

¿Existe el convenio de empresa con prioridad aplicativa?



Ricardo Javier Laborda Ferrer

Inspector de Trabajo y Seguridad Social.

Profesor asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Zaragoza

Este trabajo ha obtenido el **Premio Estudios Financieros 2018** en la modalidad de **Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: don Gabriel ÁLVAREZ DEL EGIDO, doña Ana GÓMEZ HERNÁNDEZ, don Diego MEGINO FERNÁNDEZ, doña Magdalena NOGUEIRA GUASTAVINO, don Roberto PEREIRA COSTA y don Ignacio SAMPERE.

Los trabajos se presentan con seudónimo y la selección se efectúa garantizando el anonimato de los autores.

EXTRACTO

Transcurridos 6 años desde la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012, en la que se modificó profundamente la estructura tradicional de la negociación colectiva en España, se analiza en el presente trabajo uno de los aspectos fundamentales de la misma, como es la concesión, en determinadas materias, de preferencia aplicativa al convenio de empresa, haciendo un recorrido por los distintos pronunciamientos que nuestros tribunales han realizado sobre esta, y los límites que han impuesto para su aplicación, hasta el punto de considerar que han hecho prácticamente imposible la negociación de un convenio de empresa que cumpla con todos y cada uno de ellos, con lo que se ha reducido prácticamente a la nulidad su eficacia práctica.

Palabras clave: convenio colectivo; empresa; nulidad; prioridad aplicativa.

Fecha de entrada: 03-05-2018 / Fecha de aceptación: 10-07-2018

Is there an enterprise agreement with an application priority?

Ricardo Javier Laborda Ferrer

ABSTRACT

After 6 years since the entry into force of the labor reform of 2012, which deeply modified the traditional structure of collective bargaining in Spain, is analyzed in the present work one of the fundamental aspects of the same, as is the concession, in certain matters, of application preference to the agreement of Enterprise, taking a tour of the different pronouncements that our courts have carried out on this one, and the limits that have imposed for its implementation, to the point of consider that they have made it practically impossible to negotiate an enterprise agreement that complies with each and every one of them, thereby reducing practically the nullity of its practical effectiveness.

Keywords: collective agreement; company; nullity; application priority.

Sumario

1. La regulación de la concurrencia de convenios antes de la reforma
2. La reforma del 2012 (Real Decreto-Ley 3/2012 y Ley 3/2012)
 - 2.1. Principio de correspondencia
 - 2.1.1. Empresa con varios centros de trabajo
 - 2.1.2. Negociación por las secciones sindicales
 - 2.1.3. Supuesto especial de sucesión de contratas
 - 2.1.4. Consecuencias del incumplimiento del principio de correspondencia
 - 2.1.5. Sujetos legitimados para la impugnación del convenio
 - 2.2. Prioridad aplicativa del convenio de ámbito inferior a la empresa
 - 2.3. Materias en las que el convenio de empresa tiene prioridad aplicativa
 - 2.3.1. La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa
 - 2.3.2. El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones
 - 2.3.3. La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores
3. Conclusión

Referencias bibliográficas

Cómo citar este estudio:

Laborda Ferrer, R. J. (2018). ¿Existe el convenio de empresa con prioridad aplicativa? *RTSS.CEF*, 425-426, 55-88.

1. LA REGULACIÓN DE LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS ANTES DE LA REFORMA

La regla general que ha regulado en nuestro derecho la determinación del convenio aplicable ha sido, y es, la del principio de no concurrencia, en una redacción que permanece inalterada desde la entrada en vigor del Estatuto de los Trabajadores (ET) en 1980. Así el artículo 84.1 establece que «un convenio no puede ser afectado durante su vigencia por otro convenio de distinto ámbito». La aplicación práctica de dicho principio implica que el convenio anterior en el tiempo, cualquiera que sea su ámbito de aplicación, goza de preferencia aplicativa sobre el posterior, de ámbito distinto.

La consecuencia del incumplimiento de dicho principio no es la nulidad del convenio posterior, sino su ineficacia o inaplicabilidad, así el Tribunal Supremo ha señalado: el efecto derivado de la prohibición de concurrencia no debe ser la nulidad del convenio colectivo invasor, sino la declaración de su inaplicación temporal. Ello obedece a que el artículo 84.1 del ET no prohíbe la negociación de un convenio colectivo concurrente por el hecho de que su espacio esté ya ocupado por otro anterior. Al contrario, de su literalidad se desprende claramente que su punto de partida es la existencia de dos convenios válidamente negociados que coinciden en el tiempo. Y el precepto se limita a establecer una regla de solución de conflictos que, al otorgar preferencia aplicativa al convenio anterior, está también indicando de modo implícito que la situación en que queda el invasor es la de «ineficacia aplicativa».

Dicho principio, expresión del clásico *prior in tempore potior in iure*, se veía matizado con la posibilidad que preveía el artículo 83.2 que reconoce a los acuerdos interprofesionales entre las organizaciones sindicales y organizaciones empresariales más representativas, la posibilidad, en cualquier momento, de decidir la estructura de la negociación colectiva a través de cláusulas que resolvieran los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito.

Por lo tanto, la situación en la que se encontraba un convenio de empresa antes de la reforma es que sería inaplicable en caso de ser posterior al de sector, y gozaría de preferencia aplicativa respecto del convenio de sector si fuese anterior, si bien en este supuesto podía ver limitada dicha preferencia por lo dispuesto en los acuerdos interprofesionales, que podían conceder preferencia, en determinados aspectos, a los convenios de ámbito superior. Todo ello se traducía en la práctica en que el convenio de empresa únicamente resultaba aplicable cuando las condiciones que establecía superaran a las del convenio de sector.

El Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, modificó la redacción al artículo 84.2 del ET, confiriendo al convenio de empresa prioridad aplicativa sobre una serie de materias, pero dicha prioridad no era absoluta, sino que tenía carácter dispositivo, «salvo que un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de comunidad autónoma negociado según el artículo 83.2 estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios». Así configurada, la preferencia aplicativa del convenio de empresa se encontraba doblemente limitada: por un lado, la misma podría quedar prohibida, total o parcialmente, por el acuerdo interprofesional o el convenio sectorial, estatal o autonómico a que se refiere el artículo 83.2 del ET, y, por otro lado, quedaba limitada por las materias enumeradas en el propio artículo 84.2 del ET.

2. LA REFORMA DEL 2012 (REAL DECRETO-LEY 3/2012 Y LEY 3/2012)

La nueva redacción del precepto suprime la posibilidad de que mediante acuerdos interprofesionales o acuerdos o convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal o autonómico se puedan establecer reglas que no reconozcan la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Así el actual artículo 84.2 del ET viene a establecer lo siguiente:

La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:

- a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.
- b) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- c) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
- d) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.
- e) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente ley a los convenios de empresa.
- f) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.
- g) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1.

Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado.

Dicha reforma ha tenido que superar el filtro de constitucionalidad en dos sentencias, la primera, con fecha de 16 de julio de 2014 (STC 119/2014), resolvió el recurso que interpuso el Parlamento de Navarra frente a varios preceptos de la Ley 3/2012 y la segunda, con fecha de 22 de enero de 2015 (STC 8/2015), resolvió otro recurso de inconstitucionalidad sobre varios preceptos de la misma ley, esta vez planteado por parte de una serie de diputados tanto del Grupo Parlamentario Socialista como por el compuesto por la Izquierda Plural. El tribunal ofrece en sendas sentencias argumentos que terminan por aceptar la constitucionalidad del precepto recurrido y que, representados de forma un tanto simplificada, serían más o menos los siguientes:

- El artículo 37.1 de la Constitución española (CE) se limita a reconocer el derecho a la negociación colectiva y no existe, por consiguiente, un modelo constitucional predeterminado sobre el mismo.
- El artículo 84.2 del ET no impone una determinada unidad de negociación, en concreto, a nivel de empresa, que limite la de otros ámbitos, los cuales podrán seguir negociándose y naturalmente tienen plena cabida en nuestro ordenamiento.
- Con todo, cabe precisar que el artículo 84.2 del ET no excluye por completo la intervención de los agentes en la configuración de la estructura de la negociación colectiva, puesto que, en primer lugar y de manera directa, se permite expresamente que los acuerdos interprofesionales puedan establecer reglas para la resolución de conflictos de concurrencia entre convenios distintos al ámbito empresarial. En segundo lugar, y ya de forma indirecta, la actual regulación del artículo 84.2 del ET no impide tampoco que convenios de ámbito superior al de empresa conserven facultades de estructuración sobre todas aquellas materias que no entran dentro de la prioridad aplicativa.
- En último término, cabe indicar que esta regulación no supone postergar la negociación de origen sindical a un papel secundario puesto que el artículo 37.1 de la CE se refiere *in extenso* a los «representantes de los trabajadores», sin precisar o exigir que esta sea de naturaleza sindical o no. En este sentido, el citado precepto constitucional no ha reservado a los sindicatos el derecho a la negociación colectiva, sino que «ha optado por un amplio reconocimiento de su titularidad, sin hacer distinciones entre los representantes sindicales y aquellos otros que no lo sean» (STC 8/2015). Por consiguiente (Taléns, 2016), el Tribunal Constitucional ha considerado válida la opción de priorizar los efectos de la negociación colectiva a nivel de empresa y dotar de este modo de:

(...) mayor eficacia a los pactos alcanzados no solo por las secciones sindicales, sino también por los delegados de personal y comités de empresa, con independencia de que estén o no sindicalizados, tanto más cuanto

ese plus de eficacia no imposibilita a los sindicatos la negociación colectiva de eficacia general ni impide, por tanto, el ejercicio de una de sus funciones esenciales (STC 8/2015).

La primera interrogante que planteó la reforma es si la misma resultaba aplicable a los convenios vigentes en la fecha de su entrada en vigor y que reservaban a determinados ámbitos la fijación de las condiciones salariales mínimas, tras dos sentencias de la Audiencia Nacional (de 10 de septiembre de 2012, proc. 132/2012 y 29 de mayo de 2013, proc. 130/2013) que consideraron que desde la entrada en vigor de la nueva regulación dichas disposiciones resultaban nulas, el Tribunal Supremo adoptó la solución contraria en Sentencia de 26 de marzo de 2014 (proc. 123/2013), en la cual se afirma:

(...) a partir de su entrada en vigor, el 12 de febrero de 2012, los convenios colectivos que se suscriban han de respetar lo dispuesto en la misma, es decir, la prioridad aplicativa del convenio de empresa para las concretas cuestiones que enumera el artículo 84.2 del ET, manteniendo plena vigencia aquellas cláusulas de los convenios que, aun no respetando la prioridad aplicativa del convenio de empresa, se suscribieron con anterioridad al 12 de febrero de 2012.

Lo que no han resuelto nuestros tribunales es la situación contraria, esto es, si un convenio de empresa negociado antes de la reforma adquirirá, como consecuencia de la misma, prioridad aplicativa en las materias antes mencionadas; podríamos considerar, al igual que hace el Tribunal Supremo, respecto de los convenios de sector, que la reforma solo se aplica a los convenios negociados con posterioridad a la misma, y por lo tanto dichos convenios de empresa no gozarán de la preferencia aplicativa, en particular si tenemos en cuenta que dicha posibilidad no pudo ser prevista por los negociadores, y la distinta posición de los convenios de empresa en la regulación anterior; no obstante, parece más adecuado considerar que las relaciones laborales nacidas antes de la reforma, a las que se aplicaba el convenio de sector, seguirán teniendo la misma regulación, al poder afirmar que los trabajadores habían consolidado el derecho a dicha aplicación, siendo la reforma únicamente aplicable a las relaciones nacidas con posterioridad a la misma.

La primera afirmación que debemos realizar sobre la prioridad aplicativa del convenio de empresa es que la misma se va a limitar a los convenios estatutarios, esto es, aquellos en los que en su negociación se han respetado las reglas del título III del ET, pero no los extraestatutarios. Así lo afirma, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2017:

De entrada, parece claro que se refiere a los convenios colectivos estatutarios y no a los extraestatutarios o a los pactos o acuerdos de empresa (...). Si la concurrencia se produce con otro instrumento negocial (convenio extraestatutario o pacto o acuerdo de empresa), no existirá tal preferencia aplicativa.

Si bien el precepto y sus consecuencias parecen claras, la jurisprudencia ha limitado su virtualidad a través de una triple vía:

- La legitimación de los sujetos negociadores, el denominado principio de correspondencia.
- La limitación de los convenios a los que se aplica dicha prioridad, excluyendo a los de ámbito inferior a la empresa.
- Una interpretación restrictiva de las materias a las que se confiere dicha prioridad.

2.1. PRINCIPIO DE CORRESPONDENCIA

Tal y como se ha expuesto, la regulación establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa, si bien la legitimación para negociar dichos convenios se atribuye por el artículo 87.1 del ET:

(...) a los comités de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité. La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

No obstante, los representantes unitarios de los trabajadores en nuestro derecho no lo son de empresa sino de centro de trabajo, y de dicha diferencia se ha creado por la jurisprudencia el denominado principio de correspondencia que conlleva que dichos representantes únicamente tienen legitimación para negociar un convenio para los centros en los que han sido elegidos. Este principio se creó por nuestros tribunales para establecer la legitimación de la representación unitaria para plantear conflictos colectivos, y se ha extendido su aplicación a la negociación de un convenio.

El principio de correspondencia supone que el convenio negociado por los representantes de los trabajadores debe limitar su ámbito de aplicación a los centros de trabajo para los cuales dichos representantes han sido elegidos, así se ha señalado:

Los representantes de personal únicamente pueden ejercitar «la representación para la que fueron elegidos» (arg. *ex* art. 60.2 ET), y si estaba circunscrita a un concreto centro de trabajo no es extensible, irradiable o ampliable al resto del colectivo de trabajadores de la empresa de distintos centros aunque carecieran de representación unitaria¹.

Por lo tanto, de la aplicación de dicho principio se extrae como consecuencia que, para que el convenio colectivo esté válidamente negociado, va a ser requisito ineludible que los suje-

¹ STS de 18 de febrero de 2016, entre otras muchas.

tos negociadores ostenten la representación de todos los centros y trabajadores afectados por el mismo, y esto en la práctica dificulta considerablemente la posibilidad de negociar un convenio de empresa con prioridad aplicativa.

Sin ánimo de ser exhaustivo podemos analizar las distintas situaciones que en la práctica se pueden presentar.

2.1.1. Empresa con varios centros de trabajo

Solo para el caso de que todos los centros dispusieran de representantes y todos ellos participaran en la negociación sería posible la formalización de un convenio de empresa que superara el examen de validez.

En caso de que unos centros tuvieran representantes y otros no la jurisprudencia ha sido tajante en afirmar:

(...) la elección de los órganos de representación unitaria de los centros de trabajo compete a los trabajadores de dichos centros y la inexistencia de los mismos no puede producir el efecto de otorgar legitimación a la representación legal de otro centro de trabajo².

El primer interrogante que podríamos hacernos es si sería posible que los trabajadores de los centros que carecen de representantes pudieran designar una comisión negociadora para el convenio, conforme al procedimiento previsto en el artículo 41.4 del ET para los casos de modificación sustancial, traslados y despidos colectivos cuando la empresa cuenta con varios centros, algunos con representación y otros no. Cabe entender que dichas reglas no se pueden aplicar a la negociación colectiva, ya que aquí nos encontramos ante la creación de una auténtica norma jurídica que pasa a formar parte del ordenamiento y que vincula a todos los sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, tanto presentes como futuros, siendo los requisitos de legitimación de derecho necesario e indisponibles; así lo han interpretado los tribunales:

El procedimiento de elección de «comisiones *ad hoc*», regulado en el art. 41.4 del ET, al que se remiten los arts. 41, 47, 51 y 82.3 del ET, no es aplicable a la negociación de los convenios colectivos estatutarios, cuyas legitimidades se regulan en los arts. 87, 88 y 89 del ET (SAN de 16 de septiembre de 2013, proc. 314/2013).

Esta exigencia supone en la práctica que, negociado un convenio de empresa por los representantes de los trabajadores, su ámbito de aplicación, geográfico y personal, debe limitarse

² SSTs de 7 de marzo de 2012 (recs. 37/2011 y 175/2014) y, entre las más recientes, de 10 de junio de 2015 (rec. 175/2014), 10 de junio de 2016 (rec. 209/2015), 14 de julio de 2016 (rec. 219/2015) y 11 de enero de 2017 (rec. 24/2016).

a los centros en los cuales dichos representantes han sido elegidos, sin que se pueda ampliar su ámbito geográfico más allá de los mismos, ni incluir a centros de trabajo que se puedan crear en el futuro. Esta limitación es lo que se ha venido en llamar la «proyección futura del principio de correspondencia» (Goerlich, 2017). Nos encontramos ante dos situaciones distintas, en los primeros casos se ha negociado un convenio de empresa con varios centros de trabajo en cuya negociación no han participado los representantes de cada uno de ellos y en consecuencia se trata de un convenio que nace viciado de nulidad; en el segundo, el convenio de empresa ha sido negociado por la representación de todos los centros y en consecuencia cumple, en dicho momento, con el principio de correspondencia, pero es con posterioridad y como consecuencia de la apertura de nuevos centros cuando se aplica a trabajadores cuyos representantes no han participado en la negociación.

En consecuencia, con dicho límite un convenio de empresa negociado con la representación de los trabajadores de un único centro de trabajo no puede establecer un ámbito de aplicación nacional, o incluir expresamente a los centros que la empresa pueda crear en el futuro, ya que en este caso se muestra una intencionalidad evidente de incluir en su ámbito de aplicación a sujetos que no han participado en la negociación y respecto de los cuales los negociadores carecen de representatividad. Así la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2017 (rec. 203/2016) señala:

La circunstancia de que no existan en ese momento otros centros de trabajo tampoco impide declarar que el convenio colectivo en que se dispone un ámbito geográfico estatal excede de las posibilidades de disposición de la comisión negociadora, por producirse una falta de correspondencia entre el ámbito de representación del banco social y el ámbito de eficacia del convenio³.

Parece claro que en estos casos el convenio nace con un ámbito de aplicación muy superior al de representatividad de los sujetos negociadores y, como señala el Tribunal Supremo, se imponen a los trabajadores de los futuros centros de trabajo unas condiciones en cuya negociación no han podido participar.

Mayores problemas nos podemos encontrar en aquellos supuestos en que el convenio colectivo se negocia con un ámbito de aplicación coincidente con el de representación de los sujetos negociadores, pero con posterioridad el devenir de la empresa implica que se aplique a nuevos centros que no han participado en su negociación. Imaginemos una empresa con un único centro cuyos representantes negocian un convenio de empresa para los centros de trabajo de la empresa en la provincia, o una empresa con dos centros de trabajo en distintas comunidades autónomas en la que se negocia por los representantes de ambos un convenio de ámbito nacional. En estos casos nos encontraríamos ante un convenio válido que con posterioridad deviene en nulo como consecuencia de la apertura de nuevos centros.

³ En el mismo sentido la STS de 10 de junio de 2015 (rec. 175/2014).

Esta consecuencia ha sido reprobada (Goerlich, 2017) por la doctrina sobre la base de varios argumentos que podemos resumir en los siguientes: en primer lugar porque el momento para determinar la legitimidad de los sujetos negociadores es el de la negociación «el momento en que ha de existir y probarse la legitimación es el del inicio de las negociaciones del convenio colectivo, iniciándose la negociación cuando se constituye la mesa negociadora» (STS de 23 de noviembre de 2009, rec. 47/2009), y evidentemente en dicho momento se reúnen todos los requisitos para su validez; en segundo lugar, y formando parte el ámbito geográfico del contenido mínimo del convenio conforme al artículo 85.1 del ET, nada impide que los representantes puedan pactar un ámbito geográfico nacional, en contra de la opinión del Tribunal Supremo que parece limitar dicha posibilidad a los convenios de empresa negociados por las secciones sindicales, y, por último, considerando que la consecuencia sería la nulidad del convenio y esta tiene efectos *ex tunc*, lo que convertiría en nulo desde el inicio un convenio, en principio, válidamente negociado, lo cual supondría una absoluta inseguridad jurídica para la empresa, y podría ser contraria a la fuerza vinculante de los convenios consagrada en el artículo 37.1 de la CE, en relación con el artículo 9.3.

Dichos argumentos, que en sus aspectos fundamentales se pueden compartir, olvidan, a mi juicio, que lo que conlleva la nulidad de dichos convenios no es un vicio sobrevenido sino originario, al tratar de incluir en su ámbito de aplicación a centros de trabajo que no han participado en su negociación; en este sentido, el ámbito de aplicación del convenio no se define solamente por un criterio geográfico, sino también funcional y particularmente personal. Nada impide que se pacte un convenio de empresa de ámbito geográfico nacional si su ámbito personal se limita a los centros existentes y cuyos representantes han participado en la negociación; al no hacerlo así, e incluir a sujetos no representados, incurren en una vulneración del principio de correspondencia desde el mismo momento de su negociación. Así, la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2018 (rec. 236/2016) establece:

Se hace evidente aquí que los delegados de personal de los centros de trabajo que conformaron la comisión negociadora no podían tener atribuida la representación de los trabajadores que no estuvieran adscritos a los mencionados centros de trabajo y que, por tanto, carecían de legitimación para negociar un convenio colectivo que pudiera extender su ámbito de aplicación fuera del límite geográfico que se correspondía con su propia representatividad. Es cierto que en el momento de la publicación del convenio no consta que existieran otros centros de trabajo y que, en consecuencia, la empresa solo podía negociar con la representación de los centros, salvo que hubiese negociado con las secciones sindicales de empresa si las hubiere; pero ello no impide declarar que el establecimiento en el convenio de un ámbito geográfico estatal excede de las posibilidades de disposición de la comisión negociadora, tal y como esta había quedado integrada.

El Alto Tribunal considera la nulidad del convenio, independientemente de que se abran o no nuevos centros de trabajo, originariamente por exceder su ámbito de aplicación del ámbito de representatividad de los sujetos negociadores, si bien concreta dicha nulidad en el ámbito geográfico del convenio. Ello se hubiera podido evitar, si, aun conservando dicho ámbito nacional,

hubiera limitado su ámbito personal a los centros cuyos representantes han participado en su negociación. Lo que sanciona, a mi juicio, el Tribunal Supremo, con la nulidad, es la intención de los negociadores, manifestada en la fijación del ámbito de aplicación, de incluir en el mismo a sujetos distintos de los que han participado en la negociación.

Además, y enlazando con el segundo límite que los tribunales han impuesto a la prioridad aplicativa del convenio de empresa, podemos encontrarnos que, con la apertura de nuevos centros, a los cuales el convenio no resulta aplicable, ya no podemos calificar al convenio como de «empresa», sino de «ámbito inferior a la empresa», y, por lo tanto, con la dificultad de otorgar al mismo la prioridad aplicativa que el artículo 84.2 del ET concede exclusivamente a los convenios de empresa o grupo de empresas.

No obstante, la aplicación de los criterios anteriores debe partir de definir qué entendemos por centro de trabajo, ya que siempre ha sido en nuestro derecho un concepto controvertido. La única definición que encontramos es la del artículo 1.5 del ET en el que se define como «la unidad productiva con organización específica, que sea dada de alta, como tal, ante la autoridad laboral», y el problema se puede plantear en aquellos casos en los que una empresa, en particular las denominadas empresas multiservicios, tiene un único centro declarado como tal, y los trabajadores prestan servicios en empresas usuarias en distintas provincias, negociando el convenio la representación unitaria del único centro declarado. El tema ha sido detenidamente analizado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 3 de julio de 2014 en la que se entiende que existe centro de trabajo cuando en un lugar de trabajo se desempeñan unas tareas concretas y determinadas, generadoras de un resultado individualizable de otros y dicha circunstancia concurre en las contrataciones de obras y servicios siempre que se dé una cierta estabilidad, para cuya apreciación aplica analógicamente los criterios del artículo 40 del ET. Utilizando dicha argumentación declara la nulidad del convenio negociado por la representación unitaria del único centro declarado, al existir otros centros de trabajo respecto de los cuales no ostenta representatividad. Es particularmente contundente la afirmación del Tribunal Supremo en sentencia que resuelve el recurso frente a esta, en la que afirma:

(...) conclusión que no podría enervarse aunque se hubiera probado que en las elecciones del centro de Murcia formaran parte del censo trabajadores de otros centros de trabajo, por cuanto de conformidad con el art. 69.2 del ET solo son electores los trabajadores del centro de trabajo (STS de 20 de mayo de 2015, rec. 6/2014).

En un sentido similar se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de enero de 2017 (rec. 24/2016), en la que rechaza la alegación de la empresa de considerar que no tenía otros centros de trabajo sino exclusivamente delegaciones en los centros de otras empresas clientes, afirmando:

No resulta necesario que en cada centro de trabajo exista una única empresa, sino que es perfectamente posible que en un centro de trabajo existan trabajadores de varias empresas que, si constituyen por sí mismos en relación con su empleadora una unidad productiva con organización específica, pueden ser considerados a los presentes efectos como un centro de trabajo de dicha empresa.

Por lo tanto, la solución parece clara cuando existiendo varios centros de trabajo en el sentido antes expuesto, el convenio se negocia por uno de ellos, cuando los trabajadores de los centros no reconocidos como tal, no han participado en su elección, bien porque no han formado parte de la unidad electoral o bien porque se han creado con posterioridad; en estos casos el convenio aparece viciado de nulidad; en cambio, pese a la contundente afirmación del Tribunal Supremo, la solución no parece tan evidente cuando todos los trabajadores han formado parte de la unidad electoral, a pesar de que algunos de ellos pertenezcan a centros que, conforme a las reglas electorales, no deberían haber participado en la elección. Así, el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de septiembre de 2016 (rec. 123/2015) establece:

Si hay constituido un comité de empresa por elecciones llevadas a cabo en todos los centros de trabajo de la empresa, y las secciones sindicales integrantes de la comisión negociadora representan la mayoría de los miembros del citado comité que, repetimos, es de toda la empresa, dicho está que, conforme la doctrina anteriormente expuesta, las secciones sindicales firmantes tienen legitimación plena para suscribir el referido convenio de empresa.

Si bien el supuesto no es exactamente el mismo, puesto que el convenio lo negocian secciones sindicales, parece entender que dicho comité representa a la totalidad de los trabajadores y, por lo tanto, está legitimado para negociar un convenio de la totalidad de la empresa. Podremos considerar, en este caso, que el comité no ha sido correctamente elegido pero no que no ostenta la representación de todos los trabajadores afectados por el convenio.

2.1.2. Negociación por las secciones sindicales

El artículo 87.1 del ET, que regula la composición de la comisión negociadora de los convenios colectivos de empresa y de ámbito inferior, dispone que:

En representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité. La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal.

Dicho precepto ha sido interpretado por la jurisprudencia señalando que:

Tratándose de convenios de empresa, la legitimación inicial alcanza, de forma alternativa o excluyente y no acumulable (SSTS 17/10/94 –rec. 3079/93–; 14/07/00 –rec. 2723/99–; 08/10/09 –rec. 161/07–, y 13/06/12 –rec. 213/11–), con la prioridad sindical que el art. 87.1 del ET recoge desde el Real Decreto-Ley 7/2011, a dos sujetos: a)

los delegados de personal o comités de empresa, y b) las secciones sindicales que «en su conjunto sumen la mayoría de los miembros del comité» (art. 87.1 ET); bastando en este último caso, respecto de la legitimación de una concreta sección sindical, que tenga representación en el comité de empresa o entre los delegados de personal, o bien que la misma sea de un sindicato de los «más representativos» (art. 8.2 LOLS) (STS de 27 de octubre de 2014, rec. 267/2013).

En este caso, parece que la jurisprudencia admite que se negocie un convenio de empresa que afecte a la totalidad de los centros de trabajo por las secciones sindicales, independientemente de que los mismos tengan o no representación. Parece entender el Alto Tribunal que la negociación tendría lugar, no con la representación unitaria, sino con la organización sindical, en modo similar a lo que acontece con los convenios de sector, a lo que debemos añadir que el Tribunal Supremo ha admitido la legitimación del sindicato para negociar convenios de empresa:

La negociación directa por el sindicato o indirecta a través de sus secciones es un problema de régimen interno o de oportunidad, pues no sería lógico obligar a que el derecho a la negociación colectiva tenga que ejercitarse de forma compleja a través de numerosas secciones sindicales en lugar de instrumentarlo a través del sindicato (STS de 16 de septiembre de 2004, rec. 129/2003).

Así, ya la Sentencia de la Audiencia Nacional de 22 de abril de 2014 (autos 417/2013) admite que las secciones sindicales, que acrediten la mayoría de los representantes unitarios, tienen legitimación absoluta para negociar un convenio colectivo de empresa, sea cual fuere su implantación en los centros de trabajo de la empresa. Por el contrario, si se pretende negociar un convenio con los representantes unitarios, deberá acreditarse que dichos representantes representan a todos sus centros de trabajo, sin que sea posible que los representantes, elegidos en uno o varios centros de trabajo, representen a los centros de trabajo que no les han elegido, por cuanto la representatividad unitaria no se irradia desde un centro de trabajo a otro u otros centros de trabajo⁴.

Esta posibilidad es apuntada por primera vez por el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de enero de 2017 (rec. 24/2016), en la que se declara la nulidad de un convenio de empresa de ámbito nacional negociado por los comités de empresa de varios centros de trabajo, pero que se aplica a otros centros respecto de los que no existe representación señalando que:

Es cierto que en el momento de la publicación del convenio no consta que existiera en los otros centros de trabajo representación legal de los trabajadores y que, en consecuencia, la empresa solo podía negociar con la representación de los centros que sí los tenían, salvo que hubiese negociado con las secciones sindicales de empresa si las hubiere.

⁴ Confirmada por STS de 27 de septiembre de 2016 (rec. 123/2015).

En todo caso para que la negociación de un convenio de empresa por las secciones resulte válida debe cumplir una serie de requisitos, entre los cuales podemos destacar:

- No cabe duda de que la regulación actual de la legitimación para negociar un convenio de empresa da prioridad a las secciones sindicales respecto de la representación unitaria, siempre que estas así lo acuerden.
- Las únicas secciones sindicales que tienen legitimación para negociar convenios de empresa son las del artículo 8.2 de la Ley orgánica de libertad sindical (LOLS), esto es, que tengan representación en el comité de empresa o entre los delegados de personal, o bien que la misma sea de un sindicato de los «más representativos».
- Considerando la actual doctrina del Tribunal Supremo que, cambiando el criterio anterior, señala que:

(...) en definitiva, corrigiendo nuestra doctrina anterior, declaramos que la opción que se ofrece en el artículo 10.1 de la LOLS entre nombrar los delegados sindicales a nivel de empresa o de centro de trabajo pertenece al sindicato en cuestión como titular del derecho de libertad sindical (STS de 18 de junio de 2014, rec. 91/2013), nos podemos plantear cuál es el ámbito de actuación de la sección sindical necesario para negociar un convenio de empresa⁵.

No parece que en el presente caso se requiera para la validez del convenio en la totalidad de la empresa que las secciones sindicales se hayan constituido a nivel de empresa, y no de centro de trabajo, sino que basta con que cumplan con los requisitos que se les exige para poder negociar un convenio de empresa, esto es, que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o delegados de personal de la totalidad de la misma. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018 (rec. 274/2016), resuelve la designación de los delegados sindicales en caso de que esta tenga representantes en un único centro, admitiendo el derecho de la sección a constituirse en el ámbito de la empresa y a obtener información de la totalidad de la misma; en dicha sentencia se señala expresamente:

El problema ahora suscitado no es el de la negociación de un convenio colectivo, donde el principio de correspondencia exige que quienes negocien por el lado de los trabajadores representen a los de todos los centros, por así exigirlo los artículos 87 y 88 del ET (por todas, STS 567/2017 de 28 junio –rec. 203/2016–).

Esta afirmación incidental no deja de plantear dudas, ya que parece inclinarse por la exigencia de que las secciones sindicales que negocian el convenio representen

⁵ SSTS de 30 de enero y 23 de septiembre de 2015.

- a todos los centros afectados, no bastando con que reúnan las mayorías antes expuestas; quizás la cuestión deba reconducirse a determinar si una sección sindical con presencia en un único centro, por más que sume la mayoría de los representantes de los trabajadores a nivel de empresa, tiene legitimación para negociar un convenio que afecte a la totalidad de la misma, en cierto sentido resultaría absurdo que ese comité no pudiera negociar un convenio de empresa que afecte a otros centros por carecer de representación en los mismos, y sí pudiera hacerlo una sección sindical con idéntica implantación. La solución debe buscarse en determinar si la capacidad negociadora de la sección sindical es una proyección de la que tienen la representación unitaria, y por lo tanto con los mismos límites que esta, o en cambio tiene su origen en la capacidad negociadora que a los sindicatos atribuye tanto el artículo 37.1 de la CE como el artículo 2.2 d) de la LOLS, siendo esta última opción la que más parece ajustarse a la naturaleza jurídica de la sección sindical, que no son sino instrumentos de funcionamiento interno del sindicato que representan al mismo en el seno de la empresa (en este sentido, STS de 24 de julio de 2008⁶). En realidad, se considera que la negociación del convenio por las secciones sindicales como órgano propio del sindicato garantiza el equilibrio de las partes y el respeto de los derechos de los trabajadores con mucha mayor seguridad que un delegado de personal o un comité de empresa, además de que el sindicato, como tal, ostenta una capacidad negociadora que va más allá de su efectiva implantación en la empresa, reconocida tanto constitucional como legislativamente, y que parte de su reconocimiento como instrumento de representación y defensa de los intereses de los trabajadores.
- Lo que sí se exige por los tribunales es que conste fehacientemente que la negociación se realiza por dichas secciones sindicales, en nombre y con autorización del sindicato al que representan, así como un acuerdo específico de las mismas de que van a ser ellas las que intervendrán en la negociación; por lo que no basta con una simple alegación de que los negociadores lo hacían en su condición de delegados sindicales sino que como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2016 (rec. 20/2016): «La representación sindical para negociar el convenio ha de ser consecuencia de la previa designación pertinente, suficiente y fehacientemente acreditada, no bastando una hipotética concurrencia a la negociación como simples mandatarios verbales», añadiendo que dichos representantes sindicales «han de pasar por la previa designación del ente sindical presuntamente representado mediante el otorgamiento de poder al efecto debidamente acreditado, constituyendo esto último, en esta clase de negocios, un requisito constitutivo de la representación otorgada»⁷.

⁶ SAN de 27 de enero de 2016.

⁷ La STS de 16 de enero de 2018 exige que quede debidamente acreditado que el convenio se suscribe por las secciones sindicales.

2.1.3. Supuesto especial de sucesión de contratas

Nuestro Tribunal Supremo siempre se ha mostrado reacio a admitir la existencia de sucesión de empresas en los supuestos en los que no tenga lugar el traspaso de elementos patrimoniales, no obstante, y como consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, admitió la existencia de la misma en los supuestos de sucesión de plantillas cuando el elemento de producción fundamental sea la mano de obra.

Dicha jurisprudencia ha sido matizada en los supuestos de sucesión de plantillas por exigencia del convenio colectivo, en los que ha negado la existencia de una sucesión del artículo 44 del ET sobre la base de que:

(...) en estos casos la sucesión de la plantilla es el resultado del cumplimiento de las disposiciones establecidas en el convenio aplicable. Dicho de otra manera: la nueva contratista podría haber empleado a su propio personal en la contrata y, sin embargo, se ve obligada por la norma convencional a hacerse cargo de los trabajadores que la empresa saliente tenía afectos a la contrata⁸.

Por lo que los trabajadores objeto de la misma no gozarán de las garantías que dicho artículo ofrece, entre ellas, la de mantener la aplicación del convenio anterior a la sucesión. Teniendo en cuenta los sectores en los que se establece la obligación de subrogar a la plantilla (seguridad, limpieza, colectividades), resulta particularmente importante determinar si, para el caso de que la empresa entrante disponga de convenio propio, podrá aplicar el mismo a los trabajadores subrogados o deberá respetar las condiciones anteriores. Debe tenerse en cuenta que en dichos sectores el salario convenio constituye una garantía para los trabajadores de que sus percepciones no van a verse minoradas cualquiera que sea la empresa que asuma el servicio, y para las propias empresas, que no pueden competir sobre la base de una reducción de los costes de mano de obra, ya que estos son prácticamente idénticos en todas ellas.

La polémica se ha plasmado en la práctica por la asunción por parte de una empresa de seguridad con convenio propio de los servicios de vigilancia de diversos organismos públicos, y en particular, del Ministerio de Defensa, y la aplicación a los trabajadores subrogados de las condiciones salariales previstas en el convenio de empresa muy inferiores a las de sector. La controversia fue resuelta por el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de mayo de 2017 (rec. 234/2016), en la que partiendo de que no existe una sucesión del artículo 44 del ET, llega en cambio a la conclusión de que se debe aplicar el apartado 5 del citado precepto y por consiguiente mantener las condiciones previstas en el convenio anterior a la subrogación, y ello sobre la base fundamentalmente de dos argumentos:

⁸ SSTs de 3 de mayo de 2016 –rec. 3165/2014– (referida a vigilancia) y 1 de junio de 2016 –rec. 2468/2014– (respecto a limpieza).

- Si por «subrogación» ha de entenderse el «acto por el que una persona sustituye a otra en los derechos y obligaciones propios de determinada relación jurídica» (Diccionario del Español Jurídico –RAE/CGPJ–); si la nueva empresa adjudicataria ha de respetar los derechos laborales «reconocidos» a los trabajadores que asume; qué duda cabe que ambos mandatos –subrogación y respeto de derechos– son plenamente coincidentes en su significado, y que tales derechos y obligaciones no pueden ser sino los que regían la concreta relación laboral que se transmite y que por aplicación del artículo 3 del ET han de ser –aparte de otros singulares y *ad personam*– las condiciones laborales que se disfrutaban por aplicación del correspondiente convenio colectivo.
- La subrogación implica una sucesión de plantillas «cuya realidad material una vez producida ha de imponer –por elemental lógica jurídica– las naturales consecuencias atribuibles a tal realidad ontológica, siquiera tan solo ello tiene lugar en defecto de normas convencionales, que de existir resultarían de prioritaria aplicación», considerando que, en defecto de regulación específica en el convenio, han de aplicarse las reglas del artículo 44 y en concreto en su apartado 5, y considerando, además, que dicha previsión específica debe aplicarse de manera preferente sobre la más genérica de prioridad aplicativa del convenio de empresa del artículo 84.2.

Si bien se puede estar conforme con el resultado, la argumentación resulta bastante confusa, no se entiende cómo el tribunal parte de que la sucesión de contratos con asunción de plantilla obligatoria vía convencional no constituye una sucesión del artículo 44, para posteriormente aplicarle dicha norma, si considera que se trata de una subrogación puramente convencional las únicas obligaciones que asumen las partes son las previstas en la norma paccionada. No obstante, es cierto que en las sentencias en las que niega la aplicación del artículo 44 lo hace para excluir la responsabilidad de la empresa entrante respecto de las deudas salariales de la anterior, cuestión que está expresamente resuelta en el convenio y por lo que no resulta necesaria su integración con el precepto estatutario, a diferencia de lo que ocurre con la determinación del convenio aplicable, a la que la norma colectiva no hace referencia alguna, por lo que ambas resoluciones no serían contradictorias. En cualquier caso, quizás hubiese sido más sencillo acudir a la denominada «contractualización de las condiciones de convenio»⁹; así en palabras del Tribunal Supremo:

Las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente.

Admitiendo, en cualquier caso, su variación por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo. En definitiva, y estableciendo el convenio el mantenimiento de los dere-

⁹ SSTs de 22 de septiembre de 2014 y 23 de septiembre de 2015.

chos laborales reconocidos con anterioridad, y formando parte las condiciones del convenio de los derechos individuales del trabajador, su modificación no puede realizarse sino acudiendo al procedimiento del artículo 41 del ET, siendo esta la vía seguida, en la práctica, por los trabajadores afectados para impugnar la decisión empresarial.

2.1.4. Consecuencias del incumplimiento del principio de correspondencia

La consecuencia de que en la negociación del convenio no se haya respetado el principio de correspondencia va a ser la nulidad total e insubsanable de convenio colectivo, o al menos esta ha sido la postura tradicional del Tribunal Supremo. Así podemos destacar la Sentencia de 18 de abril de 2017 (rec. 154/2016) en la que se declara:

Tan esenciales vicios en la configuración de la comisión negociadora resultan de todo insubsanables, ni siquiera reduciendo su ámbito a los centros de trabajo correspondientes a la representación unitaria que formó parte de la misma, «al no ser tal la voluntad de las partes ni la finalidad con la que se constituyó» (SSTS de 07/03/2012, rec. 37/2011, y 9/06/2015, rec. 194/2014).

Se ofrecen, además, en dicha sentencia dos argumentos adicionales para negar la subsanación de la nulidad: el primero de ellos que pactado un determinado ámbito no se puede modificar el mismo a solicitud de una sola de las partes, en este caso la empresa, sin perjuicio de los acuerdos que puedan alcanzar las partes en un nuevo proceso de negociación, y el segundo es que negociado un convenio de empresa su reducción a un ámbito inferior supondría la inaplicación de la prioridad aplicativa que concede a los convenios de empresa el artículo 84.2.

No obstante, el criterio parece modificarse en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2017 (rec. 146/2016), si bien el análisis de la misma nos lleva a concluir que se trata de un supuesto concreto que no supone una modificación de la doctrina expuesta; así, el caso analizado es el de un convenio negociado por los representantes unitarios del centro de Madrid y que incluye en su ámbito de aplicación a todos los trabajadores contratados o adscritos por Adaptalia Especialidades de Externalización en su centro de trabajo de Madrid, incluidos aquellos que, aun habiendo sido contratados o estando adscritos al citado centro de trabajo, deban prestar sus servicios, total o parcialmente, temporal o permanentemente, fuera del centro de trabajo de Madrid, de la Comunidad de Madrid o del territorio nacional; no obstante, con posterioridad se acordó por los sujetos negociadores su limitación al centro de trabajo de Madrid, estando pendiente dicha modificación de publicación en el momento del recurso, y habiéndose aplicado a los demás centros como consecuencia de los acuerdos de adhesión alcanzados entre las comisiones negociadoras. El tribunal, aplicando el principio de *favor negotii*, que se orienta a garantizar la validez del negocio jurídico y a limitar la ineficacia a los concretos preceptos nulos, únicamente declara la nulidad del inciso: «incluidos aquellos que, aun habiendo sido contratados o estén adscritos al citado centro de trabajo, deban prestar servicios, total o parcialmente, temporal o permanente-

mente, fuera del centro de trabajo de Madrid, de la Comunidad de Madrid o del territorio nacional». En este supuesto concurre una circunstancia que permite al tribunal limitar la declaración de nulidad a este concreto inciso, y es que existe un acuerdo de las partes para limitar el ámbito de aplicación del convenio; de no existir el mismo, debería ser el tribunal quien fijara dicha limitación, sustituyendo a la voluntad de las partes, siendo que en el proceso de impugnación de un convenio colectivo la declaración judicial debe limitarse a declarar la validez, o nulidad del mismo o de sus cláusulas, pero en ningún caso puede sustituir el contenido de las mismas por otras que, aunque válidas, no hayan sido acordadas por las partes. En el proceso de impugnación de un convenio colectivo la sentencia se limita a declarar la nulidad o no del convenio o preceptos impugnados, pero en ningún caso puede proceder a sustituir los mismos por otros ajustados a derecho, labor que corresponde únicamente a los sujetos negociadores.

En relación con la naturaleza jurídica de las sentencias que declaran la nulidad de un convenio colectivo, y teniendo en cuenta que podemos distinguir tres tipos de sentencias (las declarativas, las constitutivas y las de condena), las sentencias declarativas declaran la existencia (declarativas positivas) o la inexistencia (declarativas negativas) de una determinada relación o situación jurídicas; las sentencias constitutivas constituyen un cambio jurídico, creando, modificando o extinguiendo una determinada relación o situación jurídicas, y las sentencias de condena condenan al demandado a dar, hacer o no hacer determinada prestación o actividad, otorgando al demandante el derecho a beneficiarse de ello, así como a la ejecución efectiva del beneficio (título ejecutivo). Las sentencias declarativas y constitutivas no entrañan por sí mismas títulos ejecutivos (art. 521.1 LEC), pero, conforme a lo prevenido en el artículo 521.3 de la LEC, pueden contener, en su caso, pronunciamientos de condena, siendo entonces posible su ejecución del modo previsto en la ley, es decir, como si se tratara de sentencias de condena (Del Rey, 2011). Las sentencias que declaran la nulidad de un convenio tienen carácter declarativo, así lo estableció ya la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2010 (rec. 1734/2009):

Porque se limita a constatar algo que ya existía, esto es, la nulidad del precepto convencional en cuestión, por oponerse a una norma de superior rango jerárquico [de tal suerte que] la pretensión que postula la anulación de una norma paccionada es una de las denominadas por la doctrina procesalista «declarativas negativas» y sus efectos son los que se contemplan en el artículo 6.3 del Código Civil y aplicando el aforismo *quod nullum est, nullum producit effectum*, la consecuencia inevitable es la de atribuir a la sentencia anulatoria efectos *ex tunc* en lugar de efectos *ex nunc*. Las sentencias que en el proceso de impugnación de un convenio se dicten serán declarativas negativas, lo cual no impide, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de mayo de 2016, que para llegar al resultado deba realizarse una previa interpretación: «la sentencia admite declaraciones negativas, pero no declaraciones positivas. Por descontado, para descartar la ilegalidad debe examinarse el precepto en cuestión y concluirse que (según la interpretación realizada) es válido; pero ello no tiene que trascender necesariamente al fallo, permaneciendo en el plano de la fundamentación o motivación».

Ahora bien, al tratarse de sentencia declarativa y no de condena, no constituyen título ejecutivo y no genera directamente el derecho de los trabajadores a solicitar, en ejecución de la misma, las diferencias salariales que de dicha nulidad se deriven, debiendo ser estos los que las reclamen en los correspondientes procedimientos individuales considerando que la sentencia que declara la nulidad, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 de la Ley de jurisdicción social, «una vez firme producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse en todos los ámbitos de la jurisdicción sobre los preceptos convalidados, anulados o interpretados objeto del proceso».

La cuestión que se ha de resolver es si la presentación de la demanda en solicitud de la declaración de nulidad del convenio interrumpe o no la prescripción respecto de las reclamaciones de cantidad que, en su caso, puedan realizar los trabajadores. Así lo ha entendido la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2012 (rec. 96/2011), en la cual, y aplicando los mismos criterios que para los conflictos colectivos, se considera que la acción de impugnación de un convenio tiene efectos interruptivos de la prescripción respecto de las acciones individuales. Dicha interrupción afectará a las acciones individuales, hayan sido o no presentadas antes del ejercicio de la acción de impugnación del convenio, e incluso respecto de aquellos trabajadores que en dicha fecha ya no tuvieran vigente su relación laboral, todo ello conforme a la doctrina del Tribunal Supremo en relación con la interrupción de la prescripción por el planteamiento de un conflicto colectivo¹⁰.

Una vez declarado nulo un convenio, y considerando, como se ha expuesto, que la sentencia que lo declara tiene efectos *ex tunc*, esto es, el convenio no puede, desde su inicio, desplegar efecto alguno, nos podemos plantear, como se ha hecho en la práctica, si con dicha declaración recupera su vigencia el anterior convenio de empresa no impugnado. El argumento para considerar que el convenio derogado recobra su vigencia como consecuencia de la declaración de nulidad del posterior, parte de considerar que si dicha declaración tiene efectos *ex tunc* y, en consecuencia, no puede desplegar desde su inicio ningún tipo de efectos jurídicos, tampoco habrá podido derogar el convenio anterior, que de esta forma se mantendría vigente. Esta interpretación obligaría a los sujetos legitimados a impugnar no solo el convenio vigente sino también el anterior, en el caso de que adolezca de los mismos vicios de representatividad que se imputan al segundo, y todo ello partiendo de la premisa de que se puede ejercer la acción de impugnación frente a un convenio que no está vigente, posibilidad que no resulta clara considerando que, como señala el Tribunal Supremo «la impugnación directa del convenio que se fundamenta en la ilegalidad no está sujeta a plazo (...) y puede hacerse a lo largo de toda su vigencia»¹¹ y ha descartado que se pueda impugnar por ilegalidad un convenio colectivo, que haya perdido vigencia, aunque la demanda se interpusiera durante su vigencia, por cuanto no tiene sentido expulsar del ordenamiento una norma convencional, que ya ha sido derogada¹². En un supuesto no referido al convenio de empresa, el

¹⁰ STS de 14 de noviembre de 2014.

¹¹ STS de 15 de marzo de 2004.

¹² STS de 18 de junio de 2014, que confirmó la SAN de 6 de marzo de 2013.

Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de mayo de 2013 (rec. 1312/2012) admite que con la declaración de nulidad recobran vigencia las cláusulas normativas del convenio derogado, así señala:

La declaración judicial de nulidad del (...) convenio (...) comporta que los efectos de tal declaración de nulidad sean *ex tunc* (desde el momento inicial de la aprobación del convenio colectivo declarado nulo) y que, en consecuencia, deba entenderse que desde la fecha de entrada en vigor del convenio declarado nulo (1 de enero de 2007) recobren vigencia, al no existir pacto o regla en contrario, las cláusulas normativas del convenio colectivo inicialmente derogado por el posteriormente declarado nulo, es decir, las contenidas en el Convenio colectivo para farmacias para los años 2003 a 2006 (BOE de 5 de julio de 2004) que no exigía el trámite previo de expediente disciplinario para la imposición de sanciones; y debiendo prevalecer las normas estatutarias laborales que tiene por finalidad evitar vacíos normativos en la regulación pactada mediante la negociación colectiva frente a las reglas civiles contenidas en el artículo 2.2 del Código Civil sobre la derogación normativa («Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que esta hubiere derogado»), como se ha indicado con referencia incluso al artículo 6.3 del Código Civil.

Dicha solución conduce a la una situación absurda, imaginemos un convenio de empresa que sustituye uno anterior, negociados ambos por idénticos sujetos, se impugna el último pero no el anterior al carecer de acción para ello al encontrarse derogado, y como consecuencia de la declaración de nulidad del segundo recobra vigencia el primero, y se debería iniciar un nuevo proceso de impugnación respecto de ese primer convenio, en el momento en que se entiende que ha recobrado la vigencia. Así ha ocurrido en fechas recientes en una impugnación de un convenio de empresa por la autoridad laboral, al considerar que el ámbito de aplicación no se ajusta al principio de correspondencia, y de determinados preceptos del convenio anterior, también de empresa; el Juzgado de lo Social, declara la nulidad del nuevo convenio, pero no se pronuncia sobre el anterior al entender que no existe acción para impugnar un convenio derogado (SJS núm. 6 de Zaragoza de 28 de marzo de 2018).

La solución a este problema, sería, por un lado, que se permita acumular a la acción de nulidad del convenio vigente, la declaración de nulidad del anterior, si se estima que este adolece de idéntico vicio de nulidad, siempre partiendo de la premisa de que en el proceso de impugnación de un convenio no se puede obtener una declaración positiva, esto es, que declare qué convenio es aplicable como consecuencia de la declaración de nulidad, ya que el procedimiento adecuado para ello sería el de conflicto colectivo. En todo caso, sería más sencillo considerar que la declaración de nulidad de un convenio no implica la vigencia del anterior, sino, en aplicación de las reglas civiles, entender que la derogación de una norma no supone que recobre la vigencia la que esta haya derogado.

Un segundo medio para evitar la eficacia de la declaración de nulidad de un convenio ha sido negociar uno nuevo en el que se establezca como inicio de vigencia la misma que la del convenio anulado. Esta posibilidad sí que ha sido descartada radicalmente por la jurisprudencia;

así se ha considerado que, en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional en materia de retroactividad, la aplicación del nuevo convenio a los salarios devengados desde la fecha de entrada en vigor del derogado, sería un supuesto de «retroactividad máxima o auténtica» que vulneraría lo mandado por el artículo 9.3 de la CE, en relación con los artículos 4.2 f) y 29.3 del ET, al tratarse de situaciones jurídicas ya consolidadas y que forman parte del patrimonio del trabajador¹³. Con absoluta rotundidad se ha afirmado en relación con la posibilidad de que el convenio de empresa pueda limitar los salarios ya devengados antes de su firma que (STS de 18 de febrero de 2015, rec. 18/2014):

El establecimiento de nuevas condiciones salariales, incluso inferiores al convenio sectorial, producirían eficacia a partir de su firma, sin que pueda darse una aplicación retroactiva, porque ello supondría una normalización del incumplimiento (...), las tablas salariales de 2012 debieron abonarse en su momento por la empresa demandada, que pudo, si concurrían causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, descolgarse del Convenio colectivo en 2012, pero al no hacerlo así, lucrándose del trabajo de los trabajadores en este periodo, sin abonarles el precio convenido, constituyó ello un fraude de ley y de abuso de derecho, por cuanto la prioridad aplicativa del convenio de empresa (art. 84.2 ET) tiene por finalidad dinamizar las relaciones laborales y fomentar la competitividad y la adaptabilidad de las empresas.

2.1.5. Sujetos legitimados para la impugnación del convenio

La impugnación de un convenio colectivo por considerar que el mismo es nulo por no cumplir el principio de correspondencia se debe realizar por los cauces de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos del capítulo IX del título II (arts. 161 a 163) de la Ley reguladora de la jurisdicción social (LRJS), modalidad procesal que exige estrictos criterios de legitimación para poder acceder a la misma.

En un primer lugar estará legitimada la autoridad laboral, mediante impugnación de oficio dirigida al órgano judicial correspondiente cuando considere que un convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente los intereses de terceros. Dicho procedimiento tiene una premisa: que el convenio colectivo no se encuentre registrado en la oficina pública correspondiente, esto es, se trata de un control previo de legalidad, que en caso de ser estimado implicaría que el convenio no llegase a formar parte del ordenamiento jurídico. A este respecto señalar que son cada vez más comunes los supuestos en que la autoridad laboral impugna un convenio por considerar que no cumple con las exigencias del principio de correspondencia, o que conmina a las partes a modificar su ámbito de aplicación para ajustarse al mismo, eliminando, por ejemplo, referencias a la aplicación de la norma pactada a futuros centros de trabajo.

¹³ SAN de 22 de abril de 2014, confirmada por la STS de 27 de septiembre de 2016.

Una vez registrado, el artículo 163.3 de la LRJS dispone que la impugnación podrá instarse directamente por los legitimados para ello por los trámites del proceso de conflicto colectivo, mientras subsista la vigencia de la correspondiente norma convencional, y el artículo 165.1 de la LRJS distingue dos supuestos de legitimación activa:

a) Si la impugnación se fundamenta en la ilegalidad, la legitimación activa corresponde a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, así como al Ministerio Fiscal, a la Administración General del Estado y a la Administración de las comunidades autónomas su respectivo ámbito.

b) Si el motivo de la impugnación fuera la lesividad, la legitimación activa corresponde a los terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado. No se tendrá por terceros a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio.

En una primera aproximación queda claro que los trabajadores individualmente no están legitimados para la impugnación de un convenio colectivo, sin perjuicio de que puedan impugnar los actos de aplicación si consideran que el mismo es ilegal, posibilidad que se admite incluso aunque el convenio esté derogado. En segundo lugar, la impugnación de un convenio colectivo por no respetar el principio de correspondencia es una causa de ilegalidad, y los terceros no pueden impugnar un convenio por ilegalidad, sino exclusivamente por lesividad, esto es, una empresa no puede impugnar el convenio de otra por considerar que no cumple el principio de correspondencia, por más que estime que dicho convenio le perjudica considerablemente al permitirle competir en unas condiciones más ventajosas (STS de 5 de noviembre de 2008).

Está legitimada, asimismo, la autoridad laboral cuyo ámbito se corresponda con el del convenio; quien no está legitimada es la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que si considera que un convenio es nulo deberá dirigirse a la autoridad laboral correspondiente para que esta ejerza la correspondiente acción, con una precisión adicional, la consideración de un convenio como nulo exige, ineludiblemente, su declaración judicial, por lo que dicho organismo no podrá realizar actuación alguna, ni sancionadora ni liquidadora, hasta que se haya pronunciado al respecto el órgano judicial.

En relación con los sujetos colectivos, en primer lugar, estarán legitimados los sindicatos y asociaciones empresariales interesadas, en consecuencia el criterio para atribuir legitimación a dichas entidades es el de «interés», entendiendo que dicha circunstancia concurre en:

Aquella asociación que está implantada en el sector y cuyos representados se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del convenio cuestionado (SSTS de 3 de abril de 2006 y 20 de marzo de 2007) así como la de que la validez del conve-

nio puede cuestionarse durante toda su vigencia, incluso por asociaciones constituidas después de entrar en vigor el mismo¹⁴.

En concreto se atribuye a los sindicatos legitimación para accionar «en cualquier proceso en que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores» (STC 164/2003), «exigiendo, únicamente, una implantación suficiente en el ámbito del conflicto (vínculo acreditado de conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada) y dicha implantación suficiente también existe cuando posea nivel de afiliación adecuado en el ámbito de afectación del conflicto (STS de 12 de mayo de 2009). En consecuencia, con dicha doctrina se ha negado la legitimación a un sindicato, solo cuando no acredita dicha implantación (SAN 899/2014), así como al sindicato que ha firmado el convenio (STS de 9 de mayo de 1994), si bien dicha limitación debe precisarse, en un triple aspecto; en primer lugar, la negociación de un convenio por los representantes unitarios, aunque sean del sindicato accionante, no impide a este su impugnación; en segundo lugar, tampoco negociado el convenio por una determinada federación de un sindicato, nada impide a otra federación de este mismo sindicato impugnar el convenio, al tener personalidades jurídicas diferentes, y en último lugar el sindicato firmante carece de legitimación para solicitar la nulidad total del convenio, pero no de aspectos concretos del mismo que pueda considerar no ajustados a derecho (STS de 26 de mayo de 2002).

En relación con la representación unitaria de los trabajadores:

(...) la remisión legal al procedimiento de conflicto colectivo no implica que se apliquen sus normas en materia de legitimación activa. En tal línea, por ejemplo, se dice que no cabe confundir el principio de correspondencia que rige el proceso de conflicto colectivo con el principio del interés, que es el propio de la modalidad de impugnación de convenios (Sempere, 2018).

En este sentido, para plantear un conflicto colectivo, los representantes tienen que tener el mismo ámbito de representación que el del conflicto, para impugnar un convenio se aplica el criterio del interés, por lo tanto, el ámbito de representación no tiene que coincidir con el del convenio. Así se ha admitido la impugnación de un convenio por el comité de empresa de un centro de trabajo (SSTS de 23 de marzo de 1994 y 16 de diciembre de 1996), así como la impugnación de un convenio colectivo por el único delegado de personal de un centro de trabajo (STS de 18 de febrero de 2018). Si bien el Tribunal Supremo exige que la impugnación se realice por el órgano de representación, negando la acción a los miembros del comité individualmente considerados (STS de 9 de junio de 2015).

¹⁴ STS de 11 de noviembre de 2009.

2.2. PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO DE ÁMBITO INFERIOR A LA EMPRESA

Ante las dificultades de negociar un convenio de empresa que cumpliera con las exigencias del principio de correspondencia, se optó por la negociación en ámbitos inferiores (provincial o de comunidad autónoma), en los que se podía dar cumplimiento a las exigencias jurisprudenciales, atribuyendo a dichos convenios la misma prioridad aplicativa que el ET reconoce a los convenios de empresa o de grupo de empresas.

En un primer momento se planteó la ampliación de la prioridad aplicativa a los convenios de ámbito inferior a la empresa (Muñoz, 2015), así se ha defendido que la estructura de la negociación colectiva incluye un concepto amplio de empresa que abarca también a los convenios de ámbito inferior, que dicha interpretación es la más adecuada a la finalidad de la reforma de flexibilizar y acercar la negociación colectiva a las necesidades del centro de trabajo, y el principio de mayor favorabilidad, puesto que el convenio de centro no podría afectar al convenio de sector mientras estuviera vigente pese a que el convenio negociado en el centro o en la franja beneficie en su conjunto a los empleados. Incluso la Dirección General de Empleo en consulta de 29 de julio de 2013 se mostró partidaria de dicha interpretación, señalando:

Es cierto que en los párrafos transcritos no está mencionado de manera explícita el ámbito inferior al de empresa; pero es evidente que, si hay una unidad autónoma con capacidad para negociar inferior a la empresa, y la negociación tiene lugar y se acuerda un convenio colectivo, ese será el ámbito en el que se habrá facilitado una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de la empresa y de sus trabajadores. A diferencia de lo anterior, el artículo 84.2 del ET alude expresamente a los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas, porque en ese caso el ámbito es más amplio que una empresa. Un centro de trabajo, o una categoría de trabajadores dentro de la empresa, están, en todo caso, comprendidos en el ámbito de la empresa.

Nuestros tribunales han descartado, parece que definitivamente, la posibilidad de atribuir la preferencia aplicativa a los convenios de ámbito inferior a la empresa. Así la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2015 y, particularmente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de mayo de 2015 (proc. 259/2014), confirmada por la STS de 1 de abril de 2016 (rec. 147/2015). Se viene a afirmar que, al tratarse la prioridad aplicativa de una excepción a la regla general de no concurrencia, debe interpretarse restrictivamente, añadiendo el Tribunal Supremo que:

(...) cuando el apartado 2 indica las materias sobre las que rige tal prioridad lo hace en referencia exclusiva a los convenios de empresa, sin mención alguna a ningún otro ámbito inferior ni precisión si sobre estos últimos tendrían repercusión las mismas materias. Ponemos de relieve que en algunas de esas materias se aprecia cla-

ramente que es la empresa –y no la unidad inferior– el término de referencia, como ocurre con el salario (apartado a) art. 84.2 ET) o el sistema de clasificación profesional (apartado d) art. 84.2 ET).

En la argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resulta especialmente clara, se indica que empresa y centro de trabajo son conceptos distintos, que dicha solución garantiza condiciones iguales a todos los trabajadores de la empresa, y que no ha sido la intención del legislador conceder la prioridad aplicativa a la unidad de negociación más próxima sino a la empresa, ligando dicha afirmación con la vinculación entre el ámbito mercantil y el laboral:

(...) siendo la empresa y no el centro la que tiene que lograr con sus trabajadores el equilibrio de intereses hacia un nivel más bajo o distinto que la permita competir en mejores condiciones, pero siempre de forma leal e igualitaria en términos de competencia mercantil con las otras empresas del sector en el mercado, y porque si se permitiera la fragmentación a unidades inferiores privilegiadas estaríamos permitiendo la competencia mercantil sobre las condiciones laborales a un nivel local lo que conllevaría el riesgo de degradar por completo los estándares laborales e, incluso, a la destrucción de otras empresas –competencia desleal– y al *dumping* social.

Resulta difícil definir con mayor precisión lo que ha sido en la práctica la concesión de la prioridad aplicativa al convenio de empresa una forma de *dumping* social, y de competencia desleal entre empresas de un mismo sector.

Con posterioridad a dichas sentencias son numerosas las que hacen referencia a la falta de prioridad aplicativa del convenio de ámbito inferior a la empresa, por lo que se trata de una jurisprudencia consolidada y que solo en el supuesto de modificación legislativa resultaría alterada. Han sido muchas y variadas las alegaciones de las empresas para defender la prioridad aplicativa del convenio inferior a la empresa, alguna de ellas ciertamente creativa, como afirmar que no se trata de un convenio inferior a la empresa sino de un convenio de empresa con eficacia geográfica limitada (el convenio negociado exclusivamente con la representación de los trabajadores de un concreto ámbito geográfico inferior a la empresa carece de la calificación de convenio de empresa¹⁵), sería como si un convenio provincial fuera, en realidad, un convenio de ámbito nacional con eficacia geográfica provincial. Y otras que cuentan con una cierta fundamentación, así si consideramos que en los supuestos enjuiciados el convenio de ámbito inferior concurre con un convenio sectorial estatal, en los casos en que dicha concurrencia se produjera con un convenio provincial, lo adecuado sería que la negociación en la empresa tuviera lugar en el mismo ámbito que el convenio de sector con el que concurre y, por lo tanto, en una empresa con centros de trabajo en distintas provincias, aplicando en cada una de ellas el correspondiente convenio provincial, podría negociarse un convenio de empresa para cada provincia, respetando de este modo la

¹⁵ STS de 22 de septiembre de 2016.

estructura de la negociación colectiva en el sector; no obstante, no se puede olvidar que la atribución de preferencia aplicativa se realiza exclusivamente al convenio de empresa, y no al de ámbito inferior, y que dicha prioridad, en caso de reconocerse, será aplicable cualquiera que sea el ámbito de aplicación del convenio de ámbito superior.

Se plantea la posibilidad de que, negociado un convenio de centro, si al mismo se podrían adherir los restantes centros de la empresa hasta alcanzar la totalidad de la misma. Esta posibilidad plantea varias dificultades. En primer lugar, únicamente están legitimados para adherirse los sujetos legitimados para negociar un convenio, esto es, los representantes legales o sindicales de los trabajadores y no los propios trabajadores o comisiones *ad hoc*, y, en segundo lugar que, aunque por dicha vía alcanzase a la totalidad de la empresa, no se alteraría la naturaleza jurídica del convenio inicial, que seguiría siendo de ámbito inferior a la empresa y en consecuencia, carente de prioridad aplicativa.

Si ponemos en relación las exigencias del principio de correspondencia con la ausencia de la prioridad aplicativa del convenio de ámbito inferior a la empresa, nos encontraremos con la dificultad de negociar un convenio que goce de los privilegios que otorga el artículo 84.2 del ET, en caso de que la empresa cuente con varios centros de trabajo será necesario que todos ellos tengan representación y que todas ellas participen en su negociación para poder acordar un convenio de empresa que no incurra en causa de nulidad, y si en alguno de ellos no existe dicha representación, únicamente se podrá negociar un convenio de ámbito inferior al empresarial, que carecerá de la prioridad aplicativa pretendida.

La consecuencia de que el convenio tenga un ámbito inferior a la empresa no va ser la nulidad sino la «inaplicabilidad», esto es, se trata de un convenio perfectamente válido pero que resulta inaplicable por infringir las reglas de no concurrencia del artículo 84.1 del ET, la determinación del convenio aplicable entre los concurrentes debe realizarse de acuerdo con las reglas tradicionales de nuestro derecho concediendo preferencia al convenio anterior sobre el posterior, por lo tanto, el convenio de sector gozará de preferencia sobre el de ámbito inferior por ser, el primero, anterior en el tiempo. Si bien esta es la regla general, también debe indicarse que la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 2018, rec. 274/2016 (que confirma la STSJ de Andalucía/Granada de 6 de octubre de 2016, autos 169/2016) declara la nulidad de un convenio de empresa y no su ineficacia aplicativa, por establecer condiciones inferiores a las previstas en el convenio de sector, pero en este caso dicho pronunciamiento se debe, a mi juicio, a que declarada la nulidad por el Tribunal Superior de Justicia, en ningún momento se solicita por la empresa que la consecuencia jurídica de infringir las reglas de concurrencia es la inaplicabilidad y no la nulidad.

Una vez establecida la ausencia de prioridad aplicativa del convenio de ámbito inferior, y la «ineficacia aplicativa», para la determinación de las condiciones que deben regular las relaciones laborales se debe aplicar la hasta ahora siempre denostada «técnica del espiguelo».

Así, el llamado «espiguelo», no cabe duda que es la técnica correcta para determinar la prioridad aplicativa de cada concreto punto de regulación, como opera la sen-

tencia recurrida, dándose la circunstancia de que en las materias enumeradas en el art. 84.2 del ET, la prioridad aplicativa se produce, aunque la norma no sea más favorable, puesto que no rige la norma más favorable (ni global ni particularmente), sino la determinada por la ley para cada concreta materia. Una vez así determinado para cada concreto punto de cada regulación cuál es aplicable, tal situación perdurará en tanto sigan vigentes simultáneamente ambos convenios, puesto que finalizada la vigencia de uno u otro el que reste vigente ocupará el completo ámbito aplicativo y pasará a ser el único convenio de aplicación. De ahí que no quepa declarar la nulidad pedida, sino, en su caso, la falta de aplicabilidad del convenio de empresa en los concretos puntos en litigio¹⁶.

Se puede alegar que dicha técnica afecta al denominado «equilibrio interno del convenio», esto es, se debe entender que la regulación del convenio es como un todo, fruto de cesiones recíprocas de las dos partes, y que la inaplicabilidad de determinados aspectos hace quebrar dicho equilibrio; en este sentido la jurisprudencia ha establecido que dicho equilibrio no puede servir de excusa para ignorar normas de derecho necesario, sino que sería, en su caso, causa justa para que se acuda a la denuncia anticipada para restablecer el equilibrio alterado.

Por último, y en relación con las diferentes consecuencias jurídicas de la nulidad y la «ineficacia aplicativa», cabe entender que un convenio de empresa hasta el momento en que se declare su nulidad por el órgano judicial correspondiente se presume válido y tiene el carácter de norma jurídica; sin embargo, con respecto al convenio de ámbito inferior a la empresa, se trataría de aplicar las reglas de concurrencia entre convenios, para determinar cuál de los concurrentes resulta aplicable en cada caso y, sin perjuicio de que se pueda obtener una declaración judicial que determine este aspecto, nada impide que, por ejemplo, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social interprete qué convenio resulta aplicable, en uso de la autotutela administrativa, sin perjuicio de la posterior revisión judicial; sería un supuesto asimilable a la determinación del convenio aplicable a una empresa en razón de su actividad, cuando en la misma puedan ser de aplicación, por dicho motivo, varios convenios.

2.3. MATERIAS EN LAS QUE EL CONVENIO DE EMPRESA TIENE PRIORIDAD APLICATIVA

La jurisprudencia ha realizado una interpretación restrictiva de las materias en las que el convenio de empresa tiene dicha prioridad, lo que en la práctica viene a limitar considerablemente las posibilidades de modificar *in peius* el convenio de sector por el convenio de empresa, así y analizando las principales materias podemos señalar:

¹⁶ STS de 1 de abril de 2016.

2.3.1. La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa

La primera afirmación que cabe hacer al respecto es que la prioridad aplicativa se extiende solo a los conceptos salariales excluyendo por tanto a los extrasalariales, y si bien algunos de estos no plantean problemas, como pueden ser gastos de dietas y kilometraje, otros, como es principalmente el plus de transporte, plantea serias dudas sobre su naturaleza jurídica, particularmente desde su inclusión en la base de cotización a la Seguridad Social. Si su naturaleza jurídica es extrasalarial no podrán ser objeto de modificación por el convenio de empresa; sobre la naturaleza del plus de transporte se ha pronunciado el Tribunal Supremo en Sentencia de 17 de enero de 2013 estableciendo que, en principio, el plus de transporte tiene naturaleza extrasalarial, en cuanto que se percibe por el trabajador en concepto de «indemnización o suplido» por los gastos realizados como consecuencia de su actividad laboral (STS de 16 de abril de 2010), si bien se puede acreditar que bajo su denominación se disimula una verdadera retribución en cuyo caso se estará a la realidad efectiva (SSTS de 16 de abril de 2010 y 25 de noviembre de 2011) añadiendo que su percepción en vacaciones o su inclusión en las pagas extras no son indicios suficientes «para privarle de la naturaleza jurídica claramente definida en el convenio», máxime tratándose de «un concepto que se abona en proporción a los días trabajados en cada mes» (STS de 25 de noviembre de 2011, citada). En consecuencia, con dicha doctrina, y salvo que se acredite lo contrario, el plus de transporte tendrá naturaleza extrasalarial y no podrá ser modificado por convenio colectivo de empresa.

Tampoco se incluyen las mejoras de la Seguridad Social, a diferencia de los acuerdos de inaplicación de un convenio colectivo del artículo 82.3 del ET, en los que se mencionan expresamente, por lo que en dicha materia tampoco tendrá el convenio de empresa prioridad aplicativa.

La prioridad aplicativa se predica respecto de la cuantía del salario base y complementos salariales, sin incluir la estructura salarial, y por lo tanto cabe considerar que el convenio de empresa no tiene prioridad aplicativa para modificar la estructura salarial prevista en el convenio de sector; en la propia reforma de 2012 cuando el legislador ha considerado oportuno incluir dicha estructura en otros preceptos referidos a la flexibilidad interna, lo ha hecho expresamente, así el actual artículo 41 referido a la modificación sustancial de las condiciones de trabajo incluye el «sistema de remuneración y la cuantía salarial», y el artículo 82.3 referido a la inaplicación de un convenio incluye expresamente «el sistema de remuneración y la cuantía salarial», por lo que cabe concluir que si no ha hecho referencia alguna a dicho aspecto en la regulación de la prioridad aplicativa del convenio de empresa es porque no ha querido concederle preferencia en este aspecto. Así lo ha interpretado tanto la jurisprudencia de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo:

(...) tampoco puede el convenio de empresa tener prioridad aplicativa para suprimir el pago de conceptos salariales regulados en el convenio sectorial, dado que la prioridad se refiere únicamente a la cuantía salarial, pero no a la estructura, de manera

que los conceptos del convenio de sector deben mantenerse y no pueden suprimirse, ni fijarse con cuantía cero¹⁷.

(...) el convenio de empresa no puede modificar la estructura salarial, aunque sí puede cuantificar el importe de los complementos retributivos, de manera que, constatada la desaparición del convenio de los pluses mencionados más arriba, debemos concluir que el convenio de empresa ha modificado la estructura salarial del convenio sectorial, lo que constituye nuevamente una concurrencia conflictiva con el mismo, que debe resolverse del mismo modo que en el fundamento anterior, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84.1 del ET, de modo que, de concurrir los supuestos, contemplados en el convenio sectorial, los trabajadores tendrán derecho a percibir los complementos suprimidos por el convenio de empresa¹⁸.

Por lo tanto, el convenio de empresa debe respetar la estructura salarial del convenio de sector, debiendo recoger los mismos conceptos previstos en este, si bien con diferente cuantía, tampoco se admitiría, a mi juicio, que se fijara para los conceptos una cuantía cero o cercana a la misma, así la Audiencia Nacional ha señalado:

(...) que decidieran retribuir con importe cero los pluses controvertidos, por lo que se trata de un simple recurso dialéctico que no merece mayores comentarios, debiendo subrayar, a mayor abundamiento que, si lo hubieran hecho, lo que no se ha probado, podrían haber incurrido en un manifiesto abuso de derecho, por cuanto carece del más mínimo sentido retribuir un plus, que comporta unas determinadas contraprestaciones por parte de los trabajadores, con importe cero, que vulneraría lo dispuesto en el art. 7.2 del CC.

La exigencia de respetar la estructura salarial del convenio de sector puede parecer inocua, pero en la práctica puede dificultar considerablemente la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Piénsese en una empresa con varios centros de trabajo en diversas provincias, siendo en cada una de ellas de aplicación un convenio provincial, el convenio de empresa deberá respetar la estructura salarial de todos los convenios provinciales, pues en caso contrario deberá abonar aquellos conceptos no contemplados en su norma convencional; y el problema es prácticamente irresoluble tratándose de una empresa de servicios, en la cual se aplican distintos convenios, no solamente por razón del ámbito geográfico sino también en función de la actividad, la imposibilidad de alterar la estructura salarial, obligaría a que el convenio de empresa respetase todas y cada una de las estructuras salariales de los distintos convenios aplicables en la misma.

¹⁷ SAN de 1 de diciembre de 2014.

¹⁸ SAN de 22 de diciembre de 2014.

Se debe precisar que la falta de inclusión de alguno de los conceptos previstos en el convenio de sector no generara automáticamente el derecho a su percibo íntegro, sino que entiendo que se deberán aplicar los mecanismos de compensación absorción en todos aquellos conceptos que sean homogéneos (STS de 9 de junio de 2006).

2.3.2. El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones

No se incluye, conforme a dicha redacción, dentro de las materias entre las que el convenio de empresa tiene prioridad aplicativa, la jornada anual, en este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2016: «conviene poner de relieve que la determinación de la jornada anual no se halla entre las materias del listado del artículo 84.2 del ET, por lo que, respecto de ella, no existiría en ningún caso prioridad aplicativa del convenio de empresa¹⁹.

Del mismo modo tampoco otorga el precepto estatutario prioridad aplicativa en la duración de las vacaciones, sino exclusivamente en su planificación²⁰.

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

Esta vía ha sido utilizada por los convenios de empresa para la creación de categorías profesionales distintas a las previstas en el convenio de sector y a las cuales se les asigna una retribución inferior, en la mayoría de los casos, vinculadas a la fecha de incorporación en la empresa, tales como «vigilante novel» o «carretilero primer y segundo año», obviando si pueden constituir o no una doble escala salarial, los tribunales han entendido que la prioridad aplicativa del convenio de empresa no incluye la creación de nuevas categorías, sino únicamente la adaptación de las existentes al ámbito de la empresa; así lo manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de mayo de 2015:

Hay una concurrencia clara con el convenio estatal porque «La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores», artículo 84.2 d), no puede entenderse como posibilidad de crear una nueva categoría que realice las mismas funciones por un menor salario que una categoría ya prevista en el convenio estatal con un salario mayor sino, por el contrario, de una adaptación de las funciones de las categorías que contempla el sistema de clasificación al ámbito de la empresa. Es más, excedería los límites del artículo 84.2 d).

¹⁹ En el mismo sentido la STSJ de Castilla-La Mancha/Albacete de 21 de marzo de 2018.

²⁰ SAN de 1 de diciembre de 2014, confirmada por STS de 1 de abril de 2016.

En relación con el resto de las materias reguladas en el precepto, podemos afirmar que, al corresponder a aspectos no sustanciales de la relación laboral, no han sido objeto de atención ni por los negociadores ni por los tribunales.

3. CONCLUSIÓN

A pesar de lo ambicioso de la reforma, su virtualidad práctica tras la interpretación que de sus diversos aspectos han realizado los tribunales ha quedado drásticamente reducida. Podemos afirmar, parafraseando un viejo refrán español, que «el legislador propone y los tribunales disponen», y en este caso la jurisprudencia ha reaccionado frente al uso, o mejor dicho el abuso, de los convenios de empresa declarando su nulidad o bien su inaplicación, en definitiva, impidiendo que a través de los mismos se produzca una minoración de los derechos, particularmente económicos, de los trabajadores. Nuestra historia legislativa reciente pone de manifiesto que, en materia laboral, cuando el legislador habla de flexibilizar esto se transforma, en su aplicación práctica, en reducir las condiciones laborales de los trabajadores. Si analizamos los convenios de empresa sobre los que se han pronunciado los tribunales, la mayoría corresponde a empresas multiservicios, o empresas de sectores en los que la mano de obra es el principal coste de producción, y se han utilizado como una vía para mejorar la posición competitiva en el mercado a costa de las retribuciones de los trabajadores y en contra de las empresas que han respetado los salarios del sector, lo que no deja de ser sino una forma de *dumping* social, que, hay que entender, no era la intención del legislador.

La dificultad de negociar convenios de empresa que reúnan los requisitos necesarios para gozar de la prioridad aplicativa probablemente lleve a las empresas a explorar nuevas vías de reducción de los costes salariales y en particular las posibilidades de inaplicación del convenio cuya regulación fue igualmente revisada y «flexibilizada» en la reforma de 2012, y cuyo análisis requiere un estudio independiente.

Basándose en la situación expuesta, el legislador dispone de dos posibilidades. La primera sería la de especificar con mayor precisión los supuestos de prioridad aplicativa, incluyendo, por ejemplo, los convenios de ámbito inferior a la empresa o la estructura salarial, reduciendo, de este modo, el margen de interpretación de los tribunales. La segunda, la derogación definitiva de esta prioridad aplicativa, una vez visto el uso que por las empresas se ha hecho de la misma. Obviamente el que suscribe se inclina por esta última opción, y parece que en dicha dirección se mueven las iniciativas al respecto.

Referencias bibliográficas

- Barrios Baudor, G. L. (2017). Cuestiones prácticas en torno a la inaplicación de convenios colectivos. *Aranzadi Doctrinal*, 10.
- García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. R. (2015). Límites a la aplicación prioritaria del convenio de empresa en la doctrina de la Audiencia Nacional. *Información Laboral*, 7.
- Goerlich Peset, J. M. (2017). Convenio colectivo de empresa negociado por la representación unitaria: ¿tiene límites la aplicación del principio de correspondencia? *Trabajo y Derecho*, 35.
- Muñoz Ruiz, A. B. (2015). La prioridad aplicativa del convenio colectivo de ámbito inferior a la empresa respecto al convenio de sector: dificultades y propuestas de solución. *Trabajo y Derecho*, 9.
- Rey Guanter, Salvador del (Coord.) (2011). *Anuario laboral para abogados. Los casos más relevantes en 2010 de los grandes despachos*. Madrid: La Ley.
- Sempere Navarro, A. V. (2018). ¿Quién puede impugnar el convenio colectivo de la empresa? *Aranzadi Doctrinal*, 3.
- Serena Garralda, J. (2017). Las consecuencias de la vulneración del principio de correspondencia en la negociación de un convenio colectivo de empresa. *Información Laboral*, 9.
- Taléns Visconti, E. E. (2016). Cuestiones en torno a la preferencia aplicativa del convenio de empresa en materia salarial. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 183.