

**LOURDES MELLA MÉNDEZ**

*Doctora en Derecho*

*Profesora Ayudante de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Santiago de Compostela*

**2.º Premio Estudios Financieros 2000**

**Modalidad: Derecho del Trabajo y Seguridad Social**

**Extracto:**

**E**L presente trabajo analiza la determinación del convenio colectivo aplicable a los trabajadores objeto de la sucesión de empresa. Como primer aspecto relevante se ocupa la autora de la determinación de los supuestos en que cabe apreciar o no la colisión entre los convenios de las empresas implicadas, la cual no deriva del mero hecho fáctico de la existencia en ambas de convenio aplicable. Determinados los supuestos de colisión, se prosigue con el estudio, desde un punto de vista crítico, de algunos de los posibles criterios que pueden utilizarse en orden a la solución de aquélla, aspecto éste de difícil respuesta, lo que obliga a tener en cuenta una amplia variedad de posibles respuestas. En este sentido, se aborda la aplicación de principios tradicionales en la teoría de las fuentes y en la solución de los conflictos entre convenios. Asimismo, se presta especial atención, aparte de a las soluciones que pueden pactar las empresas afectadas por la transmisión (junto con los representantes de los trabajadores de la cedente, cesionaria o de ambas), a las derivadas de los principales preceptos relacionados con la materia de que se trata: el artículo 82, núm. 3 y el 44 ET. Ciertamente, de estos últimos cabe extraer dos de los principales criterios a tener en cuenta respecto del conflicto en cuestión, como son los que optan por el convenio colectivo aplicable bien en la cesionaria, bien en la cedente.

## Sumario:

- I. General.
- II. Sobre la «colisión» de convenios.
  - 1. Una precisión terminológica.
  - 2. Posiciones contrarias.
  - 3. Supuestos.
- III. La solución de la «colisión».
  - 1. El posible pacto con los afectados.
  - 2. Inaplicación del principio de jerarquía normativa (art. 3.º, núms. 1 y 2, ET).
  - 3. La exclusión del juego de la no concurrencia entre convenios (art. 84, núm. 1, ET).
  - 4. El recurso al principio de norma más favorable (art. 3.º, núm. 3, ET).
  - 5. La aplicación del convenio colectivo de la cesionaria (art. 82, núm. 3, ET).
  - 6. Una solución extraída del artículo 44, núm. 1, ET. Remisión.
- IV. La aplicación del convenio colectivo de la cedente.
  - 1. Fundamento.
  - 2. Rasgos típicos.
  - 3. Alcance temporal.
  - 4. Consecuencias de la pérdida de vigencia del convenio colectivo de la cedente.

## ABREVIATURAS

<b>Ar.</b>	<i>Repertorio de Jurisprudencia</i> , de Aranzadi;
<b>Ar. TCT</b>	<i>Repertorio de Sentencias del Tribunal Central de Trabajo</i> , de Aranzadi;
<b>Ar. TSJ</b>	<i>Repertorio de Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia</i> , de Aranzadi;
<b>AS</b>	Aranzadi Social;
<b>AL</b>	<i>Actualidad laboral. Publicación semanal técnico-jurídica del Trabajo y de la Seguridad Social</i> , de Actualidad Editorial;
<b>BJC</b>	Boletín de Jurisprudencia Constitucional;
<b>DL</b>	<i>Documentación Laboral</i> ;
<b>Dla</b>	<i>Diritto del Lavoro</i> ;
<b>ILJ</b>	Información Laboral Jurisprudencia - <i>Lex Nova</i> -;
<b>PJ</b>	Poder Judicial;
<b>RDES</b>	<i>Revista de direito e de estudos sociais</i> ;
<b>REDT</b>	<i>Revista española de Derecho del Trabajo</i> ;
<b>RIDL</b>	<i>Rivista Italiana di Diritto del Lavoro</i> ;
<b>RL</b>	<i>Relaciones Laborales. Revista crítica de teoría y práctica</i> , de La Ley;
<b>RPS</b>	<i>Revista de Política Social</i> ;
<b>SAN</b>	Sentencia de la Audiencia Nacional;
<b>STCT</b>	Sentencia del Tribunal Central de Trabajo;
<b>STJCE</b>	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea;
<b>STS</b>	Sentencia del Tribunal Supremo;
<b>STSJ</b>	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia, de su Sala de lo Social y de la Comunidad Autónoma que en cada caso se indique.

## I. GENERAL

Puede afirmarse, sin temor a errar, que una de las figuras jurídico-laborales más complejas e importantes del actual Derecho del trabajo es la de la sucesión de empresa, tanto por los diferentes sujetos implicados o modalidades en que pueda manifestarse como por la multiplicidad y dificultad de las cuestiones suscitadas y soluciones a aportar, lo que contrasta con la relativa escasa atención que la doctrina científica le ha dedicado, especialmente en el plano de las relaciones colectivas.

Consciente el legislador de la frecuencia y complejidad de los supuestos de novación en la titularidad de las empresas dispone expresamente en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores (ET) que la sucesión empresarial no extinguirá, por sí misma, la relación o relaciones laborales de los trabajadores que prestasen servicios en la empresa objeto de transmisión, sino que su pervivencia vendrá garantizada por la subrogación del nuevo empresario «en los derechos y obligaciones laborales del anterior». Se configura así, un derecho casi absoluto del trabajador al mantenimiento de su puesto de trabajo, con independencia de las posibles modificaciones subjetivas u objetivas de la unidad empresarial de origen, lo que garantiza aquél tanto cuando el cambio afecta sólo a la titularidad empresarial como cuando se extiende también a la unidad empresarial como ente físico, por integración, fusión o absorción de ésta por otra. De otro lado, cuando el artículo 44.1 ET exige la intangibilidad de la posición jurídica del trabajador en los supuestos de transmisión de empresa alude tanto a la conservación del puesto de trabajo propiamente dicho como del estatuto jurídico laboral inherente al mismo. En palabras de la jurisprudencia, el precepto en cuestión establece una doble garantía: la no extinción de los contratos y la conservación del régimen jurídico-laboral anterior <sup>1</sup>. La garantía de continuidad o mantenimiento de la relación laboral que el mencionado precepto establece debe entenderse en el sentido de que el cambio de titularidad no sólo «no provoca la extinción de aquélla, sino que la misma continúa con todas las peculiaridades» que la caracterizasen <sup>2</sup>.

La genérica expresión «subrogación en la *relación laboral*» evidencia el amplio alcance de los efectos de la figura analizada, al exceder, claramente, de los concretos derechos derivados del contrato de trabajo e incluir los que tengan su origen en otras fuentes, ya estatales (leyes, reglamen-

<sup>1</sup> Cfr. STS de 15 junio 1992 (Ar. 4584) y STSJ Navarra de 29 diciembre 1995 (AS 4681).

<sup>2</sup> STSJ Madrid de 21 mayo 1993 (AS 2615).

tos) ya convencionales (convenios colectivos estatutarios y extraestatutarios y pactos de empresa), que también concurren en la reglamentación de la relación laboral (art. 3.º ET) <sup>3</sup>. En palabras de alguna sentencia, la subrogación implica no sólo la subsistencia de los contratos de trabajo, sino también «la continuidad de los marcos convencionales, colectivo o individual», vigentes «en el momento de producirse la transmisión: convenios colectivos, acuerdos y usos de empresa, pactos individuales y concesiones unilaterales del anterior empresario, exigibles como condiciones más beneficiosas de origen contractual» <sup>4</sup>. Así pues, el nuevo empresario queda vinculado por la totalidad de los derechos y obligaciones laborales adquiridos por el anterior, con independencia de su origen normativo, lo que implica la equiparación de las fuentes de la relación laboral a efectos de la sucesión de empresa, y ello en orden a la conservación del status del trabajador, que en nada debe resentirse.

Entre esas diversas fuentes, cabe prestar especial atención a la que se configura como típica y característica del Derecho del trabajo, cual es la derivada de la negociación colectiva. Muchos y complejos son los problemas que para ésta surgen, directa o indirectamente, de la sucesión empresarial, como, por ejemplo, los relativos al posible concurso entre los convenios existentes en las unidades empresariales, el criterio a aplicar en orden a la solución del mismo o el límite de la vigencia temporal del convenio de la empresa cedente que, en su caso, resulte aplicable; problemas todos ellos sobre los que el legislador guarda silencio, tal como se deduce de la escueta e imprecisa dicción del artículo 44 ET, y cuya respuesta dependerá del particular entendimiento del caso concreto por el órgano jurisdiccional en atención a las no siempre sencillas reglas de nuestro sistema negocial y sucesión de empresa. Problemas de la naturaleza de los señalados y otros similares serán objeto de análisis en las siguientes páginas.

## II. SOBRE LA «COLISIÓN» DE CONVENIOS

### 1. Una precisión terminológica.

Cuestión que, aun semántica, tiene una importancia básica en la materia estudiada -dado que en muchos casos determinará el criterio de elección del convenio a aplicar- es la de la concreta denominación o calificación jurídica empleada por la doctrina y jurisprudencia para referirse al problema que plantea el artículo 44 ET en relación con la determinación del convenio aplicable, cuya dificultad ha impedido un consenso claro hasta el momento. Así, mientras que algunos autores utilizan

<sup>3</sup> Así, MONEREO PÉREZ, J. L.: «Las relaciones de trabajo en la fusión y escisión de sociedades (y II)», *RL*, 1987-I, págs. 195-196.

<sup>4</sup> STSJ Murcia de 2 septiembre 1996 (AS 2843). En la doctrina, VALDÉS DAL-RE, F.: «Problemas de determinación del convenio colectivo aplicable en la transmisión de empresa (I)», *RL*, 1996-I, pág. 14; MONEREO PÉREZ, J. L., *op. cit.*, pág. 196.

como distintos los términos «colisión»<sup>5</sup> y «conurrencia»<sup>6</sup>, otros recurren a ellos alternativamente<sup>7</sup>. En ambos casos, el uso de la expresión «conurrencia» omite el acompañamiento de explicación alguna, quizá por utilizarse en sentido lato y estimarse obvia su falta de interrelación con el concreto supuesto del artículo 84 ET, aunque, como se verá<sup>8</sup>, en algún momento ésta se buscó. En tal sentido, no falta quien considera expresamente la «conurrencia» como una extensa categoría dentro de la cual tanto el supuesto del último precepto (la no afectación de un convenio por otros posteriores) como el derivado del artículo 44 ET, cuando ambas empresas tienen convenio, no son más que casos especiales de aquélla<sup>9</sup>. En sentido similar, aunque con otros términos, también se ha entendido que dicha situación podría calificarse como de «concurso», pues ésta junto con la de «colisión» constituyen especies de un mismo *genus*: el «conflicto» de convenios<sup>10</sup>. Como especies gemelas, ambas se identifican por el supuesto de hecho que contemplan (la identidad objetiva, subjetiva y temporal en la regulación de una determinada situación) y divergen en sus efectos jurídicos: la nulidad del convenio invasor, en el caso de colisión, y el desplazamiento del supuesto de hecho concreto del ámbito de aplicación de una de las normas concurrentes, en el de concurso. El que la situación consistente en la posible aplicabilidad inicial de dos convenios a los trabajadores transferidos en virtud de una sucesión de empresa sea calificada como de «concurso» convencional se justifica, al menos, en las siguientes razones:

1. El fácil encaje de dicha situación en lo que es el supuesto identificativo del referido concepto, debido al amplio alcance con que éste se configura, pues se estima que el mismo se produce cuando una «relación de trabajo entra en el campo de aplicación de varios convenios colectivos», coincidiendo su aplicación en el tiempo o espacio o, incluso, ambos. En otras palabras, dos convenios se hallan en concurso cuando «ambos tienen vocación de regir el mismo contrato de trabajo», y
2. Sus coincidencias básicas en el supuesto de hecho, como la relativa a que, aunque los campos de aplicación de los convenios en juego se «confunden o, más exactamente, se interfieren en algún aspecto», ninguno de ellos pretende sustituir «total o parcialmente la regulación establecida por el coincidente»<sup>11</sup>.

<sup>5</sup> MUGA ROBLEDO, A.: «La colisión de convenios colectivos en la transmisión de empresa», *RL*, 1991-I, pág. 1361 y ss.

<sup>6</sup> GALA DURÁN, C.: «Sucesión de empresa. Mantenimiento de condiciones y convenio colectivo aplicable: apuntes jurisprudenciales», *AL*, 1997-II, pág. 576 y ss.

<sup>7</sup> VALDÉS DAL-RE, F., *op. cit.*, pág. 18.

<sup>8</sup> *Infra*, III, 3).

<sup>9</sup> MARTÍN VALDERDE, A.: «Conurrencia de convenios colectivos de trabajo», en el volumen *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los trabajadores*, T. XII, Vol. 2 (Madrid, 1985), págs. 36 y 70, respectivamente.

<sup>10</sup> MERCADER UGUINA, J.: *Estructura de la negociación colectiva y relación entre convenios* (Madrid, 1994), pág. 131 y ss. Para dicho autor, el supuesto de colisión se identifica con el del artículo 84 ET (pág. 139 y ss.). Por su parte, alguna sentencia utiliza este término sin más (STSJ Murcia de 2 septiembre 1996, *cit.*).

<sup>11</sup> MERCADER UGUINA, J., *op. cit.*, pág. 241.

En verdad, el conflicto se resuelve a través de la aplicación preferente de una de las normas, con exclusión de las otras; efecto éste que no prejuzga su validez, sino sólo su plena efectividad al caso concreto. Otra coincidencia se halla en el que la solución del conflicto dependa del concreto criterio de selección de la norma a aplicar.

Como se aprecia, aunque existen razones para calificar el supuesto objeto de análisis en este trabajo como de «concurso» de convenios o, incluso, de «fricción» o «choque» convencional<sup>12</sup>, expresiones cuya intencionada amplitud y ambigüedad no confunden ni prejuzgan sobre la solución a aplicar (como ocurre con el término «conurrencia») ni impiden el hallazgo de ésta, estimo más oportuno optar por el término «colisión». Su frecuente utilización por la doctrina y jurisprudencia lo acreditan como el más consolidado en orden a la denominación del problema convencional que se suscita al hilo del artículo 44 ET.

## 2. Posiciones contrarias.

Ciertamente, el artículo 44 ET, cuando dispone que el cesionario quedará subrogado en «los derechos y obligaciones laborales del anterior», es deliberadamente ambiguo respecto del alcance de la subrogación en cuanto al convenio colectivo aplicable. Sin embargo, es opinión doctrinal y jurisprudencial mayoritaria la de que aquella implica el mantenimiento del convenio de la cedente. De este modo, resulta fundamental determinar en qué supuestos existe y bajo qué criterio puede solucionarse el conflicto entre los convenios concurrentes (el de la cedente y el de la cesionaria). Ahora bien, antes de entrar a analizar con detalle el conjunto de problemas que del mencionado conflicto derivan, cabe dejar constancia de una posición doctrinal y jurisprudencial minoritaria opuesta a la referenciada, en cuanto negadora de la existencia del conflicto. En efecto, según algún autor de la literalidad del artículo 44 ET no deriva la existencia de una dualidad de convenios, pues resulta claro que a lo que obliga este precepto al cesionario -respecto de los trabajadores objeto de subrogación- es al mantenimiento de las «condiciones de trabajo que venían disfrutando y en la misma medida, pero no a la vigencia del convenio colectivo»<sup>13</sup>. De este modo, -se añade- si lo transmitido es la totalidad de la empresa y ésta disponía de convenio propio, la transmisión supondría la pérdida sobrevenida de la vigencia de aquél; por el contrario, si lo transmitido es una parte de la empresa (centro, sección), el convenio seguiría vigente en la no cedida. Ahora bien, a mi modo de ver, no se acierta a percibir la trascendencia de estas dos precisiones en orden a la fundamentación de la posición en cuestión, pues la segunda es cierta siempre, considérese o no que el artículo 44 ET da lugar a una posible aplicación dual de convenios; y la primera tendría que extenderse a todos los supuestos, con independencia del ámbito del convenio aplicable en la empresa cedente. De otro lado, de un tanto

<sup>12</sup> Cfr. MUGA ROBLEDO, A., *op. cit.*, pág. 1.363.

<sup>13</sup> GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 578. Esta posición también parece compartida por CUENCA ALARCÓN, M.: «Aplicación retroactiva del convenio colectivo y sucesión de empresa», *RL*, 1999, núm. 7, pág. 54.

libre y arriesgada cabe calificar la interpretación que desde esta posición -y en aras a reforzarla- se hace de la literalidad del artículo 3.º, núm. 3, Directiva 77/1987. En efecto, el que éste disponga que las condiciones deben de mantenerse hasta la pérdida de vigencia del «convenio colectivo» o hasta la entrada en vigor de otro nuevo aplicable a todos los trabajadores quiere entenderse, no como un reconocimiento de la vigencia del convenio de la cedente, sino como una «regla especial de modificabilidad de las condiciones de trabajo reguladas por convenio colectivo» frente a las establecidas por otros medios <sup>14</sup>.

En orden a su justificación, hasta otros dos argumentos se han alegado en favor de esta posición, como, por ejemplo:

1. Que evite el conflicto con el artículo 82.3 ET, pues, al existir un sólo convenio (el de la cesionaria), éste sería el aplicable a todos los trabajadores, con excepción de las condiciones de trabajo que deban ser respetadas en virtud de lo dispuesto en el artículo 44 ET, conservándose éstas a título individual o personal <sup>15</sup>. Además, el que se parta de la existencia de un solo convenio ahorra todo el complejo debate que, cuando dos son los aplicables, se suscita en orden a la selección del criterio que ha de resolver el conflicto convencional, y
2. Que exista alguna sentencia que, expresamente, considere que el convenio colectivo aplicable es el de la empresa cesionaria, «sin que pueda mantenerse la tesis de que procede seguir aplicando» el de la cedente, «bien entendido que, por causa de la subrogación legal, los afectados conservan el conjunto de derechos y obligaciones que antes tenían, pero a título individual o personal» <sup>16</sup>.

En mi opinión, nada cabe objetar al primer argumento, pues radicalmente cierta es la sencillez y claridad de la solución que aporta; sin embargo, no ocurre así con el segundo, pues, aparte de minoritaria, la referida posición jurisprudencial resulta insuficiente en tanto en cuanto no termina de cerrar el razonamiento. Ciertamente, no se aclara en virtud de qué título pueden mantener su vigencia las condiciones de trabajo reguladas por un anterior convenio cuando éste pierde su vigencia ni el alcance de dicho mantenimiento, tanto en relación con el tipo de condiciones mantenidas como con su vigencia en el tiempo. En este sentido, podría pensarse, *a priori*, que la necesaria observancia de las anteriores condiciones de trabajo convierte a éstas en una «especie de condiciones más beneficiosas de origen convencional», sobre todo cuando -desde esta posición- se señala que el dis-

<sup>14</sup> GALA DURÁN, C., *op. y loc. ult. cit.*

<sup>15</sup> *Ibidem.* También, CUENCA ALARCÓN, M., *op. y loc. cit.*: «uno de los elementos estructurales» de nuestro sistema de negociación colectiva es el principio de «limitación de la eficacia personal del convenio colectivo a los sujetos que forman parte de su unidad de negociación». Pues bien, el artículo 44.1 ET «no introduce una excepción a este principio».

<sup>16</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 25 enero 1995 (AS 185).

frute es a título personal o individual <sup>17</sup>. Desde tal punto de vista, podría parecer que las únicas condiciones laborales que el cesionario tendría que respetar -en relación con los trabajadores transferidos- serían sólo las más beneficiosas, aplicándose, en caso contrario, las previstas en el convenio colectivo de aquél. Ahora bien, no cabe ocultar los graves problemas a que la aceptación de lo anterior conllevaría, como los relativos a la determinación de lo más favorable (cómo y quién) o al «espiguo normativo» que ello supondría, pues, de dos normas aplicables, se estaría escogiendo lo más favorable de cada una de ellas. Dada la inaceptabilidad de la técnica del «espiguo» -tal como *infra* se verá <sup>18</sup>-, parece que, de seguirse esta posición, habría que entender que el mantenimiento de las condiciones laborales derivadas del convenio de la empresa cedente debe efectuarse en su integridad, tanto cuando resulten más favorables como perjudiciales para los transferidos respecto de las derivadas del convenio del nuevo empresario.

Por lo demás, resulta claro que la consideración de las condiciones de que se trata a modo de condiciones más beneficiosas aún presenta, al menos, otro problema no menos relevante que los ya expuestos, como es el relativo a su origen convencional. Ciertamente, la admisión de tal posibilidad tendría que entenderse -cuando menos- como excepción a lo que es regla general respecto de las condiciones más beneficiosas propiamente dichas, cuyo origen se halla en el pacto contractual (expreso o tácito) y no en el convenio colectivo. En este sentido, es común en la doctrina y en la jurisprudencia que del convenio no nazcan condiciones más beneficiosas de obligada observancia para el ulterior, por lo que los trabajadores no podrían reclamar frente a éste el mantenimiento *ad personam* de las condiciones de trabajo establecidas en el anterior. De otro lado, cuando se reclama el disfrute de las condiciones laborales anteriores a título individual parece admitirse implícitamente que, tras la sucesión, las condiciones laborales reconocidas en el convenio colectivo se contractualizan; esto es, pasan a formar parte del contrato de trabajo en aras a justificar su reclamación por los transferidos. De seguirse esta posición, la modificación de tales condiciones más beneficiosas sólo podría efectuarse a través de los mecanismos de la absorción y compensación y del previsto en el artículo 41 ET.

Todos los problemas recién expuestos no parecen pasar desapercibidos para algún autor que, a pesar de compartir la tesis que defiende la existencia de un sólo convenio (el de la cesionaria), da una explicación diferente al mantenimiento de los derechos laborales anteriores. Según éste, la sucesión es un hecho que determina «la pérdida de vigencia *ante tempus* del convenio colectivo de la empresa cedente», por lo que la exégesis de la garantía del mantenimiento de las condiciones fijadas en aquél no puede realizarse desde la afirmación de la vigencia del mismo, sino recurriendo a la categoría de la «ultraactividad normativa» <sup>19</sup>. De este modo, podría apreciarse, en mi opinión, una cierta equiparación en efectos entre la sucesión empresarial y la denuncia del convenio, especial-

<sup>17</sup> Al hilo de la exposición de la tesis de GALA DURÁN, alude a esta calificación, aun sin entrar en explicación, LÓPEZ ANIORTE, M.ª C.: *La concurrencia de convenios colectivos* (Valencia, 1999), pág. 59.

<sup>18</sup> III. 4), b).

<sup>19</sup> CUENCA ALARCÓN, M., *op. y loc. cit.*

mente cuando en relación con ésta las partes no han pactado nada. Ciertamente, según dispone el artículo 86.3 párrafo segundo, ET, «la vigencia del contenido normativo del convenio, una vez concluida la duración pactada, se producirá en los términos que se hubieren establecido en el propio convenio. En defecto de pacto, se mantendrá en vigor el contenido normativo del convenio». Se trata, por lo tanto, en ambos casos, de una situación en la que, a pesar de que el convenio colectivo ya no está en vigor, su contenido normativo (regulación de las condiciones de trabajo de los trabajadores incluidos en el ámbito de aplicación) sigue rigiendo. Aunque pudiera parecer que la finalidad de la ultraactividad es diferente en uno u otro caso, pues en el de la denuncia no hay otro convenio aplicable y en el de la sucesión sí (el de la cesionaria), quizá la diferencia no lo sea tanto si se repara en que lo que se pretende es cubrir el «vacío normativo» existente hasta la negociación de un ulterior convenio en la empresa que afecte a todos los trabajadores (en el caso de la sucesión, unificando sus estatutos laborales).

Frente a la recién expuesta, la posición mayoritaria acepta que la exégesis del artículo 44 ET puede desembocar en una inicial dualidad de convenios en tanto en cuanto obliga al respeto del existente en la empresa cedente. El mantenimiento por la empresa cesionaria del marco convencional por el que los trabajadores transferidos se regían en la cedente observa un planteamiento diferente en atención a la existencia o no en aquélla de uno propio y, en su caso, a su posible colisión entre ambos. En efecto, aunque podría parecer meridianamente claro que tal colisión existe siempre que se está ante la posible aplicación simultánea a unos mismos trabajadores de dos convenios colectivos diferentes, lo que exige su solución en función de un criterio de selección, no faltan voces que discrepan de tal posición. Así, se sostiene que, en el caso analizado, no se da el referido choque convencional, pues, para que éste exista, aparte de la aplicación simultánea de dos o más convenios en un mismo ámbito, se precisa que los «elementos estructurales de su soberanía aplicativa entren en contacto entre sí, yuxtaponiéndose, superponiéndose o seccionándose de algún modo», lo que aquí no se da<sup>20</sup>. En consecuencia, para esta posición minoritaria, se está ante una mera situación de «pluralidad de convenios» en una misma empresa (la cesionaria), cuyos ámbitos propios de aplicación impiden su entrada en colisión. En otras palabras, la garantía legal de la observancia del régimen convencional de la empresa de origen implica una «moderación transitoria de los principios básicos que informan la propia vigencia de los convenios colectivos», cuales son: la limitación de su eficacia a los ámbitos funcional y territorial propios de su unidad de contratación (en relación con el de la cedente) y su aplicación a todos los sujetos a los que alcanza su eficacia personal, general o limitada (en relación con el de la cesionaria)<sup>21</sup>.

Ahora bien, aun reconociendo la bondad y verdad generales de las afirmaciones de la posición recién expuesta (sobre todo en las últimas consideraciones), producto de su intento de hilar fino sobre una materia lábil y compleja en orden a la búsqueda de argumentos que justifiquen la exclusiva aplicación del convenio colectivo de la empresa de origen a los trabajadores transferidos, no

<sup>20</sup> VALDÉS DAL-RE, F., *op. cit.*, pág. 18. Sigue tal posición, PÉREZ DE LOS COBOS, P.: «La «filialización» de la empresa», *AL*, 1999-II, pág. 547.

<sup>21</sup> VALDÉS DAL-RE, F., *op. cit.*, pág. 19.

cabe negar que, al menos en un sentido lato y amplio, -tal como reconoce prácticamente la mayoría de la doctrina<sup>22</sup> y jurisprudencia- la colisión entre los convenios existe y su solución depende del criterio de selección que se utilice, cuestión ésta verdaderamente crucial y caótica por lo que a nuestros tribunales se refiere. Precisión que juzgo necesaria es la de que este trabajo no pretende buscar la afirmación de un sólo criterio, sino poner de relieve las ventajas e inconvenientes de todos los posibles.

### 3. Supuestos.

Para que la transmisión de empresa dé lugar a una colisión de normas convencionales se requiere, acumulativamente, que:

1. Todas las unidades empresariales implicadas estén sometidas a un convenio colectivo en vigor, pues sin la simultaneidad o coincidencia temporal de éstos se estaría ante un supuesto de sucesión normativa;
2. La proyección común de las normas implicadas sobre la misma unidad de contratación o parte de la misma, en este caso representada por el conjunto de trabajadores de la empresa cedida;
3. La divergencia de contenidos normativos, dado que, de coincidir éstos, resultaría irrelevante la aplicación de uno u otro, no generándose conflicto alguno; y
4. Su mismo carácter estatutario.

En el sentido indicado, cabe entender que no hay colisión entre normas convencionales cuando, entre otros supuestos<sup>23</sup>:

1. El cesionario se configura como un titular individual, sin unidad empresarial propia, que simplemente pasa a subrogarse en la posición del anterior (v. gr., transmisión *mortis causa*, por jubilación o incapacidad del empresario), incluido en el único convenio a aplicar.
2. El convenio aplicable a las empresas implicadas en la transmisión es el mismo, al quedar aquéllas integradas en sus ámbitos geográfico y funcional.

<sup>22</sup> Cfr., a modo de ejemplo, GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo* (Madrid, 1989), pág. 264 y ss.; MUGA ROBLEDO, A., *op. cit.*, pág. 1.361 y ss.; GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 576.

<sup>23</sup> *Ibidem*.

3. En la empresa cesionaria no resulta aplicable ningún convenio colectivo, con independencia del vigente en la cedente. En tal caso, se ha considerado adecuado que los trabajadores transferidos sigan vinculados por el convenio de origen <sup>24</sup>, que en ningún caso extenderá su ámbito personal a los que ya estuviesen prestando servicios en la nueva empresa. Con todo, tal posición no es compartida por alguna sentencia que estima, por un lado, que el convenio de la cedente es un todo orgánico e indivisible que sólo puede aplicarse a los trabajadores que presten servicios en los centros de aquélla <sup>25</sup>, y, por otro, que a los trabajadores transferidos sólo les afecta la legislación propia de su actual empresa <sup>26</sup>, de carácter estatal -aquí- hasta que se negocie la convencional.
4. El centro de la empresa cesionaria en el que quedan integrados los trabajadores transferidos está expresamente excluido del ámbito del convenio colectivo de aquélla. En tal supuesto, resulta claro que ni la literalidad ni la finalidad protectora del artículo 44 ET imponen o justifican la extensión del ámbito convencional en cuestión al centro de que se trata, pues el artículo 83.1 ET permite que los convenios colectivos tengan el ámbito de aplicación que las partes acuerden. Así pues, siendo tal exclusión resultado de la libertad de contratación de éstas, tampoco cabe que por decisión judicial se sustituya la voluntad de los negociadores y se extienda el convenio, en contra de lo pactado, a otros centros <sup>27</sup>. Ahora bien, lo anterior no impide que los trabajadores del centro excluido puedan intentar la aplicación del convenio de la empresa a través de las figuras de la adhesión o extensión (art. 92 ET). Al igual que en el caso anterior, también aquí se ha considerado oportuno que a los trabajadores transferidos se les siga aplicando el convenio de la empresa cedente <sup>28</sup>.
5. A la inversa del tercer supuesto, en la empresa cedente o absorbida no existe convenio aplicable. En este caso, los trabajadores objeto de transmisión se equiparan a los de la empresa cesionaria y a todos se aplica por igual el convenio de ésta, ya sea de empresa o sector (art. 82.3 ET), salvo que su ámbito sea provincial y la unidad empresarial cedida se localice fuera del mismo al mantener su ubicación física anterior. En igual sentido, tampoco cabe la aplicación a los trabajadores transferidos del convenio existente en la empresa cesionaria cuando éste es de centro de trabajo o de franja, ya que éstos no son susceptibles de extender su eficacia fuera de su ámbito de aplicación propio (*a sensu contrario*, art. 82.3 *cit.*).

<sup>24</sup> MUGA ROBLEDO, A., *op. cit.*, pág. 1.364. *Vid.*, con mención a esta posibilidad, STSJ Andalucía (Sevilla) de 8 junio 1998, *cit.*

<sup>25</sup> Para MONEREO PÉREZ (*op. y loc. ult. cit.*), en este supuesto, la empresa transmitida seguirá estando sometida al convenio vigente al tiempo de la transmisión cuando siga conservando su autonomía y entidad, por lo que parece ser éste -y no el hecho de la ausencia de convenio en la cesionaria- el criterio determinante de la conservación del marco convencional anterior.

<sup>26</sup> STSJ Canarias (Las Palmas) de 23 junio 1997 (AS 2669).

<sup>27</sup> *Cfr.* STSJ País Vasco de 27 mayo 1997 (AS 2172).

<sup>28</sup> *Ibidem.*

6. En la empresa absorbente rige un convenio de ámbito provincial y la absorbida radica fuera del mismo, aplicándosele un convenio de igual -aunque distinto- ámbito o éste es de carácter nacional, empresarial o infraempresarial. Otro tanto sucede cuando los convenios de las empresas implicadas en la sucesión, aun compartiendo un mismo tipo de ámbito geográfico o sector (provincial, interprovincial, nacional), pertenecen a ámbitos funcionales distintos <sup>29</sup>, y
7. En cada una de las unidades empresariales implicadas (empresas o centros de trabajo) existe un convenio de ámbito propio, siempre y cuando aquéllas mantengan su identidad separada.

Frente a los anteriores, se considera que se está ante un supuesto de colisión entre normas convencionales cuando, por ejemplo <sup>30</sup>:

1. La empresa cesionaria, en la que resulta aplicable un convenio de ámbito nacional, absorbe a otra regida por un convenio propio de empresa o de ámbito provincial.
2. En la empresa cesionaria es aplicable un convenio también de ámbito provincial y en la cedente -ubicada en la misma provincia- otro de carácter nacional o de empresa; y
3. La empresa cesionaria dispone de convenio propio y la integrada también o de otro de ámbito nacional <sup>31</sup> o provincial.

Como se aprecia, la colisión entre normas convencionales se relaciona con la posible aplicabilidad inicial de dos convenios distintos a un mismo colectivo de trabajadores, el de los transferidos a través de la sucesión de empresa. Dicha colisión encuentra, *a priori*, difícil solución legal, dada la clara dicción contradictoria de los dos principales preceptos implicados, los más representativos de cada uno de los ejes sobre los que gira el tema objeto de estudio (la sucesión de empresa y la eficacia personal y vinculatoriedad de los convenios colectivos). Ciertamente, si del artículo 44 ET deriva el necesario mantenimiento de los derechos y obligaciones laborales adquiridos por el anterior empresario, ello supone que el convenio que debe resultar aplicable es el de la empresa cedente. Frente a ello, el artículo 82.3 *ibíd.*, exige la aplicación del convenio de la empresa cesionaria, cuando dispone que «los convenios regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia». Ahora bien, aunque dichos preceptos aportan dos de los criterios de solución más evidentes e importantes, no cabe obviar el planteamiento de otros en orden a la correcta selección del convenio a aplicar.

<sup>29</sup> Así, CAMPS RUIZ, L. M.: *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa* (Valencia, 1997), pág. 68.

<sup>30</sup> MUGA ROBLEDO, A., *op. y loc. cit.*

<sup>31</sup> *Cfr.* STSJ Cantabria de 20 marzo 1997 (AS 565).

### III. LA SOLUCIÓN DE LA «COLISIÓN»

La elección del concreto marco convencional (el de la cedente o cesionaria) a aplicar a los trabajadores transferidos en virtud de la transmisión de empresa no encuentra solución unívoca en nuestro actual sistema jurídico. Aparte de las derivadas de los preceptos directa o indirectamente implicados (arts. 44 y 82.3 y 84 ET, respectivamente), cabe cuestionarse otras soluciones con base en los principios propios del sistema de fuentes, como la del principio de norma más favorable o, incluso, jerarquía normativa (art. 3.º, núms. 3 y 1, respectivamente). Con independencia del criterio que se elija, todos ellos conducen a la selección de una única norma a aplicar, con exclusión de las otras, sin que quepan soluciones acumulativas o alternativas, pues en nuestro ordenamiento juega el principio de unidad de convenio, como se tendrá ocasión de profundizar más adelante. La solución que finalmente rijan en cada caso va a depender de las circunstancias del mismo, del papel jugado por la autonomía colectiva y de los criterios del propio órgano jurisdiccional. Ciertamente, la dificultad en la búsqueda del criterio idóneo para resolver la colisión de que se trata está directamente relacionada con las peculiaridades propias de los elementos enfrentados y, más aún, de la autonomía colectiva, configurada como un poder disperso con manifestaciones varias derivadas de la multiplicidad de sujetos legitimados para negociar y unidades de negociación posibles, lo que dificulta el equilibrio y cohesión interna del sistema<sup>32</sup>. Ahora bien, como es propio del ámbito privado en el que se desarrolla la relación laboral, la voluntad de las partes también puede desempeñar un papel fundamental a la hora de determinar el convenio aplicable a los trabajadores objeto de sucesión empresarial, por lo que habrá que prestar especial atención a cuál sea aquélla.

#### 1. El posible pacto con los afectados.

Dada la ausencia de una solución legal unívoca respecto de cuál sea el convenio a aplicar a los trabajadores transferidos, cada vez es más frecuente, especialmente en las grandes empresas (entre ellas las públicas), el que las partes implicadas en la subrogación pacten, expresamente, todo lo referente a ésta, particularmente el estatuto jurídico que ha de regir para aquéllos, lo que, en gran medida, viene determinado por el convenio a aplicar. En efecto, la inseguridad jurídica existente sobre el particular sirve de acicate a las empresas inmersas en procesos de reestructuración en orden a la puesta en práctica de ciertos mecanismos dirigidos a resolver ellas mismas de forma expresa cuál sea la normativa aplicable con posterioridad a la sucesión, buscando «la unificación y adaptación de las condiciones de trabajo a la confusión de plantillas consiguiente»<sup>33</sup>. En tales casos, «ni que decir tiene que ello implica, de alguna manera, obviar o dejar sin efecto el mecanismo subrogatorio del artículo 44 ET, en virtud del cual, y respecto de los trabajadores procedentes de la empresa afecta-

<sup>32</sup> Cfr. IGLESIAS CABERO, M.: *Negociación colectiva* (Madrid, 1997), pág. 370.

<sup>33</sup> MARTÍNEZ MORENO, C.: «Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación», *RL*, 1999, núm. 11, pág. 36.

da por el cambio de titular, habrían de mantenerse de forma transitoria las anteriores condiciones convencionales»<sup>34</sup>. Resulta claro, pues, que, siempre que exista pacto, el necesario respeto a la autonomía colectiva desplaza u obvia la necesidad de acudir a otros criterios legales que fundamenten cuál sea el convenio que va a regir la relación de los trabajadores en cuestión<sup>35</sup>.

Aunque es posible encontrar algún supuesto en donde la norma colectiva aplicable a una empresa ya contiene alguna regla en previsión de su futura actuación como cedente o cesionaria<sup>36</sup> en relación con un posible caso de sucesión empresarial, no cabe negar que lo idóneo es que los pactos relativos al fenómeno subrogatorio cuenten con el consenso de los dos empresarios implicados en el mismo. En este sentido, resulta evidente que mayor garantía de eficacia y observancia presenta el pacto -generalmente denominado «preacuerdo» o «protocolo de fusión»- que cuenta con el consenso de los empresarios afectados por la sucesión, especialmente del nuevo (cesionario), que, salvo por la legalidad vigente, por ningún acuerdo ajeno a su consentimiento queda obligado. La negociación de estos pactos puede tener lugar tanto de forma simultánea a la sucesión como con carácter previo a ésta<sup>37</sup>, pero, en todo caso, cuando la misma ya se ha decidido. De otro lado, nada impide que la nueva empresa negocie, posteriormente, con los representantes de sus trabajadores las condiciones que han de regir para éstos.

En otro orden de cosas, lo habitual será que estos pactos, negociados al margen de las reglas del Título III del ET y temáticamente monográficos (ordenación y equiparación de los derechos de los trabajadores transferidos en relación con los de los propios de la nueva empresa), ostenten naturaleza extraestatutaria o informal, con eficacia limitada a los trabajadores y empresarios representados por las partes negociadoras (bien por vínculos de afiliación, bien por apoderamiento expreso) y a quienes se adhieran con posterioridad a las mismas<sup>38</sup>, como resulta natural que, aquí, así sea. Dicha eficacia limitada determina que el contenido de dichos pactos no resulte aplicable a los nuevos trabajadores que, con posterioridad, se incorporen a la empresa cesionaria, sin que ello implique discriminación alguna. En palabras del TS relativas a un supuesto de fusión, la pretendida desigualdad en los conceptos y mejoras retributivas de los trabajadores existentes en las empresas en el momento de la fusión y los de nueva incorporación a la empresa resultante de aquélla encuentra «razona-

<sup>34</sup> *Ibidem*.

<sup>35</sup> En este sentido, la STSJ Andalucía (Sevilla) de 8 junio 1998, *cit.*, señala que conocer cuál es el nuevo régimen o marco normativo aplicable a los trabajadores no es cuestión «tan simple» cuando aquéllos cambian de una «empresa o entidad a otra, regidas por normativa distinta». En tal caso, la mencionada sentencia considera que, «si nada se dice al respecto», el criterio a aplicar es el del artículo 82.3 ET, por lo que, a *contrario sensu*, si hay pacto interpartes debe primar éste sobre cualquier otro criterio legal.

<sup>36</sup> En este sentido, la STSJ Andalucía (Sevilla) de 8 junio 1998, *cit.*, alude a la posibilidad de que un convenio pueda excluir de su ámbito de aplicación al personal procedente de una sucesión empresarial.

<sup>37</sup> Así, en el caso de autos de la STS de 22 enero 1994 (Ar. 3228) varias Cajas de Ahorros se fusionan el 11 de mayo de 1991, tras haber firmado un Preacuerdo de fusión el 19 de marzo de 1990, desarrollado por otros posteriores de 8 de marzo (jornada y horario) y 22 de abril de 1991 (clasificación profesional).

<sup>38</sup> CAMPS RUIZ, M., *op. ult. cit.*, pág. 87. También SSTS de 22 enero 1994, *cit.* y 24 octubre 1995 (Ar. 8669).

ble justificación en una situación anterior de las plantillas» de las empresas afectadas, «cuyas condiciones laborales se persigue homogeneizar mediante un título originador de su fusión»<sup>39</sup>. Así pues, a pesar de que los trabajadores de la cesionaria tengan diferentes condiciones de trabajo, no existirá discriminación cuando aquéllas respondan a situaciones distintas<sup>40</sup>. Por lo demás, particulares razones de seguridad jurídica aconsejan que dichos pactos se formalicen siempre por escrito.

Antes de abundar en relación con el concreto pacto que puede determinar el convenio a aplicar, conviene hacer referencia a los diferentes tipos de los mismos, si bien es frecuente su carácter mixto, como lo acredita el que las características de unos sean compartidas por otros<sup>41</sup>. En primer lugar, cabe aludir a los *pactos declarativos*, que son aquéllos que detallan, desde un punto de vista meramente descriptivo o recopilatorio, el conjunto de los derechos disfrutados por los trabajadores antes de la sucesión. Tales acuerdos tienen como fin fundamental el aportar seguridad jurídica respecto de cuál sea el específico estatuto jurídico a respetar por el cesionario, lo que resulta especialmente interesante e importante en relación con las condiciones más beneficiosas de origen contractual. Ciertamente, su precisión en dichos acuerdos elimina la posible incertidumbre sobre la voluntad del empresario cedente en orden a su concesión, descartando el que se esté ante actos meramente tolerados por éste o que su disfrute se deba a un mero error, lo que eliminaría el derecho del trabajador a que fuesen respetadas por el cesionario. Así pues, la mención expresa en el pacto de la condición más beneficiosa, disfrutada a título individual por uno o varios trabajadores, otorga a éstos el derecho a seguir reclamando su disfrute ante el nuevo empresario<sup>42</sup>.

En segundo lugar, cabe referirse a los *pactos de mejora* de las condiciones laborales disfrutadas por los trabajadores transferidos. Este tipo de acuerdos intenta, bien compensar a éstos por los posibles transtornos que la sucesión les pueda generar (con descansos, *v. gr.*), bien equiparar su estatuto jurídico al disfrutado por los trabajadores propios de la empresa cesionaria o ambas cosas a la vez. En este último sentido, sirva como ejemplo de este tipo de pactos aquél por virtud del cual la nueva empresa se compromete a extender la aplicación de su convenio colectivo a los trabajadores cedidos para el caso de que sea más favorable que el de la cedente. Se estaría, aquí, mejorando las anteriores condiciones laborales de aquéllos por la vía de la equiparación con las propias de los que serán sus nuevos compañeros de trabajo a partir de la sucesión. Se resolvería, además, el dilema del convenio aplicable a través del criterio de la norma más favorable, previsto en el artículo 3.3 ET, pero sin recurso a este precepto, sino por voluntad directa de las partes. Ahora bien, frente a estos pactos de mejora a través de la equiparación de estatutos jurídicos, estimo que, si lo pretendido es la referida equiparación en todo caso (con consolidación del estatuto más favorable), lo más ade-

<sup>39</sup> STS de 24 octubre 1995, *cit.*

<sup>40</sup> *Cfr.* STS de 22 enero 1994, *cit.* También CAMPS RUIZ, M., *op. ult. cit.*, pág. 88.

<sup>41</sup> Una relación de pactos laborales, aunque referidos al supuesto concreto de la fusión empresarial y antes de la misma, en ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T.: «Los pactos laborales de fusión de empresas», *RL*, 1995-II, pág. 1.423.

<sup>42</sup> *Vide infra*, 5), b).

cuado sería acordar ésta directamente, cuya ventaja vendría dada por su efecto bidireccional. En este sentido, tal equiparación podría lograrse por la aplicación tanto del convenio colectivo de la cedente también a los trabajadores propios de la cesionaria como por el de ésta también a los trabajadores transferidos, en función de cuál fuese más favorable. Desde este punto de vista, de elegirse el convenio de la empresa de origen (aplicable por voluntad de las partes a todos los trabajadores que, a partir de la sucesión, presten servicios en la cesionaria), se evitaría la duplicidad de estatutos que, entre los trabajadores cedidos y los propios de la nueva empresa, la aplicación automática del artículo 44.1 ET conlleva, al exigir la conservación de los derechos anteriores (entre ellos los derivados del convenio hasta entonces aplicable) únicamente respecto de aquéllos.

En tercer lugar, cabe destacar la importancia de los *pactos de homologación*, cuya función es la de homologar las condiciones de trabajo de los trabajadores transferidos con las de los propios de la empresa cesionaria. En palabras de la STS de 20 de enero de 1998<sup>43</sup>, las condiciones de los referidos trabajadores necesitan «ser traducidas» a las previstas en el convenio de la nueva empresa, con el fin de evitar que aquéllos pervivan «bajo un régimen convencional distinto», lo que se hará a través de un acuerdo de homologación, el cual regulará -a partir de su suscripción- «de la misma forma las condiciones de trabajo» (v. gr.: antigüedad, pluses salariales, categorías profesionales, jornadas u horario) de toda la plantilla de la cesionaria<sup>44</sup>. De este modo, se crea un «régimen específico producto de la valoración conjunta y compensación entre las condiciones que regían las relaciones laborales» de los trabajadores cedidos en la empresa cedente y las que pasan a serles aplicables en la nueva. Como se deduce de lo anterior, lo habitual será que este tipo de pactos se firmen de forma simultánea a la sucesión y entre el nuevo empresario y los representantes unitarios<sup>45</sup> o sindicales o, incluso, las propias organizaciones sindicales más representativas existentes en el centro o empresa objeto de subrogación<sup>46</sup>. Asimismo, parece que estos acuerdos tendrán especial razón de ser cuando el convenio aplicable a los trabajadores cedidos sea el de la cesionaria (bien por acuerdo expreso bien por aplicación directa del art. 82.3 ET), tal como se deduce de algunas expresiones de la sentencia que se comenta (evitar que el personal cedido perviva «bajo un régimen convencional distinto», traducir las condiciones anteriores a las del convenio de la cesionaria), a efectos de unificar sus condiciones de trabajo y posibilitar así la aplicación de dicho convenio, inicialmente redactado pensando en las características del colectivo entonces existente en la empresa en cuestión.

Así las cosas, resultaría sorprendente el que los trabajadores afectados por el acuerdo de homologación pretendiesen su impugnación y consiguiente nulidad en base al presunto incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 44.1 ET, tal como ocurre en el caso de autos de la sentencia analizada. Más claramente, a pesar de partirse de la aplicación del convenio de la cesionaria -lo que justifica el

<sup>43</sup> Ar. 1001. Sobre esta sentencia, MARTÍNEZ MORENO, C., *op. cit.*, págs. 37-38.

<sup>44</sup> En igual sentido, SSTS de 15 junio 1992 (Ar. 4583: en el acuerdo interpartes se pacta que la cesionaria respetaría las condiciones salariales anteriores, «en su consideración conjunta y en cómputo anual, aunque adaptándose éstas a la estructura salarial que regía para los empleados» de aquélla), 22 enero 1994, *cit.* y 19 enero 1998 (Ar. 741).

<sup>45</sup> Así, STS de 15 junio 1992, *ult. cit.*, en el caso de autos el acuerdo se firma entre el cesionario y el comité de empresa.

<sup>46</sup> *Cfr.* SSTS de 20 enero y 19 febrero 1998, *cits.*

pacto homologador- los afectados denuncian la vulneración de lo establecido en el mencionado precepto en relación con el mantenimiento por el nuevo empresario de los derechos disfrutados con anterioridad. En otras palabras, lo pretendido por aquéllos es que el pacto unificador (y, por lo tanto, también el convenio de la cesionaria, parece) siga respetando, en cuanto intocables, ciertos derechos adquiridos en virtud del convenio colectivo de la cedente, concretamente los relativos a antigüedad, categoría profesional y previsión social. Desde esta perspectiva, resulta claro que la alegación de los trabajadores sólo se entendería si esos derechos adquiridos tuviesen un origen individual (en pacto individual o contrato de trabajo), actuando a modo de verdaderas condiciones más beneficiosas, de imposible derivación de convenio colectivo <sup>47</sup>. De no plantearse así la cuestión, no se comprende el que, existiendo un pacto unificador que permita la aplicación del convenio de la cesionaria, siga reclamándose la del de la cedente, en cuanto establezca condiciones más favorables. Sea como fuere, el Alto Tribunal omite la valoración de esta posible contradicción derivada del recurso al artículo 44.1 ET, procediendo a examinar directamente la alegada discriminación o vulneración de derechos que el pacto implica. Para dicho Tribunal, la referida discriminación no existe, pues las pretendidas diferencias que puedan subsistir entre unos y otros trabajadores de la cesionaria obedecen bien a criterios «técnicos y objetivos, derivados de la acomodación de una situación normativa anterior a otra nueva», bien a desiguales situaciones funcionales y profesionales de los trabajadores objeto de sucesión.

Por último y frente a los anteriores, aún cabe aludir a un especial tipo de pacto, el *novatorio*, cuyo objetivo es la modificación de las condiciones laborales de los trabajadores transferidos. De entenderse en sentido amplio, dentro de este tipo de pactos también habría que incluir los de mejora y homologación ya referenciados (pues de alguna forma también alteran las condiciones anteriores); sin embargo, desde un punto de vista estricto, con esta denominación quiere aludirse a los pactos modificativos de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo de la cedente, que el empresario cesionario firma con posterioridad a la sucesión cuando mantiene aquél transitoriamente (art. 44 ET) <sup>48</sup>. En tal caso, el alcance del acuerdo novatorio entre el cesionario y los representantes de los trabajadores será el mismo que, en su caso, podría haber firmado el cedente, por lo que se reducirá al horario, régimen de trabajo a turnos, sistemas de remuneración y de trabajo y rendimiento (art. 41.2, párrafo tercero, *in fine*, ET). Como se aprecia, estos pactos se configuran como acuerdos de modificación sustancial de condiciones de trabajo previstas en convenio estatutario, por lo que estarán sujetos a los límites causales, procedimentales y de contenido previstos en el artículo 41 ET.

Referenciados los principales tipos de pactos que pueden mediar en la subrogación empresarial, resulta evidente que el más idóneo en orden a la concreción de cuál sea el convenio aplicable a los trabajadores transferidos es aquél que, aparte de su simultaneidad con aquélla, cuenta con el consenso de todos los empresarios y trabajadores implicados. En este sentido, tanto los pactos declarativos como los de mejora u homologación son una buena opción, aunque tampoco nada impide que

<sup>47</sup> *Vide infra*, IV, 4), c).

<sup>48</sup> *Cfr.* ALFONSO MELLADO, C., PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., *op. cit.*, pág. 1.425.

la elección del convenio aplicable se realice en un pacto *ad hoc*, lo que puede resultar más claro. Dicha elección puede hacerse directa y nominativamente por uno u otro de los convenios que entran en colisión o a través de un criterio indirecto, como el de norma más favorable. A la posibilidad de optar directamente por el de la cedente alude la STSJ Andalucía (Sevilla) de 8 de junio de 1998, *cit.*, según la que puede convenirse expresamente que el personal cedido «siga rigiéndose, temporal o indefinidamente, por la propia normativa que regulaba su relación con anterioridad a la cesión o transferencia»<sup>49</sup>. En tal caso, cabría distinguir «dos supuestos: que la empresa o entidad cesionaria tuviese convenio colectivo propio respecto a sus servidores laborales (*sic*) o que no lo tuviese». En el primer caso, «sería teóricamente discutible si empleadora y trabajadores podrían, válidamente, sustraerse a la aplicación de aquél, al venir impuesta legalmente» por el artículo 82.3 ET. En el caso de no existir tal convenio o contener éste una cláusula de exclusión personal «toda duda al respecto desaparece, pues en tal caso lo único que se hace es llenar un vacío normativo»<sup>50</sup>. En mi opinión, la mera existencia de convenio en la cesionaria no determina, automáticamente, que sea éste el que deba aplicarse, pues, aparte de que junto al artículo 82.3 ET existen otros preceptos legales que podrían aportar solución diferente, no cabe olvidar que, siempre que haya acuerdo interpartes (empresario y representantes de los trabajadores, o éstos directamente) en relación con el convenio a aplicar, éste será el criterio al que habrá que atender preferentemente, tal como ya se apuntó. De otro lado, la existencia de otros preceptos legales que aportan solución distinta -como el art. 44 ET, que establece la aplicación del convenio de la cedente- permite la crítica a la referencia al «vacío normativo» que se produciría cuando no existiese convenio en la cesionaria o éste contuviese cláusula de exclusión. La lógica inaplicación, en tal caso, del artículo 82.3 ET podría ser sustituida por la del referido artículo 44 *ibíd.*, lo que también determinaría la aplicación del convenio de la cedente, aunque parece que el carácter indefinido de ésta sólo puede establecerse a través de pacto interpartes, pues una interpretación coherente del citado último precepto en relación con el artículo 3.º 3 Directiva 77/1987 indica que el mantenimiento del convenio de la cedente sólo es temporal.

Frente a los pactos hasta ahora analizados, cabe referirse a otra manifestación de la autonomía de la voluntad de las partes en orden a determinar el convenio a aplicar<sup>51</sup>. La voluntad de aquéllas no se manifiesta aquí en un pacto expreso -donde el sentir de las mismas concurre simultáneamente-, sino a través de un mecanismo en virtud del cual dichas voluntades se expresan sucesivamente, primero la del empresario y después la de los trabajadores transferidos. Más claramente, en primer lugar, aquél acepta y ofrece voluntariamente a éstos la posibilidad de que sean ellos mismos los que decidan el convenio que les resultará aplicable y, en segundo lugar, los interesados manifiestan su voluntad al respecto. El ofrecimiento de la opción puede realizarse de múltiples maneras, desde la más sencilla y directa (*v. gr.*, «el convenio aplicable será aquel por el que opten los trabajadores»)

<sup>49</sup> En el supuesto de hecho de la STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 4 diciembre 1997 (AS 4306) la empresa cedente («Iberia, Lae») y la cesionaria («Ineuropa Handling») y los sindicatos presentes en las mismas (CCOO, UGT, SITA, ASETMA y USO) firmaron un Acta en la que acordaron que la cesionaria se comprometía a respetar el convenio colectivo vigente entre la cedente y el personal objeto de sucesión.

<sup>50</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 8 junio 1998, *cit.*

<sup>51</sup> Según MARTÍNEZ MORENO (*op. cit.*, pág. 39), cabe destacar «que, por medio de esta técnica, se procede a suplir el mecanismo subrogatorio previsto en el artículo 44 ET».

hasta aquella que presenta matización. Sobre un supuesto de esta naturaleza se ocupa la STS de 15 de enero de 1997<sup>52</sup>, cuyos datos básicos son los siguientes: en el momento de la sucesión, el empresario cesionario envía una carta a cada uno de los trabajadores afectados en orden a informarles que queda subrogado en la posición del anterior y que les serán respetados todos los derechos que legal y convencionalmente les correspondan, salvo que entiendan que «la oferta» que él les hace es, en conjunto, «más favorable» y decidan «adherirse a ella, en cuyo caso deben renunciar» a los derechos anteriores. De la literalidad transcrita parece derivar que lo natural será que los trabajadores cedidos opten por el mantenimiento de las condiciones anteriores, y que si lo hacen por las existentes en la empresa cesionaria será porque éstas son más favorables. La mención a lo «más favorable» parece condicionar la posibilidad de opción por el régimen de la cesionaria a que éste cumpla tal condición, entendiéndose, *a contrario sensu*, que tal opción no existe. Por lo demás, la referencia a la necesidad de renuncia de las condiciones anteriores indica que el convenio que resulte aplicable debe serlo en su totalidad, sin posibilidad de compatibilizar el disfrute de sus condiciones más beneficiosas con las del otro convenio relacionado con la sucesión.

Clara la preferencia de lo acordado por las partes (bien en pacto bilateral bien a través de la opción de los trabajadores consentida por el empresario) frente a otro criterio legal, resulta obvio que sólo a falta de tal acuerdo conviene indagar sobre la idoneidad de otros criterios legales en orden a la solución del conflicto convencional objeto de estudio, lo que me ocupará de seguido.

## 2. Inaplicación del principio de jerarquía normativa (art. 3.º 1 y 2 ET).

Dado que cuando se habla de conflicto entre normas uno de los principales principios que juega en orden a su solución es el de jerarquía normativa, no está de más el plantearse aquí su idoneidad como criterio válido en relación con la selección del convenio a aplicar. Entre las diversas razones que podrían justificar una respuesta afirmativa, cabe destacar las siguientes:

1. El carácter normativo de los convenios en conflicto, por lo que no existiría razón por la que el juego del principio en cuestión debiera reducirse al ámbito propio de las normas estatales;
2. El frecuente y pacífico uso de ciertas expresiones que parecen apuntar a una relación de jerarquía entre los diversos productos convencionales. Así, fórmulas como las de «niveles de negociación» o «ámbito superior» o «inferior de negociación» sugieren, gráficamente, la existencia de una estructura formal de carácter jerárquico<sup>53</sup>, por lo que el juego del principio cuestionado encuentra su campo de aplicación propio cuando la colisión se suscita entre convenios de ámbitos diferentes (*v. gr.*, sectoriales frente a empresariales), y

<sup>52</sup> Ar. 35.

<sup>53</sup> MERCADER UGUINA, J., *op. cit.*, pág. 253. En igual sentido, DESDENTADO BONETE, A.: «La concurrencia de convenios colectivos tras la reforma laboral de 1994», en el volumen *Cuadernos de Derecho Judicial* del CGPJ (Negociación colectiva II) (Madrid, 1995), pág. 67.

3. El artículo 83.2 ET, que al prever la posibilidad de que algunos convenios interfieran en el ámbito de otros -fijando la estructura de la negociación, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de diferente ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de negociación, con exclusión de las materias no negociables en ámbitos inferiores- revela un claro indicio de interdependencia o jerarquía convencional <sup>54</sup>.

Frente a los argumentos recién expuestos, no cabe negar la existencia de otros que suponen un serio obstáculo a la aplicación del principio analizado en orden a la solución del conflicto entre normas convencionales objeto de este trabajo, entre ellos sobresalen los que a continuación se relacionan:

1. El carácter normativo de los convenios no determina la aplicación directa del referido principio <sup>55</sup>, pues, aparte de que en algunos casos la existencia de aquél es cuestionada, para el caso de conflicto entre convenios con tal carácter el legislador parece preferir el de norma más favorable, como se analizará más adelante <sup>56</sup>.
2. La imprecisión y sentido lato de las expresiones que aluden a los diferentes niveles de negociación, que en ningún caso pueden tomarse como indicio de una supuesta relación jerárquica entre los mismos, respondiendo más bien a la descripción gráfica de la mayor o menor extensión de los ámbitos personales de las diferentes unidades de negociación.
3. La inadecuación o inidoneidad del principio cuestionado en orden a la solución del conflicto que surja entre convenios de un mismo tipo de ámbito, cuya autonomía e igualdad no suscita duda.
4. La inexistencia de una diferente calidad o rango normativo entre los convenios estatutarios (jerarquía material <sup>57</sup>), como lo acredita el que todos tengan su fundamento legal en el mismo precepto constitucional (el 37); su consideración unitaria e igualitaria -sin distingo

<sup>54</sup> En este sentido, DIEGUEZ CUERVO, G.: «Determinación de unidades apropiadas de negociación colectiva», en AAVV *VI Jornadas Luso-hispano-brasileiras* (Santiago de Compostela, 1992), pág. 39. También, entre otros, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> F.: «Concurrencia de negociaciones y concurrencia de convenios», *RPS*, 1982, núm. 134, pág. 239; MERCADER UGUINA, J., *op. cit.*, pág. 255 e IGLESIAS CABERO, M., *op. cit.*, pág. 380.

<sup>55</sup> Para ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E. [*Derecho del Trabajo*, 17.<sup>a</sup> ed. (Madrid, 1999), pág. 912], también presenta inconvenientes el pretender aplicar el principio de jerarquía en base a la aplicación supletoria del artículo 1.<sup>o</sup> C.c., pues es muy «difícil entender incluidas» en el término «ley» a que éste se refiere -que alude al Derecho de creación estatal *in genere*- normas propias del Derecho del trabajo, como «los convenios colectivos de regulación de condiciones de trabajo».

<sup>56</sup> *Vide infra*, en este mismo apartado, 4).

<sup>57</sup> MERCADER UGUINA, J., *op. cit.*, pág. 254. También ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.<sup>a</sup> E., *op. cit.*, pág. 885 (todos los convenios colectivos estatutarios tienen un «igual rango con independencia de su ámbito de aplicación»); PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, 5.<sup>a</sup> ed. (Madrid, 1997), pág. 256.

alguno- por el legislador tanto en su comparación frente a las normas estatales (art. 3.º 3 ET) como en su atribución de fuerza vinculante respecto de todos los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación (art. 82.3 *ibíd.*), lo que revela una misma naturaleza; o la general libertad en la fijación de contenidos por cada unidad de contratación, sin que las de ámbito «inferior» se hallen condicionadas a las ámbito «superior», con las excepciones del artículo 83.2 y 84.2 y 3 ET.

5. La posición jurisprudencial que ratifica, en una u otra medida, los argumentos ahora expuestos, al atribuir el mismo valor a todo convenio con independencia de su ámbito<sup>58</sup>, y
6. La imposibilidad de defender, en todo caso, la existencia de una relación jerárquica entre los sujetos negociadores de los diferentes ámbitos de contratación (jerarquía orgánica<sup>59</sup>), con independencia de la concreta sujeción o vinculación que ciertos sujetos puedan experimentar respecto de otros (*v. gr.*, secciones sindicales frente a sindicatos).

Claro lo anterior, parece difícil el poder aceptar, pacíficamente, el criterio de la jerarquía en orden a la solución de la colisión convencional de que se trata, lo que aconseja la indagación sobre la adecuación de otros.

### 3. La exclusión del juego de la no concurrencia entre convenios (art. 84.1 ET).

El análisis del posible juego del artículo 84.1 ET<sup>60</sup> como criterio válido en orden a la solución de la colisión convencional en caso de sucesión de empresa está directamente relacionado con la extraordinaria complejidad de la interpretación de aquél -derivada de su imprecisión terminológica-, así como de su interconexión con el artículo 3.º 3 ET, que también aporta criterios para la solución de los conflictos entre normas pactadas.

Como criterios a favor de la idoneidad del referido precepto podría aludirse, al menos, a los siguientes:

<sup>58</sup> Así, SAN de 20 febrero 1991 (AL, 1991, 685): «el convenio colectivo de sector no es norma de más elevado rango jerárquico que ejerza la fuerza derivada del principio de norma mínima sobre el convenio de empresa», es más, «cada uno de estos convenios tiene su ámbito propio de aplicación, recíprocamente excluyente».

<sup>59</sup> MERCADER UGUINA, J., *op. cit.*, pág. 259 y ss. También LINARES LORENTE, J. A.: «Análisis jurisprudencial sobre la concurrencia de convenios colectivos», *DL*, 1984, núm. 14, pág. 58 (no se concede a las fuerzas sociales de un ámbito superior o más extenso «una mayor jerarquía, ... que no la tienen, ya que su capacidad reguladora es de idéntico rango, cualquiera que sea el área en el que se desenvuelvan») y DESDENTADO BONETE, A., *op. cit.*, pág. 68.

<sup>60</sup> «Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83 y salvo lo previsto en el apartado siguiente».

1. Su propia ubicación y denominación, como lo acredita el que se halle en el específico Título III («De la negociación y de los convenios colectivos») con el -aparentemente- clarividente rótulo de «conurrencia», en alusión a la suscitada entre aquéllos <sup>61</sup>.
2. La posición del extinto Tribunal Central de Trabajo, que tuvo ocasión de manifestar que la colisión que entre convenios se suscita a raíz de una transmisión de empresa debía ser resuelta mediante una interpretación sistemática de los artículos 44 y 84 ET. Así, de la interrelación de los principios de conservación por la empresa cesionaria de las condiciones laborales disfrutadas en la cedente y prohibición de afectación de un convenio durante su vigencia por lo dispuesto en otros de ámbito distinto derivaba la aplicación del convenio colectivo de la cedente, por cuanto dicho convenio gozaba de preferencia en su aplicación «durante el plazo de su vigencia ... respecto a su ámbito propio, sin más modificación que la sustitución del anterior empleador por el nuevo» (art. 44 *ibíd.*) <sup>62</sup>.
3. La posición doctrinal que justifica su teoría de que la duplicidad de estatutos de personal en el ámbito de la empresa cesionaria existe siempre que -en el momento de la sucesión- tanto ésta como la cedente estén sujetas a convenios colectivos diferentes (y no sólo cuando el convenio aplicable en esta última sea más favorable que el de aquélla) en el hecho de que tal alternativa es la más ajustada tanto a la literalidad del artículo 44 ET como al «principio de no afectación entre convenios colectivos», establecido en el 84 ET. Para ser más claros, «el mantenimiento del convenio anterior supondría que su contenido no quedaría afectado, durante su vigencia, por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, conforme a la regla» del referido artículo 84 *ibíd.* <sup>63</sup>. Así se concluye que, aun reconociendo que la teleología de este último precepto «diste de ser la de afrontar» el problema de la existencia de diversos estatutos de personal en los supuestos de transmisión de empresas, no cabe negar la idoneidad de aquél en orden a la solución del problema en cuestión <sup>64</sup>.

<sup>61</sup> En este sentido, STSJ Andalucía (Granada) de 8 mayo 1990 (AS 2718): debe preferirse el artículo 84 frente al artículo 3.º 3 ET porque, entre otros motivos, aquél se encuentra «incardinado en el Título correspondiente a la ordenación de los convenios colectivos, y referido específicamente a la solución de los problemas de concurrencia», mientras que el segundo «aparece situado en el Título I como fórmula de expresión de las fuentes de la relación laboral».

<sup>62</sup> Sentencia de 15 enero 1986 (Ar. TCT 537). Sigue expresamente esta sentencia, aunque sin mención del artículo 44 ET, la de igual Tribunal de 14 julio 1987 (Ar. TCT 15946). De otro lado, a pesar de que algunos autores (SALA FRANCO, T. y PÉREZ DE LOS COBOS, F.: «La homogeneización de los estatutos laborales en los supuestos de fusión por absorción de empresas», *PJ*, 1988, núm. 9, pág. 166; RODRÍGUEZ-PINERO, M.: «Sucesión de empresas, empresas de temporada y continuidad del convenio colectivo», *RL*, 1988-I, pág. 60; PÉREZ DE LOS COBOS, F., *op. cit.*, pág. 546 y MUGA ROBLEDO, A., *op. cit.*, pág. 1.366) ven un cierto antecedente a dicha posición en la sentencia de igual Tribunal de 30 junio 1983 (Ar. TCT 6312: el artículo 44 ET «impone, en los casos de sucesión empresarial, el respeto a los derechos y condiciones que mantenían los trabajadores antes de producirse el cambio de titular de la empresa, de tal manera que no tienen por qué ver alterado el régimen jurídico por el que antes se regían, salvo que por negociación o mejora voluntaria de condiciones deje de regir el anterior sistema»), considero forzado el querer extraer de su literalidad cualquier vinculación con el artículo 84 ET, pues sus argumentos derivan, directamente, de la aplicación del artículo 44 *ibíd.*

<sup>63</sup> CAMPS RUIZ, L. M., *op. ult. cit.*, pág. 74.

<sup>64</sup> SALA FRANCO, T. y PÉREZ DE LOS COBOS, F., *op. cit.*, pág. 168: «el principio definitorio de los estatutos jurídicos laborales en los supuestos de fusión por absorción pasa a ser el temporal y el precepto aplicable el artículo 84 del ET».

4. El carácter «especial» del artículo 84 ET en materia de conflicto entre convenios, lo que le hace prevalecer frente al general del artículo 3.º 3 ET. En este sentido, es lugar común en la doctrina<sup>65</sup> y jurisprudencia<sup>66</sup> el de que aquel precepto consagra la regla *prior in tempore, potior iure*, que permite dar preferencia al primer convenio concluido en el tiempo, sin que, durante su vigencia<sup>67</sup>, pueda ser afectado por otros posteriores, y
5. El que, aun reconociendo la pluralidad de supuestos de concurrencia que puedan presentarse, se considere que, al menos en los «comunes», la «antinomía» entre las normas en cuestión ha de decantarse por la regulación que se contiene en la primera (art. 84 ET)<sup>68</sup> porque, entre otras razones, la aplicación prioritaria de la segunda (art. 3.º 3 ET) dejaría vacía de contenido aquella<sup>69</sup>.

Ahora bien, los argumentos recién expuestos no carecen de claras y graves objeciones, entre ellas la principal se relaciona con la difícil incardinación del supuesto analizado (colisión entre normas convencionales en caso de sucesión de empresa) en el previsto en el artículo 84 ET. Ciertamente, no puede ser de otra forma desde el momento en que, mientras que dicho precepto establece la prohibición de afectación de un convenio que está vigente por otros posteriores, de distinto ámbito<sup>70</sup>, el supuesto de que se trata refleja la colisión que surge -con motivo de la sucesión- entre dos convenios que se hallan en vigor simultáneamente (el de la cedente y el de la cesionaria). En otros términos, el tan citado artículo 84 ET atiende a una colisión de normas que «se prevé para el futuro y que, anticipadamente», se pretende evitar<sup>71</sup>, frente al conflicto ya actual y presente que en el otro caso debe solucionarse<sup>72</sup>. Más específicamente, la «no afectación» exigida por el precepto de que se trata persigue un doble objetivo<sup>73</sup>:

<sup>65</sup> Así, MARTÍN VALDERDE, A., *op. cit.*, págs. 41, 49, 66; IGLESIAS CABERO, M., *op. cit.*, pág. 373; DESDENTADO BONETE, A., *op. cit.*, pág. 73; MERINO SENOVILLA, A.: *Concurrencia de convenios y nueva articulación de la negociación colectiva: un estudio del artículo 84 LET*, en el volumen «La reforma laboral de 1994» (Cuenca, 1996), pág. 242.

<sup>66</sup> *Cfr.* STS de 29 enero 1992 (Ar. 133).

<sup>67</sup> *Ibidem.* En la doctrina, GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Concurrencia y sucesión de convenios y estructura de la negociación colectiva», *REDT*, 1987, núm. 30, pág. 189 y ss.; MARTÍN VALDERDE, A., *op. cit.*, pág. 49.

<sup>68</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 8 mayo 1990, *cit.*

<sup>69</sup> *Ibidem.* En la doctrina, LINARES LORENTE, J. A., *op. cit.*, pág. 66: si en este caso «fueran aplicables los criterios de solución de conflictos» del artículo 3.º 3 ET, «carecería de sentido la prohibición que impone el artículo 84» *ibíd.*

<sup>70</sup> Para MONTROYA MELGAR *et alri*: [*Comentarios al Estatuto de los trabajadores*, 2.ª ed. (Navarra, 1997), pág. 370], no cabe que los convenios sean del mismo ámbito, pues, en tal caso, «no se está ante una concurrencia, sino una sucesión normativa». En igual sentido, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *op. y loc. cit.* Sin embargo, para IGLESIAS CABERO (*op. cit.*, pág. 371), el artículo 84 ET «se ha quedado corto en su proposición, porque la prohibición de concurrencia no solamente entra en juego cuando se trata de convenios colectivos de distinto ámbito, sino también cuando los ámbitos son coincidentes», pues así se deduce de cuanto dispone el artículo 82.3.

<sup>71</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 8 mayo 1990, *cit.*

<sup>72</sup> En la doctrina, MARTÍN VALDERDE, A., *op. cit.*, pág. 69 y GONZÁLEZ BIEDMA, E., *op. cit.*, pág. 267.

<sup>73</sup> *Cfr.* MUGA ROBLEDÓ, A., *op. cit.*, pág. 1.367.

- a) Mantener la identidad y estabilidad del ámbito de aplicación de un convenio, evitando que, durante su vigencia, se vea vulnerado o menoscabado por otros, como ocurriría si, vigente un convenio de ámbito superior (provincial, estatal, etc.), se negociase otro de ámbito inferior ya incluido en aquél (v. gr., empresarial, provincial), y
- b) Garantizar la íntegra aplicación de un convenio de ámbito inferior cuando entre en vigor otro de ámbito superior, en cuyo ámbito debería quedar, en principio, integrado aquél.

Claro lo anterior, resulta obvio que ambos objetivos son ajenos al supuesto de colisión entre normas convencionales en caso de sucesión de empresas y al propio artículo 44 ET, en que no existe una unidad convencional cuya intangibilidad deba ser salvaguardada<sup>74</sup>. En fin, así las cosas, no cabe el considerar al supuesto estudiado como un caso típico de concurrencia de convenios, mereciendo, como mucho y en sentido lato, la calificación de concurrencia *sui generis*<sup>75</sup> o, mejor aún, cualquier otra que omita tal vocablo<sup>76</sup>. En este sentido, cuando alguna sentencia<sup>77</sup> manifiesta que la regla del artículo 84 ET se aplicará, al menos, a los supuestos «comunes» de concurrencia parece estar reconociendo la existencia de otros (como el que es objeto de estudio) que, aun denominados así, no encajan en la solución de aquél.

Otras tachas también importantes a la aplicación del artículo 84 ET son las que a continuación se relacionan:

1. El que no resulte determinante el que el precepto cuestionado se sitúe en sede de negociación colectiva, pues no cabe olvidar la existencia de reglas propias en materia de sucesión empresarial (art. 44 ET), así como las generales del sistema de fuentes (art. 3.º 3 *ibíd.*).
2. Los posibles reproches que la posición del TCT presenta, como lo demuestra el que, aparte de minoritaria, haya sido abandonada posteriormente, tanto por ese propio Tribunal como por otros. Destaca entre esos reproches, el forzado recurso al artículo 84.1 ET, así como su innecesariedad al alegar ya directamente el contenido del 44, y
3. La existencia de una posición doctrinal que incluso ve en el artículo 84 ET una mera garantía de signo negativo, concretada en la unidad e intangibilidad del convenio, que excluye -en principio y salvo previsión expresa- la aplicación a un mismo supuesto de hecho de preceptos de diferentes convenios y establece la no sumisión de uno a los criterios pre-

<sup>74</sup> En sentido similar, LÓPEZ ANIORTE, M.ª C., *op. cit.*, pág. 58: no existe un «convenio afectado y otro afectante, por lo que no es posible determinar cuál es el convenio tutelado por la prohibición de no afectación». También MONEREO PÉREZ, J. L., *op. cit.*, pág. 202.

<sup>75</sup> GONZÁLEZ BIEDMA, E., *op. y loc. ult. cit.* En sentido similar, de «supuesto especial de concurrencia» habla MARTÍN VALDERDE, A., *op. cit.*, pág. 70.

<sup>76</sup> Para MUGA ROBLEDO (*op. cit.*, pág. 1.368), se está ante un «supuesto excepcional» dentro de la colisión de convenios, que, «precisamente por su excepcionalidad, hace inaplicables las reglas específicas de la concurrencia».

<sup>77</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 8 mayo 1990, *cit.*

vistos en otros. Tal posición impide apreciar en el referido precepto un «criterio de selección» en orden a la solución del conflicto convencional y obliga a acudir, directamente, a otros, principalmente al recogido en el artículo 3.º 3 *ibíd* <sup>78</sup>.

Los reproches recién expuestos a la posición ahora analizada, muchos de ellos directamente relacionados con la reivindicación de la mejor aplicabilidad del último precepto citado, aconsejan el examen inmediato de éste.

#### 4. El recurso al principio de norma más favorable (art. 3.º 3 ET)

Cuando se plantea la colisión entre convenios con ocasión de la sucesión de empresa, uno de los principios estrella a tener en cuenta en orden a la elección del convenio a aplicar es, sin duda, el del ya aludido artículo 3.º 3 ET. Según éste, «los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como *pactadas*, que deberán respetar en todo caso los mínimos de derecho necesario, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables».

##### 4.1. Fundamento.

Como argumentos a favor de la inicial aplicabilidad al caso analizado del referido principio, cabe destacar, al menos, los siguientes:

1. Su carácter «histórico» y consideración de auténtica «alma» del Derecho del Trabajo <sup>79</sup>, al relacionarse con los propios orígenes y finalidad de éste, en cuanto instrumento de recomposición de las originariamente desiguales posiciones de las partes de la relación laboral. Ciertamente, es lugar común en la doctrina su aceptación como principio más tuitivo de los intereses de los trabajadores, en la medida en que, al reclamar y permitir únicamente la solución más favorable a dichos intereses, es el que mejor salvaguarda la posición contractual de aquéllos. Precisamente, esta parece ser la idea presente cuando, en relación con un supuesto de sucesión de empresas en que la cedente queda vinculada por un convenio provincial y la cesionaria por otro estatal, se concluye que, dado que -a tenor de lo dispuesto en el art. 44 ET- ésta se subroga en los derechos y obligaciones de aquélla y de que no «se puede modificar, en perjuicio del trabajador, el convenio aplicable», éste será el que resul-

<sup>78</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: «Acuerdos Interprofesionales, centralización de la negociación colectiva y Ley del Estatuto de los Trabajadores», *RPS*, 1983, núm. 137, pág. 356; MARTÍN VALDERDE, A., *op. cit.*, pág. 86 (el art. 84 ET contiene una «regulación de prevención de la concurrencia de convenios evitando su acaecimiento y no una regulación de la solución de los mismos una vez producidos»).

<sup>79</sup> MERCADER UGUINA, J., *op. cit.*, pág. 271.

te «más beneficioso» para aquél<sup>80</sup>. En otras palabras, resulta «claro que el convenio aplicable debe ser» el que contenga «normativas más favorables»<sup>81</sup>. De este modo, el artículo 3.º 3 ET matiza la aplicación automática de la regla prevista en el artículo 44, «acomodándola a las previsiones del Derecho interno sobre determinación de la normativa aplicable al caso de conflicto de normas», en el sentido de condicionar la conservación de las condiciones derivadas del convenio anterior «a su mayor favorabilidad»<sup>82</sup>. Así pues, desde este punto de vista, desaparecería la regla de la aplicación automática del último precepto citado, pues, aun en el caso de que resultase aplicable el convenio colectivo de la cedente, su justificación se hallaría en la mayor protección que concediese a los trabajadores incluidos en su ámbito, no en la literalidad de aquél.

2. Su estimación de principio coherente, «flexible y realista», como lo demuestra el que el juego del artículo 3.º 3 ET evite los múltiples problemas derivados del mantenimiento automático e íntegro del acervo convencional de procedencia (art. 44.1 ET) (v. gr.: jurídico-laborales, de administración de personal, de duplicidad de estatutos personales y su posible discriminación) o, en su caso, los relacionados con la inmediata y brusca aplicación del convenio de la empresa cesionaria<sup>83</sup>. La posibilidad de elección de uno u otro en atención a su mayor favorabilidad permite una solución ajustada al caso y respetuosa con la voluntad e intereses de los trabajadores afectados.
3. La fácil y coherente incardinación del supuesto analizado en el del artículo 3.º 3 ET. Ciertamente, a diferencia de lo previsto en el artículo 84 ET, que previene o soluciona la concurrencia de un convenio anterior frente a otros posteriores de diferente ámbito, el referido precepto prevé una solución para una situación de presente, en la que el conflicto ya se ha producido<sup>84</sup>, por lo que, desde esta perspectiva, su aplicación resultaría adecuada al conflicto inherente a la sucesión empresarial cuando ambas empresas implicadas tienen convenios en vigor. En este sentido se expresan algunos autores, pues, al partir de que el ordenamiento jurídico ofrece dos criterios posibles en orden a la solución de la colisión convencional que me ocupa, la exclusión del artículo 84 ET por la razón recién expuesta conduce, inevitablemente, a la aplicación del otro<sup>85</sup>, y
4. Su amplia aceptación doctrinal y jurisprudencial, como lo acredita la paternidad de muchos de los argumentos recién expuestos.

<sup>80</sup> STS de 18 diciembre 1990 (Ar. 9808). También STSJ Cataluña de 3 noviembre 1992 (AS 5486).

<sup>81</sup> STSJ Madrid de 7 septiembre 1995 (AS 3303), en relación con un supuesto de fusión por absorción entre el Banco de Crédito Industrial (BCI) (absorbido) y el Banco Exterior de España (BEX) (absorbente).

<sup>82</sup> STSJ Murcia de 2 septiembre 1996, *cit.*

<sup>83</sup> MARTÍN VALDERDE, A., *op. cit.*, pág. 70.

<sup>84</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 8 mayo 1990, *cit.*

<sup>85</sup> Así, MUGA ROBLEDO, A., *op. cit.*, pág. 1.368; LÓPEZ ANIORTE, M.ª C., *op. y loc. cit.* («no siendo en este caso aplicable el art. 84, norma especial frente al art. 3.º 3, podría adquirir virtualidad la regla de la norma más favorable») y MARTÍN VALDERDE, A., *op. cit.*, pág. 66 («se trata de un conflicto actual entre los preceptos de dos normas pactadas, en vigor y en condiciones de aplicación ambas al mismo tiempo», por lo que se requiere «no un tratamiento preventivo, sino una regla de solución *ex post facto*»).

#### 4.2. Formulación del principio y determinación del convenio más favorable.

El juego del criterio del artículo 3.º 3 ET puede plantearse de dos maneras diferentes. Una de ellas consiste en la formulación del principio de manera «neutra» o general, según la que «se aplicará el convenio que resulte más favorable», sea cual sea éste. La otra parte de la aplicación preferente de uno de los convenios en liza (el de la cedente o cesionaria <sup>86</sup>), cuya única excepción se relaciona con la mayor favorabilidad del otro. Normalmente, el convenio que se toma como preferente es el de la cedente, lo que se relaciona directamente con la intangibilidad de la posición contractual de los trabajadores transferidos, manteniendo, en la medida de lo posible, los derechos y obligaciones anteriores, entre ellos el propio convenio hasta entonces aplicable. En este sentido, se expresa alguna sentencia cuando manifiesta que «la excepción a la plena efectividad de la sucesión, también respecto a la intangibilidad de las condiciones laborales, sólo puede venir dada en el supuesto de que se acredite más favorable la aplicación del convenio» de la empresa cesionaria <sup>87</sup>. En otras palabras, «carece de toda consistencia» la tesis de que el artículo 44 ET exige el mantenimiento de las condiciones que tuvieran los trabajadores en la empresa anterior «con olvido de la valoración» de las mismas, pues tales condiciones «únicamente se mantendrían en el supuesto de ser más favorables», pero no si lo eran las de la nueva empresa <sup>88</sup>. Aunque inicialmente pueda apreciarse que este tipo de formulación proporciona dos criterios subsidiariamente unidos en orden a la solución de la colisión entre convenios (el principal, el convenio de la cedente; el subsidiario, el de la cesionaria), una lectura más detenida conduce a concluir que, al final, el único criterio que se aplica es siempre el del convenio más favorable. Con todo, esta particular formulación del principio en cuestión tiene una consecuencia importante: la de su prueba. Ciertamente, si la aplicación de lo más favorable se formula con carácter general, el debate se centrará más bien en quién debe precisar o elegir la norma que resulta más beneficiosa, que serán las partes directamente o sus representantes, salvo que, por acuerdo, se decida que sea un tercero o, por desacuerdo, el órgano jurisdiccional. Sin embargo, la segunda formulación, al indicar el convenio que debe elegirse, así como cuándo debe excepcionarse su aplicación, parece centrar la cuestión en quién ha de probar la procedencia de tal excepción. Sobre este particular, resulta lógico que el que alegue tal excepción sea el que tenga que probarla <sup>89</sup>.

De aceptarse la posición ahora analizada, uno de los problemas más importantes de la aplicación del principio de que se trata es el de la determinación de cuál sea el convenio más favorable para los trabajadores transferidos. Ciertamente, la favorabilidad es un dato de imposible identifica-

<sup>86</sup> En este sentido, IGLESIAS CABERO (*op. cit.*, pág. 118), que parece partir de la aplicación del convenio de la cesionaria, salvo que el de la cedente sea más favorable.

<sup>87</sup> STSJ Cantabria de 20 marzo 1997 (AS 565). El mismo criterio parece encontrarse en alguna sentencia que, tras razonar que el que la nueva empresa tenga que mantener las condiciones de la cedente no supone que los trabajadores objeto de subrogación no posean el «derecho a percibir las *mejoras*» que aquélla ofrezca a sus trabajadores» (so pena de discriminación), declara aplicable el convenio colectivo de la empresa cesionaria en cuanto más favorable (STS de 15 septiembre 1989; Ar. 6444).

<sup>88</sup> STS de 22 junio 1993 (Ar. 4775). No empece al valor de tales consideraciones el que hayan sido formuladas *obiter dicta* (todo ello se manifiesta «con independencia de que estas alegaciones constituyen una cuestión nueva no susceptible de ser aducida en un recurso extraordinario, al no haber sido hasta ahora objeto de debate»).

<sup>89</sup> STSJ Cantabria de 20 marzo 1997, *cit.*

ción *a priori*, pues la norma que la promueve es deliberadamente ambigua o, quizá mejor, no estaba en ella el ser más precisa. A diferencia de otros principios, como el temporal o el de especialidad, que llevan en su propia formulación la indicación de la concreta norma a aplicar, el ahora estudiado se limita a señalar el criterio que han de seguir las partes en orden a la selección del convenio que ha de regir, pero se omite la concreción directa de cuál pueda ser éste. Así pues, el juego del criterio del artículo 3.º 3 ET requiere siempre, necesariamente, un previo proceso de análisis y comparación entre las normas en conflicto. En este sentido, resulta lugar común en la doctrina y jurisprudencia la aceptación de dos vías para determinar en cada caso el convenio que resulta más favorable: comparación global y acumulación.

La técnica de la comparación global o «conglobamiento» compara bloques normativos y aplica uno sólo -el más favorable- a modo de conjunto unitario<sup>90</sup>, incluso en aquellas condiciones laborales en las que su regulación sea inferior a la de la otra norma convencional objeto de contraste, siempre que, lógicamente, aquél salve la «vinculatoriedad de los mínimos de derecho necesario»<sup>91</sup>, no susceptibles de compensación internormativa<sup>92</sup>, tal como exige el propio artículo 3.º 3 ET. La técnica en cuestión admite, según consideración unánime, dos modalidades principales. La primera de ellas, denominada conglobamiento «indiscriminado»<sup>93</sup>, parte de la comparación total de las normas, cual bloques compactos e íntegros, por lo que presenta especiales dificultades cuando de equiparar convenios colectivos se trata. Ciertamente, la típica variedad de contenidos -propia de éstos- impide o, al menos, dificulta una pacífica y natural comparación entre algunas de sus cláusulas, pues la particularidad de la materia puede encontrar regulación en una, pero no en otra<sup>94</sup>. A pesar del difícil ajuste entre las normas, así como el esfuerzo y complejidad que implica la comparación total de las mismas, esta posición no carece de apoyos doctrinales<sup>95</sup> y jurisprudenciales<sup>96</sup>.

<sup>90</sup> Así, STSJ Aragón de 25 noviembre 1992 (AS 5793).

<sup>91</sup> STSJ Murcia de 2 septiembre 1996, *cit.* Según STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 18 noviembre 1993 (AS 4779).

<sup>92</sup> STSJ Murcia de 2 septiembre 1996, *cit.*

<sup>93</sup> OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho sindical*, 5.ª ed. (Madrid, 1991), pág. 728.

<sup>94</sup> Así, CAMPS RUIZ, L. M.: *Los principios de norma más favorable y de condición más beneficiosa en las fuentes del derecho español del trabajo* (Madrid, 1976), pág. 147 y ss. Para SALA FRANCO, T. *et alri* [*Derecho del Trabajo (fuentes y contrato individual)*], (Valencia, 1999), pág. 188], en rigor, el criterio analizado nunca ha sido utilizado de forma completa, ya sea por «dificultades prácticas -como la frecuente heterogeneidad de las materias a comparar o la diversa extensión de los contenidos normativos-», ya sea por la consideración de que «determinados derechos o condiciones deben ser respetados en todo caso, sin posibilidad de supresión en el contexto de un tratamiento más favorable en su conjunto».

<sup>95</sup> *Cfr.* ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E., *op. cit.*, pág. 887 y MONTROYA MELGAR, A.: *Derecho del Trabajo*, 19.ª ed. (Madrid, 1998), pág. 221.

<sup>96</sup> Así, entre otras, STSJ Andalucía (Sevilla) de 19 mayo 1992 (AS 6509) y Andalucía (Granada) de 5 julio 1993 (AS 3250: la comparación de una norma con otra se hace «en conjunto»).

La segunda modalidad de la técnica comparativa ahora analizada admite diversas denominaciones: conglobamiento homogéneo <sup>97</sup>, analítico <sup>98</sup>, modular <sup>99</sup> o, si se quiere, selectivo. Se trata aquí de comparar no los convenios en bloque, sino unidades temáticas o grupos homogéneos de materias o, en otras palabras, la regulación de un concepto o institución en uno y otro (*v. gr.*, salarios, vacaciones, etc.). Como argumentos a favor de la elección preferente por esta modalidad, cabe aludir a los siguientes:

1. Su mejor ajuste a la literalidad del artículo 3.º 3 ET, que expresamente se refiere a «los conflictos entre los *preceptos* de dos o más normas laborales». Además, su reclamo de la aplicación de «lo más favorable», y no de «la norma más favorable», indican que la comparación se formula entre preceptos concretos <sup>100</sup>. Por lo demás, la apreciación «en su conjunto y en cómputo anual respecto de los conceptos cuantificables» (*v. gr.*, salarios, vacaciones, jornadas) <sup>101</sup> también viene referido a «los conflictos originados entre los preceptos» de las normas, y
2. Su aceptación doctrinal <sup>102</sup> y jurisprudencial <sup>103</sup>, tanto en relación con el conflicto general de normas como con el específico aquí analizado. En este último sentido, se confirma en suplicación alguna sentencia de instancia que opta por el convenio de la cesionaria, al considerarse que el órgano *a quo*, tras el «examen comparativo», concluyó -«con arreglo a las pautas de la sana crítica»- que el referido convenio era, «en su conjunto», más favorable que el de la cedente. No obsta a ello, el que en orden al referido examen se haya atendido, «exclusivamente», a las «condiciones económicas pactadas en los pactos cotejados» <sup>104</sup>.

La segunda técnica propuesta como útil en orden a la determinación del convenio más favorable es la de la acumulación. Esta técnica, también denominada de «espiguelo», consiste en la selección y aplicación de las cláusulas más favorables de cada una de las normas en conflicto, por lo que, lo que finalmente se aplique, será un conjunto de cláusulas cuya característica común se relacionará, no con su origen o pertenencia a una misma norma, sino con su mayor favorabilidad. En otras palabras, la aplicación de «lo más favorable» no se condiciona al juego unitario de la norma, pues la búsqueda de lo que aquello sea permite el «espiguelo» por las distintas normas enfrentadas,

<sup>97</sup> OJEDA AVILÉS, A., *op. cit.*, pág. 732.

<sup>98</sup> SALA FRANCO, T. *et altri, op. y loc. cit.*

<sup>99</sup> MERCADER UGUINA, J., *op. cit.*, pág. 293.

<sup>100</sup> *Ibidem.*, pág. 294.

<sup>101</sup> La referencia a los «conceptos cuantificables» significa que para que, respecto a una concreta cuestión, «pueda determinarse cuál es la norma más favorable deban poder medirse las consecuencias» que la aplicación de una y otra norma conlleva para los trabajadores (STSJ Extremadura de 9 diciembre 1998; AS 4669).

<sup>102</sup> *Cfr.* PALOMEQUE LÓPEZ, M.-C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo* (Madrid, 1997), pág. 369.

<sup>103</sup> Así, STS de 8 julio 1991 (Ar. 5874).

<sup>104</sup> STSJ Murcia de 2 septiembre 1996, *cit.*

configurándose el resultado final a modo de un «*collage* convencional». Por lo que respecta a la doctrina y jurisprudencia españolas, tradicional y unánime es su rechazo a la hora de juzgar sobre la idoneidad de esta técnica de selección de convenios. Se apunta, en este sentido, que dicha técnica vulnera la regla general que exige «la aplicación a un determinado ámbito de un sólo convenio», con exclusión de cualquier otro, lo que se entiende desde la consideración de que el convenio colectivo es «un todo orgánico e interrelacionado, producto de una conjunción de intereses contrapuestos, en el que las condiciones o derechos reconocidos se compensan mutuamente»<sup>105</sup>. Ciertamente, la técnica de la acumulación vulnera el delicado y aceptado equilibrio que, en relación con los contrapuestos intereses de las partes (caracterizado por recíprocas concesiones de derechos y obligaciones), el convenio consagra<sup>106</sup>. Así pues, cabe concluir sobre la aplicación de un sólo convenio, el que, como unidad, resulte más favorable a los trabajadores, lo que hay que entender en el sentido de que «no cabe ir escogiendo lo más favorable» y rechazando «lo adverso» de cada una de las normas en conflicto<sup>107</sup>. La teoría del «englobamiento» o unidad de convenio exige aceptar la norma en su totalidad, sin discriminación de lo perjudicial o menos favorable y reclamación de lo que, unilateral y aisladamente, resulte más beneficioso<sup>108</sup>. En palabras de alguna decisión judicial que opta por la aplicación del convenio de la cedente, los trabajadores subrogados pasan a regirse «sólo por el convenio aplicable en su unidad de encuadramiento y no ... por uno y otro simultáneamente, mediante un fraccionamiento de ambos, capaz de hibridar un anómalo estatuto, inadmisibles en su falta de legitimidad por todos los conceptos, mecanismos cuyo rechazo traduce el llamado principio de unidad de convenio»<sup>109</sup>. En otros términos más claros, no cabe, tras la sucesión, «seguir aprovechando los nuevos beneficios que sigan incorporándose al convenio de procedencia -sin soportar las contrapartidas-, uniéndolos a los que, sin duda, irán enriqueciendo el contenido del aplicable en su unidad de destino»<sup>110</sup>. Por lo demás, resulta evidente que la pretensión de la aplicación de lo más favorable que pueda contener o incorporarse al anterior convenio no puede ampararse en la prohibición de la renuncia a derechos amparados en normas de *ius cogens* (art. 3.º 5 ET)<sup>111</sup>.

<sup>105</sup> *Ibidem.*. También STCT de 15 septiembre 1988 (Ar. TCT 5539) y STSJ Cantabria de 5 febrero 1992 (AS 648).

<sup>106</sup> Así, STSJ Andalucía (Sevilla) de 22 abril 1992 (AS 6490). De otro lado, para MERCADER UGUINA (*op. cit.*, pág. 296), esta técnica «supondría la exigencia de un conjunto de beneficios que, difícilmente, hubiesen sido aprobados por la otra parte».

<sup>107</sup> STCT de 2 febrero 1982 (Ar. TCT 1207). Asimismo, SSTSJ Madrid de 28 enero 1991 (AS 890), Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 26 abril 1991 (AS 2374), Cataluña de 24 enero y País Vasco de 21 junio de 1994, ambas (AS 163 y 2679), Castilla y León (Burgos) de 19 abril 1995 (AS 1340: hay «necesidad de huir de la técnica del espiguelo normativo») y Andalucía (Málaga) de 13 marzo 1995 (AS 1020).

<sup>108</sup> STCT de 15 septiembre 1988, *cit.* En igual sentido, STCT de 7 octubre 1987 (Ar. TCT 20984) y STS de 29 abril 1993 (Ar. 3381: «el convenio colectivo constituye un todo orgánico, de aplicación global, no siendo lícito pretender el amparo de una cláusula específica más beneficiosa y eludir otras, más perjudiciales»). También STSJ País Vasco de 20 mayo 1997 (AS 2168).

<sup>109</sup> STSJ Madrid de 29 enero 1991 (AS 913).

<sup>110</sup> *Ibidem.*

<sup>111</sup> *Ibidem.*

### 4.3. Crítica.

A pesar de la variedad y razonabilidad de los argumentos expuestos a favor de la aplicación del artículo 3.º 3 ET, no cabe obviar la existencia de opiniones y criterios en contra, entre los que destacan los siguientes:

1. *La no aceptación de una relación jerárquica de garantía de mínimos.* Dado que la existencia de cualquier convenio colectivo se relaciona con el respeto a los mínimos legales de derecho necesario e, incluso -más exactamente- con la mejora de los mismos, el juego del principio de favor en el ámbito convencional sólo se entendería desde la aceptación de una «relación jerárquica de garantía de mínimos» entre los convenios de que se tratase, de suerte que cada uno de los de rango superior estableciera un mínimo que no pudiera ser vulnerado por otros de rango inferior <sup>112</sup>. Pues bien, el rechazo de tal relación jerárquica lleva a algún autor <sup>113</sup>, a negar la aplicabilidad de tal principio en orden a la solución de conflictos entre normas convencionales.
2. *La inexistencia de un supuesto de concurrencia de convenios,* por lo que no se justifica, para algún autor, el juego del precepto ahora analizado <sup>114</sup>. Aunque no se aportan explicaciones al respecto, la negación de la existencia de un supuesto de concurrencia, en sentido lato, y la consiguiente innecesariedad de la aplicación de una regla de solución de conflictos como la del repetidas veces citado artículo 3.º 3 ET se relaciona con un enfoque distinto de la situación. Dicho enfoque parte de la preferencia aplicativa del convenio colectivo de la cedente por expresa voluntad del legislador (art. 44.1 ET) <sup>115</sup>. Por lo demás, aun cuando se ha concluido que no se está ante un supuesto típico de concurrencia, no cabe olvidar que si el mismo existiese el precepto a aplicar sería el artículo 84 ET, no el aquí cuestionado.
3. *La difícil admisión de la posible aplicabilidad del convenio colectivo de la cedente a los trabajadores propios de la cesionaria,* como tendría que aceptarse de jugar el artículo 3.º 3 ET. En este sentido, se apunta que dicho precepto debería jugar «en ambas direcciones», lo que conduciría a resultados «imprevisibles», pues podría determinar -en función del que fuese el más favorable- tanto la aplicación del convenio de la adquirente también a los trabajadores procedentes de la cedida; como el de ésta a los trabajadores que ya estaban en la adquirente antes de la transmisión. Como se aprecia, esta posición excluye de plano la duplicidad de estatutos de personal en la nueva empresa, al aplicarse a todos sus

<sup>112</sup> GONZÁLEZ POSADA, E.: «Los convenios colectivos de eficacia general y su aplicación a las PYMES», en AAVV *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas* (Madrid, 1982), pág. 130 y ss.

<sup>113</sup> MERCADER UGUINA, J., *op. cit.*, pág. 279.

<sup>114</sup> CAMPS RUIZ, L. M.: *Puntos críticos ...*, *cit.*, pág. 79.

<sup>115</sup> En igual sentido, VALDÉS DAL-RE, F., *op. cit.*, pág. 17; PÉREZ DE LOS COBOS, F., *op. cit.*, pág. 547.

trabajadores un único y mismo convenio, «ya fuera el original, ya fuera el propio de la empresa adquirida»<sup>116</sup>. Con todo, en mi opinión, con independencia de la admisibilidad de este criterio en orden a la elección del convenio a aplicar, los trabajadores propios de la empresa cesionaria deben quedar al margen del mismo y seguir rigiendo su relación laboral por el convenio colectivo de su empresa<sup>117</sup>. Parecen confirmar esta opinión todas las voces que sostienen que la sucesión conlleva, en todo caso (y no sólo cuando el convenio de la cedente es más favorable), la duplicidad de estatutos de personal dentro de la empresa adquirente, por mantenerse a los trabajadores transferidos el convenio de la adquirida, de lo que se deduce que éste no se extiende a toda la plantilla de aquélla. Asimismo, no falta alguna sentencia del TJCE que aporta -aunque indirecta y enrevesadamente- argumentos en favor de esta última posición, al disponer que el artículo 3.º 3 Directiva 77/187 debe ser interpretado en el sentido de que «no obliga al cesionario a mantener las condiciones de trabajo establecidas por un convenio colectivo» respecto de «los trabajadores que no estaban empleados en la empresa en la fecha de la transmisión»<sup>118</sup>. De la literalidad transcrita cabe extraer que el convenio de la empresa cedente sigue aplicándose en relación con los trabajadores que, en el momento de la sucesión, ya pertenecían a aquélla, pero no respecto de los que, tras ésta, sean contratados por la cesionaria. De ello se deduce, por tanto, que:

- a) Tales trabajadores se regirán por el mismo convenio que el resto de los trabajadores propios de esta última; y
- b) Que a éstos se les aplica un convenio diferente que el de los trabajadores transferidos<sup>119</sup>.

4. *La incapacidad del artículo 3.º 3 ET en orden a la solución de todo tipo de conflictos convencionales.* Ciertamente, aunque aquí se parte del carácter estatutario de los dos convenios enfrentados, no cabe olvidar que existen otros que carecen del mismo por inobservancia en su negociación de alguna de las reglas previstas en el Título III del ET, por lo que, entonces, no cabría acudir al referido precepto. Como se ha apuntado, éste no puede ser invocado con un «mínimo de rigor y coherencia jurídicos» en aquellos casos en que no

<sup>116</sup> CAMPS RUIZ, L. M., *op. y loc. ult. cit.*

<sup>117</sup> A pesar de que entiende aplicable el artículo 3.º 3 ET, éste también parece ser el sentir de MUGA ROBLEDO (*op. y loc. ult. cit.*), al disponer que «si el convenio de la empresa absorbida garantiza *al colectivo transferido* mejores condiciones que el de la absorbente tendrá aplicación preferente el artículo 44 ET, y *el colectivo transferido* conservará su convenio de origen, sin quedar incluido en el campo de aplicación del convenio vigente a la que se han incorporado» (la cursiva es mía).

<sup>118</sup> Sentencia de 17 diciembre 1987 (Asunto C-287/86; R 1987-11).

<sup>119</sup> CAMPS RUIZ, L. M., *op. ult. cit.*, pág. 80.

se produce un «verdadero conflicto de normas»<sup>120</sup>, como parece ocurrir en tales casos, según la posición mayoritaria que niega carácter normativo a tales productos de la autonomía colectiva. En otras palabras, si el convenio extraestatutario no se integra en el sistema formal de fuentes del Derecho del trabajo, «como así sucede, no es dable atribuirle la cualidad de norma aplicable *ex artículo 3.º 3 ET*»<sup>121</sup>, y

5. *La existencia de alguna decisión judicial que niega abiertamente la aplicabilidad del principio de la norma más favorable.* En este sentido, se dispone taxativamente que «el convenio colectivo aplicable es el que conforme a derecho corresponda, con independencia del más favorable»<sup>122</sup>. Así, por ejemplo, el hecho de que el artículo 44 ET obligue a la nueva empresa a respetar los derechos consolidados no implica que a los trabajadores transferidos se les aplique, automáticamente, el convenio colectivo de aquella por el sólo hecho «de ser más favorable»<sup>123</sup>.

## 5. La aplicación del convenio colectivo de la cesionaria (art. 82.3 ET).

La correcta elección del convenio a aplicar en el caso de conflicto convencional ligado a la sucesión de empresa aún requiere el análisis de la idoneidad de otros dos criterios: los previstos en los artículos 44.1 y 82.3, párrafo primero ET. Dichos criterios comparten, aparte de su máxima importancia (como lo acredita la trascendencia que cada uno de esos preceptos tiene en su respectiva sede: sucesión de empresa y negociación colectiva), la característica del ofrecimiento directo de una de las dos posibles soluciones a dicho conflicto. En otras palabras, la opción por uno u otro de los preceptos legales como criterio de solución de éste lleva implícita la respuesta a cuál sea el concreto convenio que ha de regir, que no puede ser otro que el de la cedente o cesionaria. Se está, por lo tanto, ante unos criterios de elección de doble contenido, al proporcionar tanto la pauta a seguir en orden a la determinación del convenio como la indicación de cuál haya de ser éste. Se evita, así, la necesidad de un ulterior análisis de las partes respecto de la concreción del convenio aplicable en cada caso, como ocurriría, por ejemplo, con el criterio de norma más favorable (art. 3.º 3 ET) o prohibición de concurrencia entre convenios (art. 84 *ibíd.*).

### 5.1. Configuración general.

Por lo que respecta al criterio de elección que opta por el convenio colectivo de la empresa cesionaria, resulta evidente que su fundamento se encuentra en el artículo 82.3, párrafo primero, ET, según el que «los convenios colectivos regulados por esta Ley obligan a todos los empresarios y tra-

<sup>120</sup> VALDÉS DAL-RE, F., *op. y loc. ult. cit.*

<sup>121</sup> *Ibidem.*

<sup>122</sup> STSJ País Vasco de 27 mayo 1997, *cit.*

<sup>123</sup> *Ibidem.*

bajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia». Consagra este precepto la denominada eficacia general o *erga omnes* del convenio estatutario, por la que éste resulta aplicable a todos los empresarios y trabajadores comprendidos en su ámbito de aplicación<sup>124</sup>, con independencia de circunstancias tales como su afiliación o no a las concretas organizaciones patronales y sindicales que lo hayan negociado<sup>125</sup> o el momento y vía de incorporación a dicho ámbito. Desde este punto de vista, vigente un convenio estatutario en una empresa, su efecto vinculante obliga a que todos los trabajadores que se incorporen a la misma queden integrados en el ámbito de aquél<sup>126</sup>, tanto en el caso de que la integración responda a una contratación directa como a una subrogación empresarial, y aunque, en este caso, en la empresa cedente rigiese convenio diferente.

En este sentido, se ha apuntado, en relación con un supuesto de integración del «Organismo autónomo Medios de comunicación social» en el Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, que el convenio colectivo de la empresa cedente «carece, desde el momento de la integración, de la fuerza y eficacia de norma jurídica con respecto a la nueva relación» que surge a partir de aquélla<sup>127</sup>. En otras palabras, tras la sucesión, el convenio de la cedente, «que continúa vigente en su unidad de negociación», no resulta aplicable a los trabajadores afectados por aquélla, porque ya «no se encuentran incluidos» en dicha unidad, «rigiéndose por el existente en la nueva ... a la que se incorporan»<sup>128</sup>. Según lo anterior, la sucesión origina una relación laboral nueva para los trabajadores transferidos, a los que habrá que aplicar la normativa propia del actual empresario<sup>129</sup>. La subrogación empresarial se configura así, respecto de los referidos trabajadores, como causa extintiva de la eficacia de la normativa precedente y de entrada en vigor de la propia de la nueva empresa. Dicha pérdida y adquisición de eficacia juega de forma automática, sin lugar a la voluntad de las partes. En sentido similar, no faltan pronunciamientos jurisprudenciales señalando, con contundencia, que «carece por completo de razón y es totalmente contrario» a las más elementales reglas de la negociación colectiva el pretender el «que se siga aplicando, en sus cláusulas normativas, un convenio colectivo que regula las relaciones laborales» de una empresa ya inexistente (en el caso de desaparecer por absorción o fusión, aunque nada impide que algunos centros mantengan su actividad) y «a un trabajador que presta servicios a otra entidad diferente, la cual -a su vez- tiene convenio propio»<sup>130</sup>. Así pues, resulta imposible la aplicación a este trabajador -objeto de subrogación- de determinadas cláusulas del convenio de su anterior empresa, por serlo -a partir de aquélla- ya de otra, por lo que se le «deberá

<sup>124</sup> Cfr. STC. 108/1989, de 8 junio (BJC, 1989, núm. 99, pág. 1.130 y ss.).

<sup>125</sup> En este sentido, a modo de ejemplo, SSTCT de 20 abril y 18 octubre 1982 (Ar. TCT 2553 y 5881) y 11 abril, 1 octubre y 13 diciembre 1984 (Ar. TCT 3859, 7312 y 9655, respectivamente). También SSTS de 23 noviembre 1992 (Ar. 8828) y 29 junio 1995 (Ar. 6251).

<sup>126</sup> En este sentido, STS de 26 julio 1995 (Ar. 6722).

<sup>127</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 25 enero 1995 (AS 185). Igual idea en STSJ Cataluña de 24 enero 1994, *cit.*

<sup>128</sup> STSJ Madrid de 29 enero 1991, *cit.*

<sup>129</sup> Así STS de 15 junio 1992 (Ar. 4583).

<sup>130</sup> STS de 5 diciembre 1992 (Ar. 10059), en unificación de doctrina.

aplicar, en base a lo prevenido» en el artículo 82.3 ET, «el convenio colectivo y normas legales que sean de aplicación a la empresa receptora»<sup>131</sup>. Ciertamente, el negar la aplicación del convenio de la cesionaria, en aras a continuar con la aplicación del de la anterior empresa, implicaría tanto como la «petrificación o fosilización» de las relaciones laborales que, como toda institución jurídica, se hallan sujetas a «inevitable evolución», no sólo por el «devenir histórico», sino también por las «peculiaridades» de las distintas empresas en que pueden quedar integrados los titulares de aquéllas<sup>132</sup>.

Por lo demás, no cabe sostener la aplicabilidad del convenio colectivo de la cedente en base a lo dispuesto en el artículo 86.3 ET<sup>133</sup>, que prevé, en orden a evitar vacíos de regulación convencional, el mantenimiento de la vigencia del contenido normativo de un convenio hasta tanto no se concluya otro. En el supuesto que me ocupa, la inexistencia de dicho vacío resulta obvia desde el momento en que lo que se trata de resolver es, precisamente, el conflicto que surge entre el convenio de la empresa de procedencia y el de la nueva. Así pues, si ya existe un ulterior convenio que reclama su aplicación (en función del nuevo ámbito laboral al que se incorpora el trabajador), no cabe la ultraactividad del contenido normativo del anterior, al menos en base a lo dispuesto en el último precepto citado (cosa diferente puede ser lo que derive de una aplicación literal del art. 44.1 ET).

Claro lo anterior, una lectura estrictamente literal del precepto analizado obligaría a entender que éste abre una excepción -respecto de las de origen convencional- a la exigencia legal del mantenimiento por el cesionario de todas las condiciones laborales disfrutadas por los trabajadores transferidos en la empresa cedente, prevista en el tan aludido artículo 44.1 ET, que podría seguir entendiéndose aplicable en relación con las condiciones de origen no convencional (legal, contractual, de concesión unilateral por el empresario). La eficacia «todopoderosa» del convenio estatutario respecto de lo que es su propio ámbito (salvo excepción legal; art. 82.3 ET) anula o impide la posible aplicación o influencia en éste de cualquier otro, incluso en el caso de estarse ante una aplicación parcial (colectivo transferido) y previamente justificada (convenio aplicable con anterioridad), que precisamente deja de estarlo por respeto a otro convenio (el propio del nuevo ámbito al que se incorporan los trabajadores transferidos).

Como es sabido, la eficacia jurídica vinculante del convenio estatutario (art. 82.3, *cit.*) tiene carácter automático, lo que supone la aplicación directa e inmediata de aquél a todos los trabajadores incluidos en su ámbito, sin condicionarse a la aceptación previa o posterior de éstos o a la incorporación expresa o tácita de las cláusulas del mismo a sus concretos contratos de trabajo<sup>134</sup>. Ahora

<sup>131</sup> STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 23 junio 1997, *cit.* También STSJ Andalucía (Sevilla) de 8 junio 1998, *cit.*

<sup>132</sup> STSJ Madrid de 8 junio 1993 (AS 3137).

<sup>133</sup> *Cfr.* STS de 5 diciembre 1992, *cit.*

<sup>134</sup> STC 177/1988, de 10 octubre (BOE de 5 noviembre). También, a modo de ejemplo, SS TS de 17 julio 1986, 24 enero 1992, 29 abril 1993 y 4 mayo 1994 (Ar. 4179, 69, *cit.*, y 7725, respectivamente).

bien, la inexigencia de tales requisitos también en relación con el colectivo objeto de la sucesión puede que no suponga la total equiparación de éste con la plantilla de la empresa cesionaria, pudiéndose exigir al mismo algún requisito adicional en orden a su vinculación al convenio de que se trate. En este sentido, se pronuncian determinados Tribunales laborales cuando, en relación con supuestos de traspaso de competencias a las comunidades autónomas a raíz de la desaparición de ciertos organismos oficiales, condicionan a una previa negociación la aplicación del convenio colectivo vigente en aquéllas al personal laboral cedido. Así, ante la reclamación de la aplicación del convenio de la Junta de Andalucía a los trabajadores de las Cámaras Agrarias que quedan incorporados a aquélla, la STS de 24 de julio de 1996 <sup>135</sup> entiende indiscutible el que se está ante un supuesto de sucesión de empresas del artículo 44 ET, del que sólo deriva que la nueva entidad empresarial queda subrogada en las obligaciones y derechos laborales del anterior empresario, por lo que la reivindicación que el nuevo personal plantea de equiparación en «derechos y status jurídico» al ya existente en aquélla debe resolverse bien por decisión unilateral del empresario -reconociendo voluntariamente esa equiparación-, bien por «negociación colectiva». En sentido similar, se expresan dos sentencias del TS en relación con la aplicación del convenio del personal laboral de la Junta de Galicia al personal transferido de las Cámaras Agrarias y Administración de Justicia, como consecuencia del traspaso de competencias de éstas a aquélla <sup>136</sup>. En los referidos supuestos, la necesidad de la previa negociación colectiva es reclamada por el propio convenio colectivo cuya aplicación se pretende, al manifestar en sus cláusulas que «cualquier colectivo que vaya a ser integrado en la normativa» de éste «ha de serlo previa negociación con las centrales firmantes» del mismo <sup>137</sup>.

Dicha negociación se justifica desde el momento en que el colectivo a integrar parte de una situación diferente, como lo evidencia el que tenga su propia «clasificación profesional, que requiere una adaptación a la establecida en la nueva norma» convencional <sup>138</sup>. Ciertamente, el que el personal incorporado proceda de colectivos de «muy distinta naturaleza» y ejerza funciones divergentes exige su previa clasificación en la correspondiente relación de puestos de trabajo de la nueva empresa <sup>139</sup>. El carácter previo de la negociación debe entenderse referido a la incorporación de los trabajadores transferidos a aquélla, a modo de un «preacuerdo de fusión», por lo que a partir de la incorporación en cuestión ya se les aplicaría el nuevo convenio en su totalidad <sup>140</sup>. Ahora bien, puede ocurrir que la negociación se posponga o no fructifique acuerdo hasta un momento ulterior al de la sucesión empresarial y, por lo tanto, de la incorporación de los trabajadores a la nueva empresa. En tales casos, en mi opinión, puede ocurrir que:

1. La aplicación del convenio de ésta también se retrase hasta la conclusión del acuerdo de unificación de condiciones, rigiendo mientras tanto el de la anterior empresa; y

<sup>135</sup> Ar. 6414.

<sup>136</sup> SSTs de 17 septiembre y 5 noviembre 1996 (Ar. 6764 y 8404).

<sup>137</sup> STS de 24 julio 1996, *cit.*

<sup>138</sup> *Ibidem.*

<sup>139</sup> STS de 17 septiembre 1996, *cit.*

<sup>140</sup> *Vide supra*, III, 1).

2. Que la aplicación de aquél, aunque inmediata, sólo afecte a aquellas condiciones que no requieren negociación.

En este segundo sentido parecen expresarse algunas sentencias al considerar ajustada a derecho la no aplicación del régimen salarial del convenio de la Junta de Galicia al personal transferido hasta el momento ulterior en que se apruebe la correspondiente relación de puestos de trabajo <sup>141</sup>. En otras palabras, la «aplicación de las retribuciones fijadas por el mencionado convenio al personal que después de su publicación fuera transferido» a aquella «no es impuesta por tal orden normativo de forma automática», sino que se subordina al resultado de la negociación prevista entre la Administración y el comité intercentros <sup>142</sup>. El que se rechace la eficacia retroactiva de la homologación de condiciones de trabajo indica que ésta no es un mero trámite formal, sino un presupuesto constitutivo de la aplicación del convenio de la nueva empresa <sup>143</sup>.

### 5.2. Límites.

Por lo dicho hasta el momento, la posición que se comenta parece reclamar la aplicación del convenio colectivo de la cesionaria en su totalidad, esto es, respecto de todas las condiciones laborales que regula. Con todo, no faltan algunas sentencias que admiten la posibilidad de que la aplicación del convenio en cuestión se compatibilice con el mantenimiento de condiciones laborales anteriores más favorables <sup>144</sup> o que tengan un «tratamiento específico distinto al de la nueva empresa» <sup>145</sup>.

Por lo que respecta al mantenimiento de las condiciones anteriores y superiores, reclamación frecuente en relación con los salarios <sup>146</sup> y categoría <sup>147</sup>, cabe señalar que, aparte de que no cabe - como ya se apuntó- el «espiguo» convencional en orden a la aplicación de las cláusulas más favo-

<sup>141</sup> STS de 17 septiembre 1996, *cit.*

<sup>142</sup> STS de 5 noviembre 1996, *cit.*

<sup>143</sup> *Cfr.* CAMPS RUIZ, M., *op. ult. cit.*, pág. 79.

<sup>144</sup> *Cfr.* STS de 5 diciembre 1992, *cit.* y STSJ Madrid de 3 junio 1992 (AS 3409).

<sup>145</sup> STSJ Madrid de 3 junio 1992, *cit.*

<sup>146</sup> STSJ Navarra de 10 junio 1996 (AS 2435). En el caso de autos, el trabajador tiene reconocido en su empresa de origen (Agrupación Intermutual «Centro de prevención, recuperación y rehabilitación clínica Ubarmin») un nivel salarial C y, tras la sucesión, solicita su inclusión en el grupo C del convenio colectivo de la nueva empresa (Comunidad Foral de Navarra y sus organismos autónomos) con la intención de poder seguir percibiendo un salario similar al anterior, pues según este convenio le correspondería el grupo D, que implica uno inferior.

<sup>147</sup> Sobre ésta y los salarios, STS de 15 septiembre 1989 (Ar. 6444), la cual declara aplicable el convenio colectivo de la cesionaria sin dejar de advertir que el artículo 44.1 ET impide que aquella «reduzca o suprima alguno de los conceptos salariales» o la «categoría profesional» disfrutados por los trabajadores cedidos con anterioridad, si fueran superiores, claro.

rables de los convenios en conflicto <sup>148</sup>, las normas sobre sucesión de empresa tampoco «permiten mantener condiciones parciales de la normativa de origen para introducirlas en la de destino» <sup>149</sup>, pareciendo reclamar, en todo caso, la aplicación unitaria de un sólo convenio, ya sea el de la cedente o cesionaria. Claro lo anterior, la correcta exégesis de la literalidad de las sentencias que reclaman el respeto a las condiciones anteriores que sean superiores exige entender que éstas son las que tienen un origen contractual, por lo que se trataría de condiciones más beneficiosas de carácter individual. En otras palabras, condiciones pactadas tácita o expresamente (de palabra o por escrito) entre empresario y trabajador, que -en cuanto más favorables- deben ser respetadas por el convenio posterior, tanto el de la empresa cedente como el de la cesionaria. Ahora bien, esto se condiciona a la prueba de su existencia por el trabajador, lo que resultará tarea más fácil cuando dichas condiciones se hayan documentado, bastando con la aportación del correspondiente escrito. De no ocurrir así, la permanencia en su disfrute dependerá de la acreditación de la voluntad del empresario en orden a la concesión de dicha condición superior, de lo que es claro indicio la prueba de la continuidad y regularidad en aquél. Con todo, la presunción *iuris tantum* de existencia de condición más beneficiosa que de dicha continuidad se deriva puede quedar destruida por determinadas circunstancias, tales como las de que la condición de que se trate esté ligada a las características del trabajo desarrollado y no a una circunstancia personal del trabajador que la alega <sup>150</sup>, la mera tolerancia o condescendencia o el error empresarial <sup>151</sup>. Sobre la falta de valor absoluto de la reiteración en orden a la apreciación de la existencia de las condiciones de que se trata se pronuncia, con claridad, la STSJ Murcia de 2 de septiembre de 1996, *cit.*, cuando, en relación con el mantenimiento por la nueva empresa de las reducciones de jornada y libranza en días festivos, señala que «no consta suficientemente acreditado -pese a la reiteración o persistencia en el tiempo de su disfrute- el que se trate de condiciones más beneficiosas de origen contractual», incorporadas «al patrimonio jurídico de los trabajadores como un derecho consolidado de éstos y que deban respetarse, necesariamente, tras el cambio de titularidad empresarial y la entrada en vigor de los nuevos convenios, en tanto subsistan las relaciones laborales». Ciertamente, en el caso de autos, lo único que deriva de la actividad probatoria es que, de acuerdo con el calendario laboral de la empresa cedente, los trabajadores disfrutaban de las referidas mejoras en tiempo de trabajo y descansos, pero «no se descubre una base normativa o contractual indubitada para el respeto de tales condiciones después de la transmisión».

Frente a lo recién expuesto, resulta evidente que, cuando la condición más beneficiosa consiga probarse, la eficacia *erga omnes* del convenio colectivo aplicable en la empresa cesionaria queda, en cierto modo, matizada por la necesaria observancia de aquélla, pues, en las materias objeto de la condición en cuestión, las cláusulas convencionales resultan inaplicables respecto de los trabajadores transferidos. Con todo, cabe añadir que, para que ello sea así, aparte de probadas, es necesario que

<sup>148</sup> *Vide supra*, III, 4), b).

<sup>149</sup> STSJ Navarra de 10 junio 1996, *cit.*

<sup>150</sup> Así sucede en el caso de los complementos salariales de puesto de trabajo o de un dieta por compensación de gastos de alimentación (STS de 12 marzo 1997; Ar. 2316). También STCT 29 marzo 1983 (Ar. TCT 2643) y STSJ Murcia de 2 septiembre 1996, *cit.*

<sup>151</sup> *Cfr.* ALBIOS MONTESINOS, I. *et alii*: *Derecho del trabajo (fuentes y contrato de trabajo)* (Valencia, 1999), págs. 176-177.

las condiciones de que se trata no hayan quedado afectadas por el juego de la absorción y compensación, según el que las mejoras normativas no se adicionan, como regla general, a las referidas condiciones, sino que «éstas van siendo neutralizadas por las elevaciones de carácter general»<sup>152</sup>. En otras palabras, salvo previsión expresa o tácita en contrario, las condiciones contractuales tienen un valor absoluto y, por lo tanto, al no estar su cuantía fijada en relación con las condiciones normativas, no precisan ser redefinidas al modificarse éstas, siempre que sigan siendo más beneficiosas.

De otro lado, la apreciación de la existencia de condiciones más beneficiosas, en cuanto vía de inaplicación del convenio de la cesionaria, sigue un criterio restrictivo. En este sentido, sólo pueden considerarse tales las que, en el momento de la subrogación, se hallan integradas en el status personal del trabajador como derechos adquiridos, sin que pueda atribuirse la misma naturaleza a lo que, para entonces, son sólo meras expectativas. Así pues, si los trabajadores transferidos gozaban, en virtud del convenio de la cedente, de la posibilidad de decidir la fecha de la jubilación más allá de los sesenta y cinco años, resulta claro que tal posibilidad «no constituye un derecho que se incorpora al patrimonio jurídico personal», sino que, como expectativa que es, sólo se consolida cuando el trabajador está en condiciones de cumplir con esa voluntad de permanencia (por alcanzar la edad ordinaria de jubilación)<sup>153</sup>. *A contrario sensu*, la esperanza se frustra si, «antes de realizar la voluntad, surge una norma que legítimamente impone la jubilación forzosa a determinada edad», como podría ocurrir con el convenio de la empresa cesionaria en la que se integran los trabajadores transferidos<sup>154</sup>.

En otro orden de cosas, cuando alguna sentencia manifiesta que la subrogación exige la aplicación a los trabajadores objeto de subrogación del convenio colectivo vigente en la nueva empresa, salvo respecto de aquellas condiciones que tengan «un tratamiento específico distinto» al de éste<sup>155</sup>, cabe ir más allá de la mera literalidad en la interpretación de tal excepción. Ciertamente, regulación distinta la tendrá la mayoría de las condiciones laborales desde el momento de que se trata de normas colectivas diferentes, por lo que la sentencia parece referirse más bien a otro tipo de cuestiones, como es el caso del régimen de previsión social. En efecto, el hecho de que éste pueda gestionarse por una mutualidad de previsión o por el sistema público de seguridad social puede llevar a que el empresario permita a los trabajadores transferidos el que opten, en el caso de ser distintos, por mantener el anterior sistema o integrarse en el de la nueva empresa. De un supuesto de esta naturaleza se ocupa la STSJ Madrid de 3 de junio de 1992, *cit.*, en el cual los trabajadores de que se trata decidieron continuar con el sistema anterior gestionado por una mutualidad de previsión. Cuando posteriormente dicha mutualidad se extingue, aquéllos acuerdan con la nueva empresa la sustitución del régimen anterior por su integración en la seguridad social, compensándose ésta con la suscripción

<sup>152</sup> STSJ Murcia de 2 septiembre 1996, *cit.*

<sup>153</sup> STSJ Madrid de 3 junio 1992, *cit.* También, en general, SSTCT de 2 julio 1981 y 30 abril 1985 (Ar. TCT 22 y 58) y SSTS de 10 febrero y 2 junio 1986 (Ar. 728 y 3431) y 27 marzo 1990 (dos) (Ar. 2353 y 2354).

<sup>154</sup> STSJ Madrid de 3 junio 1992, *cit.*

<sup>155</sup> *Ibidem.*

de pólizas de mejora de derechos pasivos, rechazando expresamente su incorporación a la mutualidad de previsión propia de la referida empresa. Así las cosas, resulta claro que, de las posibles compensaciones que se pactan (en acta adicional al convenio vigente) para los trabajadores propios de la cesionaria (ajenos a la subrogación) en el momento de la ulterior extinción de su mutualidad de previsión, quedan excluidos los que se habían incorporado a raíz de la sucesión empresarial, tanto por ser ajenos a dicha mutualidad como por haber sido ya compensados previamente por la extinción de la suya. Recapitulando, tres ideas cabe extraer de lo anterior:

1. La excepción que el supuesto comentado supone a la inicial eficacia *erga omnes* de un pacto convencional específico (compensatorio), desde el momento en que resulta inaplicable a un grupo de trabajadores (los transferidos) de la cesionaria;
2. La inexistencia de perjuicio que para éstos deriva de la inaplicación del referido pacto, dado que nunca solicitaron su incorporación a la mutualidad cuya extinción se trata de compensar; y
3. La no aceptación de la alegación, en orden al percibo de las compensaciones en cuestión, relativa a que el documento de finiquito que los trabajadores excluidos en su día suscribieron -al tiempo de recibir la compensación por la extinción de su sistema de previsión- implica una renuncia de derechos inválida según lo dispuesto en el artículo 3.º 5 ET, pues es evidente que ello no es así desde el momento en que dicho documento es expresión de un negocio jurídico válido, al preverse en la disposición que regula la extinción de la mutualidad.

### 5.3. Relación con la extensión.

La aplicación del convenio vigente en la empresa cesionaria también a los trabajadores transferidos supondría, junto a la extensión (art. 92.2 ET), una vía adicional de ampliación del ámbito personal de aquél. Ciertamente, la regla de la intangibilidad del inicial ámbito de aplicación del convenio de que se trate, libremente fijado por las partes (art. 83.1 ET; entendida dicha libertad dentro del respecto a la legalidad vigente y a los límites de legitimación y representación de los propios componentes de la comisión negociadora <sup>156</sup>), admite excepciones significativas. En relación con el supuesto que me ocupa, resulta obvio que cuando una empresa absorbe a otra todo el personal que presta servicios para ésta pasa, automáticamente, a engrosar el ámbito subjetivo del convenio de aquélla, vía por la cual «se incrementa la esfera de influencia del convenio negociado por los representantes de la empresa que subsiste y de los trabajadores» <sup>157</sup>. Con todo, cabe precisar que lo que cambia no es tanto la unidad de negociación, sino el *quantum* de su ámbito subjetivo <sup>158</sup>.

<sup>156</sup> STC 136/1987, de 22 julio (BJC, 1987, núms. 76-77, pág. 1.233 y ss.).

<sup>157</sup> IGLESIAS CABERO, M., *op. cit.*, pág. 111.

<sup>158</sup> *Ibidem*.

Aunque originariamente diferentes, las dos vías que posibilitan la ampliación del inicial ámbito subjetivo de un convenio comparten rasgos comunes, entre ellos:

1. La aceptación por las partes del ámbito sobre el que se proyecta la extensión de una norma convencional cuya negociación les es ajena;
2. La necesidad de que ésta esté en vigor y tenga carácter estatutario. La vigencia concurre también durante la situación de prórroga, pues aquélla «delimita el período de tiempo dentro del cual un convenio colectivo es susceptible de expandir su fuerza normadora». Así pues, dado que durante la prórroga se produce «eficacia normativa», no cabe negar que durante aquélla el convenio está en vigor <sup>159</sup>. Por lo que respecta a su naturaleza estatutaria, no cabe duda que la extensión exige la misma desde el momento en que lo pretendido es la eficacia general del convenio aplicable en relación con toda la unidad de negociación a la que representan las partes que la instan; además, se alude a la eficacia general tanto del convenio inexistente que origina el vacío normativo como del que es objeto de extensión (art. 92.2, párrafo primero ET). En cuanto a la vía de ampliación convencional que la aplicación literal del artículo 82.3 ET supone (respecto de un supuesto de conflicto, también convencional, al hilo de una subrogación empresarial), resulta claro que aquélla encuentra su fundamento en la eficacia general del convenio objeto de aplicación, y
3. La vinculación a la totalidad del convenio cuya aplicación se pretende. Ahora bien, la referencia a la «totalidad» debe ser entendida, principalmente, en cuanto al «contenido normativo» de éste, pues tanto el necesario o mínimo como el obligacional se relacionan, en exclusividad, con las concretas partes que lo han negociado, como lo acredita el que de ellos forme parte la mención de éstas, los ámbitos y condiciones de la denuncia del convenio, los miembros de la comisión paritaria o, entre otros, los pactos de paz <sup>160</sup>.

Así pues, salvo acuerdo de los interesados, no parece encontrarse razón suficiente para la extensión de contenidos tan directamente vinculados a ciertas personas a otras ajenas <sup>161</sup>. Volviendo a la idea principal que ahora me ocupa, de la literalidad del referido artículo 82.3 ET no cabe derivar otra consecuencia que la de la referida vinculación a la totalidad del convenio, desde el momento en que los trabajadores transferidos se incorporan a la unidad empresarial en que aquél rige, equiparándose -a partir de entonces- a los propios de aquélla en cuanto a derechos y obligaciones y

<sup>159</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: «La adhesión y extensión de los convenios colectivos», *REDT*, 1988, núm. 36, pág. 515.

<sup>160</sup> En este sentido, RABANAL CARBAJO, P.: «La adhesión en la vigente normativa de negociación colectiva», *DL*, 1992, núm. 37, pág. 137. Sin embargo, para GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. [*La adhesión al convenio colectivo* (Santiago de Compostela, 1997), págs. 280 a 294], la adhesión a la totalidad de un convenio incluye, aparte de su contenido normativo, el mínimo «artificial (cláusula de descuelgue, denuncia y comisión paritaria) y el obligacional.

<sup>161</sup> *Cfr.* IGLESIAS CABERO, M., *op. cit.*, pág. 218. También, en relación con la adhesión, DE LA VILLA GIL, L. E., GARCÍA BECEDAS, G. y GARCÍA PERROTE ESCARTIN, I.: *Instituciones de Derecho del Trabajo*, 2.<sup>a</sup> edic. revisada (Madrid, 1991), pág. 190.

desplegándose, sobre todos ellos y sin distingo alguno, el convenio colectivo en cuestión. Respecto de la extensión, cabe sostener igual criterio, pues, cuando el legislador alude a la posible extensión de «las disposiciones» de un convenio, parece estarse haciendo referencia a lo que es el contenido normativo en bloque de éste.

Frente a los rasgos comunes, sustanciales diferencias distinguen a la vía ahora analizada respecto de la prevista en el artículo 92, núm. 2, ET, entre las que cabe destacar las siguientes:

1. Su ausencia de previsión legal expresa, pues, mientras que la extensión aparece prevista y regulada expresamente en el artículo 92 ET, la ampliación del ámbito del convenio de la empresa cesionaria a través de su aplicación a los trabajadores objeto de subrogación no aparece previsto en ningún precepto legal. Cosa diferente es que encuentre cierto fundamento en el artículo 82.3 ET, al preverse como consecuencia de la aplicación literal y rigurosa del contenido de éste.
2. Su causa o fundamento, que se encuentra, precisamente, en el efecto normativo vinculante del convenio estatutario, que aprehende automáticamente bajo su influjo a toda relación laboral que entra dentro de los límites de sus ámbitos funcional y territorial, sin necesidad del consentimiento previo o posterior de las partes. Sin embargo, en la extensión el fundamento se halla, de una u otra forma, en la voluntad de las partes que, en el ámbito carente de norma, se hallan legitimadas para negociar. La voluntad de aquéllas actúa a través de la solicitud a la autoridad administrativa para que ésta proceda a extender el convenio existente al ámbito de que se trate <sup>162</sup>. Ciertamente, ésta nunca actúa de oficio, sino a petición de parte legitimada para promover la negociación *ex* artículo 87 ET y, en su defecto, quien reúna las exigencias de la disposición adicional sexta del ET, así como las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales con implantación acreditada en el ámbito objeto de la extensión del convenio <sup>163</sup>, y
3. La irrelevancia de la posible existencia de convenio propio aplicable a los trabajadores a los que se extiende el que es objeto de ampliación. En efecto, la eficacia general y vinculante del convenio estatutario (art. 82.3, párrafo primero ET) no sólo no se ve anulada por la circunstancia de que el colectivo objeto de sucesión tenga convenio propio, sino que sirve, precisamente, como criterio idóneo en orden a solucionar el conflicto convencional que, en tal caso, surja tras aquélla. Por lo que respecta a la extensión, es claro que su objetivo fundamental se dirige a cubrir el vacío normativo de un ámbito determinado, generalmente ligado a dificultades en el proceso negociador. Alude el legislador a la existencia de dicho vacío cuando permite a la autoridad administrativa correspondiente extender el convenio de que se trate en aras a subsanar «los perjuicios derivados» para los trabajadores

<sup>162</sup> Cfr. STS de 27 abril 1995 (Ar. 3273).

<sup>163</sup> Según IGLESIAS CABERO (*op. cit.*, pág. 215), no se exige «una absoluta equivalencia entre legitimación para negociar en determinados ámbitos y legitimación para pedir la extensión, de manera que cualquier sindicato con implantación en un colectivo carente de convenio propio, y no vinculado por aquel cuya extensión se pretende, está legitimado para solicitar, en representación de los trabajadores, la extensión del convenio colectivo».

«de la imposibilidad de suscribir» en su propio ámbito un convenio colectivo estatutario (art. 92.2, párrafo primero, *ibíd.*). De existir convenio en el ámbito de referencia, aun prorrogado, resulta inviable la extensión, tanto por ausencia de uno de sus presupuestos legales, como por la vulneración que ello supondría de la prohibición de concurrencia convencional (art. 84 ET) <sup>164</sup>.

Aunque la adhesión comparte rasgos significativos con la extensión (previsión legal, su fundamento en la voluntad de las partes -que pueden decidir directamente o tras el fracaso de conversaciones el no negociar un convenio y adherirse a otro ya existente-, vinculación a la totalidad del convenio en cuanto contenido normativo <sup>165</sup> y su finalidad de cubrir un vacío normativo) y con la nueva vía de ampliación del ámbito personal de un convenio que la aplicación del artículo 82.3, ET supone en el caso de sucesión de empresa (la aceptación por la partes de una norma convencional ajena, la necesidad de que ésta esté en vigor o la vinculación a la totalidad de la misma), no cabe equiparar aquella a ésta, pues el pacto de adhesión no se configura como vía de ampliación del ámbito de un convenio, sino que él mismo es un convenio, singular, si se quiere, pero convenio al fin y al cabo.

En otro orden de cosas, como colofón al análisis del precepto que se comenta, cabe señalar que el criterio en él establecido también admite cierta crítica. En efecto, el recurso directo al artículo 82.3 ET conlleva la aplicación directa del convenio de la cesionaria con independencia de su mayor o menor favorabilidad en relación con el propio de los trabajadores transferidos, por lo que cabe cuestionarse su oportunidad en todo caso. En otras palabras, debe repararse en la posible existencia de excepciones a su aplicación, así como en las probables ventajas de la aplicación del convenio de la cedente, cuyo estudio resulta fundamental en este trabajo.

## 6. Una solución extraída del artículo 44.1 ET. Remisión.

El último criterio que resta por analizar, en orden a la elección del convenio a aplicar, es el derivado, implícitamente, del propio artículo 44.1 ET y expresamente del artículo 3.º 3 Directiva 77/187 CEE. Ciertamente, tanto cuando el primero dispone que el nuevo empresario quedará «subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior» como cuando el segundo establece que,

<sup>164</sup> *Ibidem.*

<sup>165</sup> En este sentido, RABANAL CARBAJO, P., *op. y loc. cit.*; DE LA VILLA GIL, L. E., GARCÍA BECEDAS, G. y GARCÍA PERROTE ESCARTÍN, I., *op. y loc. cit.*: la adhesión debe ser efectuada a la totalidad, pero de la parte normativa del convenio, excluyendo el contenido mínimo y el obligacional. El obligar a las partes a adherirse, por ejemplo, a las cláusulas obligacionales, que los firmantes negociaron e incorporaron atendiendo a «una situación objetivamente distinta», choca con su libertad y autonomía colectiva. Ciertamente, el acuerdo de adhesión necesita incorporar su «propio contenido mínimo y, en su caso, las estipulaciones obligatorias que los adherentes tengan a bien negociar y establecer; aunque, si lo estiman oportuno, puedan remitirse expresamente a cuantas deseen de las incluidas» en el convenio objeto de aquél. Sin embargo, para GÓMEZ ABELLEIRA, F. J. (*op. cit.*, págs. 280 a 294), la adhesión a la totalidad de un convenio incluye, aparte de su contenido normativo, el mínimo «artificial (cláusula de descuelgue, denuncia y comisión paritaria) y el obligacional.

«después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los términos aplicables al cedente», resulta evidente que lo que se quiere es que los trabajadores transferidos sigan vinculados por el convenio colectivo existente en la empresa de origen <sup>166</sup>. Precisamente, en este querer expreso del legislador puede encontrarse el argumento fundamental en orden a la opción por el criterio establecido en el artículo 44 ET. En este sentido, podría apuntarse -en orden a la justificación del rechazo de otros criterios que pudiesen jugar respecto de la resolución del conflicto convencional analizado- que, por ejemplo, el previsto en el artículo 3.º 3 ET se configura como norma general, de carácter residual y limitado a las modalidades de colisión que carecen de una ley sustantiva autónoma o *ad hoc* que aporte la correspondiente solución <sup>167</sup>. Por lo tanto, *a contrario sensu*, ningún lugar habrá para aquel criterio en los casos en que exista esa norma específica, tal como sucede en el conflicto que entre normas convencionales origina la subrogación empresarial, respecto del cual el artículo 44 ET despeja toda duda al establecer directamente el criterio a aplicar. En palabras de algún autor, «los trabajadores transferidos siguen sometidos a la disciplina contractual del convenio de la empresa cedente, pero no por disfrutar éste de una garantía de no afectación respecto de otro convenio posterior durante su vigencia» (en clara referencia al rechazo de la aplicación del artículo 84 ET), sino, más sencillamente, «por expreso mandato legal». El incondicionado y absoluto principio de conservación de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión de empresa «lleva ya asociado, en su mismo enunciado normativo, la regla de composición de los eventuales conflictos de concurrencia entre convenios colectivos que puedan surgir como consecuencia de tal operación» <sup>168</sup>. Así pues, desde este punto de vista, el carácter de «ley especial» del artículo 44 ET neutraliza el posible juego de cualquier otro criterio.

Claro lo anterior, el que se siga aplicando este convenio implica la excepción a dos principios básicos del sistema español de negociación colectiva: los que del convenio predicen su vinculación a la totalidad de los trabajadores afectados por su eficacia personal y su aplicación dentro del ámbito inicialmente pactado <sup>169</sup>. Por lo que respecta a la excepción en relación con el primer principio, resulta evidente que su formulación toma en cuenta el convenio de la empresa cesionaria. Ciertamente, el hecho de que a determinados trabajadores de la empresa se les aplique el convenio colectivo de otra que no sea la propia, la actual, supone una excepción a lo dispuesto en el artículo 82.3 ET, como es la vinculatoriedad del convenio a todos los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación (eficacia *erga omnes*) <sup>170</sup>. De este modo, no sólo no se omite la difícil explicación a la confrontación directa existente entre el artículo 44 ET y el ahora referenciado, sino que se aporta una solución a la misma, aunque ésta no deje de ser, quizá, demasiado simple. La prevalencia por el primero de los dos preceptos cuestionados, ambos de igual rango, parece justificarse por el mayor status protector que aquél concede al trabajador.

<sup>166</sup> Cfr. STS de 15 junio 1992 (Ar. 4584).

<sup>167</sup> VALDÉS DAL-RE, F., *op. cit.*, pág. 17.

<sup>168</sup> *Ibidem*.

<sup>169</sup> *Ibid.*, pág. 19.

<sup>170</sup> Así, STS de 15 junio 1992, *ult. cit.*

De otro lado, al preverse por ley el derecho de los trabajadores transferidos a que su relación laboral siga estando regida por el convenio de la empresa cedente, resulta evidente que éste ve expandida su eficacia más allá de sus propios ámbitos funcional o territorial, o de ambos a la vez, dependiendo de las circunstancias de la empresa o centro en el que queden integrados los trabajadores de que se trata. Ahora bien, resulta evidente que no se está propiamente ante un supuesto autónomo de extensión convencional, querido expresamente por el legislador, sino ante el efecto indirecto de un derecho reconocido a los trabajadores (respeto del régimen convencional anterior). Además, este supuesto -si se quiere- *sui generis* de extensión convencional carece de una de las notas típicas de los supuestos previstos en el artículo 92 ET e, incluso, del analizado en relación con el artículo 82.3, *ibíd.*, cual es su afectación a un nuevo ámbito personal. En efecto, aquí más que de extensión del convenio por ampliación de su ámbito subjetivo, de lo que cabe hablar es de un supuesto excepcional de «prolongación de la aplicación del convenio» al personal que, inicialmente incluido en su ámbito, pasa a depender de un nuevo empresario. Se cambia de ámbito empresarial, pero no de ámbito convencional; la muda de aquél «arrastra» consigo la aplicación del mismo convenio colectivo, buscando que la salida del trabajador de la unidad empresarial implique la menor alteración posible en la regulación de la relación laboral de éste. En otras palabras, el efecto subrogatorio no implica una ruptura o desconexión total con la situación disfrutada en la anterior empresa, pues la necesaria observancia por el nuevo empresario del régimen convencional que en aquélla se disfrutaba actúa a modo de «cordón umbilical» en orden al mantenimiento del contacto con aquélla.

#### IV. LA APLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO DE LA CEDENTE

##### 1. Fundamento.

El fundamento de la previsión legal tanto del artículo 44 ET como del artículo 3.º 3 Directiva 77/187 parece encontrarse, lógicamente, en la presunción de que la normativa de la empresa cedente es más protectora para los transferidos que la de la cesionaria, por lo que con su obligada observancia se intenta evitar el que la sucesión suponga para aquéllos el pase a una situación menos favorable. En otras palabras, se busca un cambio gradual o matizado, una especie de «colchón amortiguador» que atenúe -al menos temporalmente, hasta que se unifiquen las condiciones para toda la plantilla- las posibles consecuencias negativas que para los transferidos pudiera conllevar el cambio de empresario. Ahora bien, el fundamento que se comenta -aunque el único posible, parece- en ningún momento es apuntado expresamente por el legislador, lo que puede generar múltiples y graves problemas, especialmente al hilo de alguna sentencia que parece apuntar hacia otro. En este sentido, cabe preguntarse qué ocurre, por ejemplo, en el caso de que el convenio más favorable sea el de la cesionaria y no el de la cedente, como parece presumir el legislador que siempre va a ocurrir. A mi modo de ver, si el fundamento de los preceptos legales analizados es el de proteger a los trabajadores, la protección efectiva de éstos exige aplicar la normativa más favorable, sea cual sea ésta, pues, en caso contrario, la aplicación literal de los referidos preceptos podría llevar a la situación opuesta de la inicialmente buscada. Así pues, aunque esa protección en la mayoría de los casos dependerá del man-

tenimiento del régimen convencional de la empresa cedente, cuando ello no sea así habrá que aplicar el de la cesionaria. Por lo demás, el carácter de derecho necesario de los preceptos analizados no ampara el derecho del empresario a aplicarlos en todo caso, aún bajo la máxima (o excusa) de su obligado cumplimiento, como ocurriría cuando su interesada observancia pretenda su propio beneficio antes que el de los trabajadores transferidos.

Frente a la posición anterior, no falta alguna sentencia con pronunciamiento radicalmente contrario, al disponer que «el convenio colectivo aplicable es el que conforme a derecho corresponda, con independencia del más favorable»<sup>171</sup>. De este modo, resulta que el convenio colectivo de la empresa cedente, «vigente en el momento de la sucesión empresarial, no puede verse afectado durante su vigencia» por el convenio de la cesionaria. En otras palabras, no cabe dar a la sucesión empresarial «un alcance que no tiene», como es el de «dejar sin efecto e inaplicar un convenio vigente» que regula las condiciones laborales de los trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación; no procede «abandonar la norma aplicable y beneficiarse de otra más beneficiosa» (*sic*)<sup>172</sup>. En mi opinión, para esta posición el fundamento del necesario respecto por la nueva empresa del convenio existente en la anterior no parece relacionarse, al menos directamente, con la protección de los trabajadores, sino con la inalterabilidad del convenio colectivo durante su vigencia. Así, el artículo 44 ET sería mera consecuencia de la supuesta intocabilidad de que disfruta el convenio colectivo mientras no transcurra el último día del periodo que configura su ámbito temporal. Desde este punto de vista, el fin de su vigencia sólo dependería de su *dies ad quem*, resultando irrelevante al respecto la entrada en vigor de un nuevo convenio en la empresa cesionaria, más o menos favorable.

Aceptada la interpretación que del artículo 44 ET se propone resulta evidente que, al final, el convenio que se aplica es el más favorable, por lo que se llega a la misma solución que acudiendo al artículo 3.º 3 ET<sup>173</sup>. La coincidencia es máxima cuando el principio de la norma más favorable se formula partiendo de la preferencia aplicativa de uno de los convenios, que suele ser el de la cedente. No está demás, pues, recordar la posición jurisprudencial que en relación con el análisis de ese principio se citó, relativa a que «la excepción a la plena efectividad de la sucesión», respecto a la intangibilidad de las condiciones laborales, «sólo puede venir dada en el supuesto de que se acredite más favorable» la aplicación del convenio de la empresa cesionaria<sup>174</sup>. Ahora bien, el recurso directo al artículo 44 ET evita una de las consecuencias apuntadas en relación con la aplicación del otro precepto, la que, derivada de su juego bidireccional (que determina la aplicación de un sólo convenio, sea cual sea éste), conduciría a resultados imprevisibles cuando el convenio aplicable fuese

<sup>171</sup> STSJ País Vasco de 27 mayo 1997, *cit.*

<sup>172</sup> *Ibidem*. Igual posición parece compartir, PÉREZ DE LOS COBOS, F., *op. cit.*, pág. 547: el artículo 44 ET «no introduce, en efecto, distingo o matiz alguno en función de la mayor o menor favorabilidad del convenio de origen, prevé pura y simplemente su obligatoriedad para el nuevo empresario».

<sup>173</sup> *Vide supra*, III. 4), b). Parecen ratificar esta interpretación algunas sentencias cuando disponen que «el artículo 44 ET establece, efectivamente, un deber de mantenimiento de las condiciones de trabajo establecidas en el convenio colectivo de aplicación a la empresa en el momento de la transmisión, ... salvo norma más favorable del convenio aplicable en la nueva empresa (art. 3.º 3 ET)» [SSTS de 11 y 25 mayo y 22 julio 1999 (ILJ 758, 792 y 1274)].

<sup>174</sup> STSJ Cantabria de 20 marzo 1997, *cit.*

el de la cedente, pues extendería su eficacia a todos los trabajadores de la empresa cesionaria (tanto los transferidos como los que ya prestaban servicios en aquélla). Ciertamente, la opción por el artículo 44 ET evita este tipo de problemas, pues resulta evidente que cuando éste impone al nuevo empresario el necesario respecto al régimen convencional anterior sólo se refiere a los trabajadores objeto de subrogación.

## 2. Rasgos típicos.

La aplicación del convenio colectivo de la empresa cedente a los trabajadores en cuestión se caracteriza, sin perjuicio de lo que pueda añadirse en los apartados siguientes, por varios rasgos básicos. En primer lugar, por su *aplicación también en lo menos favorable*. Ciertamente, el hecho de que dicho convenio se aplique en cuanto resulta más favorable para el colectivo subrogado no implica el que lo sea en todas sus cláusulas, por lo que cabría cuestionarse qué pasará con aquéllas que prevean condiciones inferiores a las del convenio de la cesionaria. En este sentido, resulta claro que no cabe la sustitución de dichas cláusulas porque:

1. El convenio que se elija como aplicable debe serlo en su totalidad, sin que quepa mantener las favorables y rechazar las perjudiciales <sup>175</sup>; y
2. Las condiciones de trabajo que en ellas se regulan son las disfrutadas por los trabajadores en el momento de la subrogación empresarial y, según el artículo 44 ET, las condiciones a respetar son las existentes en dicho momento.

Así pues, si la finalidad protectora del referido precepto del ET no permite la sustitución parcial de algunas cláusulas por las respectivas del convenio de la cesionaria, parece evidente que ésta puede seguir aplicando esas condiciones menos favorables.

En segundo lugar, *por su aplicación con el contenido que tenga en el momento de la sucesión*. En otras palabras, si el convenio ha sufrido modificaciones por pactos posteriores no cabe reclamar la aplicación de la versión original de aquél, sino de la existente en el momento de la sucesión. En este sentido, resulta ilustrativa la STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 4 de diciembre de 1997, *cit.*, en cuyo caso de autos los trabajadores reclaman a la cesionaria los salarios fijados en la versión inicial del convenio y no los inferiores posteriormente pactados en virtud de un plan de viabilidad suscrito para la empresa cedente. *A priori*, podría argumentarse que la disminución salarial efectuada por aquélla respondía a causa justificada (crisis económica), por lo que, al no concurrir ésta en la cesionaria, no procedería su mantenimiento por la misma tras la sucesión; sin embargo, la Sala concluyó en sentido diverso. En efecto, según éste, la obligación de la nueva empresa consiste en aplicar las condiciones existentes en el momento de la sucesión, por lo que «no se puede preten-

<sup>175</sup> *Vide supra*, III, 4), b). *Cfr.* STSJ Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 4 diciembre 1997, *cit.*

der la aplicación» del convenio colectivo de la anterior «y no admitir la reducción salarial operada o pactada» con anterioridad a aquélla <sup>176</sup>. Por lo demás, parece evidente que la pretensión de los trabajadores subrogados de solicitar una compensación o reembolso al nuevo empresario por los descuentos salariales sufridos mensualmente con anterioridad a la sucesión carece de todo fundamento. Ninguna responsabilidad con carácter retroactivo corresponde a aquél por los referidos descuentos, máxime cuando habían sido previamente pactados.

En tercer lugar, *por la aplicación de su contenido normativo*. Ciertamente, aunque en los preceptos de los que implícita (art. 44 ET) o expresamente (art. 3.º 3 Directiva 77/187) deriva la aplicación del convenio colectivo de la cedente no se especifica en qué medida se mantiene éste, parece evidente que no lo es en su totalidad. Como es sabido, el contenido de todo convenio se clasifica en normativo y obligacional, componiéndose aquél, por un lado, por pactos generales que configuran al convenio como norma jurídica (contenido formal, necesario o mínimo), y, por otro, por pactos reguladores de las condiciones de trabajo de los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito (contenido material). Por su parte, el contenido obligacional está formado por compromisos de carácter instrumental asumidos por las partes negociadoras como medio eficaz para la puesta en práctica y ejecución del convenio mismo; obligaciones que las partes pactan entre sí con el fin de mantener la vigencia de aquél, por lo que generalmente se relacionan con el deber de paz <sup>177</sup>. A la vista de lo anterior, resulta claro que, cuando los referidos preceptos legales aluden al mantenimiento del convenio anterior en relación con los trabajadores objeto de subrogación, lo que se pretende es la conservación del status laboral previo, o sea, del conjunto de las condiciones de trabajo reguladas en aquél, lo que se identifica con el contenido normativo de carácter material. Por lo que respecta a los contenidos normativo formal y al obligacional, resulta clara la carencia de justificación de su ulterior mantenimiento, pues, por ejemplo el primero, trataría de identificar o configurar formalmente a un convenio que, tras la sucesión, ya no es el mismo que el inicialmente pactado. Así habrá un claro desajuste entre lo que indican las cláusulas relativas a las partes negociadoras o a los ámbitos del convenio y la realidad de la situación que se produce después de la subrogación, donde se está ante un nuevo empresario, y, quizá, ámbitos territorial y funcional diferentes. Otras cláusulas, como la relativa a la denuncia del convenio pierden su razón de ser, pues la vigencia temporal del convenio anterior tiene sus propios *dies ad quem* <sup>178</sup>, sin que el hecho de que la ausencia de denun-

<sup>176</sup> «En las actas y pactos firmados por la empresa "Iberia Lae", el 20 de febrero de 1995, se realiza una minoración salarial» que modifica los salarios fijados en el XIII Convenio colectivo de dicha empresa, «por lo que se pacta un salario que es el que tienen los trabajadores cuando "Ineuropa Handling" se subroga en los derechos y obligaciones» de aquélla (mayo 1995).

<sup>177</sup> Sobre la configuración de estos contenidos, *cfr.*, entre otros, GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «Cláusulas obligacionales y cláusulas normativas en los convenios colectivos», *DL*, 1988, núm. 25, pág. 35 y ss.; GARCÍA MURCIA, J.: «Contenido normativo y obligacional en los convenios colectivos laborales (I)», *AL*, 1988-I, pág. 1.292 y ss.; MARTÍN VALDERDE, A.: «Régimen jurídico de las cláusulas de los convenios colectivos según su carácter normativo u obligacional», en el volumen AAVV *El contenido de los convenios colectivos: contenido normativo y obligacional* (II Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva) (Madrid, 1990), pág. 13 y ss.; MONTÓYA MELGAR, A.: «El contenido de los convenios colectivos», en el volumen AAVV *El contenido ...*, *cit.*, pág. 87 y ss.

<sup>178</sup> *Vide infra*, 3), b).

cia por parte de los trabajadores pueda suponer la prórroga automática de su vigencia. Por similares razones a las expuestas, también carece de lógica el mantenimiento del contenido obligacional en tanto cuanto se trata de cláusulas que obligan a unas partes (las firmantes del convenio) que ya no permanecen inalterables tras la subrogación, concretamente la empresarial. De otro lado, al partir del mantenimiento únicamente del contenido normativo del convenio, una puntualización obligada es la de la importancia que adquiere la delimitación entre uno y otro tipo de cláusulas, tarea nada fácil en muchas ocasiones, tanto por el difícil y forzado encaje de algunas de aquéllas en uno u otro contenido como por la variedad de criterios doctrinales y jurisprudenciales utilizados al respecto. En este sentido, se ha apuntado que la distinción de que se trata entraña «particulares dificultades» cuando se pretenden marcar «pautas de carácter general que puedan servir de apoyo a la solución en la casuística de cada situación»<sup>179</sup>. Sea como fuere, habrá que estar a la doctrina ya existente sobre este particular, creada básicamente en relación con una situación que presenta cierta analogía con la ahora analizada: la de la ultraactividad del convenio tras su denuncia (art. 86.3 ET).

Por lo demás, este mantenimiento restrictivo del convenio de la cedente aparece ratificado por la doctrina<sup>180</sup> y los Tribunales laborales, aunque sin merecer pronunciamientos explícitos sobre el particular, quizá por su innecesariedad. En este sentido, cabe aludir, por ejemplo, a la STS de 5 de diciembre de 1992, *cit.*, que, al hilo del análisis del convenio a aplicar, señala que «es totalmente contrario ... a las más elementales reglas de la negociación colectiva el pretender, al socaire del artículo 86.3 (ET), que se siga aplicando, en sus *cláusulas normativas*, un convenio que regula las relaciones laborales de un organismo ya extinguido y a un trabajador que presta servicios a otra entidad diferente»<sup>181</sup>.

Y, por último, por *no implicar discriminación* en relación con los propios trabajadores de la empresa cesionaria. Ciertamente, ni el hecho de que existan dos convenios colectivos aplicables en la misma empresa ni que el precedente de la cedente resulte más favorable supone discriminación alguna respecto de la plantilla de aquélla, pues tales situaciones son consecuencia directa del juego del artículo 44.1 ET y no de la voluntad arbitraria de la nueva empresa o de los trabajadores cedidos que reclaman la aplicación de la norma colectiva de origen<sup>182</sup>. En este sentido, se han expresado tradicional y mayoritariamente los Tribunales laborales, según los que el artículo 44.1 ET «autoriza una diferencia de trato en punto al régimen contractual de la plantilla de las empresas absorbente y absorbida, proveyéndo(la) de la justificación objetiva y razonable», por lo que, al admitir dicho precepto expresamente esa diversidad, se «excluye cualquier posible discriminación»<sup>183</sup>. Así pues, la

<sup>179</sup> STSJ Navarra de 2 diciembre 1993 (AS 5246).

<sup>180</sup> *Vid.*, aunque con mención indirecta, VALDÉS DAL-RE, F., *op. cit.*, pág. 26 y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F.: «Fusiones y escisiones: aspectos laborales», en el volumen AAVV *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo* (Madrid, 1994), pág. 142.

<sup>181</sup> En igual sentido, STS de 4 julio 1988 (Ar. 2300).

<sup>182</sup> En este sentido, GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 579; CAMPS RUIZ, L. M., *op. ult. cit.*, pág. 81; OJEDA AVILÉS, A., RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J. y GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Transferencia de empresas: un análisis comparado de la transposición al derecho italiano, francés, belga, alemán, inglés y español de la Directiva 77/187*, en el volumen AAVV «La transmisión de empresas en Europa» (Bari, 1999), pág. 309.

<sup>183</sup> STCT de 18 mayo 1988 (Ar. TCT 236).

diferencia de régimen jurídico que corresponda a los colectivos de trabajadores de distinta procedencia, lejos de constituir trato discriminatorio, es la «consecuencia natural de arrastrar unas condiciones laborales no idénticas»<sup>184</sup>. A la vista de lo anterior, resulta claro que no se comparte la opinión de alguna aislada sentencia según la que el aceptar el mantenimiento temporal del convenio de la cedente «provocaría una condenable dualidad de convenios colectivos vigentes con el sesgo discriminatorio de dos colectivos laborales dentro de la misma empresa»<sup>185</sup>. El simple hecho objetivo de la existencia de dos colectivos diferentes en cuanto norma colectiva a aplicar no conlleva automáticamente discriminación, pues, como es sabido, con frecuencia las particularidades del colectivo de un centro o unidad empresarial inferior (*v. gr.*, categoría profesional) justifican su regulación autónoma, además, la aplicación de un sólo convenio tampoco garantiza una regulación idéntica.

### 3. Alcance temporal.

#### 3.1. General.

La aplicación del artículo 44 ET y el consiguiente mantenimiento a los trabajadores transferidos de las condiciones laborales anteriores implica que en la cesionaria exista una pluralidad de estatutos de personal, si bien con un carácter meramente transitorio, hasta la ulterior negociación unificadora en la nueva empresa. Ahora bien, antes de entrar a analizar la alteración que de esta negociación deriva, cabe cuestionarse la existencia de la posibilidad de proceder a aquélla con anterioridad, esto es, de que el cesionario pueda modificar anticipadamente y de alguna manera el estatuto laboral previo. Ciertamente, aunque la finalidad protectora del artículo 44 ET no permite la renuncia de derechos (art. 3.º 5 ET) y, por lo tanto, la asunción de una nueva relación laboral con el cesionario en peores condiciones que las disfrutadas anteriormente<sup>186</sup>, parece claro que de aquél no deriva un «plus de inmodificabilidad», según el que dichas condiciones resultarían intocables para el nuevo empresario. En efecto, el que éste se subrogue en la posición del anterior no sólo implica la recepción de las obligaciones laborales que este último hubiese adquirido, sino también de sus mismos poderes en cuanto empresario, entre ellos los de modificación de las relaciones laborales transferidas. En otras palabras, el efecto subrogatorio no supone la intocabilidad absoluta de las mencionadas relaciones, pues el ulterior empresario conserva los mismos derechos de modificación de éstas que su antecesor ostentaba; esto es, el mencionado efecto no puede ser alegado para impedir la introducción de cambios que hubieran sido posibles de no haberse producido la sucesión<sup>187</sup>. En este sentido, se ha pronunciado el TJCE, según el que la Directiva 77/187 «no se opone a una modificación de la relación laboral concertada con el nuevo jefe de la empresa si el derecho nacional aplicable

<sup>184</sup> STCT de 30 junio 1983, *cit.*

<sup>185</sup> STCT de 25 enero 1988 (Ar. TCT 35).

<sup>186</sup> Así, STJCE de 10 febrero 1988 (asunto Tellerup 324/1986; R. 1988-3).

<sup>187</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «El carácter indisponible del artículo 44 ET», *RL*, 1988-I, pág. 69.

admite dicha modificación al margen del supuesto de un traspaso de empresa»<sup>188</sup>. Esta doctrina debe entenderse en sentido amplio, por lo que el alcance de la alteración que pueda introducir el nuevo empresario puede consistir tanto en la simple modificación de algunas de las condiciones de trabajo como en la propia extinción de la relación laboral si hubiese causa para ella. Así se expresa el artículo 4.º de la mencionada Directiva al disponer que «el traspaso de una empresa, de un centro de actividad o de una parte de éstos no constituye, en sí mismo, un motivo de despido para el cedente o cesionario». Ahora bien, «esta disposición no impedirá los despidos que puedan producirse por razones económicas, técnicas o de organización que impliquen cambios en el plano del empleo», a las que cabría añadir cualesquiera otras justificadas, especialmente las disciplinarias. Ciertamente, el entender que del principio conservacionista previsto en los artículos 44 ET y 3.º Directiva 17/187 deriva la imposibilidad de despedir al trabajador por causa justificada supondría tanto como colocar a éste en una posición de «intocabilidad absoluta», a todas luces injustificada. Lo prohibido es el despido derivado del mero hecho de la sucesión, no el que posteriormente puede hallarse justificado por la propia conducta incumplidora del trabajador, tal como cabe entender, *a contrario sensu*, de la literalidad del referido precepto del ET («el cambio de titularidad ... no extinguirá por sí mismo la relación laboral») <sup>189</sup>. Tal interpretación no supone una ampliación de la Directiva, sino una conclusión lógica de la misma: «si se protege con la prohibición de extinguir en base a la transmisión de empresa, ello supone que es posible la extinción por cualquier otro motivo diferente recogido en el ordenamiento nacional» <sup>190</sup>.

Retomando la idea inicial, la de la posible modificabilidad (no extinción) de las condiciones de trabajo de origen convencional heredadas de la empresa cedente, cabe señalar que el cesionario conserva, al respecto, las mismas posibilidades de que disponía su predecesor, por lo que dicha modificación requiere acuerdo previo entre el empresario y los representantes de los trabajadores y que verse sobre el régimen de trabajo a turnos, sistema de remuneración o de trabajo y rendimiento y funciones (art. 41.1, párrafo tercero ET).

### 3.2. *Dies ad quem.*

#### 3.2.1. En la Directiva 77/187.

Cuando la escueta literalidad del artículo 44.1 ET se limita a disponer que el nuevo empresario quedará «subrogado en los derechos y obligaciones laborales del anterior» resulta evidente que muchos de los aspectos de su régimen jurídico quedan sin resolver, como el relativo al alcance temporal o indefinido del mantenimiento por aquél de las condiciones derivadas del convenio colectivo de su predecesor. Ahora bien, aun sin respuesta legal, parece evidente que el principio de conti-

<sup>188</sup> STJCE de 10 febrero 1988, *cit.*

<sup>189</sup> Así, GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 580.

<sup>190</sup> OJEDA AVILÉS, A, RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, pág. 286.

nidad de la relación de trabajo que rige la figura de la sucesión de empresa «no impone una absoluta congelación de las condiciones de trabajo anteriores, que condenaría al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos -como el presente- de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores»<sup>191</sup>. Así pues, partiendo del carácter temporal de la garantía prevista en el referido precepto legal, la respuesta a los límites de la misma debe buscarse -al igual que a otros interrogantes- en la tan citada Directiva 77/187, cuyo artículo 3.º 3, párrafo primero, aporta solución a la cuestión planteada. Según dicho precepto, «después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo». Aunque los términos no son excesivamente precisos, parece claro que el convenio que ha de extinguirse es el de la cedente y el que ha de entrar en vigor el de la cesionaria. Así pues, para la mencionada Directiva el *dies ad quem* del mantenimiento de las condiciones derivadas del convenio anterior es doble, pudiendo situarse tanto en un momento como en el otro. Ahora bien, aunque resulta evidente que ambos términos no actúan sucesivamente, sino en régimen de alternancia excluyente, no lo es tanto el tipo de relación o juego existente entre los mismos. En este sentido, la opción por uno u otro término como predominante da lugar a dos interpretaciones diferentes sobre el *dies* de que se trata, pudiendo situarse éste en el momento de:

- a) La expiración de la vigencia del convenio de la cedente, «al margen y con independencia de que haya entrado o no en vigor el segundo convenio»<sup>192</sup>; y
- b) La entrada en vigor del nuevo convenio de la cesionaria, resultando irrelevante el que para entonces continúe o no en vigor el de la cedente.

No parece, sin embargo, que la idea recién expuesta (opción por un término con independencia del otro) haya sido la intención del legislador comunitario, pues, en ese caso, éste podría haber optado directamente por fijar como término final del mantenimiento de las condiciones anteriores bien el de la expiración del convenio de la cedente bien el de la entrada en vigor del convenio de la cesionaria, sin mención del otro en ninguno de los supuestos. En mi opinión, la referencia expresa a ambos momentos permite una exégesis integrada de los mismos, según la que el fin de la observancia de las condiciones colectivas anteriores viene determinado por la extinción del convenio del que nacen (de la cedente), salvo que, con anterioridad, haya entrado en vigor un nuevo convenio colectivo de la cesionaria. Por lo tanto, este nuevo convenio, unificador de las condiciones laborales de todos los trabajadores de aquella (los propios y los transferidos), prevalece frente al que se venía aplicando, al poner fin a su vigencia. Esta parece ser la interpretación acogida por algún Estado miembro, como por ejemplo, Italia, cuyo artículo 2112, apartado tercero, Código Civil italiano dispone que «el

<sup>191</sup> STS de 13 febrero 1997 (Ar. 1265). También SSTS de 4, 12, 17 y 24 mayo 1999, *cit.*. En igual sentido, MARTÍNEZ MORENO, C., *op. cit.*, pág. 39 y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.ª F., *op. ult. cit.*, pág. 143.

<sup>192</sup> VALDÉS DAL-RE, F.: «Problemas de determinación del convenio colectivo aplicable en la transmisión de empresa (y II)», *RL*, 1996-I, pág. 22.

adquirente está obligado a aplicar las condiciones económicas y normativas previstas en el convenio colectivo vigente en el momento de la transmisión de empresa, y hasta la fecha de su decadencia, salvo que sean sustituidas por las de otro convenio colectivo aplicable en la empresa de aquél»<sup>193</sup>.

Por lo demás, la complejidad de la regulación de la Directiva aumenta con una ulterior previsión, la de que los Estados miembros pueden limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero sin que éste pueda «ser inferior a un año» (art. 3.º 3, párrafo segundo). Aunque el ejercicio de tal previsión parece potestativo para los países miembros («podrán limitar»), resulta claro que de entrar a fijar un período de mantenimiento el plazo de un año actúa como disposición mínima e imperativa. En este sentido, el artículo 613, a) del Código Civil alemán señala que, tras la sucesión, el adquirente debe respetar «los derechos y obligaciones derivados de los convenios colectivos», que se convertirán en contenido de la relación laboral entre aquél y el trabajador, sin que puedan verse alterados en perjuicio de éste antes del término de un año a contar desde aquella<sup>194</sup>. Por su parte, el artículo L 132-8, párrafo tercero (en relación con el séptimo) Código de Trabajo francés dispone que el convenio colectivo seguirá siendo aplicable al empresario cedente hasta la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo de la cesionaria o, en su defecto, hasta el plazo de un año a contar desde la transmisión. Como han puesto de relieve algunos autores, la diferencia entre ambos preceptos es sutil y sustancial, pues mientras que la regulación alemana establece la vigencia obligatoria del convenio colectivo de la cedente durante el plazo mínimo de un año, tras el cual se posibilita su alteración, la francesa permite que durante el mismo ya se negocie un nuevo convenio si el de la cedente ve extinguida su vigencia<sup>195</sup>.

### 3.2.2. En el ordenamiento español.

Por lo que respecta en el ordenamiento español, resulta evidente que la parca regulación del artículo 44 ET no contiene regla similar a la del artículo 3.º 3 Directiva 17/187, en relación con el mantenimiento durante un plazo mínimo de la garantía conservacionista que prevé ni cuál pueda ser su *dies ad quem*. Ante tal situación, de ausencia de una transposición completa de la referida Directiva al ordenamiento español, cabe preguntarse si la amplitud y ambigüedad de los términos del artículo 44 ET permiten entender incluida una solución análoga o ésta viene dada por la propia Directiva, entendida como directamente aplicable en este extremo. En mi opinión, aun cuando el TJCE ha reconocido la posibilidad de que las Directivas actúen como normas *self-executing* cuando los Estados

<sup>193</sup> Según NICOLINI, G. [*Manuale di diritto del lavoro*, 2.ª edic. (Milán, 1996), pág. 689], el precepto debe entenderse en el sentido de que, «constatada la aplicación en la empresa del cesionario de otro convenio colectivo al momento de la transmisión de empresa, el tratamiento económico y normativo previsto en este convenio sustituye el anteriormente vigente en la empresa del cedente». En igual sentido, MAGNO, P.: *La nuova disciplina del trasferimento d'azienda*, DLa, 1991, pág. 147. En general, CARABELLI, U.: «Alcune riflessioni sulla tutela dei lavoratori nei trasferimenti di azienda: la dimensione individuale», *RIDL*, 1995, T. XIV, págs. 57-64.

<sup>194</sup> Así, CRISTÓBAL RONCERO, M.ª R.: *Los derechos de los trabajadores en la transmisión de empresas (estudio del ordenamiento jurídico alemán)* (Madrid, 1999), págs. 280-281.

<sup>195</sup> OJEDA AVILÉS, A., RODRÍGUEZ RAMOS, M.ª J. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, pág. 283.

hayan dejado transcurrir el plazo para su transposición sin hacerlo o cuando el precepto invocable resulta directamente aplicable <sup>196</sup>, parece claro que en el caso de que se trata no ocurre así, pues, por un lado, se requiere la intervención de los Estados miembros en orden a la fijación de un período mínimo de mantenimiento de las condiciones laborales anteriores, y, por otro, los genéricos términos empleados en la Directiva resultan difícilmente aplicables sin previa adaptación a las complejas reglas sobre vigencia temporal de los convenios (arts. 82 y ss. ET) <sup>197</sup>. Por lo demás, los escuetos términos del artículo 44 ET sólo dicen lo que expresamente quieren decir (la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones del anterior), lo que ocurre es que el interrogante que suscitan (hasta cuándo) encuentra su respuesta de modo natural bien en la extinción del convenio de la cedente bien en la entrada en vigor de un nuevo convenio en la empresa cesionaria, lo que coincide con la solución aportada por la Directiva. En este sentido, se ha manifestado que «la *ratio* del precepto estatutario es idéntica a la de la norma comunitaria, lo que sucede es que el derecho interno no enuncia de modo expreso ni indirecto qué tipos de acontecimientos definen la llegada a término del principio de conservación del tratamiento normativo convencional de la empresa cedente» <sup>198</sup>. De otro lado, no cabe negar que, aun a falta de una adecuada transposición de la Directiva en cuestión, a la comentada posición sobre el *dies ad quem* también se puede llegar a través de una interpretación sistemática del artículo 44 ET con lo dispuesto en aquella <sup>199</sup>. Pues bien, deducidos los citados acontecimientos extintivos de la lógica natural de las cosas o de una interpretación sistemática entre los mencionados preceptos legales, resulta claro que la falta de una adecuada transposición de la referida norma comunitaria tiene otras consecuencias, como la de que en el derecho español no rija un plazo mínimo durante el que haya de mantenerse el convenio de la cedente <sup>200</sup>. Dicha ausencia no deja de presentar ciertas ventajas, como la de no tener que resolver el complejo problema de la extinción de la vigencia de dicho convenio antes del transcurso del aludido plazo mínimo.

Tal como se interpretó en relación con la Directiva, dos son los términos que, de forma alternativa, pueden jugar como *dies ad quem* del mantenimiento de las condiciones del convenio colectivo anterior. La interpretación que sobre su interrelación se mantuvo entonces puede darse aquí por reproducida, por lo que el referido término final se situará en el momento de la extinción de la vigencia del convenio de la cedente o, si es anterior, de la entrada en vigor de otro convenio de la cesionaria. Con todo, no quiero dejar de mencionar la posible existencia de otra posición, según la que la vigencia del convenio de la empresa cedente parece tener un valor absoluto, como lo acredita el que resulte irrelevante, a efectos de su extinción, la entrada en vigor de un nuevo convenio en la cesionaria. En otras palabras, incluso tras la sucesión, el convenio de la cedente resulta «intocable» y «todopoderoso», pues su extinción sólo puede venir dada por el transcurso del término que delimita su ámbito de vigencia, sin que la negociación de un nuevo convenio en la empresa adquirente

<sup>196</sup> Así, STJCE de 26 septiembre 1996 (asunto C-168/1995; R. 1996-10).

<sup>197</sup> Cfr. GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 581.

<sup>198</sup> VALDÉS DAL-RE, F., *op. ult. cit.*, pág. 21.

<sup>199</sup> *Ibidem.*, pág. 24.

<sup>200</sup> Así, OJEDA AVILÉS, A, RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *op. y loc. últ. cit.*

actúe como causa sobrevenida de extinción de aquélla. A pesar de la importante rémora que esta tesis puede suponer (especialmente cuando el período de vigencia es largo y su mayor parte está sin transcurrir), a efectos de la deseada unificación de condiciones de trabajo en la nueva empresa, es posible encontrar alguna decisión judicial en cuyo supuesto fáctico los acontecimientos suceden de la forma descrita, sin plantearse ninguna crítica al respecto. Aludo con estas últimas palabras al caso de autos de la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 9 de diciembre de 1992 <sup>201</sup>, según el que, tras la sucesión empresarial (1987), la cesionaria sigue aplicando el convenio de la empresa cedente hasta la fecha de la extinción de su vigencia (31 de diciembre de 1991), a pesar de que con anterioridad ya había entrado en vigor un nuevo convenio -se supone que unificador- en aquélla (vigente desde el 1 de enero de 1991).

De seguirse la posición expuesta en primer lugar, resulta claro que el convenio que ostenta una posición de supremacía es el nuevo de la cesionaria, pues su entrada en vigor pone, automáticamente, fin a la aplicación del anterior. La renovación del «marco contractual colectivo en la empresa adquirente», sea de empresa o sector y, «en este supuesto, superior o inferior, finaliza con el régimen de excepcionalidad impuesto por el traspaso» <sup>202</sup>. Además, como se deduce de lo dicho, la aceptación de esta posición tiene una consecuencia importante: la extinción automática de la vigencia de un convenio, con independencia de la voluntad de las partes negociadoras, que pueden haber fijado otra u otras para las distintas materias o grupos homogéneos de las mismas (art. 86.1 ET). Se estaría, pues, ante una regla especial sobre la vigencia de los convenios en materia de sucesión de empresa, que hace juego con todas las especialidades que en materia de negociación colectiva introduce la garantía de mantenimiento del artículo 44 ET <sup>203</sup>. De otro lado, esta sustitución de convenios viene a dar respuesta al interrogante planteado por algunos autores sobre cuál sea la necesidad de continuar aplicando el convenio colectivo de la empresa cedente a los trabajadores transferidos, dado que antes o después se les va a aplicar el de la empresa cesionaria. En tal sentido, se apunta que las condiciones pactadas en convenio han de mantenerse como «una obligación impuesta» a la cesionaria, al no ser posible modificarlas por norma diferente al propio convenio; por ello habrá que esperar a la nueva norma convencional vigente en ésta para proceder a la sustitución de aquéllas <sup>204</sup>.

201 AS 6107.

202 VALDÉS DAL-RE, F., *op. y loc. ult. cit.* También FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.<sup>a</sup> F., *op. ult. cit.*, págs. 142-143. En la jurisprudencia, parece seguir esta posición la STSJ Madrid de 6 marzo 1997 (AS 675) y SSTs de 11 y 25 mayo 1999, todas *cits.*

203 En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ (*op. ult. cit.*, pág. 143), que alude a la flexibilización que en este caso se produce de determinadas reglas de nuestro sistema negocial, como la inexistencia de un deber específico de negociación a que se refiere el artículo 89 ET, la pérdida de efectividad de las cláusulas sobre denuncia del convenio y «de la misma prohibición de concurrencia prevista en el artículo 84 ET, evidentemente concebida para procurar la estabilidad y racionalidad de la estructura de la negociación colectiva, que pierde su sentido cuando, precisamente, la unidad de negociación afectada se encuentra en trance de desaparición». Una fórmula semejante a la que se produce respecto de los convenios extraestatutarios «sería admisible, porque el convenio afectado ya no pertenece a la categoría tipo regulado en el Título III ET».

204 OJEDA AVILÉS, A., RODRÍGUEZ RAMOS, M.<sup>a</sup> J. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *op. cit.*, pág. 310.

Antes de proseguir, conviene aclarar que la posición que se sigue sobre los acontecimientos que ponen fin a la vigencia de la aplicación del convenio de la cedente (con la preponderante importancia del nuevo de la cesionaria) encuentra su fundamento tanto en la lógica que deriva desde los preceptos de sucesión empresarial como en una interpretación integrada de los mismos con la Directiva propia de la materia. Ahora bien, como ha puesto de relieve algún autor, para la tesis clásica -que enfoca la cuestión del convenio aplicable en caso de sucesión de empresa desde las reglas de la concurrencia de convenios-, el interrogante relativo a si el nuevo convenio de la cesionaria extingue la vigencia del de la cedente admite diferentes respuestas según cuál sea el criterio adoptado para resolver el primer conflicto de concurrencia, el que surge en el momento de la sucesión entre el convenio aplicable a los trabajadores cedidos y el entonces vigente en la nueva empresa <sup>205</sup>. Así, siguiendo al mismo autor, de aplicarse el artículo 84 ET habría que tener en cuenta, además, los ámbitos de los convenios en colisión. De este modo, de ser el convenio de procedencia de ámbito empresarial o inferior, con independencia del nuevo convenio concurrente, éste habría de retrasar su aplicación a los trabajadores transferidos -en cuanto invasor- hasta la expiración de la vigencia de aquél. De ser ambas normas sectoriales, la solución dependería del ámbito superior o inferior de la nueva de la cesionaria. En el primer caso, se reproduce la solución ya expuesta; en el segundo, la nueva norma extingue la vigencia de la de la cedente <sup>206</sup>. Por lo demás, de aplicarse la regla general del artículo 3.º 3 ET, el nuevo convenio de la cesionaria sólo pondría fin al de la cedente cuando resultase más favorable que éste. Por último, ningún problema existiría de aplicarse el artículo 82.3 ET, pues el nuevo convenio de la cesionaria vendría a sustituir al anterior de ésta.

Retomando la posición que acepta el término final de la aplicación del convenio anterior en la forma expuesta (a la fecha de la extinción de su vigencia, salvo que, con anterioridad, entre en vigor un nuevo convenio en la cesionaria), una compleja y difícil cuestión queda sin resolver: la de qué ocurre si el convenio de la cedente finaliza su vigencia antes de la entrada en vigor del nuevo convenio de la cesionaria. Dado que tanto el artículo 44 ET como la Directiva 17/187 guardan silencio sobre aquélla, en mi opinión, las posibles soluciones son varias teniendo en cuenta tanto la posible existencia o no de un convenio concurrente en la empresa cesionaria ya en el momento de la transmisión como la posición que al respecto se adopte. Ciertamente, podría considerarse que la existencia del convenio en cuestión resulta irrelevante a efectos de su aplicación a los trabajadores transferidos, pues, por un lado, el artículo 44 ET exige el mantenimiento temporal del convenio de la cedente; y, por otro, la sustitución de éste sólo puede venir impuesta por un nuevo convenio de la cesionaria, en cuya negociación se haya tenido en cuenta la situación de los mencionados trabajadores. Así, tanto en el caso de que no exista convenio en la cesionaria al instante de producirse el cambio empresarial como en el de que, aun existiendo, se considere irrelevante, la solución debe buscarse desde las reglas de nuestro sistema negocial. En este sentido, cabe que el convenio de la cedente: a) prorrogue su vigencia hasta el nuevo convenio de la cesionaria, tal como ocurre de año en año cuando no media denuncia expresa de las partes y no existe pacto en contrario (art. 86.2 ET); y b), continúe en vigor su contenido normativo, en su caso, en los términos expresamente pactados

<sup>205</sup> VALDÉS DAL-RE, F., *op. ult. cit.*, pág. 23.

<sup>206</sup> *Ibidem*.

(«ultraactividad normativa»), cuando aquél ya ha sido denunciado y hasta que no se logre acuerdo expreso (art. 86.3, *ibíd.*). Se está, por lo tanto, ante dos soluciones que intentan prorrogar la vigencia del convenio de la cedente con el fin de cubrir el posible vacío normativo que, en otro caso, existiría hasta la entrada en vigor del nuevo convenio de la cesionaria, tal como si se tratase de sucesión de convenios de una misma empresa (que, en cierto modo, lo son, aunque negociados por sujetos diferentes).

Frente a la posición anterior, que parte de la inaplicación a los trabajadores transferidos del convenio existente en la cesionaria en el momento de la subrogación, cabe referirse a otra, según la que la aplicación de dicho convenio se reserva para el momento de la extinción de la vigencia del de la cedente. De este modo, tras dicha extinción, el de la cesionaria extendería su ámbito de aplicación a los trabajadores en cuestión, lo que podría entenderse que sucede bien en todo supuesto bien sólo en aquéllos en que el nuevo convenio de la cesionaria todavía no hubiese entrado en vigor (*v. gr.*, por fracaso de las negociaciones). En el segundo caso, el convenio simultáneo a la sucesión sólo se aplica subsidiariamente, en defecto de otro nuevo, cuya obligación de negociarlo parece existir en orden a la unificación de las condiciones laborales de los dos colectivos de trabajadores que concurren en la empresa absorbente; sin embargo, en el primer caso, su aplicación es siempre directa, tras la cesación de la vigencia del convenio de la empresa cedente. En este sentido, parece expresarse algún autor cuando considera que, después de la cesación en cuestión, los transferidos «se incorporan, a todos los efectos, a la disciplina contractual del convenio que rijan en la empresa adquirente, sea cual fuere éste»<sup>207</sup>. Precisión esta última que tanto puede hacer referencia a su ámbito como a su modernidad (el simultáneo a la sucesión o el posterior).

#### 4. Consecuencias de la pérdida de vigencia del convenio colectivo de la cedente.

##### 4.1. Sobre el nuevo convenio aplicable.

Sabido es que la aplicación del convenio de la cedente que vinculaba a los trabajadores transferidos en el momento de la transmisión ha de ser sustituido, antes o después, por un nuevo convenio colectivo. Dado que resulta meridianamente claro que ese nuevo convenio ha de ser el de la cesionaria, no deja de extrañar la existencia de decisiones judiciales en las que se debate sobre cuál haya de ser ese nuevo convenio: el de la cedente o el de la cesionaria. En este sentido, la posible duda que suscita la reclamación por los trabajadores cedidos de la aplicación del nuevo convenio que la cedente haya podido negociar ha sido aclarada, contundentemente, por los órganos jurisdiccionales. Así, se señala que lo que el artículo 44 ET se limita a imponer a las empresas, en caso de sucesión, es «la obligación de subrogarse en los derechos y obligaciones del anterior empleador»; obligación que se cumple suficientemente con la conservación de las condiciones de trabajo «que habían venido rigien-

<sup>207</sup> *Ibíd.*, pág. 22.

do las relaciones laborales», sin que pueda aceptarse la tesis de que «la responsabilidad del subrogado se extiende a mantener la aplicación del convenio colectivo que la antigua empleadora haya podido negociar», ya que éste «no puede constituir derecho adquirido alguno de unos trabajadores» que, por haber pasado a otra empresa antes del inicio de la vigencia del mismo, nunca se rigieron por sus cláusulas <sup>208</sup>. En otras palabras, entre los derechos reconocidos en el referido precepto del ET «no se encuentra el de continuar ostentando iguales condiciones laborales» como si se permitiese, indefinidamente, en «la plantilla de la empresa de origen» <sup>209</sup>. Queda claro, pues, que lo que se garantiza a los trabajadores transferidos son los derechos adquiridos hasta el momento de la sucesión, lo que, en relación con los derivados del convenio de la empresa cedente, significa «su mantenimiento tal como entonces existieran, sin minoración posible, y hasta que fueren superados por la normativa convencional aplicable en la nueva empresa», sin que, en modo alguno, ello pueda significar «la vinculación indefinida a los ulteriores convenios colectivos que se negociaren en la empresa cedente» <sup>210</sup>. Ciertamente, el entender que la cesionaria debería seguir aplicando el nuevo convenio que se negociase en la anterior empresa supondría tanto como obligar a aquélla a quedar vinculada por lo negociado por otro empresario, impidiéndole su completa actuación como tal frente a una parte de lo que son sus propios trabajadores, los que tienen su origen en la sucesión empresarial. Además, si el mantenimiento del convenio simultáneo a ésta puede encontrar fundamento en un primer momento, actuando como «colchón amortiguador» de las posibles consecuencias negativas que el cambio empresarial pudiese conllevar para los trabajadores afectados, resulta evidente que su aplicación no se justifica *ad futurum*, pues, antes o después, el objetivo es la unificación de condiciones para todos los trabajadores de la misma empresa <sup>211</sup>. En este sentido, es claro que el carácter «transitorio» que la doctrina y los Tribunales laborales se encargan de atribuir al mantenimiento del convenio colectivo de la cedente concurrente con la sucesión hace referencia a su sustitución por la regulación de la nueva empresa y no por la posterior de aquélla. Precisión esta última que evita el tener que preguntarse por el límite temporal de la aplicación de la normativa de la anterior empresa, pues la observancia del segundo convenio podría servir como argumento para reclamar otro tanto con los posteriores y así sucesivamente.

Claro lo anterior con carácter general, cabe cuestionarse si la respuesta debe seguir siendo la misma en el supuesto de que el nuevo convenio de la empresa cedente siga incluyendo a los trabajadores afectados por la subrogación empresarial dentro de su ámbito de aplicación, tal como ocurre en el caso de autos de la STSJ Castilla y León (Valladolid) de 9 de diciembre de 1992, *cit.* En el

<sup>208</sup> STSJ Castilla y León (Valladolid) de 9 diciembre 1992, *cit.* En el caso de autos, los trabajadores afectados por el conflicto (pertenecientes al servicio de cocina de los Hospitales Psiquiátricos «San Luis» y «San Juan de Dios» de Palencia) venían rigiéndose por el convenio provincial de establecimientos de hospitalización, consulta y asistencia, lo que no cambió cuando la empresa «Eurest, S.A.», del ramo de hostelería, adquirió la concesión del servicio de cocina, subrogándose ésta en la condición del anterior empleador y manteniendo la aplicación del referido convenio hasta la extinción de su vigencia (31 de diciembre 1991). Tras dicha fecha, la nueva empresa aplica a sus trabajadores el convenio colectivo de hostelería para Palencia, ante lo cual los inicialmente transferidos reclaman el que se les siga aplicando el nuevo convenio plural de empresas de hospitalización, consulta y asistencia, negociado en 1992.

<sup>209</sup> *Ibidem.*

<sup>210</sup> STSJ Cantabria de 11 noviembre 1994 (AS 4181). En la doctrina, MONEREO PÉREZ, J. L., *op. ult. cit.*, pág. 197.

<sup>211</sup> Así, STSJ Castilla y León (Valladolid) de 9 diciembre 1992, *cit.*

referido supuesto de hecho, los trabajadores prestan servicios de cocina en varios centros hospitalarios, aplicándoseles el convenio de dichos centros, que es mantenido por la nueva empresa concesionaria de dichos servicios (Eurest) hasta la extinción de su vigencia, en que pasa a aplicarles el del sector de hostelería. Por su parte, los trabajadores reclaman la aplicación del nuevo convenio de centros hospitalarios en base a lo dispuesto el artículo 82.3 ET en relación con el artículo 1.º de aquél, según el que «el presente convenio resulta de aplicación a las empresas y trabajadores del Centro Asistencial San Juan de Dios, Hospital Psiquiátrico San Luis, así como a la empresa y personal subrogado de Eurest, en virtud, en este último caso, del acuerdo de adhesión que se incorpora al convenio». Así las cosas, cabe razonar que, por lo que respecta al artículo 82.3 ET, si bien es cierto que los convenios colectivos tienen eficacia *erga omnes*, obligando a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación, dicha eficacia se condiciona a la previa intervención en la negociación por quien estuviese legitimado -conforme al art. 87 ET- para representar a los sujetos incluidos en el mencionado ámbito. Requisito imprescindible que, en el caso analizado, no concurre por lo que se refiere a la nueva empresa concesionaria, que ni participa directamente ni está representada por las otras dos empresas intervinientes. Precisamente, la imposibilidad de la aplicación directa e inmediata del referido convenio a la empresa en cuestión parece reconocerse, implícitamente, en el propio artículo 1.º de aquél cuando se justifica su aplicación (a ésta) en base a un hipotético acuerdo de adhesión. Ahora bien, en el caso de autos sucede que, aparte de no constar la existencia de este acuerdo, tampoco sería posible su firma por la nueva empresa, dada su previa afectación a otro convenio (el provincial de hostelería) (art. 92.1 ET). Así pues, parece que, en el caso estudiado, sólo cabría el pacto de adhesión si los trabajadores que realizan su actividad laboral en los servicios objeto de concesión estuviesen excluidos expresamente del convenio de la concesionaria <sup>212</sup>. Por lo demás, el hecho de que los trabajadores sigan prestando servicios en los centros hospitalarios permite que haya «el mínimo de semejanza» exigido entre el ámbito funcional del convenio adherido y la actividad de los sujetos que se adhieren al mismo <sup>213</sup>. En mi opinión, tanto la necesidad de este mínimo de semejanza como la aspiración lógica de aplicación del convenio de la cesionaria convierten en infrecuente este tipo de pactos entre el convenio de la empresa cedente y la cesionaria y sus trabajadores. Finalmente, infrecuentes también son los convenios que contienen cláusulas relativas a su ámbito de aplicación en el sentido de la ahora analizada, quizá porque lo normal sea que los trabajadores objeto de sucesión empresarial se trasladen físicamente a una nueva empresa, lo que no ocurre en el caso objeto de análisis, al estarse ante la concesión de un servicio con mero cambio de la titularidad empresarial.

#### 4.2. La aplicación del convenio de la cesionaria.

Como se deduce de lo dicho, resulta claro que el nuevo convenio colectivo que, tras la subrogación, pueda negociarse en la empresa cesionaria va a aplicarse también a los trabajadores que procedan de aquélla. En este sentido, no cabe que las partes negociadoras hagan uso de su libertad de

<sup>212</sup> Así, RABANAL CARBAJO, P., *op. cit.*, pág. 141.

<sup>213</sup> *Ibidem.*, pág. 145.

fijación del ámbito personal del convenio en orden a excluir arbitrariamente a los referidos trabajadores, pues aquella libertad no es ilimitada ni absoluta <sup>214</sup>, hallándose condicionada por el necesario respeto a los principios de igualdad y no discriminación. Así, el derecho de aquéllos a quedar incluidos deriva, por un lado, de la aplicación analógica de la doctrina que niega la exclusión de ciertos trabajadores en atención, por ejemplo, a la naturaleza temporal o fija de su vínculo contractual <sup>215</sup> u otras circunstancias similares, como podría ser la de su origen, aquí presente; y, por otro, de la extinción sobrevenida que la entrada en vigor del nuevo convenio implica del régimen de excepcionalidad que los mismos venían disfrutando (mantenimiento temporal del convenio de la empresa cedente), si antes aquélla no se ha producido de forma natural (transcurso de la duración pactada). Además, no cabe olvidar el argumento de la eficacia general del convenio que exige su aplicación a todos los trabajadores (y empresarios) incluidos en su ámbito de aplicación (art. 82.3 ET), como ocurre con los transferidos, máxime tras la superación del régimen de transitoriedad. En consecuencia, resulta criticable cualquier conducta empresarial que intente evitar o sustituir la aplicación del nuevo convenio al colectivo de que se trata, a través, por ejemplo, de la celebración simultánea o posterior de contratos de trabajo individuales en masa. Ciertamente, como apuntó el TS en relación con un supuesto en el que el convenio ya estaba en vigor, aunque esta contratación resulta legítima cuando lo pretendido es la simple mejora de las condiciones laborales previstas en el convenio vigente, no sucede lo mismo cuando lo buscado es la suplantación de la «autonomía colectiva» plasmada en aquél <sup>216</sup>. Ahora bien, el hecho de que no pueda ser excluido arbitrariamente del convenio colectivo por el empresario no impide que el colectivo transferido pueda pactar por separado si tiene suficiente fuerza negociadora o las peculiaridades de su prestación de servicios lo justifican, como sucede cuando, por ejemplo, aquél posee una determinada especialización o categoría profesional o pertenece a un concreto departamento o sección, que aconsejan una regulación autónoma. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha manifestado que «el principio de igualdad no obliga, desde luego, a perfilar la unidad de negociación con todos los trabajadores de una empresa o de un ámbito geográfico y funcional determinado» y, por lo tanto, tampoco impide que «determinados grupos de trabajadores que cuenten con suficiente fuerza negociadora pacten por separado sus condiciones de empleo, si es que consideran que, por sus especiales características o por otras circunstancias relevantes para la prestación de sus servicios, esa es la mejor vía para la defensa de sus intereses» <sup>217</sup>.

En otro orden de cosas, cabe reparar en que, aun de aplicarse el ulterior convenio de la cesionaria, la finalidad pretendida por éste, cual es la homogeneización total de las condiciones de trabajo disfrutadas tanto por el personal cedido como por el propio de aquélla, puede que no llegue a alcanzarse en su totalidad <sup>218</sup>. Ciertamente, la aplicación de un mismo convenio para toda la planti-

<sup>214</sup> Así, STC 136/1987, de 22 julio (BOE de 11 agosto). También SSTS de 17 junio 1994 (Ar. 5448) y 2 diciembre 1996 (Ar. 8991).

<sup>215</sup> Así, SSTC 52 y 136/1987, de 22 julio (la primera en BOE de 5 junio; la segunda *cit.*).

<sup>216</sup> *Vid.*, con carácter general, STS de 18 abril 1994 (Ar. 3254).

<sup>217</sup> STC 136/1987, de 22 julio, *cit.* También *vid.* SALA FRANCO, T. y ALBIOS MONTESINOS, I.: *Derecho sindical*, 5.ª ed. (Valencia, 1998), pág. 318.

<sup>218</sup> *Cfr.*, en relación con lo establecido en un pacto de fusión, CAMPS RUIZ, M., *op. ult. cit.*, pág. 88.

lla de la empresa no presupone, necesariamente, dicha homogeneidad, pues tal convenio puede prever condiciones más o menos favorables para quienes estén o reúnan determinadas circunstancias, que, tal vez, no puedan cumplir quienes pasaron a integrarse en la empresa a partir de la fecha de la sucesión. En este sentido, conocida es la doctrina según la que el juego del principio de igualdad no es incompatible con regulaciones convencionales diferenciadas dentro del propio convenio, siempre que, lógicamente, dichas diferencias se fundamenten en motivos objetivos y razonables <sup>219</sup>.

#### 4.3. Sobre la modificación o sustitución de las condiciones convencionales anteriores.

Aclarada la cuestión del mantenimiento de los sucesivos convenios colectivos de la empresa cedente en sentido negativo, cabe cuestionarse la del mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo (de aquélla) que estaba vigente en el momento de la sucesión. En otras palabras, cabe aclarar en qué medida el nuevo convenio de la cesionaria puede entrar a regular las condiciones laborales de los trabajadores transferidos una vez que el convenio de la anterior empresa pierde su vigencia, esto es, si hay condiciones que resultan intocables para aquél o si, por el contrario, todas son susceptibles de modificación para el mismo. La posición de la modificabilidad restrictiva se caracteriza por sostener, básicamente, la inalterabilidad de una condición laboral muy concreta: el nivel retributivo. Esta posición restrictiva cuenta a su favor con varias decisiones judiciales de los TSJ, según las que «la doctrina jurisprudencial» tiene aclarado que el artículo 44 ET «no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones previstas en el convenio que la empresa transmitente aplicaba, sino sólo a respetar el nivel retributivo alcanzado en el momento de la transferencia», por lo que, en el futuro, los trabajadores transferidos habrán de «acomodarse a las normas legales o pactadas que reglamenten la relación con el nuevo empleador», siempre que éste «siga manteniendo o mejorando ese nivel» <sup>220</sup>. Ahora bien, el juicio sobre la corrección de esta tesis debe partir de su fundamento, que según ella misma indica se encuentra en cierta doctrina del Alto Tribunal, concretamente en la establecida en las sentencias de 5 y 10 de diciembre de 1992 <sup>221</sup> y 12 de diciembre de 1993 <sup>222</sup>. Ciertamente, en las dos primeras sentencias, ambas sobre el mismo supuesto de hecho, el TS declaró el derecho de los trabajadores transferidos a mantener la retribución que disfrutaban en la anterior empresa, pero no cabe ocultar que su fundamento legal no era el artículo 44 ET -tal como acogen las sentencias de los TSJ que defienden la tesis analizada-, sino una norma de carácter estatal. En efecto, en el célebre caso de autos, que regula la incorporación de los trabajadores pertenecientes al «Organismo Autónomo de Medios de comunicación social del Estado» a la Administración Pública, la norma a aplicar es el artículo 1.º del Real Decreto-Ley 1434/1979, de 16 de junio, según el que «la Administración del Estado se

<sup>219</sup> Así, por ejemplo, STC 177/1988, de 10 octubre; SSTS de 22 mayo y 27 noviembre 1991 (Ar. 6826 y 8420) y 24 octubre 1995, *cit.*

<sup>220</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 13 diciembre 1994 (AS 4905). En iguales términos, STSJ Madrid de 7 septiembre 1995, *cit.* También SSTSJ Andalucía (Sevilla) de 22 junio 1995 (AS 2621).

<sup>221</sup> La primera *cit.*; la segunda en Ar. 10066.

<sup>222</sup> Ar. 8688.

subrogará en los derechos y obligaciones resultantes de la relación laboral vigente entre el personal que autoriza a integrarse en la citada Administración» y el referido Organismo; ahora bien, a dicho personal «se le ha de respetar, en todo caso, su retribución económica y los derechos básicos de adecuación profesional al nuevo empleo»<sup>223</sup>. Como se aprecia, hay una diferencia sustancial entre el supuesto de hecho del que parte la tesis comentada y el de las últimas sentencias del TS, pues mientras que en aquélla se trata de mantener indefinidamente las condiciones salariales derivadas del convenio de la cedente, aquí lo que ocurre es que, a causa de la subrogación, los trabajadores transferidos conservan «el conjunto de derechos y obligaciones que antes tenían, pero a título individual o personal, y en razón de lo dispuesto en el (mencionado) Real Decreto, no en virtud de lo establecido en el convenio colectivo» de la anterior empresa, el cual «carece, desde el momento de la integración citada, de la fuerza y eficacia de norma jurídica con respecto a la nueva relación laboral que nació a partir de ese instante»<sup>224</sup>. Aparte de la diferencia del fundamento normativo, cabe destacar como el momento en que se plantea la conservación de derechos también es distinto: aquí, simultáneo a la sucesión; en la tesis comentada, posteriormente, cuando surge un nuevo convenio en la cesionaria.

Por lo que respecta al caso de autos de la STS de 12 de noviembre de 1993, *cit.*, cabe señalar que la confusa redacción de ésta dificulta en parte el juicio que la solución dada merezca. Según los imprecisos términos de su fundamento de derecho tercero, «el pacto por el que la empresa y los representantes legales de los trabajadores acuerdan unificar la estructura salarial ... está amparado por el artículo 41 ET, siempre, como es el caso, que se respeten los mínimos legales y no sufran los trabajadores disminución en la cuantía de sus ingresos anuales». Por otra parte, la obligación impuesta por el artículo 44 ET «no es incompatible con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de las empresas que quedan absorbidas en una nueva entidad, y este artículo no obliga, por sí sólo, a mantener las expectativas que los trabajadores gozaban en las antiguas empresas ..., pues salvado el nivel retributivo alcanzado en la empresa anterior, el futuro habrá de acomodarse a las normas legales o pactadas que rijan en relación con el nuevo empleador». Como se ve, en el caso de autos se entremezclan un acuerdo interpartes con los artículos 41 y 44 ET, resultando difícil determinar la exacta interrelación entre los mismos y el sentido de las palabras del Alto Tribunal. Reflejo de lo anterior son las distintas interpretaciones que éstas han suscitado, pues mientras que para algún autor el mantenimiento de los salarios disfrutados en la empresa cedente encuentra su fundamento en el acuerdo expreso firmado entre los empresarios y los representantes de los trabajadores de las empresas afectadas<sup>225</sup>, para otro resulta más claro que el referido Tribunal ubica el fundamento en cuestión en el artículo 44 ET<sup>226</sup>. Ciertamente, lo que parece querer decirse es que el pacto es lícito porque se ampara en el artículo 41 ET y, además, respeta lo dispuesto en el artículo 44 *ibíd.*, como

<sup>223</sup> Según la STS de 10 diciembre 1992, *cit.*, el referido artículo 1.º RD-Ley no debe entenderse en el sentido de exigir que los trabajadores transferidos conserven «una especie de fuero personal que los vincule a su antigua normativa», sino que se trata simplemente de respetar sus derechos económicos.

<sup>224</sup> STS de 5 diciembre 1992, *cit.*

<sup>225</sup> VALDÉS DAL-RE, F., *op. cit.*, pág. 25.

<sup>226</sup> CAMPS RUIZ, L. M., *op. ult. cit.*, pág. 85.

es el mantenimiento del nivel salarial anterior. Ahora bien, el hecho de que se admita que la sentencia comentada fundamenta el citado mantenimiento en el propio artículo 44 ET no resulta definitivo, pues, como se verá, posteriormente cambió de opinión <sup>227</sup>.

Por lo que respecta a las otras sentencias de 1992, resulta claro que su fundamento no se halla en el artículo 44 ET, sino en una norma estatal, por lo que no sirven como apoyo a la tesis judicial comentada. Así las cosas, resulta difícil afirmar que dicha tesis cuenta con el respaldo del TS, pues, fuera de los específicos supuestos comentados, no existen sentencias del Alto Tribunal que confirmen la obligación del nuevo convenio de la cesionaria de respetar algunas de las condiciones laborales (especialmente, los salarios) establecidas en el de la cedente <sup>228</sup>.

Aparte de la discutible fundamentación en la doctrina del TS, en mi opinión, la tesis de la modificabilidad restrictiva cuenta con otros serios argumentos en contra, como, por ejemplo:

- a) *Su carencia de base legal*, pues ni el escueto artículo 44 ET ni el artículo 3.º 3 Directiva 17/187 establecen expresamente o permiten deducir semejante interpretación, especialmente este último, que, al señalar los acontecimientos que ponen fin a la vigencia del anterior convenio de la cedente, en ningún momento alude a la intocabilidad o permanencia de ciertas condiciones laborales del mismo. Así pues, a falta de excepción expresa, la amplitud de los términos utilizados -referidos genéricamente a las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio- permite entender que todas las condiciones son susceptibles de modificación.
- b) *La existencia de sentencias contradictorias*, que revelan la falta de unanimidad de los Tribunales al respecto. En este sentido, se afirma que a lo que obliga el artículo 44 ET es a la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones laborales del anterior existentes en el momento de la sucesión, pero resulta claro que, una vez que se pacta un nuevo convenio aplicable a la cesionaria, los trabajadores transferidos se integran en él, variando «su situación legal con todas sus consecuencias, respetándose así el principio de unidad de empresa» <sup>229</sup>. La referencia a este principio parece aludir a la necesidad de que todos los trabajadores que pertenecen a una misma empresa se rijan por una única regulación, a lo que contribuye la no vinculatoriedad del actual empresario a lo dispuesto en normas del anterior. La misma consecuencia se extrae cuando se dispone que el artículo 44 ET «no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo que la empresa transmitente aplicable», ... por lo que en el futuro los trabajadores transferidos habrán «de acomodarse a las normas legales o pactadas que regulan la rela-

<sup>227</sup> *Vide infra*, en este mismo apartado, letra b).

<sup>228</sup> Así, VALDÉS DAL-RE, F., *op. y loc. ult. cit.*; CAMPS RUIZ, L. M., *op. ult. cit.*, págs. 83-84.

<sup>229</sup> STSJ Madrid de 25 mayo 1992 (AS 2735).

ción laboral con el nuevo empleador» (STS de 20 de enero de 1997) <sup>230</sup>. Solución acomodada a la Directiva 77/187, puesto que «ésta limita la obligatoriedad del cesionario de mantener las condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo hasta la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio» <sup>231</sup>. Aunque los términos resultan familiares, por ser los mismos que han utilizado las propias sentencias de los TSJ que defienden la posición de la modificabilidad restrictiva, la novedad de esta sentencia del Alto Tribunal radica en la ausencia del establecimiento de restricción alguna a la modificabilidad de las condiciones anteriores por el nuevo convenio. Por lo tanto, a falta de limitación expresa, tanto los amplios y claros términos de la decisión judicial en cuestión como algunos de los principios generales que derivan del actual sistema de negociación colectiva -a comentar seguidamente- permiten y hasta obligan a entender que la renovación normativa puede afectar a todas las condiciones de trabajo, sin límite de ningún tipo, al menos por voluntad del legislador.

c) *La imposibilidad de atribuir a las condiciones a mantener la naturaleza de verdaderas «condiciones más beneficiosas».* Ciertamente, de aceptarse la tesis criticada, parece claro que el ulterior convenio debería respetar ciertas condiciones del anterior en tanto en cuanto éstas tuviesen el carácter de derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas <sup>232</sup>, las cuales en calidad de tales deben ser respetadas y resultan irrenunciables para los trabajadores (art. 3.º 1 y 5 ET). Ahora bien, es evidente que no cabe tal planteamiento, pues mientras que tales condiciones tienen su origen en una decisión unilateral del empresario o en un pacto individual entre éste y el trabajador de que se trate, incorporado a su contrato de trabajo, las condiciones a que aquí se alude derivan de un convenio colectivo y resulta unánimemente aceptado que de éste no nacen derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas que hayan de ser respetadas una vez que aquél haya extinguido su vigencia <sup>233</sup>. El obligado respeto de las condiciones anteriores deriva de la fuerza vinculante del convenio que las crea y no de una «ficción contractualizadora posterior», por lo que su mantenimiento puede ser afectado por el fenómeno de la sucesión de convenios, según el que el convenio posterior puede eliminar dichas condiciones en pro de «una estrategia negociadora que busca otras ventajas socialmente más estimables» <sup>234</sup>. En palabras del TS, dictadas en unificación de doctrina, «el valor normativo que corresponde a los convenios colectivos estatutarios determina», en caso de sucesión de los mismos, la aplicación del vigente sin excepción respecto de ciertas condiciones laborales que se aleguen más beneficiosas en el

<sup>230</sup> Ar. 618. Los pronunciamientos se efectúan *obiter dicta*, pues en el caso de autos se declara no aplicable el artículo 44 ET.

<sup>231</sup> *Ibidem*.

<sup>232</sup> Parece aceptar tal carácter la STSJ Madrid de 6 marzo 1997, *cit.*, cuando señala que la jurisprudencia y la doctrina «enseñan que las condiciones que disfrutaban los trabajadores de la empresa sucedida, en virtud de normas sectoriales de ésta, sólo provisionalmente -y *ad personam*- se mantienen por la sucesora». La referencia al disfrute individualizado parece apuntar a su supervivencia en cuanto especie de condiciones más beneficiosas. En la doctrina, *cfr.*, entre otros, MARTÍNEZ MORENO, C., *op. cit.*, pág. 39; GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 582 y VALDÉS DAL-RE, F., *op. cit.*, pág. 26.

<sup>233</sup> Así, stcias. TSJ Madrid de 27 septiembre 1989 (AS 1337), 25 mayo 1992 y 7 septiembre 1995, *cits*.

<sup>234</sup> STSJ Madrid de 27 septiembre 1989, *cit.*

anterior, pues cuando el fundamento de esas condiciones se encuentra «en lo establecido en convenio y no en pacto individual», no cabe «apreciar la posible existencia de condición más beneficiosa»<sup>235</sup>. Reiterando la idea, «no cabe aceptar la conservación de condiciones más beneficiosas de origen normativo», pues el convenio no es fuente de dichas condiciones<sup>236</sup>.

Ahora bien, claro lo anterior, cabe cuestionarse qué sucede con aquellas condiciones más beneficiosas que se hallan a medio camino entre las derivadas del contrato de trabajo individual y las derivadas de norma estatal o colectiva; esto es, las que consisten en una mejora voluntaria adquirida por costumbre o uso de empresa, colectivamente otorgada por el empresario o pactada en convenio colectivo impropio o pacto o acuerdo de empresa. Según algunos autores<sup>237</sup>, estas mejoras actúan, según la fuente de su establecimiento (usos o pactos de empresa), bien incorporándose «a los contratos individuales de trabajo», bien «imponiendo a éstos su fuerza vinculante sin necesidad» de la mencionada incorporación, aunque sin adquirir rango normativo, por lo que su régimen jurídico será el propio de la condición más beneficiosa adquirida a título individual o colectivo, según proceda. Sea como fuere, el hecho de que su disfrute sea colectivo debe permitir su «disponibilidad colectiva y posterior sin las ataduras jurisprudenciales -exigencia de compensación directa y homogénea-» a que el poder colectivo de representación está sometido respecto de las condiciones más beneficiosas adquiridas a título individual<sup>238</sup>. A igual conclusión ha llegado la STS de 13 de febrero de 1997, cit., dictada -en unificación de doctrina- en relación con un supuesto en el que el personal de un centro docente que es transferido a la Comunidad Autónoma de Madrid reclama, frente a la aplicación del convenio colectivo del personal laboral de dicha Comunidad, el mantenimiento del régimen de vacaciones disfrutado en aquél, más favorable y pactado en el calendario escolar. Para el Alto Tribunal, no cabe apreciar extralimitación en la actuación de la autonomía colectiva al modificar (*in peius*) el régimen de vacaciones anterior, pues éste «no había sido instaurado por una condición de trabajo pactada individualmente, sino que estaba fijado con carácter colectivo o indiferenciado para grupos de trabajadores». Así pues, por convenio colectivo posterior a la subrogación empresarial se puede proceder a la regulación homogénea de las condiciones de trabajo de todos los trabajadores de la empresa cesionaria, «mediante, en su caso, las compensaciones oportunas de las condiciones más beneficiosas precedentes de carácter colectivo, no adquiridas a título exclusivamente personal»<sup>239</sup>. En otras palabras, salvo éstas, todas las condiciones más beneficiosas son susceptibles de ulterior modificación por convenio colectivo.

<sup>235</sup> STS de 17 octubre 1992 (Ar. 7650).

<sup>236</sup> STS de 10 febrero 1995 (Ar. 1148). También sentencia del mismo Tribunal de 26 febrero 1996 (Ar. 1507).

<sup>237</sup> ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.ª E., *op. cit.*, pág. 931.

<sup>238</sup> *Ibidem*.

<sup>239</sup> En el caso analizado, el convenio colectivo posterior tiene una cláusula compensatoria según la que: a partir del «1 de enero de 1991 desaparecerán las condiciones más beneficiosas disfrutadas por aquellos trabajadores que las posean, tales como jornada, manutención y alojamiento, entendiéndose completa y definitivamente compensadas por las establecidas en el presente convenio».

d) *El actual rechazo del principio de irregresividad o irreversibilidad de los convenios colectivos.* En efecto, sabido es que constituye principio general de nuestro actual sistema de negociación colectiva el de que «el convenio colectivo que sucede a uno anterior puede disponer sobre los derechos reconocidos en aquél», en cuyo caso «se aplicará, íntegramente, lo regulado en el nuevo convenio» (art. 82.4 ET). Así pues, resulta claro que éste en modo alguno queda vinculado por lo regulado en el anterior, pudiendo el mismo disponer de las condiciones de trabajo en el sentido que quiera, incluso empeorándolas. En célebres -y ya clásicas- palabras del TS, dictadas en unificación de doctrina, el convenio colectivo limita «su vigencia al ámbito temporal pactado, sin que, vencido éste y sustituido (dicho convenio) por otro posterior, puedan mantener eficacia cláusulas de aquél que fueran contrarias a las contenidas en éste, incluso cuando la nueva cláusula, comparada con la precedente, pudiera ser considerada menos favorable», ya que no parece que actualmente pueda ser considerado «como principio informador del ordenamiento laboral el llamado de irreversibilidad». Por consiguiente, «el valor normativo que corresponde a los convenios estatutarios» determina, en caso de sucesión de los mismos, la aplicación del vigente, que es lo que procede conforme «al principio de modernidad»<sup>240</sup>. En otros términos más recientes, el Alto Tribunal confirma la doctrina expuesta, al señalar que «la merma o reducción de determinados derechos de los trabajadores llevada a cabo en convenio colectivo es una mera consecuencia del llamado principio de modernidad» del mismo y de la facultad que tiene el posterior de «disponer sobre los derechos reconocidos en el precedente», por lo que caben «convenios regresivos»<sup>241</sup>. Claro lo anterior, agotada la vigencia de un convenio, su regulación es expulsada del ordenamiento jurídico, sin que ésta pueda proyectarse más allá de aquélla actuando como un condicionante o suelo mínimo que el posterior haya de respetar en todo caso<sup>242</sup>. Así las cosas, resulta evidente que el mantenimiento de ciertas condiciones del anterior convenio sólo es posible cuando existe pacto expreso al respecto, tal como puntualiza el artículo 86.4 ET cuando, tras reiterar que «el convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último», dispone que ello será así salvo en «los aspectos que expresamente se mantengan». En tal caso, el fundamento de la conservación de las condiciones laborales de que se trata se hallará en la autonomía colectiva y no en una supuesta ultraactividad normativa del convenio que las regula en función de la mayor favorabilidad de las mismas.

e) *Su carácter arbitrario,* pues, aunque desde el punto de vista social pueda comprenderse la importancia de la inmodificabilidad de la condición laboral de que se trata (la salarial), desde la perspectiva jurídica no parece existir argumento suficiente para limitar la referida inmodificabilidad a dicha condición. Ciertamente, más beneficiosas y, por lo tanto, igual-

<sup>240</sup> Sentencia de 11 mayo 1992 (Ar. 3542). También, si bien más general, sentencia de igual Tribunal de 28 octubre 1991 (Ar. 767).

<sup>241</sup> Sentencia de 20 diciembre 1996 (Ar. 9812). Asimismo, stcias. de igual Tribunal de 16 diciembre 1994 (Ar. 10098) y 26 febrero 1996, *cit.*

<sup>242</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Contenido negocial y sucesión de convenios*, en el volumen «La reforma de la negociación colectiva», coordinado por Alarcón Caracuel y Salvador del Rey (Madrid, 1995), pág. 112. También IGLESIAS CABERO, M., *op. cit.*, pág. 355; CAMPS RUIZ, L. M., *op. ult. cit.*, pág. 82; MARTÍNEZ MORENO, C., *op. cit.*, pág. 39.

mente dignas de protección también pueden resultar otras, como la jornada, los descansos, las funciones u otros beneficios de carácter social que el nuevo convenio pueda, incluso, omitir. Así pues, no se entiende muy bien cuál puede ser el criterio para establecer solamente la inmodificabilidad del nivel salarial, dado que, si de conservar lo más beneficioso se trata, las otras condiciones laborales que también lo fuesen tendrían que recibir igual tratamiento. Precisamente, en este sentido, alguna decisión judicial parece querer extender la regla de la inmodificabilidad a todo tipo de condiciones laborales, al disponer que el nuevo empresario tiene que respetar, indefinidamente, «el nivel retributivo y derechos alcanzados en el momento de la transmisión»<sup>243</sup>. Ahora bien, un análisis detenido de la mencionada decisión, que obliga a una exégesis de la expresión entrecomillada dentro del contexto general de la misma, revela que la alusión a los «derechos alcanzados en el momento de la transmisión» se refiere al alcance de la subrogación del nuevo empresario en los derechos y obligaciones que los trabajadores transferidos tengan consolidados en el momento de la sucesión. Se está, pues, ante una mera imprecisión que obedece a una defectuosa y criticable técnica jurídica de redacción, tal como evidencia el párrafo de la sentencia inmediatamente precedente a la expresión cuestionada, en el que se reitera que el artículo 44 ET «no obliga al nuevo empresario al mantenimiento indefinido» -y total, se entiende- «de las condiciones previstas en el convenio que la empresa transmitente aplicaba».

Si el argumento del mantenimiento fuese el de una presunta y teórica incorporación de esas condiciones laborales al nexo contractual, con independencia de su carácter más beneficioso, tendría que respetarse todo el contenido normativo convencional. En palabras de algún autor, «o se mantiene la integridad del convenio o se inaplica igualmente en su integridad, pues en nuestro ordenamiento positivo los salarios de convenio no disfrutaban, a los efectos del artículo 44 ET, de una protección reforzada»<sup>244</sup>. Lógicamente, dado que el segundo término de la ecuación (el mantenimiento íntegro) supondría una vulneración de las reglas básicas de nuestro sistema negocial, resulta claro que debe aceptarse la modificabilidad de todas las condiciones laborales del anterior convenio. Por lo demás, resulta evidente que tampoco cabe aceptar el propuesto hipotético argumento de la contractualización de las condiciones de trabajo que deriven de convenio, pues la mera aplicación de éste no genera derechos individuales para el trabajador que, tras la extinción de la vigencia del mismo, pudiesen ser defendidos frente al cambio normativo, representado aquí por la sucesión de convenios<sup>245</sup>.

De otro lado, si el criterio analizado trata de seleccionar «lo más importante dentro de lo más beneficioso», con el fin de no obstaculizar la efectividad del nuevo convenio, no se estima adecuado que la elección la imponga el órgano jurisdiccional declarando qué condición, por su máxima importancia, debe respetarse indefinidamente, dado que lo que pueda ser «la condición más importante» para uno o varios trabajadores puede que no lo sea para otro u otros, según los intereses personales de cada uno, y

<sup>243</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 9 enero 1996 (AS 874).

<sup>244</sup> VALDÉS DAL-RE, F., *op. cit.*, pág. 26.

<sup>245</sup> *Cfr.* GONZÁLEZ ORTEGA, S., *op. cit.*, pág. 112.

f) *Su posible carácter injustificado y discriminatorio.* Ciertamente, puede ocurrir que la situación económica de la nueva empresa<sup>246</sup> o la nueva categoría y tareas asignadas en la misma a los trabajadores transferidos no justifiquen el mantenimiento de los salarios anteriores indefinidamente, sino otros más bajos y ajustados a la realidad de la actual situación. Además, resulta claramente discriminatorio el que, en ausencia de una condición más beneficiosa que lo justifique, ciertos trabajadores perciban una retribución superior que los compañeros que realizan iguales funciones, instaurándose «una diferencia de trato en la empresa adquirente que carecería de razón objetiva y razonable»<sup>247</sup>. Así pues, parece claro que, una vez superado el período del necesario mantenimiento de las condiciones del anterior convenio, el nuevo que se negocie en la empresa cesionaria puede entrar a regular todas las condiciones de trabajo, incluidas las salariales, sin distinción alguna entre los trabajadores de aquella (tanto los contratados por la misma directamente como los transferidos), lo que contribuye a la necesaria unificación de los estatutos laborales de los mismos. En este sentido, la única posibilidad de seguir manteniendo el nivel salarial anterior se condicionaría a su aplicación también al resto de los trabajadores de la empresa que estén en la misma situación que los transferidos, los cuales verían igualados sus salarios al alza. Por lo demás, no cabe negar que la imposibilidad del nuevo empresario de entrar a negociar ciertas materias de los trabajadores de que se trata supone un límite injustificado a su poder de dirección, que excede de lo impuesto por la correcta exégesis del artículo 44 ET<sup>248</sup>. En efecto, la pretendida intocabilidad y obligada aceptación indefinida de lo que es la principal contraprestación del empresario supondría una merma de sus facultades en cuanto parte empresarial de una relación laboral. Además, de aceptarse la supuesta inmodificabilidad del nivel salarial anterior, ésta debería jugar en ambos sentidos, lo que impediría a los trabajadores afectados reclamar, en su caso, la subida correspondiente, lo que también resulta injustificable, si hay causa para ello.

De otro lado, aunque directamente relacionado con lo anterior, resulta claro que los dos modos posibles de unificar las condiciones salariales de todos los trabajadores de la empresa cesionaria a través del convenio colectivo de ésta son los que consisten bien en una reducción de los salarios más altos de los trabajadores transferidos, por lo que aquéllos se igualan a la baja, o bien en una subida de los correspondientes a los trabajadores anteriores de aquella, sin que dicho aumento salarial afecte al colectivo cedido, tal como si jugase la regla de la absorción y compensación (art. 26.5 ET). En este sentido, es posible encontrar alguna decisión judicial, según la que, tras la extinción de la vigencia del convenio colectivo de la cedente, a los trabajadores objeto de subrogación se aplicará el nuevo convenio de la cesionaria, «si bien atribuyendo a la mayor retribución que (aquéllos) perciben, respecto de los demás trabajadores, el carácter de absorbible y compensable hasta lograr la equipara-

<sup>246</sup> GALA DURÁN, C., *op. cit.*, pág. 582.

<sup>247</sup> STSJ Castilla y León (Burgos) de 3 diciembre 1992 (AS 5968). Así, STSJ Madrid de 25 mayo 1992, *cit.*

<sup>248</sup> En este sentido, CAMPS RUIZ, L. M., *op. ult. cit.*, pág. 86.

ción» entre toda la plantilla <sup>249</sup>. Ahora bien, resulta criticable la imprecisión de los términos utilizados por la referida decisión judicial, pues varios argumentos justifican el que no se esté ante una verdadera compensación salarial, como el de que:

- a) Ésta sólo juegue cuando los salarios de los trabajadores afectados, en conjunto y cómputo anual, sigan siendo superiores, lo que no ocurre en el caso ahora analizado. En efecto, la no acumulación de la mejora establecida por el nuevo convenio no se justifica en el carácter todavía superior del salario disfrutado anteriormente, sino en la pretendida equiparación salarial, para lo cual resulta imprescindible -como se comprenderá- la no acumulación.
- b) La regla de que se trata únicamente se aplica cuando entran en comparación dos órdenes normativos distintos (norma estatal, convenio colectivo, pacto interpartes), lo que tampoco aquí tiene lugar, pues se comparan dos convenios. En palabras del Alto Tribunal, la regla de la compensación y absorción siempre ha tenido como objeto «evitar la superposición de las mejoras salariales que tuvieran su origen en diversas fuentes reguladoras del mismo, de forma que el incremento de un concepto salarial contenido en una fuente normativa o convencional quedaba neutralizado por cualquier otro incremento con origen en fuente distinta» <sup>250</sup>, y
- c) No se plantee la compleja cuestión de la necesaria homogeneidad de los conceptos a compensar, si bien no cabe negar que en el caso de unificación salarial que me ocupa también pueden surgir divergencias a la hora de determinar qué concepto o conceptos salariales van a ser objeto de mejora en aras al logro de aquélla. En este sentido, lo ideal sería la equiparación también en cada uno de los referidos conceptos, a efectos de evitar posibles alegaciones de discriminación (v. gr., diferente salario base o complemento por peligrosidad).

En otro orden de cosas, vista la inexistencia de razones suficientes para exigir al nuevo convenio de la cesionaria el mantenimiento del salario o, incluso, de cualquier otra condición del anterior convenio de la cedente, cabe señalar que igual criterio debe seguirse cuando la regulación aplicada por aquélla con carácter transitorio hasta la negociación del ulterior convenio es la contenida en un pacto de homologación, que intenta unificar las condiciones de los trabajadores cedidos y las de los propios de la nueva empresa <sup>251</sup>. En este sentido, recurriendo a argumentos ya utilizados, el propio Tribunal Supremo considera que, en virtud de la regla del artículo 82.4 ET, el convenio colectivo posterior puede disponer sobre los derechos reconocidos tanto en otro convenio propiamente

<sup>249</sup> STSJ Madrid de 25 mayo 1992, *cit.*

<sup>250</sup> Stcias., ambas en unificación de doctrina, de 26 abril 1996 y 10 noviembre 1998 (Ar. 3619 y 9548).

<sup>251</sup> *Vide supra*, III, 1).

dicho como pacto o acuerdo homologador de condiciones de trabajo, pues éste es de «idéntica naturaleza» o «igual rango» a aquél <sup>252</sup>. Así pues, si lo previsto en el referido acuerdo «deriva directamente de una norma convencional, la modificación posterior por otra también convencional» es ajustada a derecho y entra dentro de lo establecido por el mencionado precepto del ET <sup>253</sup>. Además, resulta claro que dicha modificación posterior no puede evitarse con la inclusión en la norma colectiva anterior de una cláusula expresa en tal sentido ni con la pretendida fundamentación en la interpretación de otras redactadas con distinta intención. Como ejemplo de lo recién expuesto, del hecho de que un pacto homologador disponga que, ante la alteración de lo en él establecido «por sentencia de índole individual o colectiva, ... las partes firmantes estudiarán la conveniencia de modificar la aplicación» de aquél, no cabe argumentar que no procede la modificación posterior por pacto colectivo. En efecto, aparte de que no puede interpretarse que dicha cláusula establezca una única vía para la modificación del acuerdo (la de la sentencia, excluyendo la del pacto colectivo ulterior), pues simplemente alude a la posible necesidad de modificar lo pactado en virtud de lo dispuesto en sentencia posterior, cabe recordar que dicha modificación por acuerdo colectivo ulterior siempre estaría amparada por el citado artículo 82.4 ET <sup>254</sup>. En fin, superada esa regulación transitoria, sea cual fuere, se aplicará íntegramente lo señalado en el nuevo convenio de la cesionaria, incluso aunque sea menos favorable que lo previsto en aquella.

---

252 STS de 19 enero 1998, *cit.*

253 *Ibidem.*

254 *Ibidem.*