocasiones sólo cuando la sustitución es por excedencia o incapacidad temporal—, otras veces tampoco abarcará a las contrataciones eventuales e, incluso, también dejan fuera de la conversión a los contratos por obra o servicio determinado. Frente a esas cláusulas el contrapunto será localizar negociaciones que deciden convertir a todos los trabajadores con contratos por obra o servicio a la fecha de la firma del convenio en un contrato de carácter indefinido. Algunos negociadores, en la materia relativa al fomento del empleo, reenviarán con carácter general a las disposiciones establecidas en los Acuerdos interconfederales; otros negociadores recomiendan que a la finalización de las contrataciones temporales no estructurales los trabajadores gocen de una preferencia en puestos de trabajo de carácter indefinido, si lo hubiere, claro está, pensando en las necesidades futuras de contratación. En fin, otros muchos tan sólo recuerdan la facultad de transformarlos en contratos indefinidos y acogerse a las posibles medidas de fomento que en cada momento puedan establecerse. Una variante sería la que en caso de privatización de servicios, tratándose de Administraciones Públicas, en particular en los Ayuntamientos, garantiza que aquélla no supondrá la pérdida de ningún puesto de trabajo fijo (incluidos los fijos-discontinuos) pudiendo en este caso los trabajadores ser reasignados a otro puesto de su mismo grupo o categoría dentro del Ayuntamiento, sin merma de retribuciones. Igualmente se observa el compromiso negocial de hacer un uso adecuado de los diferentes tipos de contratos de trabajo que permite la legislación vigente, recordando que el recurso a la contratación temporal ha de efectuarse cuando se den los requisitos que para cada modalidad fija la legislación vigente, evitando su uso inadecuado. En esta línea algunos negociadores recogen el compromiso de respetar el principio de causalidad en la contratación, incluso alguna negociación de empresa, consciente de que sobrepasa esos límites adquiere el compromiso de conversión de un número de contratos eventuales en indefinidos, bajo la denominación de *regularización*; otros simplemente manifiestan una política de disminución de la temporalidad comprometiéndose a realizar un número determinado de contratos indefinidos (por ejemplo, 5 contrataciones, número que, por cierto, se reitera en varios convenios), incrementando así la plantilla de trabajadores fijos. Hay negociaciones que establecen como prioritaria la contratación indefinida, incluso ciertos convenios colectivos identifican al contrato indefinido como la norma de contratación a seguir. Pero, casi siempre, añaden la posibilidad de recurrir a las contrataciones temporales

(39) CC Dornier, SA y CC Cintra Aparcamientos, Ávila; CC Severiano Gestión, SL, Salamanca, y CC Urbaser, SA, Burgos.

cuando éstas sean necesarias y existan causas temporales que justifiquen su formalización. Suelen detectarse, igualmente, cláusulas que nos recuerdan que si el contrato temporal no es rescindido al término de su duración máxima legal, la contratación se transformará en indefinida. Una medida convencional, nada común, es la cláusula que incorpora la obligación empresarial de no realizar despidos colectivos ni al amparo del artículo 52.c) del ET⁽⁴⁰⁾. También en ciertos convenios sectoriales de la provincia de León se recoge una cláusula que, junto al compromiso de mantenimiento del empleo concretado en mantener las plantillas en los niveles actuales, asumen la responsabilidad de no tener que llegar a los denominados despidos improcedentes⁽⁴¹⁾.

6. OTROS COMPROMISOS

No suele ser muy habitual localizar compromisos de marcado carácter obligatorio como, por ejemplo, no llevar a efecto una regulación de empleo (excepto la temporal por causas de fuerza mayor, adquiriendo en este caso la obligación de hacerse cargo del pago de salario que deberían percibir los trabajadores en su jornada ordinaria⁽⁴²⁾) o cláusulas de garantía del empleo de los trabajadores actuales durante la vigencia del convenio colectivo⁽⁴³⁾.

Hipotéticas acciones a favor del empleo serían aquellas que incorporan observatorios internos o comisiones encargadas de analizar la evolución del empleo en la empresa o sector de actividad, según el ámbito del convenio. El vigente AENC 2010 fomenta en el marco de la negociación sectorial esta clase de observatorios, en particular con la finalidad de anticiparse a los cambios estructurales, para así poder atender al mantenimiento y creación del empleo. La idea matriz para crear estos órganos será fomentar su participación activa en la política de empleo de la empresa. Su finalidad será que se formulen propuestas oportunas para favorecer tanto la creación del empleo como la mejora de su calidad, se redacten planes específicos que permitan alcanzar los objetivos propuestos, por ejemplo, concretando medidas específicas para negociaciones futuras. Estas comisiones por el empleo sólo están reflejadas para materias concretas o, al menos, para determinadas actuaciones como el *Plan de igualdad entre hombres y mujeres* de las empresas, que regula la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres (en sus artículos 45 a 47). El mismo instrumento con una visión más amplia puede, sin duda, servir de ejemplo para mejorar otras cuestiones relacionadas con el empleo, al margen de la igualdad de trato entre sexos. Las comisiones propuestas han sido ya descritas por los Acuerdos interconfederales o en determinados Acuerdos laborales de sector, pero

(40) CC Urbaser Jardines, San Andrés del Rabanedo, León.

(41) Por ejemplo, CC Comercio de la Madera y Mueble, León.

(42) CC S.A. Mirat, Salamanca.

(43) CC Urbasotia, U.T.E., Soria.

siempre de ámbito estatal, por lo cual parece que es hora de su incorporación a la realidad negocial castellano-leonesa.

III. SELECCIÓN Y CONTRATACIÓN

1. EL INGRESO EN LA EMPRESA. LA SELECCIÓN DEL PERSONAL PARA SU ACCESO AL TRABAJO

La negociación colectiva tímidamente inserta en sus contenidos una serie de cláusulas que abordan el ingreso al trabajo e incorpora cuáles serán, en cada caso, los criterios rectores del proceso selectivo. Cuando abordan esta cuestión los negociadores reconocen la decisión de elegir a uno u otro trabajador como una facultad de la dirección de la empresa, mediante la siguiente frase «la contratación del personal es competencia exclusiva de la Dirección», algunas cláusulas añaden que podrá utilizar cuantas modalidades contempla la legislación vigente. Sin embargo, normalmente tan sólo reiteran lo descrito en el artículo 16 del ET para la fijación de las normas sobre colocación o, sin más, se remiten a él. La cláusula más utilizada es aquella que contiene la necesidad de enviar información de los contratos concertados y una copia del contrato a los Servicios Públicos de Empleo según regula el RD 1424/2002, de 27 de diciembre, y sus posteriores modificaciones operadas por RD 1715/2004, de 23 de julio. La delimitación del procedimiento que se debe seguir para la consecución de un puesto de trabajo es una cuestión que incorporarán los convenios de empresa y, de éstos, no son muy numerosos aquellos que deciden regular un completo sistema de selección y acceso al empleo. Una regulación detallada sí va aparecer en las negociaciones de las Corporaciones Locales, que siempre incluyen para la selección del personal laboral procedimientos paralelos al modelo de selección de aspirantes propios del derecho administrativo. Las restantes empresas, salvo que se trate de aquellas de medianas o grandes dimensiones, no se detienen en incorporar un procedimiento para la selección de los trabajadores en orden a su ingreso al trabajo.

Serán los convenios colectivos de los Ayuntamientos y otras Administraciones Públicas los que mayoritariamente contengan cuáles son los requisitos legalmente exigidos para el acceso a los puestos de trabajo ofertados, con reglas comunes para los distintos empleos públicos. Las reglas son sobradamente conocidas por todos, suelen incorporar al convenio colectivo los principios no sólo de la normativa administrativa sino los que han de regir para acceder a cualquier empleo público (incluidos aquellos que se desempeñarán en régimen de laboralidad). Los puestos aparecerán contemplados en la oferta pública de empleo (publicada casi siempre con periodicidad anual⁽⁴⁴⁾) y se proveerán por sistema de oposición, concurso o concurso-oposición, respetando las garantías de igualdad, artículo 23.2 de la CE, mérito y capacidad, equiparando al empleado laboral las exigencias que contiene el artículo

(44) CC Diputación Provincial, Ávila.

103.3 de la CE para el acceso a la función pública, así como la publicidad del proceso selectivo⁽⁴⁵⁾. Así se refieren los convenios colectivos del personal laboral de las Administraciones Públicas a la edad mínima de acceso (18 años cumplidos —ob-sérvese que para el resto de empresas bastará tener 16 años—), la nacionalidad (es-pañola o equiparada, sea de la Unión Europea, Espacio Económico Europeo u otros países con los que existan convenios o Tratados internacionales de reconocimiento bilateral en este apartado) y otros, como no haber sido separado mediante expedien-te *administrativo* de cualquier Administración Pública, no padecer enfermedad o defecto físico que impida el desempeño de las correspondientes funciones, etc. En cuanto a la edad, alguna negociación de Ayuntamientos se equipara con la que reco-ge el artículo 6.1 del ET siendo suficiente haber cumplido los 16 años o cumplirlos dentro del plazo de la convocatoria⁽⁴⁶⁾. Además la selección en el ámbito público contiene los criterios para la valoración de la idoneidad del candidato al puesto y re-coge, mediante sistemas de baremación, cómo se puntuarán cada una de las pruebas y los méritos alegados por el aspirante, igualmente se incorpora la participación de los representantes de los trabajadores en los tribunales selectivos, por sí o mediante designación de especialista⁽⁴⁷⁾.

Un número destacado de convenios colectivos, sobre todo de empresa, exige la modalidad escrita para todos los contratos que se suscriban con independencia de que este requisito lo requiera o no la legislación vigente conforme a lo establecido en el artículo 8.2 del ET⁽⁴⁸⁾. Si bien, para la mayoría de los negociadores la forma del contrato sólo se tiene en cuenta tratándose de las modalidades contractuales tem-porales, a domicilio o a tiempo parcial u otras tipologías contractuales que reúnan especialidades respecto a la contratación indefinida y ordinaria. También aquella for-malidad convencional adicional aparecerá en ciertos convenios colectivos de sector, no sólo exigiendo la forma escrita para los contratos superiores a un mes sino incluso conteniendo una presunción de contratación por tiempo indefinido de aquellos con-tratos que no cumplan la exigencia formal. Igual presunción convencional se incor-pora en caso de no existir contrato por escrito. Menos aún son aquellos convenios colectivos que recuerdan la obligación de entregar un ejemplar de la copia del con-trato al trabajador, como informarle por escrito de sus aspectos esenciales siguiendo las estipulaciones que contiene el RD 1659/1998, de 24 de julio, y comunicar a la re-presentación legal de los trabajadores las contrataciones efectuadas, así como, en su caso, hacerles entrega de una copia básica de todos los contratos que se celebren en la empresa (con firma del recibí por parte de aquéllos). Incluso con remisión expresa al artículo 8.3 del ET en relación a los derechos de representación que asisten a los representantes de los trabajadores. Más limitado, incluso, es el número de negocia-ciones convencionales, normalmente de empresa, que recogen qué requisitos deberá contener el modelo contractual, ampliando las exigencias legales de cada modalidad

(45) CC Ayuntamiento Ólvega, Soria.

(46) Por ejemplo, el CC Ayuntamiento de Íscar, Valladolid.

(47) CC Ayuntamiento de Carbonero el Mayor, Segovia, o CC Ayuntamiento de Vinuesa, Soria.

(48) CC Forem CyL, BOCYL.

de contratación redactando un modelo de cláusula de contenido mínimo, aplicable a todo contrato. Figurará así en los contratos: la clase de trabajo objeto del contrato, salario y forma de pago, grupo de cotización a la Seguridad Social, aceptación o renuncia a las normas convencionales por tener condiciones superiores a las pactadas en convenio, modalidad de contratación, características y riesgos de enfermedad profesional existentes en la fábrica.

La mayoría de los convenios colectivos simplemente mencionarán el principio de libertad de empresa, pero, sin embargo, en otras ocasiones se ofrece la oportunidad de compartir aquella facultad empresarial con los trabajadores mediante su representación legal o determinando en el propio convenio la regulación del ingreso en la empresa, ésta normalmente permitirá acomodar los principios generales de ingreso a las circunstancias concretas del sector o empresa gracias a lo dispuesto por la negociación colectiva. En alguna medida, la inclusión en la negociación colectiva de la materia referida a la selección constituye una forma tolerada de limitar la libertad empresarial de contratación, amparada en el artículo 38 de la CE, a la hora de elegir al personal de la empresa. Aparecen, igualmente, regulaciones convencionales que recogen los procedimientos de selección. Los convenios colectivos incorporarán en sus articulados los criterios para delimitar qué baremos de valoración serán tomados en consideración en el momento de la elección de candidatos, en atención a aquellos méritos que concurran en cada postulante. Los negociadores utilizarán diversos elementos para ordenar el proceso de selección: el primero, puede ser la introducción de criterios objetivos para la determinación de los candidatos idóneos a los puestos de trabajo que se cubrirán; el segundo, la participación de los trabajadores (normalmente de los representantes de los trabajadores) a través de comisiones de selección. Esta segunda medida es típica del sector público, en el resto de la negociación aparece en muy escasas ocasiones, tan sólo en la gran empresa. A veces se prefiere incorporar a aquellas comisiones a un especialista con conocimientos técnicos de la plaza a cubrir. También se fijan procedimientos específicos para la elección del candidato idóneo. Es frecuente ante este tipo de cláusulas la regulación de pruebas selectivas preceptivas al ingreso en la empresa; normalmente consisten en o bien la evaluación de conocimientos y aptitudes del candidato o bien pruebas de carácter psicotécnico en relación con el puesto de trabajo y funciones que habrá de desarrollar quien resulte elegido.

El ingreso en el empleo público, aun siendo a través de contrataciones laborales, se rige por los principios de publicidad, mérito y capacidad e igualdad que informan los artículos 23 y 103.3 de la CE. En determinadas negociaciones de las Administraciones Públicas es bastante común el recurso de las denominadas bolsas de trabajadores. Una vez diseñadas las listas conforme a procesos objetivos se irán cubriendo las plazas según el orden que se haya fijado en aquéllas. El mismo recurso a las *bolsas de empleo* también aparece en algunas ocasiones en el sector privado, aunque casi siempre va ligado a grandes empresas⁽⁴⁹⁾. Serán escasos los convenios

(49) Así, Agencia de desarrollo económico (en su acuerdo de adhesión al CC de personal laboral de la JCYL de 2005).

que incorporan la obligación formal de dar publicidad a la convocatoria de nuevas plazas, menos aún las que fijan plazos o incluso determinan un número de días mínimo entre la convocatoria y las pruebas selectivas, para dar la oportunidad de preparar las pruebas de acceso. Con mayor profusión se suelen localizar aquellas cláusulas que recuerdan que la decisión de los ingresos en la empresa es una facultad de la Dirección de la misma. Si bien, la declaración queda matizada a través del compromiso incluido en el acuerdo convencional, en muchos convenios la empresa se compromete a informar a la representación de los trabajadores sobre las características del puesto, número de plazas, características de éstas⁽⁵⁰⁾, de los criterios de selección y hasta, a veces, de cuál es la modalidad de contratación elegida. Otros negociadores avanzan un paso más e introducen la necesidad de consultar previamente con el Comité de Empresa o delegado de personal. Son formas (dentro de las posibles) de dar participación a la representación de los trabajadores en este momento de la selección. Aunque, como venimos apuntando, es sobre todo en las Administraciones Públicas donde tiene mayor entrada la participación sindical en los tribunales de selección de personal, fijando, normalmente, uno o más representantes sindicales en la composición de dicho órgano selectivo. La mayoría de las veces los convenios colectivos se conformarán con informar a los representantes de los trabajadores de la próxima selección de personal, cumpliendo la obligación legal del artículo 64.2.c) del ET de recibir información trimestral, relativa a «las previsiones del empresario sobre celebración de nuevos contratos, con indicación del número de éstos y de las modalidades y tipos de contratos que serán utilizados, incluidos los contratos a tiempo parcial».

2. PREFERENCIAS EN LA CONTRATACIÓN

También se localizan cláusulas de preferencias contractuales referidas a quienes ostentan un grado de parentesco con los trabajadores de la empresa, eligiendo, en igualdad de condiciones, a los familiares directos de los trabajadores. Se trata de determinados sectores y empresas que prefieren la contratación de aquellos sujetos que tengan lazos con el personal ya contratado; vínculos que suelen ser de parentesco hasta el segundo grado. Otras veces la preferencia en la contratación se fija para los profesionales del sector que estén en paro, cláusula bastante reiterada en las negociaciones de la hostelería de todas las provincias castellano-leonesas. Ciertos convenios muestran su inclinación por contratar a quien ya tuvo un contrato de trabajo con la empresa mediante un empleo temporal. Otras veces se favorecerá la cobertura interna de vacantes, inclinándose por aquellos trabajadores que ya están vinculados por contratos de trabajo en la empresa tanto en la selección del candidato más idóneo a dichas vacantes como para su cobertura. Aquella preferencia es más bien —a nuestro juicio— una regla de empleo que un criterio de selección del personal, pues se prefiere repetir las nuevas contrataciones con aquellos trabajadores que estuvieron vinculados anteriormente con la empresa a través de contrataciones temporales. La

(50) CC Tecnocontrol y Servicios, SA, Salamanca.

opción es adoptada por los negociadores atendiendo a la recomendación que figura en los AINC y no tanto siguiendo a la llamada del artículo 15.7 del ET de conversión de contratos temporales en indefinidos para los convenios colectivos, encaminada a «establecer criterios objetivos y compromisos de conversión de los contratos de duración determinada o temporales en indefinidos». Esta última cuestión debería estar más presente en la negociación colectiva. No obstante, es importante destacar la preferencia que muestran algunos convenios colectivos en referencia a quienes han sido trabajadores temporales para lograr la consolidación de su empleo y su transformación en empleo estable. En este apartado se siguen aquellas recomendaciones de convertir —siempre que sea posible— el empleo precario en indefinido. Aspecto en el que insiste, nuevamente, el reciente AENC 2010. La negociación colectiva para ejecutar esta preferencia del personal temporal procederá a crear instrumentos similares a las bolsas de trabajo, en ellas se fija entre los criterios de prioridad en la selección el hecho de haber estado vinculados con la empresa previamente, algunas empresas privadas lo regulan, pero, como ya hemos anunciado, se trata, principalmente, de Administraciones y empresas públicas.

En los últimos años no se aprecia un aumento significativo en la negociación colectiva de aquella específica recomendación legal dirigida a aumentar la presencia de las cláusulas de conversión de contratos temporales en indefinidos. Por otro lado, los AINC de los últimos años hacen hincapié en la necesidad de fomentar la contratación de los colectivos que presentan menores tasas de actividad que son, precisamente, quienes mayores niveles de desempleo presentan. De ese modo, los Acuerdos nacionales alcanzados en el último lustro por los propios interlocutores sociales contienen una específica llamada a los negociadores de convenios colectivos para que atiendan, con especial interés, a estas circunstancias que dificultan el ingreso de esos grupos en nuestro tejido empresarial.

3. EL PERÍODO DE PRUEBA

Incorporar a la firma de contrato de trabajo un período durante el cual se vayan viendo las aptitudes del trabajador para el desempeño de su puesto es el objetivo final del denominado período de prueba. Por lo cual, el período de prueba permitirá durante su vigencia la rescisión unilateral del contrato de trabajo si se comprueba que la prestación laboral no responde a las expectativas creadas en cuanto a la adecuación del trabajador a las funciones que le son encomendadas, para las que ha sido contratado. En la relación laboral la fijación de un período de prueba resulta facultativa, pero si el empresario decide su implantación ésta ha de figurar por escrito. Su implantación es una decisión voluntaria del empresario, quien decidirá a la firma de cada contrato de trabajo si incorpora o no la exigencia de formalizar el período de prueba. Por eso nos sorprenden las cláusulas convencionales que indican que todo ingreso se entenderá sometido a período de prueba⁽⁵¹⁾, pues para que efectivamente

(51) CC Federación de Castilla y León de Fútbol.

se someta a prueba la contratación deberá expresamente firmarse el mismo. Además de figurar por escrito, por exigencias legales recogidas en el artículo 14.1 del ET, durante el desarrollo del período de prueba se realizarán las experiencias que constituyen el objeto de la prueba. Determinados convenios colectivos recuerdan que la formalidad por escrito es requisito de validez de forma y que, por lo tanto, la falta de forma escrita conlleva a la nulidad del pacto. Otros recuerdan, tal y como figura en el artículo 14 del ET, la nulidad de someter a una nueva prueba a quien ya desempeñó con anterioridad las mismas funciones en la empresa, o se amplía la prohibición de pactar el contrato a prueba si ya se trabajó en la misma categoría en el sector de actividad con independencia de la empresa. El establecimiento de la duración del período de prueba a partir de la reforma laboral de 1994, es una materia que debe ser abordada por los negociadores, sólo si no aparece en los convenios colectivos se acudirá, con carácter supletorio, a los períodos máximos recogidos en el artículo 14.1 del ET. Hoy son ya un destacado número de convenios colectivos los que se detienen en determinar los plazos del período de prueba, si bien es cierto que la gran mayoría de ellos lo hará tomando como referencia los períodos legales (de 6 meses para los técnicos titulados y 2 ó 3 meses, para los restantes trabajadores según la plantilla sea de más o menos 25 trabajadores, respectivamente). Otros negociadores prefieren modificar aquellos parámetros, acomodando la duración del período de prueba a las exigencias de la actividad o sector. Los convenios colectivos suelen fijar el plazo máximo del período de prueba, pero muy pocos se apartan de los parámetros legales estableciendo duraciones distintas a las contempladas con carácter supletorio por el artículo 14.1 del ET. En porcentaje estas cláusulas de apartamiento no llegan a suponer un 15 por 100 de los convenios negociados, ni a afectar a más del 25 por 100 de los trabajadores y suelen estar más presentes en los convenios colectivos de empresa que en los de sector. En la negociación castellano-leonesa de la última década, el número de convenios colectivos que se detienen en el período de prueba ha aumentado algo con respecto a los años precedentes; igualmente, ha aumentado la población trabajadora afectada por estas cláusulas.

La mayoría de los convenios colectivos cuando se refieren a la duración del período de prueba acostumbra a ajustarse a aquellos parámetros temporales establecidos en el Estatuto de los Trabajadores. De los restantes, cuando han optado por regular una distinta duración del período de prueba, se encuentran negociaciones convencionales que reducen los plazos recomendados por el legislador (por ejemplo, a dos meses para todos los trabajadores), otras veces los gradúan en función de la categoría profesional de los trabajadores: agrupando las categorías profesionales de los trabajadores en dos, tres o, hasta incluso, cinco períodos de prueba diferenciados en atención a la cualificación profesional, la titulación o los niveles profesionales. En estos últimos suele ser menor la duración del período de prueba para los trabajos menos cualificados, se fija un período de prueba de 6 meses para los técnicos titulados, 3 meses para los no titulados, 2 meses para administrativos, 1 mes para especialistas y 15 días para los trabajadores no cualificados⁽⁵²⁾. Muy pocos se detienen a delimitar

(52) CC Gas Natural Castilla y León, SA, Castilla y León.

expresamente cómo el contrato de trabajo está facultado para pactar plazos inferiores a los máximos previstos por la negociación colectiva. Un número reducido de convenios colectivos, casi siempre de empresa, incorporarán duraciones máximas para el período de prueba por encima de los 6 meses, superando aquella referencia legal en caso de titulados superiores o técnicos, normalmente de hasta 9 meses; no son muy frecuentes los que establecen como tiempo que durará la prueba hasta 12 meses, pero sí se encuentra alguno⁽⁵³⁾. Resulta llamativo encontrar una negociación que se detiene a fijar criterios relativos al período de prueba pero no dice nada con respecto a la duración de éste⁽⁵⁴⁾. Pues normalmente no se observa la presencia de cláusulas que modulen el período de prueba en cuanto a su duración.

Sin embargo, los negociadores al determinar la concreta duración del período de prueba no fijan distintas duraciones que atiendan a criterios objetivos, como, por ejemplo, si la contratación que se realiza es temporal o indefinida, o si es de duración superior a un año o inferior. En este sentido, excepcionalmente se fijan 2 meses para técnicos y 15 días para el resto si no alcanzan el año y 4 meses o 1 mes en caso de contrataciones superiores al año⁽⁵⁵⁾. En otras ocasiones se atiende al volumen de plantilla de la empresa o centro de trabajo (ya que el seguimiento de la prueba puede ser distinto según sea la dimensión de la empresa), ajustando así los guarismos de la duración del período de prueba a otros parámetros que, posiblemente, inciden de manera significativa en él, a veces se encuentran cláusulas convencionales que en relación con la propia duración del contrato impiden que el período de prueba pueda superar más de la mitad del tiempo que durará la contratación temporal. En fin, con atención a la especialidad que contiene el artículo 11.1.d) del ET, ciertos convenios reducen la duración del período de prueba para los contratados a través del contrato en prácticas, acostumbran a establecer 1 ó 2 meses en función de que la titulación fuera de grado medio o superior, reproduciendo la norma dispositiva. A pesar de no referirse a estas cuestiones, ciertos convenios colectivos remitirán a normas convencionales supletorias siguiendo las directrices que sobre la concurrencia fija el artículo 84 del ET, serán los Acuerdos Generales del sector u otros instrumentos, como el Laudo Arbitral, los que sí establezcan cuál ha de ser el período de prueba. Por ejemplo, la remisión al Acuerdo Marco para el sector del transporte o al Convenio General del Sector de Limpieza Pública Viaria, Riegos, Recogida, Tratamiento y Eliminación de Residuos y Limpieza y Conservación del Alcantarillado y, también, en ciertos convenios de empresa a la negociación sectorial provincial. También los colectivos suelen recordar que no puede exigirse un nuevo período de prueba a quien como trabajador ya haya venido desempeñando las mismas funciones en la empresa, incidiendo en su nulidad si éste figurase nuevamente, con independencia de la modalidad de contratación (artículo 14.1 *in fine* del ET). Para los trabajadores del sector de la construcción la negociación sectorial estatal excluye expresamente de la realización del período de prueba a quienes acrediten, en su cartilla profesional,

(53) CC Casino Ribera de Tormes, Salamanca.

(54) CC Mancomunidad Alvisan, Valladolid.

(55) CC Forem CyL.

su cumplimiento en cualquier empresa anteriormente. Aunque son excepcionales aquellos textos que deciden eximir, por la vía convencional, de la formalización del período de prueba a determinadas categorías profesionales. Si acontece, será en los términos expuestos en el caso de la construcción, en particular cuando los trabajadores ya realizaron esta prueba en otras empresas del sector.

En ciertos convenios colectivos al hilo de la duración del período de prueba se recogerá si es posible, o no, su interrupción. Casi siempre, si se mencionan las situaciones que más adelante describimos, será para determinar que éstas interrumpen el transcurso del cómputo del período de prueba reanudándose éste con el alta del trabajador o la finalización de la situación suspensiva de la relación laboral. Se trata de supuestos en los que acontecen circunstancias como la incapacidad temporal, maternidad (o las asimiladas de adopción y acogimiento), riesgo durante el embarazo, servicio militar, etc. En los últimos años crecen las negociaciones que se detienen en este apartado, también se detecta su inclusión en algunos pactos que son primeros convenios⁽⁵⁶⁾. Otros exigirán para que opere la suspensión la necesidad de que conste así, y por escrito, en el contrato de trabajo⁽⁵⁷⁾. Conviene señalar que la redacción legal del artículo 14.3 *in fine* del ET, permite que estas causas interrumpen el cómputo del período de prueba si así lo acuerdan las partes del contrato de trabajo. Lo que hacen los convenios colectivos es establecer ese criterio sustituyendo la voluntad individual de los contratantes (a quienes la Ley atribuye esta posibilidad) por una voluntad colectiva, no llamada *ex lege* a regular este aspecto.

Resulta muy frecuente la cláusula siguiente: «durante el período de prueba el trabajador tendrá los mismos derechos y obligaciones que el fijo de su misma categoría profesional, pudiendo las partes rescindir en cualquier momento la relación laboral, sin plazo de preaviso ni derecho a indemnización⁽⁵⁸⁾». Pero si el trabajador a la finalización de la prueba continúa ligado a la empresa, recuerdan que los servicios prestados computarán a efectos de la antigüedad del trabajador en la empresa, así como también para los restantes derechos que emanan de la relación laboral, concluyendo que *el contrato producirá plenos efectos*⁽⁵⁹⁾. Igualmente, se recuerda la utilidad del período de prueba y la facultad de desistimiento de las partes, aparecerán menciones indicando que durante el período de prueba cualquiera de las partes puede desistir comunicándoselo a la otra parte, lo que supondría la rescisión del contrato de trabajo sin acarrear dicha decisión obligaciones adicionales. Otros negociadores también añaden respecto a la rescisión durante la vigencia del período de prueba que no se necesita preaviso alguno en la comunicación. Pero no se encuentran cláusulas convencionales que se detengan a declarar que durante la duración del tiempo de la prueba se respetarán los derechos fundamentales (a pesar de la importante doctrina

(56) CC Pompas Fúnebres y Empresas Funerarias, Valladolid.

(57) CC Untex Peninsular, SA, Segovia.

(58) CC Ayuntamiento de Golmayo, Soria.

(59) CC Mendiguchiá, C.B., Palencia.

judicial al respecto), sí aquellas cláusulas que recuerdan cómo durante el período de prueba se mantienen los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo.

Son inusuales aquellas cláusulas que incorporan el derecho al percibo de una indemnización por el trabajador si la decisión de desistir fue tomada por la empresa, en estos casos, por ejemplo, se abonará ante la rescisión contractual si opera antes de agotar el período de la prueba pactado, cuyo importe será el equivalente a los días que faltaban para completar dicha prueba⁽⁶⁰⁾; otras negociaciones sólo fijan indemnización para determinadas categorías, a las que se les exige un largo período de prueba (por ejemplo de nueve meses y sólo se abona si la empresa no respeta el preaviso impuesto para la comunicación al trabajador de la no superación del período de prueba de 15 días⁽⁶¹⁾). Nada suelen decir los negociadores sobre la remuneración en este período. Sí sobre la forma de comunicar la resolución contractual, exigiendo en ocasiones que sea por escrito o que se comunique el desistimiento a la representación legal de los trabajadores si es la empresa quien decide ejercer esa facultad rescisoria.

4. LAS REFERENCIAS CONVENCIONALES A LAS EMPRESAS DE TRABAJO TEMPORAL

Desde el año de 1994 es posible el recurso a mano de obra externa mediante contrataciones de puesta a disposición a través de las denominadas Empresas de Trabajo Temporal, como fórmula legalizada de cesión de mano de obra, admitida en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 43.1 del ET y por la Ley de Empresas de Trabajo Temporal. La legislación ha ido cambiando desde su inicial aprobación, incorporando demandas para garantizar derechos básicos de los trabajadores en misión de las ETT. Gran parte de las reformas ahora incluidas en la Ley fueron anteriormente objeto de tratamiento por la negociación colectiva estatal de las ETT, aquellas materias que primero fueron reguladas por la negociación colectiva con posterioridad se van incorporando en el articulado de la Ley. Algunos ejemplos de ese tránsito son la equiparación salarial entre los trabajadores de la ETT y los de la empresa usuaria o la extensión de una parte importante de la regulación convencional de la empresa usuaria a los trabajadores provenientes de la ETT. Al tiempo que se incorporan en la Ley esas conquistas negociales, también mejorará, de un lado, la propia regulación convencional de las ETT (en la actualidad el V Convenio Colectivo estatal de las ETT para el período 2006-2010), de otro, las referencias a estos trabajadores en misión aparecerán en los convenios colectivos de las empresas usuarias.

Por lo general, no abundan citas a las ETT en la negociación colectiva registrada en Castilla y León en los últimos años. Es muy limitado el número de convenios colectivos, de empresas usuarias, que recoge menciones a aquella singular empresa cuyo objeto es la cesión de trabajadores, si bien, se observa un progresivo crecimien-

(60) CC VB Autobaterías, SA, Burgos.

(61) CC Metales Extruidos, Valladolid.

to que también ha afectado a la negociación colectiva nacional sectorial, no siendo tan importante su presencia en la negociación de empresa. La industria es el sector que, sobre todo, recoge cláusulas relativas a las ETT, pero también en el sector servicios en aquellas actividades en las que con mayor frecuencia se recurre a esta clase de empresas. Son quizá las empresas que con más asiduidad utilizan trabajadores de ETT las que incorporan reglas para realizar esa externalización de mano de obra. Sin embargo, puede apreciarse que a veces aparecen citas en actividades que no acuden a formalizar contratos de puesta a disposición con ETT. En la negociación de Castilla y León por sectores de actividad aparecerá (por este orden) en construcción, industria y servicios, serán convenios colectivos que incorporen cláusulas relativas a los trabajadores en misión o al recurso a la externalización de mano de obra; ninguna mención se localiza en los convenios colectivos de agricultura. Cuando se detecta alguna cláusula referida a esta materia, la mayoría, incide en que los trabajadores puestos a disposición por la ETT han de gozar de los mismos derechos retributivos y laborales que los de la empresa usuaria, en particular de aquellos derechos que derivarían de la aplicación a los trabajadores en misión del convenio colectivo de la usuaria. La cláusula incorporada suele ser la que encomienda a las empresas que recurran a contratar los servicios de una ETT exigir a las usuarias «que garanticen a los trabajadores puestos a disposición las condiciones económicas y sociales establecidas en el presente texto del Convenio» o, lo que es lo mismo, «garantizarán que los trabajadores... tengan los mismos derechos laborales y retributivos que les corresponden a sus trabajadores en aplicación de su convenio colectivo». Para su completa garantía en ocasiones recomiendan la introducción de esta previsión en el contrato de puesta a disposición celebrado entre las mercantiles, lo obligan expresamente ⁽⁶²⁾. Otras veces llegan incluso a regular que no podrán producirse discriminaciones entre los trabajadores de la usuaria y los de la ETT ⁽⁶³⁾ (anticipándose al mandato de la Directiva 2008/104/CE).

En los últimos años ya no se van a localizar convenios colectivos que optan por excluir el recurso a contrataciones mediante trabajadores de una ETT, ni prohibiciones ni renunciaciones para solicitar este tipo de contrataciones laborales, cláusulas que carecían de valor jurídico (por afectar a una actividad legal realizada por terceros). Sí habrá compromisos, menos lesivos de derechos de terceros, que recomiendan procurar cubrir las necesidades de mano de obra con contrataciones directas o restringir el uso de aquellas empresas, llegando a delimitar en qué supuestos es recomendable su utilización, con criterios más estrictos de los que se fijan en la propia normativa. Las negociaciones colectivas han diseñado límites en la utilización de los servicios de la ETT. Así, pues, podemos encontrarnos con una delimitación convencional de las reglas en las que se podrá recurrir a contratar con una ETT. Otros negociadores recuerdan que no se acudirá a una ETT para situaciones estables (pues no es posible por no ser el trabajo temporal). Algunos convenios colectivos determinan ante qué

(62) CC de Industrias de la Madera, Salamanca; CC Sector del Metal Industria, Zamora, o CC Sector del Metal Comercio, Zamora.

(63) CC Maviva, SL, Valladolid.

situaciones se puede recurrir a una ETT en el sector de actividad, fijando incluso límites temporales convencionales, no superiores a 15 (caso de eventuales por circunstancias de la producción) ó 45 días, según las circunstancias, un ejemplo muy delimitador de las circunstancias⁽⁶⁴⁾. También se excluyen determinados puestos de producción o delimitan con precisión los trabajos que se encomendarán: *recuperación de restos, procesos de selección para cobertura de vacantes o incapacidades temporales de duración inferior a tres meses*⁽⁶⁵⁾. En fin, otros delimitan con precisión el volumen de empleo que se puede contratar anualmente por esta vía de externalización de la mano de obra, por ejemplo no más del 3 por 100 del total de horas anuales ordinarias de los trabajadores en plantilla⁽⁶⁶⁾, o la hacen poniendo un máximo de trabajadores de ETT en función de la plantilla (por ejemplo, 1 en empresas entre 1 a 10, 2 si la usuaria cuenta entre 11 y 20 trabajadores, y como máximo 3 trabajadores en misión si su plantilla es de 21 trabajadores en adelante⁽⁶⁷⁾). Como puede observarse se vislumbra una preferencia negocial hecha expresamente pública por el uso de las contrataciones directas frente al recurso a las ETT o se limita el recurso reiterado a las contrataciones mediante una ETT. También se recuerda por el convenio colectivo que no se podrá efectuar contratación a través de ETT cuando se trate de actividades especialmente peligrosas para los trabajadores. Los convenios repiten un aspecto importante de la legalidad vigente, recordando que a través de ETT no se pueden contratar trabajadores para puestos de trabajo que en la evaluación de riesgos fueran clasificados de riesgo grave y muy grave, por ejemplo en el sector de la siderometalurgia. En correlación con el trabajo que allí se desarrolla, algunas empresas extienden ese impedimento con carácter general, como consecuencia de las características de la ejecución de la prestación laboral y de actividad de la empresa, y se acuerda no acudir a la contratación de trabajadores de puesta a disposición.

Los convenios colectivos garantizan los derechos laborales y retributivos que corresponden a los trabajadores puestos a disposición mediante una ETT en aplicación de su correspondiente convenio colectivo (de empresa usuaria), otros equiparan a estos trabajadores con los suyos —como empresa usuaria— en relación con sus condiciones económicas y sociales. Muchas de las cláusulas recogidas en los convenios colectivos relativas a las ETT ya no encuentran la relevancia que tuvieron con anterioridad pues recogen cuestiones, como la equiparación salarial, que han sido ya superadas por la normativa estatal (desde la reforma operada mediante la Ley 29/1999), la cláusula habitual es la siguiente: «los trabajadores contratados de ETT cobrarán el 100 por 100 de todos los conceptos salariales del presente convenio, previstos para el puesto de trabajo que desarrolle» o «tendrán una retribución del 100 por 100 del salario del convenio en la categoría correspondiente» o, por citar otro ejemplo, «aplicarán las condiciones pactadas en las tablas salariales del convenio provincial o autonómico correspondiente». Si bien no todas las citadas cláusulas reiteran el contenido

(64) CC Confitería, Bollería, Repostería Artesanal y Platos Precocinados, Valladolid.

(65) CC Kraft Foods España, León.

(66) CC Gonvarri Industrial, SA, Burgos.

(67) CC Comercio en General, Valladolid.

del artículo 11.1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, posiblemente algunas de ellas la mejoran, pues conviene recordar que la equiparación salarial de los trabajadores de la ETT con los de la empresa usuaria desde la Ley se hace en función de la retribución total *calculada por unidad de tiempo*. También algunos negociadores se remiten a las tablas salariales del convenio colectivo correspondiente de la empresa usuaria. Además, ciertos convenios igualan a los trabajadores en misión no sólo a las condiciones económicas sino con carácter general a las condiciones laborales de la plantilla de la empresa usuaria. También en la búsqueda de la equiparación de derechos entre los trabajadores de la ETT y los que ostentan los trabajadores de la usuaria, se incorporan referencias a los derechos colectivos, en ocasiones reiterando las cuestiones que reguló la Ley 29/1999, de 16 de julio. Se suelen citar los derechos de representación colectiva, permitiendo la representación a través de estos órganos de la usuaria para los trabajadores de la ETT, por ejemplo, las funciones de información no se limitarán a los trabajadores de la empresa usuaria sino que también se amplían a los trabajadores en misión. Se recuerda que corresponde a los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria representar, igualmente, a los trabajadores en misión (sin que ello suponga un incremento de su crédito horario), así como recibir sus reclamaciones relacionadas con la ejecución de la actividad laboral. También reiterando las exigencias legales se concreta que la empresa usuaria deberá informar a la representación legal de los trabajadores de los aspectos básicos del contrato de puesta a disposición. Los nuevos convenios colectivos están llamados a respetar el contenido de la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre, reguladora del trabajo a través de empresas de trabajo temporal, en particular al referirse al respeto al principio de igualdad de trato, cuyo artículo 5.1.b) hace expresa llamada a la negociación colectiva para implementar la igualdad de trato entre hombres y mujeres y el combate de la discriminación basada en el sexo así como de los otros cinco rasgos discriminatorios prohibidos: raza, religión o creencias, discapacidad, edad u orientación sexual.

IV. LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN LA SELECCIÓN Y CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES

1. LA CRECIENTE APROXIMACIÓN A LA IGUALDAD EN LAS NEGOCIACIONES COLECTIVAS

Cada vez es más importante el número de negociaciones que se detienen en recordar el respeto debido a los Derechos Fundamentales, recordando que éstos despliegan su eficacia en el momento del acceso al empleo, en particular, suelen citar el principio de igualdad real y a la prohibición de discriminación por las causas recogidas en el artículos 9 y 14 de la CE y artículo 17 del ET. Algunos de los últimos AINC recogían todo un capítulo dedicado a la igualdad de trato y oportunidades, sin embargo el AENC 2010-2012 tan sólo cita en alguna ocasión, de manera esporádica, la igualdad de oportunidades con referencias a la contratación o al referirse a la diferente temática que deben tomar en consideración los observatorios sectoriales. Como puede comprobarse la crisis ha desplazado el interés de los negociadores por

la igualdad en el empleo⁽⁶⁸⁾, ha relajado la actividad surgida en los años precedentes, que puede suponer un parón para el futuro. Los anteriores Acuerdos interconfederales sí se detuvieron en la necesidad de favorecer el empleo de los trabajadores con discapacidad, evitar la discriminación de los trabajadores de más edad en el acceso al trabajo —lo son a partir de los 45 años—, aplicar condiciones laborales iguales que para los nacionales a los trabajadores inmigrantes, mejorar el empleo de los jóvenes y su incorporación al mercado laboral y que sea un empleo de calidad y, con especial detenimiento, a las mujeres.

Para este último colectivo en su día, primero el AINC 2005 y más aún el AINC 2007 o la prórroga de 2008 (ya aprobada la LO 3/2007) incorporaban un apartado independiente, voluminoso y extenso dedicado a la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, haciendo hincapié en favorecer el acceso de las mujeres al empleo en aquellos sectores en que se encuentran subrepresentadas. Con carácter general, se recomendaba la adopción de cláusulas declarativas antidiscriminatorias para todos esos colectivos, bien se introduzcan como principio general o de manera específica en los distintos apartados del convenio. Creemos, a la vista de los textos convencionales, que aquellas llamadas sí han incidido en la mayor presencia de cláusulas de igualdad en la negociación colectiva formalizada en Castilla y León a lo largo de los últimos años, aunque la incorporación es todavía lenta y en lo que se refiere al contenido negocial aún se perfila la necesidad de desarrollar actividades en materia de igualdad que se identifiquen con la negociación colectiva. Salvo en lo atinente al perfeccionamiento de derechos de conciliación, la mejora de permisos y, menos veces, de algunas prestaciones, la negociación colectiva ha incorporado muy pocas actuaciones *autéctonas*. Ni tan siquiera se ha preocupado por introducir garantías para los trabajadores que son víctimas de discriminaciones en el empleo (sería éste un buen y delicado trabajo para futuras negociaciones).

2. LAS CLÁUSULAS EN FAVOR DE LA IGUALDAD EN EL EMPLEO Y SUS NOTABLES AUSENCIAS

Cuando en los convenios colectivos aparece una mención a aquel principio de igualdad se contempla la introducción de una cláusula de garantía de no discriminación por diversas razones, entre las que se incluye: el sexo, estado civil, edad, raza, condición social, ideas religiosas o políticas o afiliación o no a un sindicato, así como por razón de lengua dentro del Estado español, de disminuciones físicas, psíquicas o sensoriales siempre que se hallasen en condiciones de aptitud de los trabajadores

(68) No el del Gobierno, que en su documento *Líneas de actuación en el mercado de trabajo para su discusión con los interlocutores sociales en el marco del diálogo social* de febrero de 2010, incluye como uno de sus puntos la continuidad en la igualdad y no discriminación entre mujeres y hombres, con expresa cita a la necesidad de evaluar la negociación colectiva en materia de igualdad entre géneros y en particular de la implantación de planes de igualdad en las empresas, insistiendo en su *tozuda* implantación en las empresas de más de 250 trabajadores, así como la negociación de medidas de igualdad.

para el empleo⁽⁶⁹⁾ (y ya empleados). En referencia al ingreso al trabajo se recordará, sin más, que se ajustará a las normas legales generales sobre la colocación y a las especiales para quienes estén entre los colectivos de mayores de 45 años, jóvenes, discapacitados, mujeres⁽⁷⁰⁾. Suelen ser más frecuentes las cláusulas convencionales que recogen sólo algunas de estas circunstancias, la más repetida es la igualdad sin distinción por razón de sexo que, por cierto, tras la aprobación de la LO 3/2007 destacará sobre las restantes. Los negociadores a veces se detienen especialmente en la afiliación, ideas políticas o sindicales, otras en la edad. Son pocas las negociaciones que recogen, en la línea de las Directivas antidiscriminatorias de la Unión Europea (2000/43/CE, 2000/78/CE y 2002/73/CE —esta última hoy refundida en la Directiva 2006/54/CE—), el catálogo completo de las prohibiciones de distintas discriminaciones que sean debidas a razones relativas a origen racial, ideología, religión, sexo, orientación sexual o afiliación política o sindical, incorporando a la negociación aquel derecho comunitario. Excepcionalmente se localizan convenios que introducen lo que denominan no discriminación en atención al grupo familiar, haciendo referencia al matrimonio o a la unión afectiva y sexual asimilada a aquél, sean del mismo o distinto sexo⁽⁷¹⁾ o aquellos que entre otras prohibiciones recogen la que se refiera a razón de etnia⁽⁷²⁾ e, incluso, podemos encontrar convenios que añaden a aquéllas la nacionalidad o la enfermedad⁽⁷³⁾.

Como acontece en el ámbito normativo estatal, la igualdad entre mujeres y hombres eclipsa los otros rasgos de la discriminación, llegando incluso a segmentar el tratamiento de la discriminación en el empleo, jerarquizando, indebidamente a nuestro juicio, los rasgos. Como ya se ha manifestado, la visión hacia las razones de discriminación prohibidas por el ordenamiento jurídico es desigual en atención a cada una de ellas, incluso el derecho llega a jerarquizarlas, lo cual necrosa el desarrollo de la igualdad en su globalidad, sobre todo cuando aparecen discriminaciones múltiples o combinadas (que, por cierto, el mundo laboral tampoco estudia, ni atiende a ellas la negociación colectiva). Pero ni aun centrándonos sólo en el combate frente a la discriminación entre sexos podemos afirmar que haya habido reales avances importantes. Muy pronto se descubre que todavía está muy inmadura la labor realizada en cuestiones de igualdad, por el legislador (a pesar de la ingente carga normativa y de papel de los últimos años) y por la negociación colectiva, al margen de reconocer que las discriminaciones mutan y que cuando están preparadas estrategias para su erradicación ya han surgido nuevas formas de manifestarse. La discriminación en el empleo es la más visible para los ordenamientos jurídicos, pero aún es algo *invisible*. No debe perturbar conocer, que aquello que se ve y conoce de

(69) CC Oficinas y Despachos, Valladolid.

(70) CC para las Empresas Dedicadas a los Servicios de Limpieza Pública Viaria, Riegos, Recogida, Transporte, Tratamiento y Eliminación de Residuos Urbanos, Limpieza y Conservación de Alcantarillado y sus Trabajadores, León.

(71) CC Transporte de Viajeros por Carretera y Servicios Urbanos de Transporte, Ávila.

(72) CC Comercio, Ávila.

(73) Esta última en el CC Urbasoria UTE, Soria, o CC Hostelería, Ávila.

las discriminaciones prohibidas genera un indebido efecto de rechazo en la sociedad y en el ámbito laboral (lo cual se aprecia también en la negociación colectiva).

Las discriminaciones laborales prohibidas se centran en estigmas, arraigados en el mundo del trabajo y de la Seguridad Social, y de falta de igualdad de oportunidades. Sin la consecución de esta última será difícil (o hasta imposible) erradicar las discriminaciones laborales y sus formas de manifestarse: directas, ocultas, el acoso discriminatorio (que no sólo es el que ha ocasionado un ataque a la dignidad sino también el que persigue ese propósito), las instrucciones para discriminar e indirectas (para eliminarlas se necesita conocer la realidad estadística o el impacto que tiene la medida en un colectivo de personas frente a otro, gracias a comparaciones reales o también hipotéticas), discriminaciones por asociación (por la vinculación que une a la persona con aquella en que concurren los rasgos discriminatorios repudiados por el derecho), o las menos conocidas como la discriminación por error... No sirve estudiar el efecto discriminatorio del momento sino también el que provocarán decisiones, acciones u omisiones o hechos pasados o la no adopción de medidas para el futuro que acarreen consecuencias discriminatorias, pues la discriminación circula en todos esos tiempos, no es estática sino dinámica. La negociación colectiva está llamada a adoptar un papel más allá de la Ley para la consecución de la igualdad de trato y de oportunidades, sin embargo, tras su estudio se descubre que se ha conformado con servir de comparsa a la Ley en este tema capital.

La inclusión de medidas de acción positiva, constatadas situaciones desiguales entre hombres y mujeres, es aún inapreciable en los textos convencionales. Por no introducirnos en la inexistencia de discriminaciones positivas, posibles en nuestro ordenamiento para alcanzar la igualdad real, siempre fijando sus límites de actuación como ya hacen los más modernos y avanzados derechos antidiscriminatorios. Tampoco se ha introducido aún el complejo concepto de discriminación inversa, como demarcación y confín para determinadas acciones en favor de la igualdad. No obstante, como excepción, alguna negociación consciente de la ausencia de mujeres en la empresa, entonaba el posible *mea culpa* y asume el compromiso de contratar mano de obra femenina «dada la ausencia de mujeres en la plantilla, se tenderá en las contrataciones sucesivas a la incorporación de éstas en igualdad de condiciones con los trabajadores de sexo masculino, asegurando el cumplimiento de ninguna discriminación por razón de sexo⁽⁷⁴⁾». Pero no incorpora acciones concretas, ni cuantifica las medidas que se llevarán a cabo. Las negociaciones prefieren incluir la genérica cláusula en la que se compromete a «poner en marcha medidas de acción positiva u otras necesarias para corregir posibles situaciones de discriminación⁽⁷⁵⁾» o recoge el compromiso de «velar por la igualdad de retribución para trabajos de igual valor⁽⁷⁶⁾». Realmente son excepcionales los convenios colectivos que han decidido incorporar compromisos de contratación o preferencias en la cobertura de

(74) CC Urbaser, SA, Burgos.

(75) CC Oficinas y Despachos, Valladolid.

(76) CC Hostelería, Ávila, o CC Comercio Textil, León.

vacantes para lograr la igualdad, utilizando lo que podrían ser consideradas medidas de acción positiva para colectivos con dificultades en el acceso al empleo como mujeres, discapacitados o, las menos veces, jóvenes, desempleados de larga duración o trabajadores en edad madura (mayores de 45 años). Normalmente, lo que se localiza en los textos convencionales son declaraciones que no comportan específicos compromisos, del tipo: el ingreso «se ajustará a las normas legales generales sobre la colocación y las especiales para quienes estén entre los colectivos de mayores de 45 años, jóvenes, discapacitados, mujeres, etc.⁽⁷⁷⁾». La negociación sectorial de algunas provincias, como la de Valladolid, ha introducido durante los últimos tiempos en muchos de sus convenios estas cláusulas deteniéndose en el acceso al empleo. En algunos de ellos se expresa que ante «igualdad de condiciones de idoneidad tendrán preferencia las personas del género menos representado del grupo profesional que se trate⁽⁷⁸⁾». Los convenios colectivos deberían revisar los procesos de selección de personal, de promoción y de acceso a la formación y su efectiva recepción así como de otras condiciones de trabajo para incorporar en ellos nuevas acciones en favor de la igualdad y la no discriminación por cualquiera de los rasgos vetados por nuestro ordenamiento jurídico. Para alcanzar esas cotas los propios negociadores necesitan un barniz en formación y conocimiento de los mecanismos para la real implantación de igualdad (de trato y oportunidades) en el empleo, pues en la gran mayoría no la poseen (ello se trasluce en los contenidos de los convenios colectivos estudiados).

Desde la aprobación de LO 3/2007 para la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, las negociaciones colectivas están llamadas a ser más sensibles ante estas cuestiones, pero sólo en lo que respecta a la igualdad entre sexos, el artículo 85.1 *in fine* del ET contiene un deber de negociar medidas dirigidas a promover la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres y, en su caso, se concretarán esas medidas mediante planes de igualdad, en aquellas empresas que deben o pueden negociarlos. El ámbito elegido por el legislador para estas negociaciones será la empresa, ello se deduce del artículo 85.2, párrafo segundo, del ET. El plan de igualdad se ha convertido, sin duda, en una nueva clase de acuerdo de empresa (sobre una materia concreta). El deber de negociar medidas para la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres nace como un singular *quebranto* de la tradicional libertad de negociación (artículos 85.1 y 2 del ET y 45.2 de la LO 3/2007). Sin embargo, se observará cómo los negociadores, y a pesar de esa obligación, no negocian medidas específicas sino que, mayoritariamente, copian las obligaciones legales en materia de igualdad (algunos negociadores incluso desconocerán la obligación negociada), además cuando comienzan a incorporar referencias a los planes de igualdad transcriben al pie de la letra el contenido de los artículos 45 a 47 de la LO 3/2007.

El reciente documento del Gobierno, de febrero de 2010, dentro de las actuaciones señaladas como prioritarias para la próxima reforma laboral apunta la necesidad

(77) CC Hostelería y Turismo, León.

(78) CC Limpieza de Edificios y Locales, Valladolid.

de elaborar mediante la negociación colectiva programas sectoriales para combatir la discriminación salarial entre mujeres y hombres y favorecer la efectividad del acceso al empleo, la promoción profesional y el acceso a la formación en condiciones de igualdad, lo que nos revela que al legislador, por un lado, ya no le basta con la negociación de empresa mediante el plan de igualdad de empresa (o en su caso las medidas de promoción de la igualdad) y parece que quiere ahora retomar la materia de igualdad para las negociaciones de sector, quizá porque *ha conocido* el limitado número de trabajadores a los que afecta la obligación de negociar planes de igualdad y decide, por esta vía, ampliar el espacio de la igualdad de oportunidades entre sexos que él mismo acotó con la aprobación de la LO 3/2007. Por otro lado, retoma los aspectos cardinales de la igualdad entre sexos en el empleo que ya procuraban las Directivas comunitarias 75/117/CEE y 76/207/CEE, la primera sobre la igualdad de retribución y la segunda sobre el acceso al empleo, la formación, la promoción y las condiciones de trabajo, ambas hoy codificadas en la Directiva 2006/54/CE, demostrándonos que el camino para la igualdad de trato entre hombres y mujeres es muy largo y, después de más de treinta y cinco años, se ha avanzado poco en las materias esenciales. Muchas de estas cuestiones siguen hoy siendo la asignatura pendiente de las negociaciones colectivas. No sabemos si ese guante será recogido ahora por los negociadores sociales, preocupados en este momento, como hemos visto, por otras cuestiones más que por la igualdad de trato y de oportunidades.

Desde la aprobación de la LO 3/2007 es difícil detectar no ya compromisos de contrataciones a un porcentaje, por ejemplo, de mujeres trabajadoras para favorecer su acceso a cualquier profesión sino la implantación de medidas de acción positiva en donde estén subrepresentadas (en el grupo o categoría profesional) en forma de reservas y preferencias en las condiciones de contratación (salvaguardando siempre las condiciones de idoneidad) a las que expresamente se refiere el nuevo apartado 4 del artículo 17 del ET. Precepto que no sólo se centrará en el acceso al empleo sino también en la clasificación profesional, la promoción y la formación para favorecer al sexo menos representado. Como ya hemos apuntado la mayoría de las negociaciones se conforman con transcribir el texto de la Ley. Otros convenios colectivos remiten a la Ley de 2007 acotándola exclusivamente a términos vinculados con la conciliación de la vida laboral y familiar⁽⁷⁹⁾, o, en términos muy parecidos, asocian la materia relativa a la igualdad entre mujeres y hombres con la excedencias por cuidado de hijos y las suspensiones por maternidad y paternidad⁽⁸⁰⁾, convirtiendo la temática de la igualdad en un aspecto reducido, vinculado a la conciliación y no a la auténtica igualdad en el trabajo, su acceso, condiciones, promoción, etc.

Por otro lado, a pesar de la cita expresa efectuada ya en su momento por el AINC 2005 para atender a la situación que sufre la mujer víctima de violencia doméstica, reiterada en AINC 2007 y su prórroga de 2008 en este apartado de acceso al empleo, donde los negociadores podían mejorar el mandato legal recogido en la

(79) CC Oficinas y Despachos, Ávila.

(80) CC Oficinas y Despachos, Burgos.

LO 1/2004, de 28 de diciembre, no hemos localizado ningún convenio colectivo que se detenga a incorporar una medida específica que atienda a esta situación, aportando mejoras regulativas; tan sólo copian la tutela específica regulada por Ley para la víctima de violencia de pareja. Los negociadores mayoritariamente copiarán los preceptos legales referidos a esta situación, en particular en las cuestiones vinculadas a la movilidad geográfica o las posibilidades suspensivas de la relación laboral en aras a su protección o para recibir asistencia social integral. Además, se trata de una materia a la que ya no sólo no se refiere sino que ni tan siquiera cita el AENC 2010, volcado en la crisis del empleo.

Otro ejemplo de desatención en materia de igualdad de oportunidades es el compromiso de reservar un 2 por 100 de los puestos de trabajo de la empresa para trabajadores minusválidos siempre que estén capacitados para desarrollar las labores inherentes a ellos⁽⁸¹⁾, que no hace otra cosa que cumplir la legalidad vigente (por ejemplo, para una empresa que cuenta con 230 trabajadores). La reserva de puestos de trabajo sólo está contemplada en la Ley para los minusválidos, tratándose de empresas con plantillas importantes o en el caso de tratarse de Administraciones Públicas (que cuenta con unas obligaciones y normativa específica). La negociación colectiva, si así lo decidiese, podría incorporar otras reservas específicas al margen de la regulación legal, fijando cuotas. Tras el estudio de la negociación colectiva puede señalarse que son inapreciables los convenios colectivos, tan sólo algunos de empresa, de dimensiones grandes y especialmente las públicas (destacando ciertos convenios colectivos del personal laboral de los Ayuntamientos), recogen la preferencia en el acceso para los discapacitados en forma de cuota o reserva de un mínimo de plazas. Otros convenios colectivos al regular el proceso selectivo exigen, reiterando la legislación vigente, que se tome en cuenta la particularidad de estas personas en atención a la discapacidad del candidato, facilitando la participación de los discapacitados y removiendo toda clase de obstáculos formales y materiales del procedimiento selectivo. En el camino de la promoción del acceso al empleo de los discapacitados casi todo está pendiente de hacer, es paupérrima la dedicación que a este punto prestan los negociadores, por no indicar las cuestiones vinculadas a la promoción profesional, condiciones de trabajo, formación o a las exigencias del Derecho comunitario de determinar los ajustes necesarios del puesto de trabajo que ocupa un trabajador discapacitado⁽⁸²⁾, siempre que las medidas no supongan una carga desproporcionada para el empresario. Todas estas cuestiones son ignoradas por la negociación colectiva, aunque en esta materia la legislación está bastante desarrollada desde el año 2003, por lo cual, podemos apreciar que hay una importante brecha entre normas estatales y la negociación colectiva.

En los años pasados puede observarse que casi ningún convenio de sector se detiene en esta cuestión (cuando lo hacen son tan sólo 1 ó 2 en toda Castilla y León), por lo que respecta a la negociación de ámbito empresarial se observa una mayor

(81) CC Confecciones Ory, SA, Burgos.

(82) Art. 5 de la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre de 2000.

dedicación, pero también es minúscula en cómputos totales. La misma desatención al acceso al empleo de los discapacitados se aprecia en el conjunto de la negociación colectiva española. Algo falla en la negociación colectiva, el escaso interés por esta cuestión es el síntoma principal de la falta de correlato entre el impulso constante que desde las normas estatales y el ordenamiento comunitario se efectúa y su no recepción por los textos convencionales. Los convenios colectivos deberían proporcionar mayores muestras de que están dispuestos a abrir el empleo (ordinario) y el mundo laboral a los discapacitados.