

La problemática relativa al sistema español de negociación colectiva: criterios jurisprudenciales y algunas cuestiones pendientes

Rubén González Rodríguez

Asociado junior del Departamento de Derecho Laboral de Uría Menéndez Abogados

Este trabajo ha obtenido un accésit del **Premio Estudios Financieros 2020** en la modalidad de **Derecho del Trabajo y Seguridad Social**.

El jurado ha estado compuesto por: doña Verónica Martínez Barbero, don Faustino Cavas Martínez, don Jordi García Viña, doña Lourdes Mella Méndez, don Cristóbal Molina Navarrete, doña Susana Rodríguez Escanciano y doña Aránzazu Vicente Palacio.

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

Extracto

El sistema español de negociación colectiva ha sufrido cambios sustanciales como consecuencia de las continuas modificaciones que se han realizado durante la última década. En el presente trabajo vamos a tratar algunos de los aspectos más problemáticos en torno a dos figuras que han sido objeto de intensos debates en el ámbito de la doctrina científica y judicial, hasta que el Tribunal Supremo ha marcado de una forma más o menos estable la línea interpretativa a seguir, como son la limitación de la ultraactividad de los convenios colectivos y la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial. De igual forma, nos vamos a ocupar de otros aspectos que no han recibido la atención que merecían, y que en definitiva no han sido objeto aún de una respuesta por parte de nuestros tribunales, como es la incidencia de los grupos de empresas laborales en la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de las empresas que conforman el grupo. Finalmente, haremos referencia a un fenómeno muy arraigado a nuestro sistema de negociación colectiva como es la subrogación convencional que ha sufrido un duro golpe derivado de la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y que puede provocar que se convierta en una institución totalmente residual en los convenios colectivos futuros.

Palabras clave: negociación colectiva; legitimación; prioridad aplicativa; contractualización; subrogación.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 09-09-2020 / Fecha de revisión: 16-11-2020

Cómo citar: González Rodríguez, Rubén. (2020). La problemática relativa al sistema español de negociación colectiva: criterios jurisprudenciales y algunas cuestiones pendientes. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 31-64.



The problems related to the Spanish collective bargaining system: jurisprudential criteria and some pending issues

Rubén González Rodríguez

Abstract

The Spanish collective bargaining system has undergone substantial changes as a result of the continuous modifications that have been made over the last decade. In the present work we are going to deal with some of the most problematic aspects around two figures that have been the subject of intense debates within the scientific and judicial doctrine, until the Spanish Supreme Court has established in a more or less stable way the interpretative line to be followed, such as the limitation of the extended validity of collective bargaining agreements and the priority application of the collective bargaining agreements at the company level. In the same way, we are going to deal with other aspects that have not received the attention they deserved, and that ultimately have not yet been the object of a decision from our courts, such as the incidence of group of companies for labour purposes in the priority application of the collective agreements of the companies that are member of a group of companies. Finally, we will refer to a phenomenon deeply rooted in our collective bargaining system, such as subrogation derived from a collective bargaining agreement, which has suffered a severe blow as a result of the interpretation of the Court of Justice of the European Union, and which can cause it to become a totally residual in future collective bargaining agreements.

Keywords: collective bargaining; legitimation; priority application; contractualisation; subrogation.

Citation: González Rodríguez, Rubén. (2020). The problems related to the Spanish collective bargaining system: jurisprudential criteria and some pending issues. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 453, 31-64.





Sumario

1. La negociación colectiva como elemento esencial del derecho del trabajo
2. La legitimación para negociar y su incidencia sobre los efectos del convenio colectivo de empresa
 - 2.1. La legitimación de la representación sindical y la eficacia plena del convenio colectivo de empresa
 - 2.2. La legitimación de la representación unitaria y la eficacia limitada del convenio colectivo de empresa
3. La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial
 - 3.1. Alcance subjetivo y material de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial
 - 3.2. ¿Tiene incidencia la existencia de un grupo de empresas laboral sobre la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa?
4. El ámbito temporal de los convenios colectivos: efecto limitado de la ultraactividad y la contractualización de las condiciones convencionales
 - 4.1. Inexistencia de convenio colectivo aplicable de ámbito superior
 - 4.2. Existencia de convenio colectivo aplicable de ámbito superior
5. La desnaturalización de las cláusulas subrogatorias convencionales: una interpretación desafortunada
6. Conclusiones

Referencias bibliográficas



A mi mitad, Alba, por su apoyo incondicional en cada una de las decisiones adoptadas y por su consuelo en los momentos de zozobra.

En definitiva, por ser la esencia de mi vida.

1. La negociación colectiva como elemento esencial del derecho del trabajo

Es evidente que nos encontramos en una situación absolutamente excepcional, en la que las personas estamos viviendo de forma atípica, con unas relaciones sociales muy limitadas como consecuencia de la COVID-19, y el derecho del trabajo, como la rama más social de nuestro ordenamiento, se encuentra en una situación extraordinariamente anómala, en la que todo se centra en figuras totalmente residuales en nuestro ordenamiento laboral como la fuerza mayor, en cambios de paradigmas como la aplicación preferente del teletrabajo o en la creación de instituciones desnaturalizadas como puede ser la prestación por desempleo sin periodo de carencia necesario.

Sin embargo, no podemos obviar que esta situación es perentoria, de manera que, una vez que hayamos superado esta dramática situación, las relaciones sociales volverán de forma progresiva a la normalidad, y, por ende, el derecho del trabajo dejará de ser utilizado como una institución de urgencia para paliar o amortiguar los efectos económicos y sociales derivados de esta pandemia, y recuperará su carácter original, que no es otro que la ordenación de las relaciones entre las empresas y las personas trabajadoras, así como de la representación de ambos.

En esta vuelta a la aplicación ordinaria del derecho del trabajo, no cabe duda de que la negociación colectiva es el elemento esencial y diferenciador de esta rama del ordenamiento jurídico. Nadie puede negar que una de las características del derecho del trabajo es el carácter tuitivo de una de las partes que componen la relación laboral, en este caso, la persona trabajadora, denominado principio *pro operario*, tal y como ha sido reiterado una y otra vez por parte de nuestra jurisprudencia. No obstante, este carácter protector también dimana de otras ramas de nuestro ordenamiento, como el derecho del consumo. Por lo tanto, no es ese carácter tuitivo el que hace al derecho del trabajo una rama única dentro del ordenamiento jurídico.

En este sentido, no cabe duda de que el elemento esencial que convierte al derecho del trabajo en una rama jurídica totalmente diferente al resto del ordenamiento jurídico es la negociación colectiva. A través de ella, quienes actúan bajo su ámbito de aplicación negocian los convenios colectivos, que, si cumplen las garantías y requisitos previstos legalmente, se convierten en las normas jurídicas que rigen las relaciones laborales de un ámbito de aplicación concreto, de manera que, aunque sujeto a límites, son las partes las que acuerdan sus propias normas.

Partiendo de dicha premisa, hay que tener en cuenta que nuestro sistema de negociación colectiva se regula en el título III del Real Decreto legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), y que en la última década ha sido modificado en numerosas ocasiones. Es verdad que no ha sufrido una gran modificación desde un punto de vista cuantitativo, pero sí cualitativo, provocando una importante conflictividad, y siendo necesario que el Tribunal Supremo (TS) haya ido interpretando de forma progresiva los problemas que se le planteaban, dotando de una cierta seguridad jurídica a quienes actúan dentro del marco de las relaciones jurídico-laborales.

No podemos obviar que el actual Gobierno en su acuerdo de coalición incluyó como uno de sus objetivos la modificación de algunas de las instituciones que vamos a tratar en las páginas sucesivas, como son la eliminación de la prioridad aplicativa del convenio de empresa o la vuelta a la ultraactividad de carácter ilimitado. Como consecuencia de ello, es muy probable que muchas de las interpretaciones aportadas en el presente trabajo dejen de ser relevantes en el futuro debido a cambios de carácter normativo.

2. La legitimación para negociar y su incidencia sobre los efectos del convenio colectivo de empresa

El convenio colectivo de empresa, desde las reformas producidas en la última década, ha pasado de ocupar un lugar totalmente residual en nuestro sistema de relaciones laborales colectivas a convertirse en una de las instituciones más relevantes dentro de dicho ordenamiento, tanto por el papel que le ha otorgado la legislación, empoderándolo respecto al convenio colectivo sectorial, como por el esfuerzo encomiable que han realizado los tribunales, encabezados por el TS, para evitar los posibles abusos derivados de la nueva regulación.

Si observamos la regulación legal del convenio colectivo de empresa, esta parece bastante sencilla en su literalidad y, por lo tanto, no debería provocar tantas dudas; sin embargo, en estos momentos es imposible tener un conocimiento mínimo del alcance real del convenio colectivo de empresa si no tenemos un conocimiento amplio y actualizado de la interpretación que realiza de forma continua la jurisprudencia.

Por ello, en los siguientes epígrafes vamos a tratar dos de los aspectos esenciales de la regulación del convenio de empresa: la legitimación para negociar el convenio de empresa y la prioridad aplicativa del convenio de empresa (y de otros ámbitos empresariales).

En este sentido, comenzaremos por la legitimación para negociar los convenios colectivos de empresa, que, tal y como se recoge en el artículo 87 del ET, se reconoce a la representación unitaria (delegados/as de personal y comité de empresa de forma expresa) y a las secciones sindicales en favor de las personas trabajadoras, y, por otro lado, a la empresa.

No obstante, el reconocimiento no se hace en las mismas condiciones para ambas partes, ya que a la representación unitaria no se le exige ningún tipo de reconocimiento adicional, *a priori*, mientras que en el caso de la representación sindical se le exige que en su conjunto sume la mayoría de las personas integrantes del comité. Como contrapartida a la carga impuesta a las secciones sindicales, se les reconoce a estas la posibilidad de negociar de forma preferente el convenio colectivo de empresa respecto a la representación unitaria, siempre que así lo acuerden.

En consecuencia, conforme a la literalidad del precepto, se establece quiénes pueden negociar en nombre de las personas trabajadoras y, pese al carácter preferente de las secciones sindicales, no se incluyen diferencias en los efectos que pueden producir los convenios colectivos en función de quienes intervengan. Sin embargo, como veremos en los subepígrafes siguientes, la jurisprudencia ha interpretado que la representación unitaria necesita cumplir con una serie de garantías para que los convenios negociados tengan realmente eficacia, y las secciones sindicales no son el único sujeto con carácter sindical que puede negociarlos.

No obstante, antes de entrar a analizar dichas cuestiones, es necesario tratar dos aspectos que, desde nuestro punto de vista, son muy relevantes: la concurrencia entre diferentes sujetos legitimados en una misma negociación y la posibilidad de negociar un convenio de empresa en ausencia de representación.

En primer lugar, aunque el ET reconoce la prioridad de las secciones sindicales en la negociación de los convenios colectivos de empresa, no parece establecer una prohibición expresa y clara respecto a la posibilidad de que negocie de forma concurrente la representación de diversa índole. Ante esta situación, la doctrina, destacadamente García-Perrote Escartín (2019), ha señalado que: «La legitimación es alternativa o excluyente y no acumulable [...] sin que sea legalmente posible que negocien conjuntamente el comité de empresa y las secciones sindicales» (p. 966). Esta parece la interpretación más razonable conforme a la literalidad de la norma, que se refiere a ambos sujetos legitimados de forma disyuntiva, utilizando la letra «o».

En cualquier caso, en la jurisprudencia se han planteado diversos conflictos en los que aparecían de forma simultánea representantes de distinta naturaleza, y ese carácter disyuntivo no ha tenido incidencia sobre la negociación, habiendo sido considerado un defecto no invalidante en una interpretación flexible y finalista de la normativa. Así, la Sentencia del TS (STS) de 1 de abril de 2016 (rec. 147/2015) entendió que el hecho de que en la comisión negociadora de un convenio colectivo de empresa no estuviera únicamente la representación unitaria, sino que también formara parte de la misma un delegado sindical, no puede suponer la nulidad del convenio por su simple presencia, siempre que esta no incida en la formación de mayorías o el desarrollo de la negociación. Por lo tanto, aunque parte de la idea de que no pueden concurrir ambas modalidades de representación en la negociación, utiliza el criterio de la irrelevancia de dicha participación en el caso concreto para no declarar nulo el convenio, al no tener una repercusión real sobre la negociación llevada a cabo.

En segundo lugar, el artículo 87.1 del ET no establece la posibilidad de que el convenio colectivo de empresa sea negociado en ausencia de representantes de las personas trabajadoras. En sentido contrario, sí se ha permitido la negociación de otras materias de carácter colectivo en ausencia de representación de las personas trabajadoras, concretamente: la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, la suspensión de contratos y reducción de jornada, despidos colectivos y descuelgue de convenio colectivo.

Teniendo en cuenta esta situación, algún autor/a, como Cabeza Pereiro (2016), ha sugerido en relación con las comisiones *ad hoc* que: «[...] quizás el experimento pretenda extenderse en un futuro más o menos próximo al ET art. 87, de tal modo que se puedan negociar convenios estatutarios con representaciones no permanentes de los trabajadores» (pp. 5 y 6).

Desde nuestro punto de vista, esta ausencia no parece que haya sido un olvido de la legislación, sino que se trata de una decisión totalmente coherente con el artículo 37.1 de la Constitución española (CE), que reconoce el derecho a la negociación colectiva a la representación de las personas trabajadoras y no a las personas trabajadoras como tales. Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 151/1994, de 23 de mayo, consideró los convenios colectivos como el resultado del derecho a la negociación colectiva que tienen reconocido en el artículo 37.1 de la CE las empresas y la representación de las personas trabajadoras, sin referirse a las personas trabajadoras de forma individual, a diferencia de lo que sucede con las empresas, a las que no señala que sea necesario que negocien a través de sus representantes.

Es importante tener en cuenta que el TS ha reconocido a las comisiones *ad hoc* el carácter de representación de las personas trabajadoras, pero esto es una excepción y no una regla general. Así, la STS de 18 de mayo de 2014 (rec. 114/2013) entendió que, a efectos de la impugnación de un despido colectivo, la comisión *ad hoc* entraba dentro del concepto de representantes de las personas trabajadoras recogido en el artículo 124.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Sin embargo, esa asimilación tiene un carácter muy estricto, ya que se refiere a un reconocimiento instrumental, para evitar que se vacíe de contenido el derecho a la tutela judicial efectiva, como consecuencia de que se les permitiera negociar un despido colectivo, pero no impugnarlo, y, por lo tanto, limitándolo en exceso en su actuación. Teniendo en cuenta las garantías que prevé la norma para la designación de representación unitaria y sindical, siendo inexistentes en el supuesto de la elección de representantes *ad hoc*, admitir la posibilidad de que esta última pudiera negociar convenios colectivos, aunque fuera por modificación del ET, sería vaciar de contenido el artículo 37.1 de la CE.

Además, el Real Decreto-Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19, ha establecido en su artículo 23 que para los expedientes de regulación temporal de empleo derivados de la COVID-19 tengan preferencia para participar en el periodo de consultas los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa sobre las

comisiones *ad hoc*, alterando el régimen general del artículo 41.4 del ET. Por lo que, pese a que estemos en una situación de urgencia y se trate de una norma excepcional, nos puede servir de orientación sobre las intenciones del Gobierno de reducir la participación de las comisiones *ad hoc* en los periodos de consultas.

Y, evidentemente, si no se reconoce la legitimación para negociar convenios colectivos a las comisiones *ad hoc* en ausencia de representación de las personas trabajadoras, mucho menos se les va a reconocer dicha posibilidad a las personas trabajadoras de forma conjunta, pese a que de forma excepcional se les haya permitido negociar despidos colectivos, como en el caso de la STS de 23 de marzo de 2015 (rec. 287/2014), o de modificación sustancial de las condiciones de trabajo, como en el supuesto de la STS de 10 de octubre de 2019 (rec. 966/2017), en ambos casos en supuestos de empresas de pequeño tamaño.

Por lo tanto, podemos decir que el ET no permite la negociación colectiva de convenios de empresa por comisiones *ad hoc* o por las personas trabajadoras de forma directa, y que, en nuestra opinión, esto debería seguir siendo así en el futuro, ya que, conforme al contenido esencial del artículo 37.1 de la CE, no sería constitucional que se permitiese dicha posibilidad.

A continuación, vamos a ver los requisitos que deben cumplir los distintos sujetos legitimados para negociar un convenio colectivo y los efectos de estos en función de los mismos.

2.1. La legitimación de la representación sindical y la eficacia plena del convenio colectivo de empresa

En primer lugar, nos vamos a encargar de las secciones sindicales, ya que el artículo 87 del ET les da un trato preferente, siempre que sumen la mayoría de quienes integran los órganos de representación.

Así, las secciones sindicales podrán negociar convenios de empresa siempre que reúnan la mayoría en los órganos unitarios de representación. Sin embargo, en la práctica se han planteado diversos conflictos en relación con el carácter con el que la representación participa en la negociación colectiva. Así, la STS 22/2018, de 16 de enero, resolvió un caso en el que habían negociado varias personas de las secciones sindicales de la empresa un convenio colectivo de empresa, alcanzando finalmente un acuerdo sobre el mismo. En este caso, se discutía si las personas de la comisión negociadora habían participado como representación unitaria o como integrantes de las secciones sindicales. Este hecho no es una cuestión baladí, ya que, en el caso de que participen como representación unitaria, actúan como representantes de los centros de trabajo en la que resultó elegida, mientras que, si actúan como sección sindical de la empresa, representan a la empresa en su conjunto. Así, y partiendo de dicha diferenciación, el TS sostiene que, mientras que a las personas integrantes de la representación unitaria les basta con su simple presencia para acreditar su

condición, en el caso de las secciones sindicales es necesario que se demuestre de alguna forma que actúan en representación de la sección sindical, sin que sea suficiente el mero hecho de su afiliación a un sindicato.

Es interesante destacar que, desde el ámbito sindical, no solo las secciones sindicales tienen competencia para la negociación de los convenios colectivos de empresa, sino que también la tienen los sindicatos de forma directa. Estos, pese a que no aparecen reconocidos como sujetos legitimados conforme a la redacción del artículo 87.1 del ET, sí han sido reconocidos por la jurisprudencia. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) 13/2016, de 27 de enero, entendió que, en las empresas en las que no se hubieran constituido secciones sindicales, podrá negociarse el convenio colectivo de ámbito empresarial directamente por las organizaciones sindicales, apoyándose para ello en que: (i) entender lo contrario impediría la negociación de convenios colectivos de empresa en aquellas que tengan centros de trabajo sin representación; (ii) una interpretación restrictiva de dicha posibilidad iría en contra del espíritu de la legislación, que pretendía empoderar al convenio de empresa; (iii) las secciones sindicales son elementos instrumentales del sindicato dentro de la empresa.

Esta SAN fue ratificada por la STS 730/2017, de 27 de septiembre, que, sin entrar a valorar lo mencionado en el párrafo anterior, recalca que, en aquellos supuestos en los que la negociación colectiva se desarrolla por los sindicatos y no por la representación unitaria, la conformación del voto para la aprobación del mismo se debe realizar conforme al voto proporcional y no personal, computándose por tanto la representatividad de sus integrantes y no el número de personas que componen la representación de trabajadores en la comisión negociadora.

Evidentemente, este criterio interpretativo, que flexibiliza la literalidad del artículo 87.1 del ET, debe acogerse de forma muy positiva, y no solo por los razonamientos que se han aportado anteriormente, sino porque no tendría sentido que los sindicatos con representatividad en un sector puedan negociar convenios colectivos sectoriales vinculando a empresas del sector en las que quizás no tengan representatividad específica y que no puedan negociar convenios de ámbito inferior en empresas en las que tienen representatividad suficiente, aunque no hayan constituido secciones sindicales.

De esta forma, los convenios colectivos de empresa, negociados por las secciones sindicales que reúnen la mayoría de las personas integrantes de la representación unitaria, así como por sindicatos que tengan la representatividad suficiente, van a tener eficacia general, aplicándose a todos los centros existentes en la empresa, así como a aquellos que se constituyan a futuro. Sin embargo, recientemente, la STS 154/2020, de 19 de febrero, ha añadido un requisito adicional para que las secciones sindicales puedan negociar un convenio colectivo de empresa, como es el hecho de que la misma se haya constituido conforme a los estatutos que regulan el sindicato, y, en caso contrario, el convenio colectivo negociado por estas sería nulo.

Sin embargo, como veremos a continuación, este carácter flexible de los conceptos se aplica de forma totalmente inversa cuando nos referimos a la representación unitaria.

2.2. La legitimación de la representación unitaria y la eficacia limitada del convenio colectivo de empresa

En relación con la representación unitaria, tal y como hemos señalado con anterioridad, el convenio de empresa puede ser negociado por los delegados/as de personal y por los comités de empresas. En un principio, de dicha literalidad se deduce que aquellas empresas que tengan representación unitaria podrán negociar convenios colectivos de empresa con dicha representación. No obstante, la jurisprudencia ha ido interpretando dicho artículo de una forma integrada con el título II del ET, de manera que debe producirse una correspondencia entre el ámbito de representación de quienes negocian el convenio colectivo y el ámbito de aplicación del convenio colectivo, limitando a través de ciertas restricciones la posibilidad de negociar convenios colectivos de empresa.

En primer lugar, la jurisprudencia ha interpretado que no puede tener eficacia un convenio colectivo de empresa que haya sido negociado por un solo delegado/a de personal o comité de empresa si la empresa tiene varios centros de trabajo. En este caso, el convenio no sería de empresa, sino de centro de trabajo, tal y como sostuvo la STS 133/2018, de 8 de febrero, y, por lo tanto, no podría disfrutar de la prioridad aplicativa que establece el artículo 84.2 del ET. Así, no pueden negociarse convenios de empresas solo con parte de la representación unitaria de la empresa.

En segundo lugar, la jurisprudencia ha interpretado que no puede ser negociado un convenio de empresa si no existe representación de las personas trabajadoras en todos los centros de trabajo que conforman la empresa. En este sentido es muy relevante la STS de 18 de febrero de 2016 (rec. 282/2014), que señala que cuando un convenio colectivo de empresa ha sido negociado por el delegado/a de personal de un único centro de trabajo, existiendo otros centros, no sería aplicable a los mismos, ya que la representatividad del mismo, conforme al principio de correspondencia, concierne únicamente al centro en el que fue elegido. De igual forma, la mencionada STS estableció que, en el ámbito de la negociación colectiva, no se permite que las personas trabajadoras de un centro de trabajo sin representación deleguen su representación en representantes de otros centros, ya que dicha posibilidad no está prevista en el artículo 87.1 del ET, como sí sucede en otros supuestos como las modificaciones sustanciales de las condiciones laborales de carácter colectivo reguladas en el artículo 41.4 del ET.

Por lo tanto, podemos deducir que, si la empresa no tiene representación en todos sus centros, no va a poder negociar un convenio colectivo de empresa con la representación unitaria, ya que todos los centros deben estar representados, y, en caso de existir centros

sin representación, esta no se puede delegar. Por lo tanto, la única posibilidad de negociar un convenio colectivo de empresa sería con la representación sindical en las condiciones anteriormente mencionadas.

En tercer lugar, y esta es quizá la interpretación más restrictiva, el convenio colectivo de empresa, cuando sea negociado por la representación unitaria, no puede establecer en su ámbito de aplicación que este afectará a centros de trabajo futuros, considerándose esto causa de nulidad del convenio. Así, la STS 190/2017, de 7 de marzo, resolvió un supuesto en el que, a diferencia de los anteriores, el convenio colectivo de empresa había sido negociado por representantes unitarios de los diferentes centros de trabajo existentes, y estableciendo un ámbito de aplicación que no abarcaba solo los centros existentes, sino también los centros que la empresa tuviera en el futuro.

La empresa sostuvo que el convenio no podía ser declarado nulo, ya que es necesario distinguir entre los convenios de empresa que han sido negociados por representantes de todos los centros existentes de aquellos que han sido negociados solo por representantes de algunos de sus centros de trabajo, ya que en este supuesto están representadas todas las personas trabajadoras de la empresa en el momento de la negociación.

Sin embargo, el TS sostiene que esto no es posible, ya que, aunque se negocie un convenio colectivo de empresa por la representación de los únicos centros existentes al momento de la negociación, este solo puede afectar a estos centros, ya que admitir su afectación a las personas trabajadoras incorporadas a la empresa en centros de trabajo futuros vulneraría el principio de correspondencia. Por lo tanto, el convenio colectivo de empresa negociado por la representación unitaria solo puede afectar a los centros de trabajo existentes.

Además, y pese a que el ET no establece nada de forma expresa, se debe conformar el banco social conforme al número de personas trabajadoras representadas por cada delegado/a. Así, la STS 746/2019, de 30 de octubre, entendió que el convenio colectivo era nulo, entre otras causas, porque la conformación del banco social de la comisión negociadora no se había realizado en función del número de personas trabajadoras representadas por cada delegado/a, sino en virtud de la afiliación sindical de las mismas.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, el convenio colectivo que haya respetado todos los requisitos mencionados tendrá eficacia limitada y solo se podrá aplicar a los centros existentes en el momento de la negociación. Por lo tanto, los convenios de empresa negociados por la representación unitaria deben considerarse convenios de empresa de carácter limitado, ya que sus efectos están restringidos a una pluralidad de centros, sin que sea aplicable realmente a la empresa como tal, ya que, si se abre un nuevo centro, este no va a estar afectado por el convenio colectivo de empresa previamente negociado. Esta doctrina, con todo nuestro respeto, es tan restrictiva que puede ser considerada a nuestro juicio una interpretación *contra legem* por los razonamientos que expondremos a continuación.

En este sentido, es totalmente entendible que los supuestos en los que se negocie un convenio colectivo por representantes de algunos de los centros de trabajo, y este se quiera aplicar al resto de personas trabajadoras de centros que no fueron representadas en dicha negociación, existiría un defecto de representación y se estaría vulnerando el principio de correspondencia representativa.

Sin embargo, no tiene sentido que, en el caso en el que un convenio colectivo de empresa haya sido negociado por representantes de todos los centros de trabajo, este no pueda afectar a las personas trabajadoras futuras y se limite la aplicación de las condiciones a los centros existentes. De esta forma, si la empresa contrata a las personas trabajadoras en uno de estos centros, se les aplicará el convenio de empresa, pero si se abre otro centro de trabajo, y contrata a la misma persona trabajadora para dicho centro, esta no puede verse afectada por el convenio de empresa.

Desde nuestro punto de vista, es lógico que no se pueda negociar un convenio de empresa solo por representantes de parte de la empresa, pero cuando se negocie por representantes de todos los centros de la empresa, no actúan como representantes de las personas trabajadoras de dichos centros, sino que actúan *de facto* como representantes unitarios de todas las personas trabajadoras que componen la empresa. Cuando el artículo 87.1 del ET habla de la negociación de los convenios colectivos de empresa no establece una limitación a los efectos de estos, por lo que, de una interpretación conjunta e integradora de este y los artículos 62 y 63 del ET, se podría entender que, pese al ámbito limitado de representación de los delegados/as de personal y de los comités de empresa, para la negociación colectiva de un convenio de empresa, cuando concurren representantes de todos los centros, estas personas actúan como representación de la empresa, y no de los centros para los que fueron designadas. No podemos obviar que el artículo 87.1 hace referencia al concepto de empresa, y no de pluralidad de centros existentes, por lo que la interpretación realizada atenta contra la literalidad del mismo, ya que tendremos convenios colectivos de empresa que no afectan a todas las personas trabajadoras de la empresa, siendo esta interpretación contraria al espíritu de la legislación. Esto contrasta con la interpretación tan flexible que se ha realizado, como hemos visto anteriormente, respecto a la posibilidad de negociar convenios de empresas directamente por los sindicatos.

Es evidente que esta interpretación del TS es totalmente bienintencionada, ya que se quiere evitar abusos por parte de las empresas; pero estos pueden ser evitados por otras vías, sin necesidad de realizar interpretaciones tan estrictas e incluso contrarias a la literalidad de las normas.

Si observamos muchos de los convenios colectivos de empresa que han sido declarados nulos, podremos comprobar que estos tenían otros defectos para ser declarados nulos, sin necesidad de restringir tanto la interpretación del artículo 87.1 del ET. A modo de ejemplo, cuando un convenio colectivo no haya ido precedido de una negociación, sino que solo haya existido una reunión para la firma del convenio, se puede sostener sin ánimo de duda

que se ha producido un fraude de ley. No podemos obviar que la negociación colectiva, reconocida como derecho constitucional en el artículo 37.1 de la CE, conlleva la necesidad de una verdadera negociación, en la que ambas partes propongan y respondan a las propuestas, ya que en caso contrario no es una negociación, sino una imposición, y esto vulnera el contenido esencial del precepto, debiendo considerarse nulo.

Así, la SAN 52/2019, de 8 de abril, declaró nulo un convenio colectivo que había sido negociado por dos delegados de personal, pero que habían sido electos en fechas muy próximas a la constitución de la comisión negociadora, siendo uno de ellos directivo de la empresa, y que había sido negociado en dos reuniones, siendo la primera simplemente para constituir la comisión negociadora, y no durando el proceso más de 8 días. En este sentido, y como de forma muy acertada sostuvo la AN, se trataba de una mera apariencia de negociación colectiva, consistiendo en realidad en la imposición unilateral de las condiciones laborales por parte de la empresa, y, por lo tanto, conforme a los principios de buena fe y de abuso del derecho, se debía declarar la nulidad del convenio colectivo.

Igualmente, cuando se aprecie que un convenio colectivo de empresa no mejora ninguna previsión del convenio sectorial de aplicación, y que se limita a realizar *de facto* un descuelgue de las condiciones del mismo, se tratará igualmente de un fraude de ley, ya que se estará realizando un descuelgue convencional sin aplicar las reglas establecidas para el mismo. No podemos obviar que, tal y como señala Merino Segovia (2014):

El ET art. 82.3 es norma de orden público laboral, indisponible para la negociación colectiva. Para la inaplicación de un concepto ex ET art. 82.3 reconocido y regulado en convenio colectivo estatutario es imprescindible seguir los trámites previstos en el precepto legal (p. 7).

Por lo tanto, en aquellos supuestos en los que únicamente se esté realizando un descuelgue *de facto*, sin causa, a través de la negociación colectiva, se estaría produciendo un fraude de ley, y se estaría ante una causa de nulidad.

Además, y aunque sin negar la diferencia existente entre la representación unitaria y la representación sindical, amparada la primera en el artículo 129 de la CE y la segunda en los artículos 7 y 28 de la CE, y, por lo tanto, teniendo distinta repercusión desde un punto de vista constitucional, nos podemos encontrar con supuestos en los que se produce una interpretación un tanto perversa. Así, se podría entender que es válido un convenio colectivo de empresa que haya sido negociado por las secciones sindicales de la empresa que ostentan la totalidad de la representación unitaria de la empresa, pero existente en un único centro de trabajo, mientras que la empresa tiene otros centros de trabajo. Por lo tanto, y aunque entendemos que sería un caso extremo, sería paradójico que se pudiese negociar un convenio colectivo de empresa de eficacia plena por las secciones sindicales que reúnen la mayoría del único centro de trabajo en el que tiene representación y que no se le admita dicha cualidad a un convenio colectivo que ha sido negociado por representantes unitarios de todos los centros de trabajo existentes.

No obstante, esta es la interpretación de nuestra jurisprudencia, y es el marco del que tenemos que partir, de forma que el convenio de empresa debe estar limitado en su ámbito de aplicación a los centros de las personas representantes que lo negociaron, sin poder afectar a los centros futuros, y en caso contrario sería nulo. Es verdad que la STS 162/2017, de 23 de febrero, parecía que iba a matizar dicha interpretación aplicando la regla del *favor negotii*, y entendiendo que en estos casos se trataba de una nulidad parcial del convenio y no total.

Pese a ello, dicho pronunciamiento fue rápidamente matizado por el propio TS en sentencias posteriores, entre ellas, la STS 535/2017, de 20 de junio, que entendió que este supuesto era excepcional, y que había sido interpretado de dicha forma como consecuencia de las circunstancias concretas del caso, en el que se había producido una adhesión masiva del resto de personas trabajadoras de otros centros.

En cualquier caso, esto ha provocado, tal y como han señalado García-Perrote Escartín y Mercader Uguina (2018): «[...] la devaluación progresiva de la prevalencia condicionada del convenio de empresa y, por tanto, la conservación del marco sectorial como elemento definidor prevalente de la actual estructura de la negociación colectiva en nuestro país» (p. 7). En consecuencia, no parece que se haya podido flexibilizar la negociación colectiva a través de los convenios de empresa como pretendían las reformas realizadas durante la última década.

En este sentido, quien ha legislado no ha estado demasiado acertado al modificar el título III del ET sin modificar el título II, cuando es evidente que ambos son correlativos. Quizás, teniendo en cuenta nuestro tejido productivo, hubiera sido necesario reconocer legalmente la figura del delegado/a de personal conjunto, o la flexibilización de los requisitos para la constitución de comités de empresa conjuntos, y, así, disminuir el número de personas trabajadoras que carecen de representación, mejorando la posibilidad de interlocución entre la empresa y su plantilla.

Por último, aunque no aparece en el artículo 87.1 del ET, la SAN 41/2015, de 12 de marzo, ha sugerido que los comités intercentros tendrían también competencia para negociar convenios colectivos de empresa, si se les ha reconocido dicha facultad en el convenio estatutario que los crea, como permite el artículo 63.3 del ET, y, en este caso, sí podría tener el convenio de empresa eficacia plena, ya que este órgano actúa como representación de las personas trabajadoras ante la empresa, no adscrito a centros de trabajo concretos.

Sin embargo, esto plantea dos problemas. Por un lado, es necesario que haya sido constituido previamente por un convenio colectivo, por lo que, si lo que se quiere negociar es el primer convenio colectivo de empresa, tenemos que descartar esta opción. Por otro lado, no está del todo claro cuál es el ámbito de representación del comité intercentros. Así, tal y como establece el artículo 63.3 del ET, las personas integrantes del comité intercentros serán designadas de entre quienes componen los distintos comités de centros, por lo que, conforme a la literalidad del mismo, parece que su representación se ceñiría a los centros

en los que previamente existieran representantes. Por lo tanto, no se evitarían los problemas relativos al principio de correspondencia representativa anteriormente expuestos en los supuestos en los que existan centros de trabajo sin representación.

No obstante, quizás sea más acertada la interpretación mantenida por Nieto Rojas (2016), que entiende que: «[...] de la configuración legal de este órgano parece claro que su ámbito de afectación abarca a la totalidad de la empresa aunque en alguno de los centros de la misma no cuenten con representación unitaria» (p. 183). Por lo tanto, sería recomendable que la interlocución de los convenios colectivos de empresa creara dicha figura, ya que puede dotar a las personas trabajadoras de una representación en bloque respecto a la empresa y no dividida en distintos centros. Además, la legislación debería darle un impulso a dicha figura, para centralizar la representación en órganos más uniformes y evitar los vacíos de representación de las personas trabajadoras que formen parte de centros pequeños que no gozan de representación unitaria, más allá de la necesidad de que nuestra jurisprudencia flexibilice la interpretación de dichos artículos.

3. La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial

La regulación relativa a la concurrencia de convenios colectivos es, sin duda alguna, una de las que ha sufrido cambios de mayor calado. Es más, podemos decir que el cambio de paradigma en virtud del cual se le otorga prioridad aplicativa a los convenios colectivos de ámbito empresarial ha sido la clave de bóveda de las reformas producidas a lo largo de la última década, mientras que los problemas relativos a la legitimación negocial han adquirido importancia como consecuencia de este, siendo, por tanto, un asunto de carácter instrumental, constituyendo la verdadera cuestión de fondo la prioridad aplicativa de estos convenios. Así, tal y como sostuvo Cruz Villalón (2013): «[...] lo que hasta ese momento era una regla más del conjunto del entramado de mandatos sobre concurrencia convencional, ahora se transforma en la primera regla y principal a todos los efectos de ordenación de la concurrencia entre convenios colectivos» (p. 18).

Estas modificaciones tuvieron tal calado que se presentó recurso de inconstitucionalidad por sostener que las mismas eran contrarias a la libertad sindical (art. 28 CE) y a la negociación colectiva (art. 37.1 CE). Sin embargo, la STC (Pleno) 119/2014, de 16 de julio, entendió que esta reforma no era inconstitucional, ya que el artículo 37.1 de la CE no establece un modelo predeterminado de negociación colectiva, sino que se limita al reconocimiento de dicha institución, encomendando a la legislación la regulación de los aspectos relativos a la misma, de forma que esta dispone de un amplio margen de configuración en el desarrollo de dicho derecho. Por lo tanto, tan constitucional es otorgarle la prioridad aplicativa al convenio colectivo sectorial, como reconocérsela al convenio colectivo de empresa, siendo una facultad de la legislación la determinación de las reglas de concurrencia entre los convenios colectivos de distinto ámbito.

La concurrencia de convenios colectivos se regula en los artículos 83 y 84 del ET, y su estudio completo conllevaría, sin duda, un trabajo autónomo sobre la materia, por lo que en los siguientes epígrafes trataremos solo aquellas cuestiones que han tenido una mayor incidencia práctica o sobre las que no se ha realizado un debate real sobre la materia, ni desde el plano científico ni desde el jurisprudencial.

3.1. Alcance subjetivo y material de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial

Cuando hablamos de la prioridad aplicativa que regula el artículo 84.2 del ET, normalmente nos referimos al convenio colectivo de empresa, aunque lo más correcto sería referirnos a la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial, ya que este abarca tres supuestos en los que existe dicha prioridad: empresas individualmente consideradas, grupos de empresas y pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas y productivas.

El artículo 84.2 del ET es, sin duda, una excepción al principio de no concurrencia de convenios colectivos, de manera que, como regla general, mientras un convenio colectivo está vigente, no podrá ser afectado por la entrada en vigor de otro convenio colectivo. Por lo tanto, los supuestos recogidos anteriormente sobre la prioridad aplicativa deben ser interpretados de forma restrictiva, de manera que, por ejemplo, los convenios colectivos de centro no tienen prioridad aplicativa.

Si observamos la literalidad del precepto, el artículo 84.2 establece la prioridad aplicativa de los convenios de ámbito empresarial respecto a convenios de diferente ámbito, mencionando expresamente los convenios colectivos sectoriales de distintos ámbitos, pero sin jerarquizar la prioridad aplicativa entre los diversos ámbitos empresariales. Sin embargo, desde la doctrina, Del Rey Guanter (2015) ha destacado que:

[...] de acuerdo con la literalidad del ET art. 84.2, en caso de conflicto entre convenio colectivo de empresa y convenio colectivo de grupo de empresas o de empresas vinculadas, la prioridad la tendría en todo caso el convenio de empresa (p. 4).

Desde nuestro punto de vista, no está tan claro que dicha prioridad derive directamente de la literalidad, al no deducirse de forma tan expresa, aunque sí entendemos que el espíritu de la legislación era priorizar los convenios de empresa frente al resto.

Por otra parte, y una vez delimitado el ámbito subjetivo, se plantean problemas respecto al verdadero alcance de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial. Así, aunque se haya hecho referencia de forma generalizada a la prioridad aplicativa de este tipo de convenios, esta tiene unas características concretas, que hacen

que su dinámica sea especial. Quizás, la mejor definición sobre la misma sea la realizada por Del Rey Guanter (2013): «Se trata de una prioridad aplicativa absoluta, pero, a su vez, y desde la perspectiva material, de carácter parcial, en tanto que se extiende solo a determinadas materias» (p. 237).

Por lo tanto, en primer lugar, se trata de una prioridad aplicativa de carácter absoluto, porque, tal y como establece el primer párrafo del artículo 84.2 del ET, puede negociarse durante la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior y se aplicará desde su entrada en vigor. De estas características se derivan dos efectos directos.

Por un lado, que están vigentes desde su entrada en vigor, sin que se pueda aplicar de forma retroactiva el convenio colectivo de ámbito empresarial si contiene condiciones desfavorables, como estableció la STS de 18 de febrero de 2015 (rec. 18/2014).

Por otro lado, que la prioridad aplicativa que reconoce la ley no puede ser alterada por convenios colectivos de diferente ámbito como recoge el propio artículo 84.2 *in fine* del ET. Sin embargo, nada dice la norma sobre la posibilidad de que esta se lleve a cabo por el propio convenio de empresa. En este sentido, es interesante el II Convenio colectivo de la empresa Clece, SA (servicios auxiliares), que establece en su artículo 1.2 que solo será aplicable a las personas trabajadoras que, perteneciendo a alguno de los sectores mencionados en el propio convenio, carecen de regulación convencional, procediendo este, por tanto, solo ante el vacío convencional. En principio, y pese a la ausencia de regla expresa sobre dicha posibilidad, el artículo 84.2 *in fine* del ET excluye a los convenios colectivos del artículo 83.2 del ET, sin que se contemple entre ellos los de empresa, por lo que no debería haber problemas para su aplicación.

En segundo lugar, se trata de una prioridad aplicativa de carácter parcial, ya que el artículo 84.2 del ET se refiere a materias concretas como la cuantía del salario base y de los complementos salariales o el horario y la distribución del tiempo de trabajo, pero no al convenio en su integridad. Por lo tanto, tenemos determinadas materias sobre las que la ley regula de forma completa su prioridad, permitiéndose mediante acuerdos interprofesionales y convenios sectoriales que se amplíen dichas materias. Igualmente, se permite la adaptación, que no modificación, del sistema de clasificación profesional y de las modalidades de contratación, existiendo, por tanto, diferencias respecto a la intensidad de la prioridad aplicativa de las distintas materias, de forma que en unas la posibilidad de disposición es total, mientras que en otras está bastante limitada.

La prioridad aplicativa, por lo tanto, es parcial, ya que solo afecta a las materias establecidas legalmente en el artículo 84.2 del ET o ampliadas de forma convencional conforme al artículo 83.2 del ET, utilizándose en el resto de los supuestos la regla *prior in tempore, prior in iure* para determinar la prioridad del convenio. En este sentido, es importante tener en cuenta que, aunque la práctica habitual suele centrarse en la prioridad temporal o en función de las materias, algún sector doctrinal considera que se podrían establecer reglas

conforme a otros criterios. Así, Goerlich Peset (2013) ha sostenido que: «[...] cabría admitir la plena libertad de negociación en los diferentes niveles, utilizando un criterio alternativo de resolución de los conflictos de concurrencia. Tal podría ser el caso de los criterios de favorabilidad, modernidad o especialidad» (pp. 1.351 y 1.352).

De forma adicional, en relación con la prioridad aplicativa parcial, hay que tener en cuenta que, además del carácter limitado de las materias, estas deben ser interpretadas en sentido estricto. Así, la STS de 1 de abril de 2016 (rec. 147/2015) sostuvo que la prioridad aplicativa se produce en relación con las materias contenidas en el artículo 84.2 del ET, pero no con las materias conexas, de forma que, cuando se refiere a la distribución del tiempo de trabajo (horario), no se refiere a la determinación de la jornada máxima, y cuando se refiere a la planificación de las vacaciones, no se extiende a la duración de las mismas.

Finalmente, se produce *de facto* una alteración de la prioridad aplicativa del artículo 84.2 del ET a través de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público, por la que se trasponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero, que en su artículo 122.2 establece que las empresas que quieran participar en contratos del sector público deben cumplir las condiciones salariales del convenio sectorial de aplicación, por lo que, aunque sin alterar la regulación de la prioridad aplicativa del artículo 84.2 del ET, se les exige aplicar las condiciones sectoriales en materia sectorial para poder participar en las contrataciones del sector público.

3.2. ¿Tiene incidencia la existencia de un grupo de empresas laboral sobre la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa?

Los grupos de empresas son, sin duda, uno de los fenómenos empresariales que tienen una mayor extensión en el mercado y que, sin embargo, no gozan de una auténtica regulación que trate en bloque estas cuestiones. Tal y como sostiene Goerlich Peset (2014): «Las normas legales y reglamentarias sobre grupos son escasas y constituyen aproximaciones fragmentarias referidas a aspectos concretos que, por tanto, no agotan los problemas que aquellos plantean» (pp. 18 y 19).

En el área del derecho del trabajo, la problemática se ve aumentada, ya que nos encontramos con la existencia de lo que la jurisprudencia ha denominado grupo de empresas laboral o grupo de empresas patológico. El grupo de empresas laboral es un grupo de empresas tal y como lo define el artículo 42 del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio, pero que cumple con determinados requisitos adicionales que provocan una serie de efectos dentro del ámbito laboral. Así, dentro de dicho ámbito, podemos distinguir entre grupos de empresas mercantiles y grupos de empresas laborales, teniendo los segundos evidentemente una mayor relevancia que los primeros. Para que nos encontremos ante un grupo de empresas laboral se debe comprobar el cumplimiento de una

serie de indicios establecidos por la jurisprudencia, sin que sea necesario que se cumplan todos. Estos indicios han ido evolucionando, y, a modo de ejemplo, la STS de 27 de mayo de 2013 (rec. 78/2012) se refiere a: (i) funcionamiento unitario de las organizaciones de trabajo de las empresas del grupo; (ii) prestación de trabajo común, simultánea o sucesiva, en favor de varias empresas del grupo; (iii) creación de empresas aparentes sin sustento real, con las que se pretende la dispersión o elusión de responsabilidades laborales; y (iv) confusión de plantillas, confusión de patrimonios y unidad de dirección.

Dicho esto, si observamos la literalidad del artículo 84.2 del ET, podemos comprobar que cuando habla de la prioridad aplicativa del convenio colectivo de grupo de empresas se refiere a este con carácter general, lo que provoca, como sostiene Biurrún Mancisidor (2017): «La tradicional duda acerca de si, a estos efectos, el convenio de grupo de empresas ha de entenderse referido exclusivamente al grupo de empresas mercantil o también al grupo de empresas laboral» (p. 10). Sin embargo, parece evidente que, si se refiere a grupo de empresas de forma general, no debería haber problema para entender que el convenio colectivo de un grupo de empresas laboral tenga prioridad aplicativa.

El principal problema, y esto creemos que no ha sido hasta ahora estudiado por la doctrina de forma profunda, o al menos que tengamos constancia, es si realmente el hecho de que un grupo de empresas tenga carácter laboral afecta o no a la facultad de las empresas que componen el grupo para negociar un convenio colectivo de empresa con prioridad aplicativa.

Es evidente que, si un grupo de empresas laboral negocia un convenio colectivo dentro de su ámbito, este tendría prioridad aplicativa por la propia dicción del artículo 84.2. En este sentido, Del Rey Guanter (2015) ha manifestado que: «[...] la conversión o no del grupo de empresas en un grupo de empresas patológico laboral dependerá de muchos factores, siendo el hecho de firmar un convenio de empresa un factor a considerar, aunque no de por sí determinante» (p. 4). No obstante, desde nuestro punto de vista, el problema no se refiere tanto a los efectos que puede tener el hecho de que se negocie un convenio a nivel de grupo, sino cuando son las empresas que componen un grupo de empresas laboral las que quieren negociar un convenio para la empresa individualmente considerada.

Normalmente, la existencia de grupo de empresas laboral ha provocado que todo el grupo responda solidariamente de las deudas económicas con las personas trabajadoras, siendo esta la principal consecuencia. Sin embargo, en los últimos años, como consecuencia de la gran cantidad de conflictos planteados en torno a los despidos colectivos, el concepto de grupo de empresas laboral ha adquirido otra serie de connotaciones que deberían, o al menos podrían, tener una serie de efectos sobre los convenios colectivos de ámbito empresarial.

Así, la STS de 25 de junio de 2014 (rec. 165/2013) entendió que, cuando nos encontremos ante un grupo de empresas laboral, se podía realizar, incluso era lo más coherente, el periodo de consultas relativo al despido colectivo en el ámbito del grupo. Para ello, utiliza varios

razonamientos, siendo el más destacable el que establece que, cuando nos encontramos ante un grupo de empresas a efectos laborales, estamos ante una realidad empresarial única a efectos de imputación de obligaciones y responsabilidades de las personas trabajadoras del mismo, y, por lo tanto, es este el verdadero «empresario», conforme al artículo 1.2 del ET.

Es verdad que dicha STS habla de posibilidad de negociarlo en el ámbito del grupo, y no de obligación de hacerlo, pero no podemos olvidar que la regulación de la negociación es distinta en lo relativo a las medidas de reestructuración empresarial y a los convenios colectivos. Así, las primeras aparecen contempladas en el artículo 41.4 del ET en relación con la legitimación para negociar dichas medidas y relacionan a quienes participan en la negociación con el ámbito de la medida, sin que sea necesario que se haga respecto a todo el ámbito empresarial. En este sentido se pronuncia la STS 366/2019, de 13 de mayo. Por lo tanto, aunque en supuestos de medidas de reestructuración se podría negociar solo en el ámbito de afectación, esto no sería una posibilidad cuando nos encontremos ante la negociación de un convenio colectivo.

Sin embargo, como hemos visto anteriormente, para negociar un convenio colectivo de empresa con prioridad aplicativa, es necesario que todos los centros de trabajo que lo componen estén debidamente representados, mientras que, si se negocia solo con los centros de trabajo con representación, existiendo otros, ciñendo su aplicación a dichos centros, este será un convenio colectivo de centros de trabajo y no de empresa, por lo que carecería de prioridad aplicativa.

Si aplicamos esta misma regla partiendo de que el grupo de empresas laboral es el verdadero «empresario», los convenios negociados por las empresas de dicho grupo de forma individual no podrían ser convenios de empresa con prioridad aplicativa, ya que serían convenios de una pluralidad de centros de trabajos, y no de la empresa, que en este caso sería el grupo.

Por lo tanto, mientras que, en los grupos de empresas mercantiles, podrían facultativamente negociarse en la empresa o en el grupo, en los casos de grupos de empresas de carácter laboral, la única posibilidad sería negociar en el grupo. Es evidente que esto provoca ciertas disfuncionalidades, ya que se deberían aplicar las reglas de legitimación negociada previstas para el grupo en el artículo 87.1 del ET y no las previstas para la empresa. Además, se plantea el problema del momento en el que se entiende que estamos ante un grupo de empresas laboral, ya que este no existe desde la constitución del grupo, sino que adquiere dicha consideración como consecuencia de su funcionamiento. Estos aspectos, a nuestro juicio, podrían provocar problemas en aquellos supuestos en los que no existe ninguna sentencia o resolución que declare la existencia del grupo, ya que sería complicado demostrar desde cuándo existe, mientras que en los supuestos en los que ya existe declaración formal del grupo de empresas laboral, si el convenio colectivo ha sido negociado en el ámbito de la empresa, se podría solicitar su nulidad, al tratarse en realidad de un convenio colectivo de parte de la empresa, y no de un convenio colectivo de empresa.

4. El ámbito temporal de los convenios colectivos: efecto limitado de la ultraactividad y la contractualización de las condiciones convencionales

La vigencia de los convenios colectivos ha sido, sin duda, junto a la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial, uno de los aspectos que ha tenido mayor incidencia en la práctica. A pesar de ello, en el presente trabajo no pretendemos tratar todos los aspectos relativos a la vigencia de los convenios, ya que excedería del ámbito de su estudio, sino que, en línea con los anteriores epígrafes, vamos a dedicarnos a estudiar los aspectos que han resultado más problemáticos. En este sentido, el cambio más sustancial que se ha llevado a cabo, como consecuencia de las reformas producidas en la última década, ha sido el paso de una ultraactividad indefinida del convenio colectivo a una ultraactividad limitada. Es verdad que el artículo 86 del ET contiene una serie de reglas dispositivas para las partes negociadoras del convenio colectivo, sin embargo, nos vamos a centrar en el estudio de la norma legal supletoria, y, por lo tanto, en los supuestos en los que, ante la inexistencia de pacto entre las partes, finaliza el periodo de ultraactividad del convenio. En este sentido, hay que tener en cuenta las dos variantes posibles: (i) existe convenio colectivo aplicable de ámbito superior o (ii) no existe convenio colectivo aplicable de ámbito superior. En este caso, empezaremos la exposición por el segundo supuesto, ya que nos permitirá entender mejor el primero.

4.1. Inexistencia de convenio colectivo aplicable de ámbito superior

El artículo 86.3 *in fine* del ET establece que, en defecto de pacto, cuando transcurra 1 año desde la denuncia del convenio colectivo, y sin que se haya negociado uno nuevo, se aplicará, «si lo hubiere», el convenio colectivo de ámbito superior. No obstante, dicho precepto no establece qué ocurre si no existiese convenio colectivo aplicable de ámbito superior, y esto ha provocado en la práctica que se haya producido una división en la doctrina científica sobre cuáles deberían ser los efectos de dicha situación, de forma que, ante la finalización de la ultraactividad del convenio colectivo sin que exista otro de ámbito superior aplicable, se planteaban diversos escenarios posibles.

En primer lugar, la tesis conservacionista, en virtud de la cual se mantendrían las condiciones laborales del convenio colectivo extinto, aunque incorporadas al contrato. En este sentido, Casas Baamonde (2013) sostuvo que: «[...] las condiciones de trabajo establecidas en el convenio que ha perdido su vigencia pasarán a descomponerse en condiciones individuales incorporadas en los respectivos contratos de trabajo de los trabajadores» (p. 20).

En segundo lugar, y como tesis contrapuesta a la anterior, se defendía la aplicación del ET ante el vacío convencional, siendo esta tesis identificada como la rupturista. Así, en

palabras de Sala Franco (2013): «[...] es obvio que estaremos en una situación de anomia convencional (al haber perdido su vigencia el convenio colectivo anterior ultraactivo) y por ello debiendo aplicarse la legislación laboral general (Estatuto de los Trabajadores, RD de salario mínimo interprofesional, etc.)» (p. 1.222).

En tercer lugar, como teoría intermedia, aunque con un carácter muy minoritario, Durán López (2014) defendía una contractualización de carácter limitado, al considerar que: «[...] la retribución y la duración del tiempo de trabajo forman parte del vínculo contractual individual, del intercambio contractual que constituye causa del mismo» (p. 50). Por lo tanto, se entiende que, como causa del contrato, la jornada y el salario siguen vigentes con independencia de que exista o no convenio colectivo aplicable.

Partiendo de dicha situación, fue el TS el que resolvió la cuestión, aunque con una división muy clara que provocó en sus primeras sentencias diversos votos particulares y un voto mayoritario bastante limitado. Así, la STS de 22 de diciembre de 2014 (rec. 264/2014), siguiendo la tesis conservacionista, estableció que las condiciones laborales previstas en el convenio colectivo se habían contractualizado y, por lo tanto, formaban parte de los contratos laborales de las personas trabajadoras individualmente consideradas, de forma que, una vez fenecido el convenio colectivo, y sin existir otro de ámbito superior aplicable, seguirían operando las condiciones convencionales, aunque ahora como consecuencia de los contratos.

Esta interpretación provocó diversas críticas, ya que, como hemos dicho anteriormente, la doctrina estaba dividida, y porque, además, la aplicación de la teoría de la contractualización causaba diversos problemas en su funcionamiento práctico.

Una de las que se planteó en el propio recurso ante el TS era que la teoría de la contractualización chocaba frontalmente con el espíritu de la legislación, que pretendía evitar que se petrificaran las condiciones convencionales para conseguir una mayor agilidad en la negociación colectiva. No obstante, desde nuestro punto de vista, esta fue salvada de forma muy solvente por el TS, que estableció que las condiciones dejan de tener sustento convencional, y que, por lo tanto, desde el momento en el que el convenio decae, la empresa puede modificar dichas condiciones contractuales a través del artículo 41 del ET.

Además, la propia STS planteaba que el fenómeno de la contractualización se producía respecto a los contratos existentes, de manera que las personas trabajadoras contratadas posteriormente se registrarían por las condiciones del ET y las normas de desarrollo. Esta idea fue ratificada posteriormente por la STS 360/2019, de 13 de mayo, que sostuvo que para que se produjera la contractualización era necesario que existiera contrato durante la vigencia del convenio, ya que en caso contrario no era posible la conversión de las condiciones convencionales en condiciones contractuales.

Quizás la crítica de mayor calado es la relativa a la imposibilidad material de que todas las condiciones puedan ser contractualizadas, ya que, como sostuvieron Goerlich Peset y

Blasco Pellicer (2015): «[...] la remisión normativa está hecha en términos exclusivos a la autonomía colectiva, por lo que su contractualización resulta, claramente, inviable». Por lo tanto, se plantea el problema de interpretar caso por caso qué condiciones se podrán contractualizar y cuáles no, lo que implicará una labor inmensa por parte de la jurisprudencia, ya que, mientras hay supuestos muy claros como el salario o la jornada, existen otros en los que va a ser muy complicado determinar dicha posibilidad.

Respecto a esta cuestión, el TS ha tenido la oportunidad de manifestarse. Así, la STS 1068/2016, de 20 de diciembre, resolvió un supuesto en el que la empresa, una vez fenecido el convenio colectivo que había sido de aplicación hasta entonces, entiende que no todas las condiciones son contractualizables, sino solo las relativas a los elementos esenciales del contrato, y, por lo tanto, realiza una contractualización selectiva. El TS no resuelve qué condiciones son o no contractualizables, aunque manifiesta que el concepto de condiciones laborales no aparece limitado a los elementos esenciales del contrato de trabajo, sino que abarca la totalidad de las condiciones laborales que regulan la relación de forma completa, basándose para ello en que el ET, en la redacción actual, no realiza una distinción entre condiciones laborales. Sin embargo, permite que, en los supuestos en los que la empresa entienda que hay preceptos específicos del convenio que no se pueden contractualizar, estos se dejen de aplicar, pero debiendo comunicarse a las personas trabajadoras qué condiciones se han contractualizado y cuáles no, realizándose de forma expresa, no pudiendo utilizarse una mención genérica de contenidos. Por lo tanto, y aunque no lo dice expresamente, se establece *de facto* una presunción *iusuris tantum* de que todos los preceptos son contractualizables, siendo la empresa la que tendrá que determinar lo contrario mediante comunicación expresa a las personas trabajadoras, y con la posibilidad de plantear dicha cuestión ante los tribunales por parte de las mismas.

Otro de los aspectos o lagunas que se planteaban por la doctrina en relación con la contractualización de las condiciones convencionales era determinar si estas condiciones se contractualizan con un carácter estático o dinámico; debate que también se ha producido en los supuestos de mantenimiento del convenio colectivo en casos de sucesión de empresas. En este aspecto, Desdentado Bonete (2015) había defendido: «[...] que queden "congeladas", como consecuencia de la no subsistencia de las cláusulas de revisión salarial» (pp. 43 y 44). Esta teoría fue la apoyada por la STS 120/2019, de 14 de febrero, que entendió que la contractualización implica que los derechos incorporados a la relación contractual permanecen en el contrato que rige la misma, pero que dichas condiciones quedan petrificadas tal y como se hallaban en el momento de la pérdida de vigencia, sin que puedan nacer nuevas obligaciones con carácter posterior derivadas del convenio colectivo que ha perdido su vigencia.

En cualquier caso, y pese a las críticas recibidas y al debate producido, actualmente la teoría de la contractualización está plenamente instaurada como solución al vacío convencional, aunque se seguirán produciendo litigios sobre la materia, ya que es necesario perfilar determinados aspectos que no están claros, siendo sin duda el más problemático

y casuístico el relativo a qué condiciones son o no contractualizables. No estaría de más que se establecieran mediante ley las condiciones en las que la contractualización se produce, con la finalidad de, si no eliminar los conflictos sobre la materia, cosa que sería casi imposible, reducir los que se puedan producir, dotando a quienes actúan en el mercado de trabajo de una mayor seguridad jurídica.

4.2. Existencia de convenio colectivo aplicable de ámbito superior

Una vez que hemos estudiado las consecuencias del fin de ultraactividad de los convenios colectivos sin que exista un convenio colectivo de ámbito superior aplicable, que sería o debería ser la situación excepcional, debido a la amplia cobertura convencional existente en España, nos vamos a centrar en lo que debería ser el escenario habitual previsto por la legislación.

En este sentido, el mecanismo aplicable sería que, una vez extinguido un convenio colectivo, se aplicaría el de ámbito superior y, conforme al artículo 86.4 del ET, el convenio colectivo aplicable de ámbito superior sucede al anterior derogándolo en su integridad. Esta regla, que en su literalidad parece muy clara y que dejaría poco margen a la interpretación, plantea dos problemas fundamentales.

En primer lugar, el relativo a la determinación del convenio colectivo aplicable de ámbito superior, ya que no aclara si se refiere al superior inmediato al fenecido o al superior existente en términos absolutos. No podemos obviar que, en nuestro sistema de negociación colectiva, quienes negocian tienen libertad de establecimiento del ámbito de aplicación, siempre que tengan la representación suficiente. Esto provoca que puedan existir distintos convenios colectivos para un mismo ámbito funcional, pero de diferentes ámbitos territoriales, o varios convenios colectivos que, teniendo el mismo ámbito territorial, tienen un ámbito funcional concurrente, ocupándose uno de un ámbito funcional más amplio y el otro de ciertas especialidades dentro de dicho ámbito.

Ante esta situación, Durán López (2014) defendía que: «[...] si hay convenio provincial se debe aplicar con preferencia al nacional, y si existe un convenio de ámbito sectorial más reducido, que englobe el subsector del convenio vencido, debe aplicarse con preferencia al convenio de ámbito sectorial más amplio» (pp. 43 y 44). En sentido contrario a lo anterior, Sala Franco (2013) proponía que: «[...] habrá que aplicar las reglas del artículo 84 del ET sobre el principio de no concurrencia, siendo de aplicación el convenio colectivo más antiguo, salvo que se den algunas de las excepciones legales en él establecidas» (p. 1.222). Desde nuestro punto de vista, esta segunda teoría es la que parece más coherente, ya que realiza una interpretación integradora de los artículos 84 y 86 del ET, y porque además es la interpretación que menos altera la regla general, ya que aplica, una vez extinguido un

convenio, las mismas reglas de determinación del convenio aplicable que para la determinación del mismo en un momento inicial.

En segundo lugar, plantea el problema de la sucesión de convenios con diferencias en la cobertura convencional. En este sentido, hay que tener en cuenta que los convenios colectivos no siempre regulan las mismas condiciones, ya que el contenido del convenio es libre para las partes, salvo las cuestiones mínimas contempladas en el artículo 85 del ET (determinación de las partes, ámbito, forma y denuncia del convenio, etc.). Esta situación provoca problemas cuando el convenio colectivo de ámbito superior no regula todas las condiciones previstas en el que era de aplicación, y en este aspecto el TS sí ha tenido la oportunidad de manifestarse en diferentes ocasiones, realizando una labor interpretativa muy importante.

Así, nos podemos encontrar ante un supuesto en el que, existiendo un convenio colectivo aplicable de ámbito superior, este no regule todas las condiciones previstas en el convenio colectivo anterior. Sobre dicho aspecto, la STS de 23 de septiembre de 2015 (rec. 209/2014) estableció que, en el caso en el que el convenio colectivo aplicable de ámbito superior no regulara los aspectos más típicos y relevantes de las relaciones laborales individuales, se seguirán aplicando las condiciones laborales del convenio extinto al haberse estas contractualizado, con la salvedad de las materias que sí se hayan regulado en el convenio colectivo superior de aplicación. De manera que se produce una sucesión de convenios, aunque con cobertura de los vacíos que se pudieran plantear a través de la contractualización.

Sin embargo, en el caso en el que el convenio colectivo aplicable de ámbito superior sí contemple las condiciones laborales esenciales, lo que se produce es la sustitución de un convenio por otro. En este sentido, la STS 587/2018, de 5 de junio, estableció que, cuando finaliza la vigencia ultraactiva del convenio colectivo, si existe un convenio colectivo superior aplicable, y este regula los mismos aspectos que el anterior, entonces se produce una completa sustitución por el nuevo. Y añade que la contractualización no es un mecanismo que impida la aplicación del artículo 86.3 del ET, sino un complemento del mismo, que de forma excepcional actúa ante los vacíos de cobertura.

Por último, cabría plantearse qué sucedería en el caso en el que, como vimos anteriormente, el convenio colectivo de empresa haya alterado su prioridad aplicativa para aplicarse solo en aquellos supuestos en los que no existe cobertura sectorial, y el convenio colectivo sectorial deje de operar, sin que exista un convenio colectivo superior. En estos supuestos habría que estar a la literalidad del convenio colectivo, aunque en el caso que enunciábamos anteriormente, al referirse a la carencia de regulación convencional, al finalizar el periodo de ultraactividad, no se produciría la contractualización, ya que con esta se pierde el carácter convencional de las condiciones laborales, de forma que, extinto el convenio, se volvería a aplicar el convenio de empresa, pese a ser de ámbito inferior, y no superior, tal y como establece el artículo 86 del ET.

5. La desnaturalización de las cláusulas subrogatorias convencionales: una interpretación desafortunada

En los últimos años se ha producido un aumento de pronunciamientos de tribunales de carácter internacional con repercusión sobre el ámbito laboral. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado diversas sentencias en el ámbito del control laboral a través de medios tecnológicos, que han alterado de forma sustancial la interpretación de nuestros tribunales sobre la materia debido a la vinculación de los mismos conforme al artículo 10.2 de la CE. En el mismo sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha dictado diversos pronunciamientos con repercusión laboral, en materias como la contratación temporal, las vacaciones, los despidos colectivos o la sucesión de empresas, que han alterado nuestro ordenamiento jurídico, al ser necesaria la realización de una interpretación conforme a los mismos, debido al principio de primacía del derecho de la Unión Europea.

En el caso del TJUE, las interpretaciones realizadas por el mismo han supuesto un importante cambio para diferentes instituciones de nuestro ordenamiento, aunque, desde nuestro punto de vista, la que ha tenido una mayor incidencia ha sido la relativa a la relación existente entre la sucesión de empresas legal y la subrogación convencional.

Respecto a esta materia, existía un conflicto interpretativo evidente entre el TJUE y el TS sobre la posibilidad de que en los supuestos de subrogación convencional se puede producir una sucesión de empresas legal, o si ambas son instituciones divididas en compartimentos estancos, y, por lo tanto, no se puede producir una interacción entre las mismas.

En este sentido, y para que entendamos el conflicto planteado, debemos partir de la regulación del artículo 44 del ET, que es el precepto que se encarga de trasponer la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad. Conforme a dicha regulación, en los supuestos en los que se produzca el cambio de titularidad de una unidad productiva autónoma, el nuevo empresario/a quedará subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior, y estableciendo una serie de responsabilidades de carácter patrimonial entre la empresa cedente y la cesionaria.

Aunque en un primer momento la tesis del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) (actual TJUE) y de nuestro TS había sido identificar la sucesión de empresas con supuestos en los que se producía una transmisión de elementos patrimoniales, el TJCE cambió dicho criterio en su Sentencia (STJCE) de 11 de marzo de 1997, asunto C-13/95 (caso Sūzen), de manera que, en los supuestos en los estuviéramos ante sectores en los que es posible prestar el servicio sin activos especialmente significativos, ya que la actividad descansa fundamentalmente en la mano de obra, se podría considerar que el conjunto

de personas trabajadoras que ejerce de forma duradera una actividad común es una entidad económica. En virtud de dicha interpretación, si el nuevo empresario/a se hace cargo de una parte esencial, cuantitativa o cualitativa de la plantilla, se podrá considerar que nos encontramos ante una sucesión de empresas reconocida en la directiva, siendo conocida dicha doctrina como la «sucesión de plantillas».

Por lo tanto, y pese a que existen otros criterios a tener en cuenta para interpretar si se ha producido o no la sucesión de empresas, como son el traspaso de la clientela, la continuidad de la actividad o el grado de similitud entre las actividades, en los supuestos de actividades materializadas (actividades que necesitan de importante activos para la prestación del servicio) será un elemento muy relevante el hecho de que se haya producido una transmisión de elementos patrimoniales suficientes, mientras que en el caso en el que estamos ante actividades desmaterializadas (actividades intensivas en mano de obra) será un aspecto fundamental si se ha producido o no la asunción por parte del nuevo empresario/a de una parte esencial de la plantilla, en términos cuantitativos o cualitativos.

Sin embargo, y como podemos intuir con facilidad, en el supuesto de actividades materializadas, la subrogación se produce de forma automática al cambio de titularidad de los activos, mientras que en el supuesto de actividades desmaterializadas es necesario que se produzca la asunción por parte del empresario/a de parte esencial de la plantilla, quedando, por tanto, a su arbitrio y desprotegiendo a las personas trabajadoras que prestan servicios en dichos sectores ante los cambios de contratistas.

Ante dicha situación, los convenios colectivos de carácter sectorial incluyeron dentro de su regulación cláusulas subrogatorias, con la finalidad de que en los supuestos de sucesión de contratistas se produjera la subrogación empresarial, aunque con unos requisitos y efectos distintos a la legal. Estas cláusulas tenían diversa índole, de forma que cada convenio colectivo establecía sus propias condiciones respecto a la plantilla afectada por la subrogación (porcentajes, requisitos de antigüedad, entre otros), así como la exoneración respecto a las deudas de la empresa anterior. Por lo tanto, teníamos, por un lado, la sucesión de empresas del artículo 44 del ET y, por otro lado, la subrogación convencional, que tenía un carácter más atenuado.

Sobre la interpretación de dichas instituciones y la interrelación entre ellas se produjeron diversos pronunciamientos contradictorios por parte de nuestro TS. Así, la STJCE de 24 de enero de 2002 (caso Temco) estableció que se podía producir la sucesión de plantillas derivada de la aplicación de la subrogación convencional y que, por lo tanto, no existía una relación de impermeabilidad entre ambas. Esta tesis fue acogida por nuestro TS, aunque no sin mostrar sus discrepancias, hasta que la STS 276/2016, de 7 de abril, estableció que ambas instituciones eran diferentes y que, por lo tanto, la aplicación de una no podía dar lugar a los efectos de la otra. De manera que, conforme a la interpretación del TS, la subrogación convencional actúa cuando no es aplicable el artículo 44 del ET, ya que, si se cumplieran los requisitos legales, las cláusulas convencionales subrogatorias no

entrarían en juego, no produciéndose, por lo tanto, un conflicto de aplicación entre ambas instituciones. Por lo tanto, cuando la empresa se subroga en las relaciones laborales de parte de la plantilla, y lo hace en virtud de la obligación establecida en el convenio colectivo, lo realizará conforme a los requisitos y efectos previstos en la regulación convencional, sin aplicarse la regulación legal.

Esta tesis fue apoyada por parte de la doctrina científica, al entender que la subrogación convencional no limitaba la regulación del artículo 44 del ET, sino que mejoraba sus previsiones. En este sentido, Nores Torres (2016) sostenía que: «[...] la cláusula está extendiendo una parte de la tutela contenida en el art. 44 ET a supuestos de hecho no contemplados en la norma, algo perfectamente lícito en atención a su naturaleza» (pp. 160 y 161). Sin embargo, otro sector había entendido lo contrario, así Monereo Pérez y Ortega Lozano (2018) defendían que: «[...] constatada la existencia de una transmisión de empresa a través de la sucesión de plantilla ordenada por el convenio colectivo, se debía imponer la aplicación de las garantías contempladas en el art. 44 de ET» (p. 6).

La interpretación que había realizado el TS, en virtud de la cual ambas realidades podían existir de forma conjunta, sin conflictos entre ellas, fue acogida de forma más o menos uniforme, hasta que el Tribunal Superior de Justicia de Galicia elevó cuestión prejudicial al TJUE sobre la materia. Así, la Sentencia del TJUE (STJUE) de 11 de julio de 2018 (caso Somoza Hermo) volvió a interpretar la cuestión en el mismo sentido que en el caso Temco anteriormente enunciado, de forma que, si como consecuencia de la aplicación de una cláusula subrogatoria se produce la asunción de una parte esencial de la plantilla, se estará ante una sucesión de empresas conforme a la directiva, y, por lo tanto, con los efectos del artículo 44 del ET.

Esta STJUE ha sido ya integrada por nuestro TS, que en la STS 873/2018, de 27 de septiembre, ha establecido que, cuando nos encontremos ante actividades desmaterializadas y se produzca la asunción de una parte esencial de la plantilla, nos encontraremos ante una sucesión de empresas de carácter legal, aplicando los efectos previstos para la misma, y no los previstos en el convenio colectivo aplicable. Por lo tanto, y como sostiene la STS, no se trata de una aplicación automática, sino que debe cumplir dos requisitos: (i) encontrarnos ante una actividad desmaterializada y (ii) que se produzca la asunción de una parte esencial de la plantilla, en términos cuantitativos o cualitativos. Así, en los supuestos en los que nos encontremos ante actividades materializadas, si únicamente se produce la subrogación de la plantilla sin ningún elemento patrimonial, se aplicarán los efectos del convenio colectivo. De igual forma, si con la aplicación de la cláusula subrogatoria no se produce la asunción de una parte esencial de la plantilla, nos encontraremos ante una subrogación convencional.

Sin embargo, y pese al principio de primacía del derecho de la Unión Europea, se debería realizar por parte de nuestro TS una nueva cuestión prejudicial sobre la materia, ya que, a nuestro juicio, el problema no está bien resuelto. Y es que, como pone de manifiesto el voto particular a la STS anteriormente enunciada, la STJUE parte de un presupuesto

equivocado para la resolución del supuesto, al entender que tanto el convenio colectivo como la directiva responden al mismo objetivo, no siendo cierta dicha afirmación. No podemos obviar que, cuando los convenios colectivos prevén cláusulas subrogatorias, estas precisamente pretenden aplicarse a situaciones en las que no es aplicable la sucesión legal, y que estas establecen sus propios requisitos y efectos, limitándose en la mayoría de los casos al mantenimiento del empleo, pero no a la responsabilidad por deudas entre las empresas. Por lo tanto, parece muy complicado de sostener que el convenio tenga el mismo objetivo que la regulación de la directiva.

Así, se debería partir de que el convenio colectivo no limita en ningún caso la aplicación del artículo 44 del ET, y, en consecuencia, de la directiva, ya que, precisamente, este se destina a supuestos en los que no procede la sucesión de empresas legal, al depender de la voluntad de la empresa entrante, que evidentemente no va a querer, salvo excepciones, asumir la totalidad de la plantilla, y mucho menos las consecuencias en materia de responsabilidad que ello conlleva. De manera que se deberían distinguir aquellos supuestos en los que la empresa entrante se limitase a asumir la plantilla derivada de la obligación convencional de forma estricta de aquellos supuestos en los que esta no se limite a contratar a aquellas personas trabajadoras a las que está obligado, sino que contrate a un número superior, por voluntad, al querer a determinadas personas trabajadoras, o simplemente por inobservancia de sus obligaciones. Así, en el primer supuesto se deberían aplicar las consecuencias previstas en el convenio, mientras que en el segundo se debería valorar si se ha producido o no una sucesión de plantillas, y, en consecuencia, los efectos de la sucesión de empresas legal. Entender lo contrario sería realizar una interpretación un tanto tramposa, ya que se estarían aplicando los efectos de la sucesión de empresas a un supuesto en el que no existiría causa de aplicación, y extendiendo unos efectos no previstos para dicha situación.

No estaría de más recordar que recientemente el TJUE se manifestó en dos pronunciamientos sobre un mismo supuesto aplicando dos soluciones distintas. Así, la STJUE de 14 de septiembre de 2016 (caso Ana de Diego Porras I) entendió que el ordenamiento español discriminaba a las personas trabajadoras temporales respecto a las fijas por establecer una indemnización distinta para los supuestos de extinción del contrato en situaciones comparables. En sentido contrario, la STJUE de 21 de noviembre de 2018 (caso Ana de Diego Porras II) interpretó, respecto al mismo supuesto, que no se producía discriminación en este caso, ya que no se trataba de situaciones comparables, respondiendo a razones objetivas diferentes. Como se puede apreciar, el presupuesto del que parte el TJUE, aunque se trate de unos mismos hechos, puede suponer un cambio sustancial en la interpretación de la cuestión, por lo que no estaría de más elevar una cuestión prejudicial en la que se plantee la situación de forma precisa y sin mezclar los conceptos, con la finalidad de que el TJUE se pueda manifestar una vez más, aunque teniendo una visión completa de la cuestión.

Además, podemos encontrarnos con que la aplicación de esta interpretación suponga que, por intentar llevar a cabo una protección excesiva, se produzca una desprotección de las personas trabajadoras en el futuro, ya que esto puede provocar el desincentivo de la

inclusión de dichas cláusulas en los convenios futuros, ante las gravosas consecuencias que puede suponer. O quizás, como ha sostenido De la Puebla Pinilla (2018): «[...] la incorporación de cláusulas de este tipo se hará con las cautelas y restricciones necesarias para asegurar que la subrogación no alcance a una parte esencial de la plantilla» (pp. 104 y 105). Por lo tanto, se podrían prever porcentajes tan reducidos que la protección sería ínfima, aunque, a nuestro juicio, ni siquiera así se evitaría el riesgo, ya que la sucesión de plantillas no opera solo por criterios cuantitativos, sino también cualitativos.

Es verdad que también pueden existir incentivos para incluir dichas cláusulas, ya que como defiende Preciado Domènech (2019): «la inclusión de estas cláusulas puede seguir siendo beneficiosa para ambas partes (y, especialmente, para la empresarial, pues les exime de tener que proceder a eventuales reestructuraciones de plantilla cada vez que pierde una contrata)» (p. 23). Sin embargo, y pese a que dicha afirmación es cierta, parece evidente que, si las personas titulares quisieran someterse a las garantías del artículo 44 del ET, bastaría con que lo pactaran en los convenios colectivos, y, conforme a la literalidad de estos, no parece que esta sea la voluntad de los mismos.

Por último, cabe señalar que parte de la doctrina, aunque no solo referido a los supuestos de subrogación convencional, ha manifestado la necesidad de modificar el artículo 44 del ET para adaptarlo a los supuestos de sucesión de plantillas. Así, Sanguinetti Raymond (2006) manifestó la necesidad de crear: «[...] un régimen especial para este tipo de sucesiones que, huyendo de las soluciones extremas pero de débil efectividad, se encontraría en condiciones de contemplar equilibradamente los distintos intereses en juego» (p. 118). Quizás lo oportuno, más allá del planteamiento de una nueva cuestión prejudicial, aunque a nuestro juicio necesaria, fuera una reforma del artículo 44 del ET que, teniendo en cuenta los distintos aspectos que componen dichas actividades, encaje dicha realidad en la regulación legal, dentro del respeto a la directiva.

6. Conclusiones

En relación con lo anteriormente expuesto, podemos señalar las siguientes conclusiones:

Primera. Los convenios colectivos de empresa pueden ser negociados tanto por la representación unitaria como por la representación sindical, siendo dicha facultad alternativa y no concurrente, aunque en el caso en el que hayan participado sujetos de diversa índole no se estará ante una causa de nulidad automática del convenio colectivo, sino que, conforme a un criterio finalista, se tendrá en cuenta la incidencia que dicha concurrencia ha tenido.

Segunda. Los convenios colectivos de empresa negociados por la representación sindical, siempre que se demuestre que actúan con tal carácter y tengan la mayoría en los órganos de representación unitaria de la empresa, tienen eficacia plena, afectando tanto a los centros existentes como a los futuros. Pese a que el ET solo reconoce la legitimación

a las secciones sindicales, la jurisprudencia ha entendido que también pueden ser negociados por los sindicatos de forma directa, siempre que demuestren su implantación en la empresa.

Tercera. Los convenios colectivos de empresa negociados por la representación unitaria solo serán válidos si se negocian por la representación de todos los centros de trabajo, de manera que, si hay centros sin representación, no se podrán negociar, ya que no es posible la designación de representantes *ad hoc* para la negociación de un convenio colectivo, ni tampoco la delegación de la representación. Además, con un criterio un tanto dudoso, por ir en contra de la literalidad de la norma, los convenios colectivos de empresa negociados por la representación unitaria solo pueden afectar a los centros existentes al momento de la negociación, y no a centros futuros, por lo que realmente son convenios de empresa de eficacia limitada o convenios de pluralidad de centros.

Cuarta. La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de ámbito empresarial es de carácter limitado y absoluto. Por lo tanto, esta prioridad solo afecta a las materias expresamente recogidas en el ET, y se deben interpretar de forma restrictiva, ciñéndose a la literalidad del mismo. De igual forma, la prioridad se aplica aunque el convenio haya entrado en vigor con carácter posterior, pero no se puede aplicar retroactivamente si empeora las condiciones laborales. Los convenios colectivos sectoriales y los acuerdos interprofesionales no pueden restringir dicha prioridad aplicativa, aunque sí ampliarla a otras materias, mientras que nada impide que sea el propio convenio de empresa el que establezca su carácter supletorio.

Quinta. La existencia de un grupo de empresas laboral puede afectar a la prioridad aplicativa de los convenios colectivos que negocien las empresas que forman parte del mismo, ya que, si el grupo de empresas es considerado el verdadero empresario, los convenios colectivos negociados por las empresas que forman parte del mismo serán convenios de una parte de la empresa, pero no de la empresa real, y, por lo tanto, no se deberían considerar convenios colectivos de empresa, con la correspondiente prioridad aplicativa. En estos casos se debería negociar a nivel del grupo de empresas laboral para poder disfrutar de dicho privilegio.

Sexta. La ultraactividad de los convenios colectivos ya no tiene carácter ilimitado, salvo que las partes establezcan lo contrario, de manera que, fenecido un convenio colectivo sin que se haya establecido pacto en contrario, el ET establece la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior.

Séptima. En el supuesto en el que no exista convenio colectivo de ámbito superior, la jurisprudencia ha interpretado que se produce la contractualización de las condiciones laborales del convenio fenecido, de manera que se siguen aplicando las condiciones laborales previstas en el mismo hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo aplicable. Dicha doctrina tiene algunas lagunas aún respecto a qué condiciones pueden o no contractualizarse, aunque, conforme a la jurisprudencia, en los casos en los que la empresa entienda que hay cláusulas del convenio que no se pueden aplicar, deberá comunicarlo a

las personas trabajadoras de forma expresa, y no siendo válida su realización de forma genérica, debiendo ser los tribunales en caso de controversia los que se manifiesten sobre los diferentes conflictos.

Octava. En el supuesto en el que exista un convenio colectivo aplicable o varios convenios colectivos aplicables de ámbito superior, se aplicará el que corresponda conforme a las reglas generales de concurrencia, basadas en el criterio temporal y en la distribución de materias realizadas por los convenios colectivos de distinto ámbito. En los supuestos en los que el convenio colectivo aplicable de ámbito superior no regule todas las condiciones, se cubrirán dichos vacíos aplicando la contractualización de las condiciones del convenio fenecido en aquellas que no se regulen.

Novena. La jurisprudencia comunitaria y nuestros tribunales, como consecuencia de la aplicación del principio de primacía de la normativa de la Unión Europea, han interpretado que, en los supuestos de actividades desmaterializadas en los que como consecuencia de la aplicación de un convenio colectivo se produzca una asunción de la parte esencial de la plantilla, en términos cuantitativos o cualitativos, serán aplicables los efectos de la sucesión de empresas legal y no los previstos en el convenio colectivo aplicable. Esta interpretación es de carácter dudoso, ya que parte de un presupuesto erróneo, al entender que ambas instituciones responden a un mismo objetivo, cuando, precisamente, el objetivo de las cláusulas convencionales es la garantía del empleo, cuando no sea aplicable la sucesión de empresas legal, sin la aplicación de las responsabilidades de carácter económico. Además, quizás fuera necesario realizar una modificación normativa que tratara de forma singular los supuestos de sucesión de plantilla, considerando las especialidades de dichas actividades y los intereses en juego.

Referencias bibliográficas

- Biurrún Mancisidor, Garbiñe. (2017). La concurrencia de convenios colectivos. En particular, las reglas sobre prioridad aplicativa y práctica judicial. *Actum Fiscal*, 129, 1-17.
- Cabeza Pereiro, Jaime. (2016). La representación de los trabajadores en la empresa. Representaciones unitarias, sindicales y *ad hoc*. Debilidades de nuestro modelo representativo. *Actum Social*, 107, 1-8.
- Casas Baamonde, María Emilia. (2013). La pérdida de ultraactividad de los convenios colectivos. *Relaciones Laborales*, 6, 1-26.
- Cruz Villalón, Jesús. (2013). Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva. *Temas Laborales*, 120, 13-32.
- Desdentado Bonete, Aurelio. (2015). La ultraactividad en el Tribunal Supremo. Un comentario a la Sentencia de 22 de diciembre de 2014. *Revista de Información Laboral*, 3, 25-44.
- Durán López, Federico. (2014). Ultraactividad: sentido y alcance. Una propuesta de contractualización limitada de las condiciones laborales pactadas colectivamente. *Revista de Relaciones Laborales*, 9, 33-52.
- García-Perrote Escartín, Ignacio. (2019). Negociación colectiva. En Ignacio García-Perrote Escartín, *Manual de derecho del trabajo* (9.ª ed., pp. 955-1.058). Tirant lo Blanch.
- García-Perrote Escartín, Ignacio y Mercader Uguina, Jesús Rafael. (2018). Los restos de un naufragio: la devaluación de la prioridad aplicativa del convenio de empresa y la prevalencia del marco sectorial. *Revista de Información Laboral*, 9, 1-7.
- Goerlich Peset, José María. (2013). Las unidades de negociación: selección y relación entre ellas. *Actualidad Laboral*, 11, 1.341-1.359.
- Goerlich Peset, José María. (2014). Los grupos de sociedades en la jurisprudencia social reciente. *Revista de Información Laboral*, 5, 17-49.
- Goerlich Peset, José María y Blasco Pellicer, Ángel. (2015). La nueva situación de «post-ultraactividad» del convenio colectivo: una visión «rupturista». A propósito de la STS de 22 de diciembre de 2014, sobre la interpretación del artículo 86.3 *in fine* ET sobre ultraactividad de los convenios. *Revista de Información Laboral*, 2, 49-65.
- Merino Segovia, Amparo. (2014). Criterios jurisprudenciales sobre la pérdida de eficacia del convenio colectivo tras las últimas reformas laborales. *Actum Social*, 83, 1-12.
- Monereo Pérez, José Luis y Ortega Lozano, Pompeyo Gabriel. (2018). Sucesión de plantilla en la empresa por subrogación convencional –«ex convenio colectivo sectorial»–. La reciente doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su recepción por el Tribunal Supremo. *La Ley Unión Europea*, 65, 1-22.
- Nieto Rojas, Patricia. (2016). El tratamiento del comité intercentros en la negociación colectiva. *Revista de Información Laboral*, 1, 181-197.
- Nores Torres, Luis Enrique. (2016). Sucesión de contratas y subrogación convencional: el impulso a una doctrina acertada (a propósito de la STS de 7 de abril de 2016). *Revista de Información Laboral*, 9, 151-163.
- Preciado Domènech, Carlos Hugo. (2019). Los fenómenos interempresariales (subrogación, cesión ilegal, subcontrataciones y grupos de empresa). *Actum Social*, 146, 1-33.
- Puebla Pinilla, Ana de la. (2018). Efectos de la rectificación de la doctrina sobre subrogación convencional: reflexiones a partir de la



STS de 27 de septiembre de 2018. *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de Actualidad y Relaciones Laborales*, 48, 108-118.

Rey Guanter, Salvador del. (2013). Una visión integrada sobre la estructura de la negociación colectiva tras la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo. *Actualidad Laboral*, 2, 230-242.

Rey Guanter, Salvador del. (2015). La negociación colectiva a nivel de empresa y, en particular, la prioridad aplicativa del convenio

colectivo de empresa. *Actum Social*, 100, 1-6.

Sala Franco, Tomás. (2013). La duración y la ultraactividad de los convenios colectivos. *Actualidad Laboral*, 10, 1.214-1.227.

Sanguinetti Raymond, Wilfredo. (2006). Las cláusulas de subrogación convencional frente a los vaivenes jurisprudenciales. En Ricardo Escudero Rodríguez, *La negociación colectiva en España: una mirada crítica* (pp. 99-118). Tirant lo Blanch.