

CUESTIONES A DEBATE...

(Temas propuestos y tratados por los asistentes a los Cursos y Seminarios sobre novedades o con la finalidad de actualización y perfeccionamiento laboral organizados por el CEF)

CRITERIOS PRÁCTICOS PARA LA APLICACIÓN DE UN CONVENIO COLECTIVO

GABINETE JURÍDICO DEL CEF

Extracto:

LA regulación de las condiciones de trabajo viene establecida tanto por la ley y sus reglamentos, como por los convenios colectivos y los contratos de trabajo. Si bien la ley y el contrato no ofrecen dudas en cuanto a su determinación, en cambio, para determinar qué convenio es el aplicable surgen a menudo dudas relacionadas fundamentalmente con sus ámbitos, ya que el empresario no es libre para elegir qué convenio es el aplicable, sino que esa elección viene predeterminada por los ámbitos a los que está sometida la unidad de negociación, como conjunto de empresarios y trabajadores para los que se negocia el convenio. En las ponencias sobre esta materia se ha puesto de manifiesto el interés sobre la materia, así como la adaptación de las normas y principios a las nuevas formas de organización de las empresas. Especial interés ha despertado también el tema de las dobles escalas salariales establecidas en convenio.

Sumario

- I. Criterios generales.
- II. La determinación del convenio por la actividad de la empresa: ámbito funcional del convenio.
- III. La determinación del convenio por su ámbito geográfico.
- IV. Ámbito personal del convenio: ¿a qué trabajadores se aplica el convenio y quiénes pueden estar excluidos del convenio?
- V. Ámbito temporal: la vigencia del convenio.
- VI. Los efectos de la aplicación errónea de un convenio, por no respetar sus ámbitos.
- VII. La previsión de dobles escalas salariales en los convenios colectivos y su legalidad.

I. CRITERIOS GENERALES

¿Qué criterios generales tenemos que tener en cuenta a la hora de aplicar un convenio?

A la hora de determinar qué convenio es el aplicable a una empresa, hay que tener en cuenta diversos factores, siendo cuatro los parámetros principales: el geográfico (ámbito espacial sobre el que el convenio se aplica: localidad, comarca, autonomía...), el funcional (la actividad de la empresa, en función de la clase de industria, trabajo, profesión u oficio), el temporal (período en el que el convenio tiene vigencia) y personal (empresarios y trabajadores sujetos a lo dispuesto por el convenio). Además, es posible que al margen de los convenios sectoriales, existan convenios de empresa, o incluso de ámbito inferior, que tienen también una eficacia general para todos los incluidos en su ámbito de aplicación, cuando se han negociado con los requisitos de capacidad y legitimación establecidos en el Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). Por ello, estos convenios se denominan estatutarios, para distinguirlos de los pactos «extraestatutarios», celebrados en cualquier ámbito, pero sin los requisitos establecidos en la ley para que tengan eficacia general. Los pactos extraestatutarios, solo tienen eficacia contractual entre las personas que lo aceptan.

Esta delimitación juega en dos planos: el de la negociación (para la fijación de unidades de negociación o espacio donde se negocia) y el de la aplicación del convenio resultante (para determinar el ámbito de aplicación del convenio, una vez negociado). La única posibilidad de aplicar un convenio fuera de ese ámbito deriva de los actos de adhesión y extensión, no siendo posible, por tanto, aplicar, en todo o en parte, las disposiciones de un convenio a un ámbito geográfico distinto ¹.

II. LA DETERMINACIÓN DEL CONVENIO POR LA ACTIVIDAD DE LA EMPRESA: ÁMBITO FUNCIONAL DEL CONVENIO

¿Qué criterios se han de tener en cuenta para aplicar un convenio en función de la actividad que realiza la empresa?

El ámbito funcional determina el convenio colectivo aplicable en virtud de la actividad de la empresa.

En una primera aproximación puede parecer una tarea fácil determinar el convenio que se aplica en una empresa (por ejemplo, en una compañía dedicada a la construcción de edificios, es

¹ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, de 15 de abril de 2005, rec. núm. 106/2005.

claro que se le aplicará construcción), pero la cuestión se complica cuando la actividad de la empresa no encuadra bien en ningún convenio (como las empresas dedicadas a programación y comercialización de productos informáticos) o cuando una misma empresa desarrolla actividades distintas o diversas. Es por ello que es conveniente fijar unas directrices, para evitar el riesgo de estar aplicando mal un convenio, con los efectos negativos que de ello puede derivar.

¿Se puede aplicar a una misma empresa dos o más convenios colectivos?, si solo se pudiera aplicar uno: ¿cómo sabemos cuál es el que tenemos que aplicar? ¿Cómo se determina la actividad?

La regulación de esta materia es muy pobre, ya que en el ET no se establece una norma específica, por lo que hay que acudir a la jurisprudencia de nuestros Tribunales. De estos pronunciamientos, cabe destacar lo siguiente:

Como **regla general**, debe regir el principio de **unidad de empresa**: una empresa, un solo convenio colectivo.

Precisamente, para salvaguardar este principio de unidad de empresa, la jurisprudencia ha establecido que el convenio que se aplicará en caso de varias actividades es el que corresponda por razón de su **actividad principal**.

Debe aplicarse a cada empresa un solo convenio colectivo, determinándose cuál sea este atendiendo a la actividad principal de aquella, dándose así satisfacción al principio informador del ET de uniformidad en las condiciones de trabajo en cada unidad de contratación y evitando la aparición de situaciones privilegiadas o discriminatorias ².

Surge así el criterio de la actividad preponderante o de la actividad principal, que ha sido fijado y aceptado por el Supremo y el resto de los Tribunales, casi como una norma. Sin embargo, la aplicación de este principio, a veces se complica, y cada vez más, por la diversificación de actividades que puede darse en una empresa, hay que volver a plantear reiteradamente a los Tribunales la cuestión, y estos, razonar la aplicación del principio de unidad de empresa. Pongamos como ejemplo el caso de una empresa dedicada a la explotación y comercialización de carburantes en estaciones de servicio, en las que existen también «tiendas de conveniencia». El Supremo ha estimado que le es de aplicación el Convenio Estatal de Estaciones de Servicio y no el de Comercio Vario, manteniendo que ha de atenderse a la actividad real preponderante ³.

¿Y cómo saber cuál es la actividad principal de una empresa?

No siempre es fácil determinar esta cuestión. Por ejemplo, en el caso de una empresa que se dedica a la fabricación y venta de muebles de madera, ¿cuál es su actividad más importante?, ¿la fabricación o la venta? ¿Es acaso la fabricación porque si no se fabrica algo no habría nada que vender, o la

² STSJ de Extremadura de 23 de febrero de 2000, rec. núm. 15/2000.

³ STS, Sala de lo Social, de 29 de enero de 2002, rec. núm. 1068/2001.

comercialización porque la empresa con lo que gana dinero es con la venta y comercialización de sus productos?

De conformidad con lo que han venido estableciendo nuestros tribunales, para saber cuál es la actividad principal de una empresa habrá que estar a:

- El **objeto social** declarado en la escritura de constitución de la sociedad y/o sus modificaciones (pero teniendo en cuenta siempre que ha de tratarse de la actividad real de la empresa, no bastando que aparezca recogida en las escrituras sociales).

En algunos casos, predomina la actividad real, incluso aunque no esté recogida en la escritura de la sociedad, en el objeto social. Desde luego, no tiene que coincidir el objeto social con el convenio, ni existe obligación alguna de adaptar el objeto social de la empresa al ámbito funcional del convenio, pero para la aplicación de este, se estará a la actividad real y principal realizada, que normalmente será coincidente con el objeto social.

El Supremo ha establecido que para determinar la aplicación de un convenio en una empresa ha de tenerse en cuenta la actividad empresarial realmente desarrollada, aunque en la escritura fundacional de la sociedad se enumeren otras actividades nunca asumidas ⁴.

- **Número de trabajadores** adscritos a cada rama productiva, **volumen de facturación** de cada rama productiva, epígrafe en que la empresa está dada de alta en la Seguridad Social (CNAE), IAE y alta en otros impuestos.

Sin que se pueda determinar cuál es la actividad principal en una empresa con varias actividades, por uno solo de estos criterios, sí que la conjunción de todos ellos pueden ayudar a determinar cuál es la actividad. Los Tribunales se han manifestado frecuentemente partidarios de valorar estas cuestiones como indicios para apoyar la aplicación de un convenio u otro en función de la actividad de la empresa.

Particularmente, se ha establecido que en empresas donde existen actividades diferentes pertenecientes a distintos ámbitos sectoriales, la determinación del convenio aplicable en virtud de la actividad principal de la empleadora se efectuará valorando el volumen de facturación en el correspondiente ejercicio económico de cada rama productiva, el epígrafe en que la empresa está dada de alta en la Seguridad Social o los trabajos en virtud de los cuales, a efectos fiscales, está dada de alta en el IAE, siendo estos datos reveladores para determinar la actividad principal, sin que en ningún caso puedan tenerse en cuenta a estos efectos los principios *in dubio pro operario*, norma más favorable o condición más beneficiosa ⁵.

Aplicando estos mismos criterios, en algunas sentencias se hace referencia a que, para la determinación del convenio colectivo aplicable en caso de que la empresa realice varias actividades,

⁴ STS, Sala de lo Social, de 15 de junio de 2000, rec. núm. 4006/1999.

⁵ STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 7 de abril de 2004, rec. núm. 160/2004.

habrá de estarse a cuál sea la predominante, es decir, la que suponga un mayor trabajo presupuestado o realizado ⁶.

- **Obras y servicios** que perteneciendo a su ciclo productivo son indispensables para conseguir el fin de la misma.

Es este otro criterio utilizado en algunos casos en los que se realizan obras y servicios de muy diversa índole. En estos casos se ha optado por estar a la actividad principal de la empresa, entendiéndose por tal las obras y servicios que perteneciendo a su ciclo productivo son indispensables para conseguir el fin de la misma ⁷.

¿El principio de unidad de empresa admite excepciones?

Como toda regla general, el principio de unidad de empresa admite excepciones. Se podrán aplicar distintos convenios a una misma empresa cuando la misma realice las actividades de **forma separada e independiente**. Aunque hay que hacer notar que este es un criterio subsidiario, cuando después de valorar los anteriores indicios, se hace imposible determinar cuál es la actividad preponderante.

En empresas que carecen de homogeneidad productiva y de actividad preponderante, con organización distinta y en diferentes centros de trabajo, se desvirtúa el principio de unidad de empresa. El criterio general de que para determinar el convenio aplicable a una empresa es preciso tener en cuenta la actividad real preponderante, quiebra cuando adquiere realidad la posibilidad de que la diversidad de actividades profesionales desarrolladas en el curso del ciclo productivo pueda determinar la existencia de una multiplicidad de ordenamientos concurrentes, circunstancia que permitirá la coexistencia dentro de una empresa de varios convenios colectivos ⁸.

¿Y qué ocurre con las empresas multiservicios? ¿Se les debe aplicar un solo convenio?

El caso de las empresas multiservicios es el mejor ejemplo para comprobar las dificultades que se pueden plantear a la hora de determinar el convenio aplicable en una empresa.

Si atendemos a la línea argumental seguida por nuestros tribunales, deberíamos concluir que en principio solo se puede aplicar un convenio colectivo (salvo que las actividades se desarrollaran de forma separada e independiente). Sin embargo, algunos jueces, conscientes de las dificultades que se pueden plantear en estos supuestos, han empezado a cambiar los argumentos, aplicando, por analogía, las reglas que se utilizan para determinar las normas aplicables a los trabajadores que son contratados por una empresa de trabajo temporal (ETT) y son puestos a disposición de una empresa usuaria ⁹.

⁶ STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 9 de febrero de 2002, rec. núm. 1113/1999.

⁷ STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 11 de septiembre de 2001, rec. núm. 404/2001.

⁸ STSJ de La Rioja, Sala de lo Social, de 22 de junio de 2004 rec. núm. 176/2004.

⁹ Cabe recordar que, conforme a lo establecido en el artículo 11 de la Ley 14/1994, de Empresas de Trabajo Temporal y el Convenio Colectivo de Empresas de Trabajo Temporal, los trabajadores contratados por una ETT para ser puestos a dis-

En algún caso, en el que se enjuiciaba el convenio aplicable a una empresa multiservicios, se ha entendido que utilizándose con gran frecuencia esta forma de contratación –contratas o subcontratas– para burlar las exigencias legales tuitivas previstas en favor de los trabajadores cuando interviene una ETT, no existiendo convenio propio en la empresa de multiservicios, que solo sería aplicable en caso de mejorar el de la empresa de destino, la interpretación acorde con la evitación de situaciones injustas de trato desigual, es aquella que determina como convenio aplicable el de la empresa principal donde preste sus servicios el trabajador ¹⁰.

¿Y qué convenio colectivo se aplica a un grupo de empresas? ¿Solo se puede aplicar un único convenio?

Para responder a esta pregunta lo primero que hay que plantearse es si verdaderamente estamos ante un grupo de empresas que cumple con los requisitos establecidos por los tribunales del orden social.

Así, no es suficiente que concurra el mero hecho de que dos o más empresas pertenezcan al mismo grupo empresarial para derivar de ello, sin más, una responsabilidad solidaria respecto de las obligaciones contraídas por una de ellas con sus propios trabajadores. Si la empresa tenía su propia personalidad jurídica, patrimonio, plantilla y medios de producción, perfectamente diferenciada del resto de las compañías que integran el grupo, no puede apreciarse la existencia de una empresa única a efectos de obligaciones y responsabilidades laborales ¹¹.

Así pues, si se trata de un verdadero grupo de empresas (es decir, aquel que realmente tiene patrimonios separados, con plantilla separada sin que exista confusión posible, contabilidad distinta, etc.), se podrá aplicar distintos convenios colectivos a cada una de las empresas que forman el grupo, atendiendo a la actividad de cada uno de ellos.

Sin embargo, si no se trata de un verdadero grupo de empresas a efectos laborales, la consecuencia es la aplicación del principio de unidad de empresa y, por tanto, debería aplicarse un único convenio en virtud de la actividad principal de la empresa.

Si no hay un convenio claramente aplicable, ¿cabe prescindir de aplicar un convenio dudoso o que no recoge expresamente la actividad, y aplicar los mínimos legales? ¿Qué tendría que hacer el empresario para no asumir futuras responsabilidades (por ejemplo, obtener contestación de las comisiones paritarias de que no es aplicable el convenio...)?

Si realmente no hay un convenio colectivo claramente aplicable, porque la actividad de la empresa no está sujeta taxativamente al ámbito funcional del mismo, no hay ninguna norma que obligue a aplicar la analogía en materia de convenios.

posición de una empresa usuaria, se regirán por lo establecido en el convenio de ETT, salvo en lo que respecta a retribución, jornada y vacaciones, que les será de aplicación el convenio que resulte aplicable en la empresa usuaria.

¹⁰ STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Social, de 22 de marzo de 2006, rec. núm. 1606/2004.

¹¹ SAN, Sala de lo Social, de 3 de enero de 2000.

Una posible solución puede ser formular consulta a la Comisión Paritaria del convenio, pero esto no es obligatorio.

Si no hay ningún convenio que resulte aplicable, se aplicarán las normas legales y reglamentarias, como derecho mínimo necesario, y ello sin perjuicio de que puedan ser mejoradas por pacto individual. No es obligatorio tener que aplicar forzosamente un convenio.

Sin embargo, en algún caso aislado, se ha optado por aplicar un convenio colectivo cuando sin haber uno específico de aplicación a toda la empresa, sin embargo, al tratarse de una sección o parte de la misma que está diferenciada y con una cierta autonomía, sí que se ha entendido aplicable el convenio cuyo ámbito funcional coincide con esa sección o parte de la empresa. Es el caso, por ejemplo, de un Ayuntamiento que carecía de convenio propio, en el que se presta un servicio de guardería infantil, entendiéndose que es correcta la decisión de aplicar a efectos de cuantía salarial el Convenio Colectivo Estatal de Centros de Asistencia de Educación Infantil, sin que sea condición imprescindible que el empresario haya estado representado en la negociación de este convenio o haya podido estarlo para que un convenio colectivo estatutario le obligue ¹².

Convenios cajón de sastre (oficinas, comercio vario...). Resulta que casi siempre son aplicables. ¿Puede una empresa que realice varias actividades aplicar uno de estos convenios en atención al que más ventajas ofrezca al empresario?

En principio no. Si bien es cierto que existen unidades de negociación que tratan de recoger «residualmente» a aquellas empresas y trabajadores, que no forman parte de otra unidad de negociación, ello no habilita a la empresa a elegir «a la carta» su unidad de negociación. Esta dependerá de la actividad real y principal de la empresa, por lo que habrá que estudiar los distintos ámbitos de convenios que regulen esa actividad, para ver en cuál nos encontramos. El ámbito de aplicación de los convenios colectivos es «indisponible» para las partes. Precisamente, los convenios colectivos estatutarios se caracterizan por tener eficacia general o *erga omnes*, siendo de aplicación a todos los empresarios y trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación. La cláusula típica del ámbito funcional de un convenio colectivo, «Será de aplicación a las relaciones de trabajo en el sector de... y a aquellas otras que realicen actividades similares, siempre y cuando no les sea aplicable un convenio propio», juega siempre que no haya un convenio más específico que realmente recoja la actividad de la empresa.

Si realmente la empresa no está dentro del ámbito de aplicación de un convenio específico, y hubiera varios posibles convenios aplicables concurrentes, por su cláusula residual, cabría elegir el más conveniente para el empresario, pues es este quien tiene que adoptar la decisión de qué convenio aplicar, aun con la oposición de los trabajadores, que tendrán posibilidad de reclamar cualquier aspecto laboral contenido en el convenio que entiendan que no es aplicable. El límite aquí es que, aplicando la empresa el que estime conveniente, lo que no puede hacer es aplicar el «espiguelo» y todo ello, sin perjuicio del riesgo de que en sede judicial, se determine la aplicación de uno de esos convenios colectivos concurrentes.

¹² STS, Sala de lo Social, de 7 de octubre de 2004, rec. núm. 2182/2003.

¿En qué consiste la técnica del «espigueo»? ¿Se puede aplicar?

Consiste en aplicar los preceptos de un convenio y los preceptos de otro. La técnica del espigueo no está permitida por nuestros tribunales, máxime si los convenios en cuestión contienen una cláusula de vinculación a la totalidad.

La técnica del «espigueo» hay que tenerla especialmente en cuenta a la hora de comparar un convenio con otro para determinar cuál de ellos es el más favorable. Para efectuar dicha comparación habrá que considerar cada convenio en su conjunto, sin que quepa aplicar el precepto de cada uno de ellos que, individualmente considerado, resulte más favorable. Un convenio será más favorable que otro, cuando, en su conjunto, lo sea.

No puede aceptarse la aplicación del «espigueo» cuando el convenio colectivo contiene una manifestación del llamado principio de indivisibilidad del convenio o cláusula de vinculación a la totalidad, basado en su equilibrio interno, que impide aplicar una parte del mismo y otra parte de distinto pacto convencional¹³.

¿Qué convenio colectivo es aplicable a un jardinero o a un socorrista en una Comunidad de Propietarios?

La STSJ de Andalucía (rec. 2907/1999) de 16 de mayo de 2000 establece que al peón que se encarga del mantenimiento del jardín de una comunidad de propietarios no le es aplicable el Convenio Colectivo de Jardinería por dos razones: una, porque el elemento determinante para que tenga lugar el encuadramiento en el citado convenio no es la naturaleza del trabajo a desarrollar, sino el carácter empresarial de dicha actividad, y es patente que una comunidad de vecinos no se puede incluir entre las empresas que tienen entre sus actividades la de jardinería, con finalidad lucrativa, aunque cuente con un jardín a cuyo mantenimiento deba atender, y dos, porque las comunidades de propietarios no estuvieron representadas en la negociación del Convenio Colectivo de Jardinería.

Teniendo en cuenta este criterio, ¿qué debemos hacer en verano a la hora de contratar un socorrista para la piscina de la urbanización?

Es claro que las comunidades de propietarios tampoco tienen entre sus actividades, con finalidad lucrativa, la de mantener una instalación acuática los meses de verano contratando a tal fin personal cualificado y tampoco estuvieron representadas en la negociación del Convenio Colectivo de Piscinas e Instalaciones Acuáticas de la Comunidad de Madrid. Sin embargo, en este convenio sí se incluye expresamente en el ámbito funcional y de aplicación a las comunidades de propietarios que posean piscinas.

¿Se encuentran en la misma situación un jardinero y un socorrista? ¿Quiere esto decir que debo aplicar el convenio de empleados de fincas urbanas de la comunidad de Madrid (siguiendo la línea jurisprudencial antes mencionada), y asimilar la categoría de socorrista,

¹³ STSJ de Navarra, Sala de lo Social, Sentencia 103/2004, de 13 de abril de 2004.

no mencionada en dicho convenio, a la de controlador, definida como la persona contratada por la propia finca que realiza funciones de vigilancia y control en la propia finca?

El Convenio Colectivo de Piscinas e Instalaciones Acuáticas de la Comunidad de Madrid, al incluir expresamente en el ámbito funcional y de aplicación a las comunidades de propietarios que posean piscinas, se está extralimitando en su ámbito de negociación, por lo que no sería aplicable, al atentar contra:

- El principio de unidad de empresa y la prohibición del «espiguelo».
- El principio de que los convenios colectivos **solo** son aplicables (obligan) a las personas que están dentro de su ámbito de aplicación (unidad de negociación).
- Al principio de legitimación y capacidad para negociar convenios. Las asociaciones empresariales y organizaciones sindicales, al no estar en la unidad de negociación, no han podido defender sus intereses ni participar en la elaboración de convenios.
- El ámbito de aplicación del convenio de fincas urbanas de Madrid. Sería una injerencia en un ámbito de negociación que no es el suyo.

Valga por ejemplo el caso que trataba de dilucidar si era correcto aplicar a los empleados de limpieza de comunidades de propietarios de edificios en régimen de propiedad horizontal el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales de la provincia. En el caso que se enjuició, se estimó improcedente, pues aunque en el ámbito de aplicación del convenio se incluya a todos los trabajadores que realicen trabajos de limpieza en edificios y locales que no estén incluidos en el ámbito de otro convenio, no puede obviarse que la fuerza obligatoria del convenio viene justificada por ser el fruto de la negociación alcanzada entre partes legitimadas, entre las que no puede incluirse las comunidades de propietarios, pues estas, por más que hayan de atender a la limpieza de los elementos comunes, en modo alguno pueden ser reputadas empresas de limpieza y estar representadas por las asociaciones negociadoras del convenio en cuestión ¹⁴.

III. LA DETERMINACIÓN DEL CONVENIO POR SU ÁMBITO GEOGRÁFICO

El hecho de que la estructura de la negociación colectiva en nuestro país comprenda convenios a todos los niveles (estatal, autonómico, interprovincial, provincial, comarcal, local...) plantea el problema de determinar el convenio aplicable desde el punto de vista del ámbito geográfico, sobre todo en aquellas empresas que tienen centros de trabajo en distintas provincias o autonomías o en aquellas actividades, que, por sus características, no se desarrollan en un único centro de trabajo o en centros de trabajo móviles o itinerantes.

¹⁴ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 13 de octubre de 2004, rec. núm. 1867/2004.

Una empresa con sede en Barcelona, con centros de trabajo en Madrid y Valencia:

- **¿Aplica el estatal del sector?**

Sí. El convenio de sector siempre es aplicable, si se dan los demás ámbitos. Y si además hay provincial, deberá aplicar este, teniendo en cuenta las relaciones entre convenios de distintos ámbitos geográficos (superiores e inferiores).

La previsión estipulada en un convenio colectivo general de sector sobre su vigencia en todo el territorio español en todos los aspectos no regulados en los convenios autonómicos no supone duplicidad en la negociación, sino supletoriedad entre dos convenios de distinto nivel y con diferentes comisiones negociadoras ¹⁵.

Las unidades de negociación de ámbito autonómico y/o provincial pueden desarrollar y mejorar las materias reguladas en el convenio estatal siempre que no se trate de aquellas reservadas a este, tales como el régimen de contratación, período de prueba, clasificación profesional, estructura salarial, formación profesional, movilidad geográfica y régimen disciplinario, con la finalidad de garantizar los elementos necesarios de homogeneidad económica y social para todo el ámbito del Estado ¹⁶.

- **¿Aplica el provincial del sector?**

Sí. En la provincia donde se presten los servicios, si lo hay.

- **¿Aplica el provincial del sector, salvo el estatal en las provincias en que no haya ese convenio de sector?**

Cuando no haya convenio provincial, en la provincia donde se presten los servicios, el estatal sigue siendo de aplicación.

- **¿Puede no aplicar ningún convenio, si no hay provincial ni estatal en alguna provincia?**

Sí, siempre que no haya ningún convenio que le afecte, por estar fuera del ámbito de aplicación de todos (geográfico, funcional...).

Una empresa tiene varios centros de trabajo en distintas provincias. Solo uno de ellos tiene un convenio colectivo de ámbito provincial:

A) ¿Se puede aplicar este convenio a los otros centros de la empresa?

No. Extalimitaríamos el ámbito geográfico del convenio.

¹⁵ STS, Sala de lo Social, de 1 de octubre de 1998, rec. núm. 3114/1997.

¹⁶ STSJ de Galicia, Sala de lo Social, de 20 de abril de 1998.

B) Si algunos trabajadores de los otros centros que no tienen convenio tienen en sus contratos de trabajo reflejado en una cláusula que «para todo lo no previsto de forma expresa en el contrato se estará a lo regulado por el Convenio Colectivo de la Empresa», ¿hay obligación o pueden exigir que se les aplique el convenio provincial?

No, porque no cabe aplicar el convenio provincial, de una provincia que no es la suya. Y como el ámbito de aplicación de un convenio no es algo disponible para las partes, tampoco se podría pactar en contrato aplicar un convenio colectivo que no procede.

C) En caso afirmativo a la anterior cuestión, ¿en qué situación quedan los trabajadores de los centros sin convenio que no tienen recogido en sus contratos esta cláusula? ¿Podrían exigir la aplicación del Convenio Colectivo Provincial?

No.

Empresa que ocupa a trabajadores con centros de trabajo móviles (transporte), ¿qué convenio se aplica?

- El de la sede central de la empresa.
- El del centro de trabajo del que depende el trabajador (que pueden ser varias).
- Donde se haya dado de alta al trabajador o se haya presentado su contrato.
- Un convenio estatal, aunque existan otros de ámbito autonómico o provincial.

Si bien se debería aplicar el convenio colectivo donde el trabajador tiene en principio su centro de trabajo y al que está adscrito, independientemente de que haya sido contratado en otro lugar (por ejemplo, en el de la sede central de la empresa), cabe la aplicación del convenio colectivo del lugar de prestación de servicios, cuando realmente este es el lugar donde el trabajador tenga realmente el centro de trabajo (aunque orgánicamente dependa de otro), siempre que tenga un carácter de permanencia (no salidas esporádicas).

Normalmente, el trabajador dependerá del centro de trabajo donde presta servicios según el contrato de trabajo y es ahí donde se le dará de alta en la Seguridad Social. Ello no impide que un trabajador «temporalmente» tenga que prestar servicios en distintos ámbitos. Cuando dependa de uno de ellos, será este el que determinará el convenio aplicable.

El límite para dejar de aplicar un convenio, a un trabajador que presta servicios en otro ámbito, es el régimen laboral de la movilidad geográfica (traslados).

En lo que se refiere a los casos concretos enjuiciados, para un trabajador que presta servicios en localidad distinta al ámbito provincial del convenio, se decidió que salvo que en la empresa exis-

ta convenio propio con cobertura en todos los centros de trabajo a los que pueda venir adscrito sucesivamente el trabajador, en los desplazamientos, el convenio aplicable continuará siendo el de lugar del otorgamiento del contrato, coincidente con el de la prestación inicial de sus servicios, devengando el trabajador movilizado el derecho a ser resarcido por los gastos de viaje y dietas que el cambio le ocasione. Si por el contrario la situación se plantea como un supuesto de adscripción *ex origine*, por la total duración del contrato, a un centro de trabajo (propio o ajeno) ubicado en población distinta de la radicación de la empresa contratante y suscripción del compromiso contractual, en tal caso, conforme a una interpretación territorial, impera el convenio del lugar de ejecución del negocio ¹⁷.

En el caso de «transporte», el ámbito de aplicación de estos convenios suelen fijar para su aplicación, el criterio de la sede o centro de trabajo del que depende el transportista, ya que es a esta sede a quien presta servicios el trabajador, aunque el lugar real del trabajo sea itinerante.

La posibilidad de que en una misma empresa se apliquen convenios distintos, en función del lugar de prestación de los servicios, es legal, pues el principio de unidad de empresa no puede prevalecer frente a lo que resulte de lo pactado en el convenio. A un trabajador contratado por empresa con sede social en Madrid, para realizar una obra en centros móviles o itinerantes de Asturias se aplica el convenio del lugar de prestación de servicios ¹⁸.

En el caso de un trabajador contratado por empresa domiciliada en Burgos para realizar trabajos de pintura en diversos inmuebles situados en Álava, se decidió aplicar el Convenio de la Industria de la Construcción y Obras Públicas de Álava, pues su ámbito de aplicación comprende a los trabajadores que presten sus servicios en centros de trabajo ubicados en dicha provincia. El centro de trabajo se entiende ubicado en la localidad donde se realiza el trabajo, independientemente de que en el contrato se hubiera identificado el centro de trabajo con el domicilio de la empresa ¹⁹.

En otro caso, para una prestación de servicios en provincia diferente a la del domicilio de la empresa, se decidió que no mediando pacto por el que empleadora y sus trabajadores acordaran someterse al convenio de la provincia donde aquella tiene su sede, cualquiera que fuere el lugar de prestación de servicios, ha de estarse a la normativa convencional que rija respecto de los centros emplazados en la provincia donde se desarrolla la actividad ²⁰.

Asimismo, en una empresa con centros de trabajo en distintas provincias, se estimó que el convenio colectivo aplicable a los trabajadores del sector, en virtud del principio de unidad de empresa, es el de la provincia donde esta tenga su sede, ya que con ello se evitan situaciones discriminatorias entre trabajadores que, a igual trabajo, perciban salarios distintos en función de la provincia en la que presten servicios ²¹.

¹⁷ STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 20 de diciembre de 2007, rec. núm. 636/2007.

¹⁸ STSJ de Asturias de 31 de mayo de 2002, rec. núm. 951/2001.

¹⁹ STSJ de Castilla y León de 30 de julio de 2004, rec. núm. 31/2004.

²⁰ STSJ de Castilla y León/Valladolid de 25 de octubre de 2004, rec. núm. 1475/2004.

²¹ STSJ de Andalucía/Granada de 14 de enero de 1999, rec. núm. 628/1997.

Empresa de Madrid, que realiza obras en la provincia de Toledo. Todos los trabajadores están en Madrid en alta y la sede de la empresa está en Madrid. La empresa pretende trasladar o abrir un centro de trabajo a Toledo para cambiar a los trabajadores en Seguridad Social a Toledo, porque:

- En Toledo la actividad de la Inspección de Trabajo es menor.
- En el convenio de Toledo la jornada tiene más horas que en el de Madrid (por ello, se obliga a los trabajadores a trabajar al cabo del año más horas por el mismo precio).
- No hay traslado ni desplazamiento, porque no hay cambio de residencia de los trabajadores.
- Imaginemos que hay otros derechos reconocidos en el Convenio de Madrid, que no lo están en el de Toledo (o son peores), tratando el empresario de aplicar íntegramente el Convenio de Toledo.

¿Es válido actuar de esta forma?

No. Es un caso típico de fraude de ley: desviarse de la aplicación de la norma correcta para aplicar otra más favorable a los intereses de la empresa.

Problema: el lugar de la prestación de servicios en el sector de la construcción: los convenios aluden en su ámbito geográfico a las empresas con centros de trabajo ubicados en la provincia...

Esto debe interpretarse en el sentido de:

Para trabajadores fijos, aplicar el convenio colectivo de donde esté la empresa (sede, oficina, domicilio social) que tiene los centros de trabajo, las obras, en distintos lugares. El trabajador presta servicios en distintas obras, pero depende siempre de la empresa a la que presta servicios, por lo que se aplica el convenio colectivo del lugar donde esté la empresa.

Para trabajadores contratados por obra, cuyo trabajo se circunscribe solo a un centro de trabajo, se entenderán contratados para el centro de trabajo efectivo de prestación de servicios y será aplicable el convenio colectivo de este lugar.

En el caso expuesto, cabría contrarrestar el fraude de ley demostrando que los trabajadores han sido «trasladados» a Toledo, lo que supondría un cambio de residencia, tanto de la empresa como de los trabajadores, lo que unido a que los servicios son prestados en Toledo, conlleva a concentrar todos los elementos de juicio para aplicar el convenio colectivo de este lugar.

Si no hay traslado, sino desplazamiento temporal, con posibles desplazamientos a otros lugares, cuando el centro neurálgico de la empresa y la residencia de los trabajadores está en Madrid, es fácilmente apreciable el fraude de ley.

IV. ÁMBITO PERSONAL DEL CONVENIO: ¿A QUÉ TRABAJADORES SE APLICA EL CONVENIO Y QUIÉNES PUEDEN ESTAR EXCLUIDOS DEL CONVENIO?

¿Cabe la posibilidad de exclusión de determinados trabajadores de la aplicación del convenio? ¿Qué criterios permitirían esta exclusión?

Al ser el convenio colectivo regulador de las relaciones de los trabajadores con su empresario, están excluidos de las unidades de negociación, en principio, quienes no sean trabajadores, o no lo hayan sido conforme al ET.

Así, no se incluiría a:

- Trabajadores autónomos (por no ser trabajadores por cuenta ajena y salvo que el trabajador autónomo sea empleador por tener trabajadores a su servicio).
- Administradores o consejeros (porque no hay relación laboral, o si la hay, es absorbida por la mercantil conforme a la teoría del «doble vínculo»).
- Los becarios (puesto que un becario no es trabajador).

¿Los altos directivos pueden estar excluidos de un convenio colectivo?

Es muy frecuente ver que los convenios colectivos excluyen de su ámbito de aplicación a los altos directivos.

Dicha exclusión es comprensible por la propia naturaleza de esa «relación», que conlleva la mutua confianza y la falta de «independencia» del alto directivo, que incapacitaría a este para formar parte de un órgano de defensa de intereses económicos y sociales contrapuestos a los del empresario.

Pero además existen razonamientos jurídicos que avalan esta postura. La propia normativa reguladora de esta relación laboral especial, el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, en su artículo 3, al regular las fuentes de dicha relación, establece que en defecto de pacto, se aplicará subsidiariamente la legislación civil o mercantil y que la legislación laboral, incluido el ET, solo será de aplicación en los casos de remisión expresa en el propio Real Decreto o en el contrato.

Por otro lado, el artículo 16 del Real Decreto 1382/1985 dispone la no participación del personal de alta dirección ni como elector ni como elegible en los órganos de representación de los trabajadores.

Aun así, el convenio colectivo puede contener pactos que les sean aplicables (pactos de protección social...) que a pesar de su extralimitación, pueden ser aplicables.

¿Y qué ocurre con aquellos directivos de alto nivel que ocupan puestos de alta responsabilidad en la empresa pero no son altos directivos? ¿Pueden quedar excluidos de un convenio?

A pesar de su relación laboral «común», parece que en atención a las características de su cargo, que conlleva normalmente ejercer funciones de mando delegadas del empresario, este personal se sitúa en una posición de intereses contrapuestos a los demás trabajadores (piénsese por ejemplo en un director de recursos humanos que tiene que negociar un convenio con el comité. Si las condiciones laborales de ese director están supeditadas a ese convenio que negocia, difícilmente defenderá los intereses del empresario). Por ello, normalmente se les excluye de la unidad de negociación, y, por tanto, de la aplicación del convenio. Esta regla jurisprudencial solo es aplicable si hay una aceptación «tácita» por el trabajador de resultar excluido, lo que ha dado lugar a múltiples problemas (pues no está protegido por el RD 1382/1985 de alta dirección).

¿Existe alguna justificación para excluir a los trabajadores eventuales, fijos discontinuos y temporales del ámbito de aplicación de un convenio colectivo?

Estos trabajadores fueron excluidos durante algún tiempo del ámbito de aplicación de los convenios. Sin embargo, la cuestión quedó zanjada por el Tribunal Constitucional al considerar discriminatoria tal exclusión (STC 136/1987, respecto a los trabajadores eventuales y fijos discontinuos, STC de 18 de diciembre de 1984, en cuanto a los trabajadores temporales y STS de 21 de enero de 2004, en relación con la exclusión de la aplicación del régimen salarial a los no fijos, o en función de la antigüedad).

En conclusión, cualquier exclusión arbitraria de trabajadores, sería considerada una discriminación, además de no respetar el artículo 82.3 del ET, conforme al cual, los convenios colectivos regulados por dicho cuerpo legal obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia.

Así, se estimó ilegal la exclusión de la aplicación del convenio marco de la empresa al personal titulado superior desde el momento de la formalización del contrato de trabajo, pues a menos que se realicen funciones directivas, dicho personal debe ser contratado como incluido en el convenio y solamente después de ello y en el supuesto de que se le encomienden funciones de especial responsabilidad, por voluntad libre del trabajador, este podrá pactar su apartamiento, ya que no puede renunciarse a condiciones favorables o mejoras de mínimos no disponibles ²².

¿Qué convenio colectivo se aplica a los trabajadores contratados por una ETT para ser puestos a disposición de una empresa usuaria?

Los trabajadores de una ETT, puestos a disposición de una empresa usuaria, se regirán por el Convenio de ETT, sin perjuicio de que por ley tengan derecho al régimen salarial del convenio colectivo de la empresa usuaria (art. 11 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, reguladora de las ETT), al igual que en materia de jornada y vacaciones (conforme a los arts. 33 y 41 del vigente Convenio Colectivo de Empresas de Trabajo Temporal, aprobado por Resolución de 23 de enero de 2008 ²³).

²² SAN, Sala de lo Social, de 25 de mayo de 2004, Sentencia núm. 38/2004.

²³ BOE de 8 de febrero de 2008.

¿Se puede aplicar un convenio a un trabajador que ha dejado de serlo, como por ejemplo a los prejubilados?

Se admite la inclusión de aquellos que han sido trabajadores, respecto a los derechos que puedan conservar de aquella relación, como, por ejemplo, prejubilados y pasivos (SSTS de 14 de julio de 1995; 20 de diciembre de 1996 y 9 de febrero de 1999).

V. ÁMBITO TEMPORAL: LA VIGENCIA DEL CONVENIO

¿Cuándo entra en vigor un convenio colectivo?

Los convenios colectivos entran en vigor en la fecha que las partes acuerden (art. 90.4 ET). Es cierto que para que el convenio sea válido, deberá estar publicado en el boletín oficial correspondiente y que dicha publicación suele ser posterior a la fecha fijada por los agentes negociadores para la entrada en vigor del mismo. Todo ello quiere decir que, una vez publicado el convenio, sus efectos se retrotraen a la fecha que las partes hubieran acordado.

¿Cuál es el plazo de vigencia de los convenios? ¿Pueden pactarse períodos de vigencia distintos para cada materia?

Es competencia de las partes negociadoras del convenio establecer la duración de los convenios. El propio ET, en su artículo 86.1, permite que eventualmente se pacten períodos de vigencia distintos para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro de un mismo convenio.

¿Qué pasa si el período de vigencia llega a su fin y no se ha negociado otro convenio? ¿Se prorrogan automáticamente sus efectos?

Salvo pacto en contrario, los convenios se prorrogan de año en año si no hubiera mediado denuncia expresa de las partes.

Además, si se denuncia un convenio y no se hubiera concluido la negociación de otro, se pueden mantener sus cláusulas normativas, es decir el régimen jurídico establecido en el mismo para los trabajadores que se encuentran en su ámbito de aplicación. Esto es lo que se conoce como «ultraactividad» del convenio.

Esta posibilidad es potestativa para las partes negociadoras, que pueden prever para el caso de que se denuncie el convenio, el mantenimiento de sus cláusulas normativas, a efectos de no someter a todos los que se rigen por el convenio a un vacío legal (que no sería tal, porque siempre se aplicarían los mínimos legales y reglamentarios). Únicamente perderían su vigencia las cláusulas obligacionales, que son aquellas que obligan únicamente a los sujetos negociadores (deber de paz laboral, etc.)

El ET prevé que la ultraactividad se mantiene aunque las partes no la hubieran acordado, pero dejando la posibilidad de que por pacto o previsión expresa, se pueda no aplicar.

¿Puede un convenio colectivo disponer sobre derechos establecidos en un convenio anterior? ¿Puede el convenio posterior empeorar las condiciones de trabajo del precedente?

El artículo 86 del ET establece:

- «1. Corresponde a las partes negociadoras establecer la duración de los convenios, pudiendo eventualmente pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia o grupo homogéneo de materias dentro del mismo convenio.
2. Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes.
3. Denunciado un convenio y hasta tanto no se logre acuerdo expreso, perderán vigencia sus cláusulas obligacionales.

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.

4. El convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan.»

Por tanto:

- Son las partes quienes fijan la vigencia, que incluso puede ser anterior a la publicación del convenio. Es decir, que aunque entre en vigor a partir de la publicación, puede tener carácter retroactivo.
- A pesar de la pérdida de vigencia del convenio, por expiración del tiempo para el que fue pactado, pueden continuar aplicándose sus cláusulas normativas (lo que se conoce como «ultraactividad»); no así las obligacionales. Ello siempre que se pacte expresamente, o no se pacte nada al respecto; por lo que solo se evitará la ultraactividad, cuando expresamente se acuerde el fin de la vigencia de las cláusulas normativas a la expiración del convenio.
- En la sucesión de convenios, no hay que respetar lo pactado en el anterior. En principio, el posterior deroga en su integridad al anterior. No hay derechos adquiridos o condiciones más beneficiosas por convenio colectivo.

Entre las distintas sentencias de los Tribunales, cabe destacar algunas que destacan las ideas comentadas:

- El convenio colectivo posterior deroga al anterior, aunque el último contenga condiciones menos beneficiosas, pues cabe la posibilidad de negociar convenios regresivos, «a la baja»²⁴.

²⁴ STS, Sala de lo Social, de 16 de diciembre de 1994, rec. núm. 1391/1993.

- Un convenio colectivo posterior puede modificar lo dispuesto en uno anterior, conforme al principio de modernidad ²⁵.
- En el caso de un trabajador que reclama una mejora de la pensión de Invalidez Permanente prevista en un convenio colectivo que entró en vigor con posterioridad a la fecha del hecho causante de la prestación, se desestimó su pretensión, por cuanto el propio convenio preveía que dicha mejora no es aplicable a las contingencias causadas con anterioridad a la entrada en vigor del mismo, no pudiendo presumirse la retroactividad de las prestaciones o mejoras a cargo de la empresa por ser contrario a los criterios de distribución de cargas y beneficios en materia de Seguridad Social ²⁶.
- Las prestaciones complementarias de Seguridad Social pactadas en convenio colectivo pueden ser modificadas o suprimidas por otro convenio posterior ²⁷.
- Los derechos pasivos ya causados al amparo de un convenio colectivo anterior pueden ser modificados o suprimidos por un convenio posterior. La conservación y respeto de estos derechos está condicionada por la voluntad de los negociadores. En este caso se dio un voto particular que consideró que esta posibilidad resulta inaceptable por su contenido expropiatorio ²⁸.
- La ultraactividad de los convenios colectivos, consistente en la prórroga automática de las cláusulas normativas del convenio, una vez concluida la duración pactada, solo es aplicable a los que hayan sido negociados y concluidos por los trámites del Título III del ET, no alcanzando a los pactos de empresa, de naturaleza meramente contractual que carecen de valor normativo ²⁹.
- No es aplicable, a una relación laboral ya extinguida, el convenio colectivo que entró en vigor con posterioridad a ese momento ³⁰.

¿Puede un convenio colectivo remitirse a una normativa ya derogada y ser válido, porque en el momento de la firma del convenio estaba vigente? Casos:

Especialmente para jubilaciones forzosas (derogadas en 2001, y «legalizadas» nuevamente en 2005).

Un convenio puede remitirse a una norma ya derogada, entendiéndose que lo que hace es pasar el contenido de la norma a texto convencional. Por ejemplo: Ordenanzas Laborales, para temas de categorías...

²⁵ STS, Sala de lo Social, de 27 de enero de 2003, rec. núm. 63/2002.

²⁶ STSJ de Andalucía/Granada, de 23 de marzo de 2004, rec. núm. 3184/2003.

²⁷ STS de 18 de julio de 2003, rec. núm. 3064/2003.

²⁸ STS de 16 de julio de 2003, rec. núm. 862/2002.

²⁹ STSJ del País Vasco de 26 de febrero de 2004, rec. núm. 2881/2003.

³⁰ STSJ de Extremadura de 2 de febrero de 1998.

Llama la atención, en lo relativo a las jubilaciones forzosas, que las cláusulas anteriores a la derogación de la disposición adicional décima del ET en 2001 fueron declaradas válidas, aunque no hubiera posibilidad legal de establecerlas *ex novo*, hasta 2005.

Esta línea jurisprudencial fue respetada por la Ley 14/2005, de 1 de julio, que cuando vuelve a «legalizar» o dar cobertura legal a estas cláusulas, establece una disposición transitoria única muy llamativa, porque «revive» incluso las cláusulas de jubilación forzosa realizadas en el lapso de tiempo en que estuvieron prohibidas.

Disposición transitoria única: Las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva.

Cambio de convenio: la empresa entiende que se debe aplicar otro convenio, entonces:

- **¿Hay derechos adquiridos como el salario base y complementos del convenio anterior?**
- **¿Se consolidan los trienios o la antigüedad?**
- **¿Cuentan los períodos que están pendientes de perfeccionar un derecho (por ejemplo, un trienio).**

Antes de resolver estas cuestiones, habría que plantearnos lo siguiente:

Problemas previos a la decisión:

- ¿Está justificado el cambio o es por conveniencia?
- Si no hay cambio de actividad que dé lugar a un cambio en el ámbito funcional, ¿qué efectos puede tener sobre el pasado? Imaginemos que el cambio es por error.

Los efectos que se podrían producir serían los siguientes:

- Supuesto de que el nuevo convenio sea más favorable: no debería haber problemas: se aplica el nuevo convenio en todos sus extremos.
- Supuesto de empeoramiento de las condiciones:

Primeramente, hay que determinar qué condiciones son las que se empeoran, porque cabe recordar que la vinculación a un convenio lo es en su totalidad, sin que se puedan aplicar partes de uno y partes de otro.

En segundo lugar, también hay que recordar que el trabajador no puede exigir el mantenimiento de derechos contenidos en convenios anteriores que ya no son los aplicables.

En tercer lugar, también hay que aclarar que las condiciones de trabajo sujetas a valoración, son solo las «convencionales», es decir, no afecta a las individuales. Las condiciones pactadas en contrato de trabajo o ganadas en virtud de condición más beneficiosa, no se ven alteradas por las condiciones establecidas en convenio colectivo, si bien en los casos en que sobre las condiciones colectivas, por ejemplo, salariales, se suplemente una cantidad superior a título individual, debe permanecer y respetarse esta cantidad superior. Cabe el juego de la absorción y compensación de la mejora individual sobre los conceptos o complementos del convenio colectivo.

El punto más conflictivo es que la aplicación del nuevo convenio tuviera serios perjuicios en las condiciones económicas de los trabajadores. A pesar de la aplicación del nuevo convenio, y sin perjuicio de mantener las mejoras individualmente pactadas, no sería razonable proceder a una bajada de la retribución en salario base.

VI. LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN ERRÓNEA DE UN CONVENIO, POR NO RESPETAR SUS ÁMBITOS

¿Qué ocurre si una empresa está aplicando mal un convenio, por ser de de aplicación otro?

En este caso, si las condiciones del convenio aplicable son mejores que las del aplicado, los trabajadores tendrían derecho a ellas, por lo que podrían reclamarlas, lo que puede plantear consecuencias de otro orden, como por ejemplo, si los trabajadores reclamaran cantidad, por tener derecho a un mayor salario, esas cantidades también podrían estar sujetas a cotización, si no estuvieran prescritas. Incluso, de cara a una inspección de trabajo, esta podría reclamar cuotas impagadas por entender que es de aplicación otro convenio, aunque la competencia última para determinar qué convenio es el aplicable sería de un juez.

Por el contrario, si las condiciones del convenio aplicable son peores, el efecto sería el mantenimiento de las condiciones que se venían disfrutando, pero entendiendo que estas han pasado a formar parte del contrato de trabajo, es decir como mejora individual y no colectiva.

VII. LA PREVISIÓN DE DOBLES ESCALAS SALARIALES EN LOS CONVENIOS COLECTIVOS Y SU LEGALIDAD

¿Pueden contener los convenios colectivos dobles escalas salariales, en virtud de la antigüedad del trabajador, o del tiempo de servicios, contratos en prácticas o temporales...?

Cuando hablamos de «doble escala salarial» en convenio colectivo y su legalidad, nos estamos refiriendo a si es posible establecer por convenio unas condiciones retributivas diferentes para el

personal de igual categoría que realiza la misma actividad de la empresa, atendiendo a criterios tales como la fecha de ingreso en la empresa o antigüedad, o el tipo de contrato que hayan concertado, en razón a su carácter temporal o indefinido.

Estas «dobles escalas» surgen sobre todo a partir de 1994, año en el que la reforma del ET supuso el abandono de una estructura salarial muy regulada y la apertura a la negociación colectiva de la capacidad de disponer sobre el salario y sus complementos.

El principio constitucional que puede verse afectado por estas dobles escalas es el de igualdad y no discriminación, que tienen su proyección concreta en el ámbito del ET en sus artículos 4.2 c) y 17.1.

El Tribunal Constitucional viene interpretando que el principio de igualdad no solo exige que una diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida³¹. Por ello, acepta matizadamente la doble escala salarial establecida por la autonomía colectiva, cuando la diferencia de trato se basa en una razón objetiva y fundada y no resulte desproporcionada o arbitraria.

Respecto a las dobles escalas salariales con distinto tratamiento a los trabajadores fijos y temporales, el Constitucional ha reiterado que esas diferencias, para que no constituyan una diferencia de trato, han de tener su origen en datos objetivos relacionados con la prestación de trabajo o el régimen jurídico del contrato que las explique razonablemente, sin que por la circunstancia de la mera temporalidad pueda colocarse a los trabajadores temporales en una posición de segundo orden, porque tanto estos como los fijos pertenecen durante la vigencia de sus respectivos contratos a la plantilla de la empresa.

Entonces, ¿cuándo es seguro que no son lícitas las dobles escalas salariales establecidas en convenio colectivo, en función de la fecha de ingreso en la empresa?

Se **prohiben** los pactos de doble escala salarial cuando se utiliza la fecha de ingreso o la adquisición de fijeza, como criterio de diferenciación exclusivo, a efectos de determinar la diferencia salarial.

Por ejemplo, han sido múltiples sentencias del Supremo y de los TSJ, que inciden en las siguientes líneas:

- Es nula la cláusula convencional que regula un plus salarial de antigüedad en cuantía distinta para dos colectivos de trabajadores y, exclusivamente, en función de la fecha de ingreso en la empresa. Este plus podría haberse suprimido para toda la plantilla a tenor de la

³¹ SSTC 22/1981, de 2 de julio; 34/1981, de 10 de noviembre; 3/1983, de 25 de enero; 6/1984, de 24 de enero; 209/1987, de 22 de diciembre; 104/2004, de 28 de junio, entre muchas otras.

nueva regulación del ET, o haberse respetado solo los derechos adquiridos hasta entonces por la plantilla que hubiera venido disfrutándolo.

- La fecha de ingreso en la empresa no es por sí misma un elemento objetivo y razonable de diferenciación.
- Establecer una diferencia de retribución por razón de un dato tan inconsistente como es la fecha de la contratación, rompe el equilibrio de la relación entre retribución y trabajo respecto de determinados trabajadores, quebrando pues el principio de igualdad si no existe una justificación suficiente. La estimación de la demanda de impugnación de disposiciones específicas del convenio colectivo no lleva necesariamente consigo la declaración de la nulidad total de este, puesto que la consecuencia normal o propia de tal estimación será únicamente la declaración de la nulidad o de la ineficacia del artículo o artículos concretos del convenio que fueron objeto de tal impugnación.
- La cláusula de un convenio colectivo que sustituye el premio de antigüedad para el personal de nuevo ingreso, así como para el personal temporal cuya relación se convierta en indefinida, por un premio de vinculación por años de servicio efectivo, de peores condiciones económicas es discriminatoria, por carecer de justificación objetiva y razonable (STS, Sala de lo Social, de 20 de abril de 2005).
- Plus de vinculación fijado por convenio colectivo en cuantía diferente por razón de la fecha de ingreso en la empresa: la autonomía colectiva no puede establecer un régimen diferenciado en las condiciones de trabajo sin justificación objetiva y sin la proporcionalidad que la medida diversificadora debe poseer para resultar conforme con la Constitución. Es reprochable, desde la perspectiva del derecho a la igualdad, que se establezca una valoración de la antigüedad para el futuro de modo distinto para dos colectivos de trabajadores y que se haga exclusivamente en función de la fecha de ingreso en la empresa (STC, Sala Segunda, núm. 27/2004, de 4 de marzo de 2004).

¿En qué casos podría argumentarse una justificación objetiva y razonable para defender la doble escala salarial?

La idea que subyace en una doble escala retributiva que pueda estar justificada es la de su finalidad: la reducción de los costes de personal. La pregunta es cómo los representantes de los trabajadores que negocian convenios pueden aceptar esa reducción de costes que afecta a los trabajadores de nuevo ingreso. En un primer momento, puede pensarse en que predomina la finalidad de mantener el poder adquisitivo de los trabajadores ya existentes, pero lo cierto es que la intención pueda ir más allá, incluso pueda ser el mantenimiento de la empresa ante una situación de crisis, incrementar la competitividad o garantizar la viabilidad económica de la misma.

La viabilidad económica de la empresa y el incremento de la competitividad son finalidades constitucionalmente admisibles, pero habrá que determinar en cada caso, cuando esas circunstancias son razonables para justificar una diferencia de salarios. Así, son situaciones razonables que podrían justificar la desigualdad de trato:

- **La doble escala como medida de fomento del empleo.**

Podría justificarse un tratamiento diferenciado entre trabajadores de nuevo ingreso y los antiguos en base al compromiso de la realización de nuevas contrataciones indefinidas o temporales, con creación neta de empleo, la conversión de contratos temporales en indefinidos, o de contratos a tiempo parcial en contratos a tiempo completo.

El argumento más claro es el utilizado en la STS, Sala de lo Social, de 12 de noviembre de 2002, que establece que no es contraria al mandato de trato igual en las circunstancias del caso, en que se aprecia que existe una justificación objetiva y razonable, cual es la de haber contribuido a los actuales resultados de la empresa por haber soportado una situación de crisis, traduciéndose en oportunidades de empleo y transformaciones de contratos temporales en indefinidos, de lo cual se han favorecido directamente los trabajadores de nuevo ingreso.

Hay que añadir que el requisito más importante es que el fomento de empleo sea una obligación empresarial jurídicamente exigible, regulada en el mismo convenio colectivo en el que se establezca la doble escala. Por tanto, no puede tratarse de un mero compromiso empresarial no exigible, o cuando ese compromiso, lo que realmente trata de hacer es convertir en indefinidos, contratos temporales en fraude de ley (encadenamiento de contratos temporales que no obedece a causa alguna).

Sin embargo, hay que decir que en otras muchas situaciones este argumento no ha sido suficiente para fundamentar una diferencia de trato.

- **La reestructuración y el saneamiento económico de la empresa.**

Es la medida que de justificarse puede suponer una circunstancia objetiva y razonable para establecer una doble escala. Abarca variedad de supuestos, como por ejemplo, la reestructuración por motivos técnicos, los cambios en la organización del trabajo, la reordenación de la producción, del propio negocio empresarial, o del estatuto jurídico de la empresa y, sobre todo, el saneamiento económico.

Lo que se va a exigir es una relación directa entre estas circunstancias y la doble escala, como mecanismo para hacer frente a estas situaciones.

Si además, estas medidas van acompañadas de un plan de fomento de empleo, todavía se justificaría más la doble escala.

- **El respeto a las condiciones salariales más beneficiosas de los antiguos trabajadores.**

La finalidad de la doble escala sigue siendo la reducción de costes salariales, pero sin perjudicar los derechos ganados por los antiguos trabajadores, bien a través de una condición más beneficiosa propiamente dicha, es decir, contractual, o derivadas de las condiciones más favorables pactadas en convenio colectivo.

La justificación de esta doble escala vendría dada por el mantenimiento de las condiciones más beneficiosas de los trabajadores de la empresa (condiciones que pueden ser contractuales, o convencionales), sin extenderse a los trabajadores de nuevo ingreso, para los que no habría obligación de respetar esas mejores condiciones, por lo que los tribunales vienen a admitir las dobles escalas de este tipo.

- **El premio a la antigüedad de los trabajadores en atención al mayor tiempo de servicios y de dedicación a la empresa.**

La antigüedad en cuanto a la fecha de ingreso en la empresa no es razón suficiente para justificar una doble escala, sin embargo, sí que se ha admitido cuando la justificación viene dada por la mayor contribución a la buena marcha de la empresa de los trabajadores ya contratados, en atención a su mayor dedicación, o a su dedicación durante más tiempo (STS, Sala de lo Social, de 12 de noviembre de 2002) ³².

Ahora bien, lo lógico sería pensar que no hay diferencia de trato cuando la diferencia salarial viene dada por un complemento personal de antigüedad, pero no por diferencias en otros conceptos o complementos salariales, que harían de peor condición el mismo trabajo prestado por un trabajador de nuevo ingreso.

Así, respecto a las cláusulas que establecen doble escala para cuantificar el complemento de antigüedad a pagar en función de la fecha de ingreso en la empresa, el TS ha establecido en una reciente sentencia ³³ que «aunque el convenio colectivo está facultado para establecer determinadas diferencias en función de las particulares circunstancias concurrentes, cuando se trata de la retribución del trabajo no caben generalizaciones, de manera que el principio a tener en cuenta es el de igual retribución a trabajo de igual valor, pudiendo admitirse únicamente que a quienes ingresaron antes se les reconociera un complemento único y no compensable por la cantidad hasta entonces cobrada y que a partir de ese día percibiesen igual plus de antigüedad que los de nuevo ingreso».

¿Y en qué supuestos puede haber una escala salarial distinta para los trabajadores fijos y temporales?

El artículo 15.6 del ET es concluyente al afirmar la igualdad de derechos entre trabajadores con contratos temporales y de duración determinada y trabajadores con contrato indefinido, concluyendo en el último párrafo que cuando un determinado derecho o condición de trabajo esté atribuido en las disposiciones legales o reglamentarias y en los convenios colectivos en función de una previa antigüedad del trabajador, esta deberá computarse según los mismos criterios para todos los trabajadores, cualquiera que sea su modalidad de contratación.

³² En similares términos, STSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 25 de junio de 1998: impugnación del convenio colectivo en base al derecho fundamental de igualdad. Precepto convencional que viene a encubrir una «doble escala salarial». No procede tal impugnación al encontrarse justificada la diferente retribución prevista para cada una de las categorías profesionales en el hecho de que se vincula a una mayor profesionalidad y experiencia de los trabajadores.

³³ STS, Sala de lo Social, de 20 de febrero de 2008, rec. núm. 4560/2006.

Ello no es incompatible con reconocer una menor retribución a los trabajadores en prácticas o en formación, cuando no tengan la experiencia necesaria para obtener una retribución de igual cuantía que la del resto de los trabajadores (STC 177/1993, de 31 de mayo de 1993). Sin embargo, sí se ha considerado discriminatoria la exclusión de los beneficios sociales a los aprendices. El TS entendió que los aprendices son indefectiblemente empleados o trabajadores a los efectos de disfrutar de la ayuda de asistencia social correspondiente a estudios prevista en el convenio colectivo para los trabajadores de la empresa ³⁴.

¿Quiere decir todo ello que un empresario no puede fijar libremente el salario a cada uno de los trabajadores?

No. El tema tratado se restringe a la retribución establecida en convenio colectivo. Por encima del convenio un empresario puede tener en cuenta como legítima finalidad, recompensar la experiencia adquirida, o determinadas cualidades que le permiten cumplir mejor sus tareas, por lo que el empresario no está obligado a justificar su utilización o su finalidad, a no ser que el trabajador facilite datos que lleven a un indicio de discriminación.

³⁴ STS, Sala de lo Social, de 12 de febrero de 1996, rec. núm. 1044/1995.