

CUESTIONES JURISPRUDENCIALES SOBRE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA*

RICARDO BODAS MARTÍN

Magistrado

Presidente de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional

EXTRACTO

**Palabras clave: Jurisprudencia, reforma,
negociación colectiva**

Más de cinco años después de la reforma laboral, impulsada por el RDL 3/2012, convalidada posteriormente por la Ley 3/2012 y profundizada por RDL 11/2013, parece oportuna la realización de un balance sobre el rodaje de sus principales instituciones en la jurisprudencia, puesto que nos permitirá constatar de qué modo ha rodado la reforma y lo que es más importante, hasta qué punto ha alcanzado sus objetivos en la materia que nos ocupa, en la que se introdujeron cambios profundos y conflictivos en nuestras relaciones laborales colectivas. Tanto que el propio Tribunal Constitucional se ha tenido que pronunciar sobre la constitucionalidad de las reformas, convalidándolas en sus propios términos (STCo. 109/2014, de 16 de junio y STCo. 8/2015, de 22 de enero).

ABSTRACT

**Key words: Jurisprudencia, reforma,
negociación colectiva**

More than five years after labor reform, prompted by RDL 3/2012, subsequently validated by Law 3/2012 and deepened by RDL 11/2013, it seems appropriate to carry out a balance sheet on the filming of its main institutions in the jurisprudence, since it will allow us to see how the reform has rolled out and, what is more important, to what extent it has reached its objectives in this area, in which profound and conflicting changes were introduced in our collective labor relations. Constitutional Court had to pronounce on the constitutionality of the reforms, validating them in their own terms (STCo 109/2014, June 16 and STCo, 8/2015, January 22).

* El presente trabajo reproduce la versión escrita facilitada por el autor de la Conferencia de clausura impartida en las XXXVI JORNADAS UNIVERSITARIAS ANDALUZAS DE DERECHO DEL TRABAJO Y RELACIONES LABORALES, celebradas en Córdoba durante los días 23 y 24 de noviembre de 2017, bajo el título "La negociación colectiva tras las reformas legales. Especial referencia a Andalucía", con las necesarias adaptaciones de edición.

ÍNDICE

1. LA NEGOCIACIÓN ANTE TEMPUS DEL CONVENIO COLECTIVO
2. LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO
 - 2.1. LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CAUSAS
 - 2.2. EL PROCEDIMIENTO DE INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO
3. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA CONCURRENCIA CONFLICTIVA DE CONVENIOS

Como es sabido, durante años se pospuso la reforma de la negociación colectiva, porque se consideró siempre que debería ser abordada y convenida previamente entre los interlocutores sociales, a quienes se reconocía la máxima legitimidad para impulsar dicha reforma. Ese acuerdo entre los interlocutores sociales no se alcanzó en la legislatura anterior pese a los múltiples intentos de reforma negociada, lo que motivó, en su momento, una regulación legal mediante el RDL 7/2011, de medidas urgentes para la negociación colectiva, que provocó fuertes críticas, precisamente porque no se pactó con los interlocutores sociales¹.

¿La negociación colectiva constituye un obstáculo para la adaptabilidad y competitividad de las empresas o las facilita?

La reforma de la negociación colectiva, contenida en el art. 14 de la ley 3/2012, de seis de julio, de medidas urgentes para la reforma laboral (procedente del RDL 3/2012, de 10 de febrero), encuadrada en su capítulo III, agrupa diversas medidas para favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo y tienen por objetivo, según su exposición de motivos, fortalecer los mecanismos de adaptación de las condiciones de trabajo a las circunstancias concretas que atraviese la empresa, lo cual se interpretó, en su momento, como una vía para que las empresas busquen esencialmente su competitividad mediante el logro de ventajas laborales², aunque la jurisprudencia ha matizado el papel de la competitividad empresarial, que no constituye un valor absoluto³. La adaptabilidad, o lo que es lo mismo, la competitividad de las em-

¹ Del Rey Guanter, S., Informe sobre la Ley 35/2010, pág. 60

² Casas, M.E.; Rodríguez Piñero y Bravo-Ferre, M. y Valdés Dal-Ré, F.: La nueva reforma laboral.

³ La modificación sustancial de condiciones de trabajo, introducida por Sanitas Seguros, consistente en el establecimiento de un copago en la prestación de servicios sanitarios en atención al coste comparado de éstos, no es causa organizativa, ni productiva, sino en su caso económica y se declara que la medida no está justificada ni hay un hecho susceptible de operar como causa, ni de existir éste, sería un hecho sobrevenido. Se establece una doctrina muy rica en la que se sostiene que una medida meramente redistributiva en el sentido de que la “mejora” de la empresa se obtiene únicamente de una nueva distribución de los rendimientos de su actividad entre los titulares del establecimiento empresarial y los trabajadores. Éstos “empeoran” en lo que lo que aquéllos -o si se prefiere, la empresa- “mejoran”, sin que haya ningún dato objetivo -técnico, organizativo, productivo o económico- que justifique ese cambio en la distribución. Si se interpreta así el precepto legal, toda restricción de los derechos económicos de los trabajadores representará siempre una

presas constituye, en suma, el bien jurídico protegido por la reforma, por cuanto es la capacidad de las empresas para competir en el mercado en el que desarrollan su actividad la que les permitirá conservar y generar empleo⁴.

La adaptabilidad de las empresas a las circunstancias sobrevenidas, se constituye, de este modo, en el primer objetivo de la reforma, que cuestiona el papel de la negociación colectiva en su regulación precedente a tal punto que duda, según la exposición de motivos, si esa regulación anterior constituyó un obstáculo para adaptar las condiciones de trabajo a la realidad empresarial, lo que no deja de ser llamativo, puesto que los interlocutores sociales han considerado, por el contrario, en el II Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2012-2012, que la negociación colectiva es el instrumento idóneo para cohesionar la capacidad adaptativa de nuestras empresas y la garantía de los derechos de los trabajadores. Dicho Acuerdo (BOE 6-02-2012) apuesta de modo decidido por una negociación colectiva sensible a las circunstancias del mercado, por lo que promueve un modelo de negociación colectiva adaptado a las necesidades de las empresa, mediante una utilización intensiva de las medidas de flexibilidad interna, que limiten al máximo la flexibilidad externa. Sucede lo mismo con el III Acuerdo para el empleo y la negociación colectiva 2015, 2016 y 2017 (BOE 20-06-2015), en cuya exposición de motivos se subraya que negociación colectiva es el espacio natural del ejercicio de la autonomía colectiva de las Organizaciones empresariales y sindicales y el ámbito apropiado para facilitar la capacidad de adaptación de las empresas, fijar las condiciones de trabajo y modelos que permitan mejorar la productividad, crear más riqueza, aumentar el empleo, mejorar su calidad y contribuir a la cohesión social.

La norma propuso, por consiguiente, acabar con la posible obstaculización de la negociación colectiva a las necesidades de adaptación de nuestras empresas a los requerimientos del mercado mediante las herramientas siguientes:

- a. Posibilitar la inaplicación del convenio colectivo vigente, para lo que se viabiliza, en primer lugar, la revisión del convenio por los sujetos legitimados durante su vigencia (art. 86.1 ET) y se establece un nuevo procedimiento para la inaplicación de condiciones de trabajo originadas en convenio colectivo estatutario, cuando concurran causas económicas, técnicas, organi-

mejora que justificará la modificación, pues la mejora en sí misma se ha convertido en causa de la modificación en lo que no es más que un razonamiento circular. La justificación opera de manera distinta: hay un hecho objetivo susceptible de alterar el régimen de prestaciones del contrato -una innovación técnica, organizativa o productiva, un cambio de la coyuntura económica- y a partir de ese cambio (la actualización de la causa) la medida se justifica si se corresponde con ese cambio y si sirve al objetivo de mejorar la posición competitiva de la empresa o a prevenir una evolución negativa (STS 20-01-2014, rec. 56/2013, confirma SAN 2-03-2013).

⁴Blasco Pellicer, A.: Convenios colectivos estatutarios: contenido, eficacia e inaplicación.

zativas o de producción (art. 82.3 ET), regulándose un original mecanismo de gestión del desacuerdo a través de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos⁵, cuya constitucionalidad se ha validado por la doctrina constitucional⁶.

- b. Se modificó el régimen de concurrencia de convenios colectivos, para lo que se prioriza, en primer lugar, al convenio de empresa respecto a cualquier otro en la mayoría de las materias esenciales de la negociación colectiva. Se equiparan, a estos efectos, los convenios de grupos de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas (art. 84.1 ET). Se posibilita también que el convenio colectivo de ámbito autonómico, suscrito por sujetos legitimados cualificados, tenga prioridad aplicativa sobre convenios de ámbito estatal, siempre que no lo impidan los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal, así como los convenios sectoriales estatales (art. 84.3 ET), excluyéndose, no obstante, algunas materias tasadas (art. 84.4 ET).
- c. Se reformuló el régimen de ultractividad de los convenios, mediante el establecimiento de un límite máximo de un año desde la denuncia del convenio, en cuyo caso las relaciones laborales se regirán por el convenio de ámbito superior (art. 86.3 ET). Se determina, a estos efectos, el régimen de vigencia del convenio colectivo, una vez concluida la duración pactada y se encomienda a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico un procedimiento para solventar los desacuerdos en la negociación del convenio, apostándose decididamente por las soluciones arbitrales, que serán obligatorias, salvo que los acuerdos citados las declaren voluntarias (art. 86.3 ET).
- d. Se reforma finalmente el contenido mínimo de los convenios colectivos, aligerándose sustancialmente el papel protagonista, que el RDL 7/2011 había dado a las comisiones paritarias, cuyas funciones quedan condicionadas a lo que se acuerde en la negociación colectiva (art. 85.3 ET).

La reforma de la negociación colectiva, promovida por la Ley 3/2012, no puede entenderse cabalmente, si no se tiene presente la profunda alteración del régimen de causas, requeridas para fundamentar decisiones empresariales novatorias o regulatorias, cuyo denominador común es una mayor flexibilización de las relaciones laborales, que tendrá una incidencia manifiesta en el desarrollo de la negociación colectiva, puesto que si esta no se ajustara a las necesidades de adaptación empresarial, se activarán normalmente las herramientas novatorias

⁵ Las funciones de la CCNCC se desarrollan mediante el RD 1362/2012, de 27 de septiembre.

⁶ STCo. 16-07-2014, rec. 5603/2012. y STCo 119/14.

empresariales (flexibilidad interna) e, incluso, las regulatorias (flexibilidad externa).

Conviene precisar aquí, que el objetivo de la reforma de la negociación colectiva, perseguido por la Ley 3/2012, es la adaptabilidad de las empresas, por lo que las herramientas, referidas más arriba, no constituyen propiamente objetivos de la reforma, sino herramientas, impulsadas por el legislador, para conseguir que haya más y mejores convenios colectivos, entendiéndose como tales aquellos que permitan una mejor adaptación de nuestras empresas a las circunstancias sobrevenidas del mercado de trabajo⁷. Así se desprende de la exposición de motivos de la norma, donde se precisa que las modificaciones operadas en estas materias responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa.

El objetivo de adaptación de las empresas a los mercados, así como a los requerimientos de la demanda, al que se debe adecuar la negociación colectiva, promoverá un modelo de negociación permanente, que obligará a planificar cuidadosamente su desarrollo, teniéndose presente que la competitividad y productividad empresarial tendrán que enfrentar procesos económicos en permanente movimiento, en los que la reacción rápida supondrá valores añadidos importantes para alcanzar los objetivos propuestos.

Negociación permanente, como alternativa a la denuncia y renegociación del convenio en su totalidad, que suele ser más conflictiva, por lo que se propone incentivar una renegociación del convenio adelantada al fin de su vigencia general sin necesidad de denunciarlo propiamente, porque se considera que así la negociación será más sosegada y equilibrada, evitando la petrificación del convenio y los retrasos para su renovación.

En cualquier caso, están legitimados, para denunciar el convenio, aquellos sujetos colectivos con legitimación inicial, aunque constituye presupuesto constitutivo, para renegociar el convenio, que los sujetos colectivos acrediten la negociación plena⁸, sin que sea precisa denunciar el convenio, cuando se ha anulado por sentencia judicial que no ha alcanzado firmeza⁹.

Se impulsa, por otra parte, que los negociadores del convenio puedan establecer períodos de vigencia diferenciados por materias o grupos homogéneos de materias (art. 86.1 ET), lo que facilitará, en principio, una negociación más orde-

⁷ Casas; Rodríguez-Piñero y Valdés Dal-Ré: El agotamiento de la ultratractividad del convenio colectivo.

⁸ STS 2-12-2016, rec. 14/16, Roj: STS 5619/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5619.

⁹ SAN 5-05-2017, proced. 69717, ROJ: SAN 1822/2017.

nada y sosegada, que permitirá una mayor profundización en la negociación, al no verse contaminada por otros aspectos de la misma, que pudieran resultar más conflictivos, lo que exigirá programar los tiempos de manera adecuada, porque el régimen de ultractividad de un año desde la denuncia del convenio, regulado en el art. 86.3 ET, no distingue entre denuncias totales o parciales, pone en riesgo las negociaciones parciales, puesto que si los negociadores no son suficientemente diligentes y las concluyen con acuerdo, se solaparán con las negociaciones siguientes, lo cual provocará situaciones paradójicas, puesto que, si no se alcanzan acuerdos parciales en el plazo de un año desde la denuncia, la materia negociada sin éxito perderá su vigencia, mientras se negocian las demás materias del convenio. De producirse dicha situación, pérdida de vigencia parcial del convenio en algunas materias (art. 82.3 ET), debería aplicarse la regulación de las mismas en el convenio de ámbito superior (art. 86.3 ET), si lo hubiere, mientras se continúan negociando otras materias del convenio de la unidad negociadora correspondiente. Sería recomendable, para fomentar las negociaciones parciales, que las partes recurrieran al pacto en contrario, contemplado en el art. 86.3, para asegurar que, si dichas negociaciones parciales no concluyeran con éxito en los plazos de ultractividad, se mantuviera vigente el régimen anterior hasta que se cierre la negociación global del convenio, para evitar el riesgo de la pérdida de la unidad de negociación.

Caso de no haberse pactado un calendario progresivo de negociación, el art. 86.1 ET viabiliza, sin más límite que la concurrencia de legitimación para negociar, la negociación ante tempus, que se constituye en alternativa real al régimen de inaplicación del convenio colectivo, regulado en el art. 82.3 ET, puesto que dicha negociación no está sometida a plazo alguno, ni requiere la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción¹⁰.

1. LANEGOCIACIÓN ANTE TEMPUS DEL CONVENIO COLECTIVO

El art. 86.1 ET permite que los sujetos legitimados conforme a los arts. 87 y 88 ET podrán revisar el convenio durante su vigencia, posibilitando, en aras a la adaptabilidad empresarial, la negociación “ante tempus” del convenio, lo que ya se había viabilizado por la jurisprudencia¹¹, entendiéndose que no son sujetos legitimados quienes ostenten legitimación inicial, sino quienes ostenten la legitimación deliberativa¹², aunque el convenio esté vigente. Parece claro, en todo caso

¹⁰ Escudero Rodríguez, R.: El RDL 3/2012: la envergadura de una reforma profundamente desequilibrada de la negociación colectiva.

¹¹ TS 10-10-06, rec. 133/05.

¹² STS 14-12-2010, EDJ 2010/290715.

que la negociación ante tempus exigirá el acuerdo de ambas partes, como sucedía anteriormente, puesto que la norma establece la expresión potestativa “podrán”, refiriéndose a ambas partes¹³. La exposición de motivos de la ley precisa que no será necesaria la denuncia del convenio en estos supuestos, por cuanto se basan en la conformidad de ambas partes, que no deberán someterse, por tanto, al plazo mínimo de denuncia, que forma parte del contenido mínimo del convenio (art. 85.3.d). Si no fuera así, si tenemos presente, que el régimen de denuncia, así como su plazo mínimo, constituye parte del contenido mínimo del convenio (art. 85.3.d ET) y se considera que la ultraactividad finaliza al año de la denuncia (art. 86.3 ET), podría suceder que los sujetos con las legitimaciones citadas pudieran dejar sin efecto los plazos de denuncia del convenio, vaciándolo de contenido, si no se alcanza acuerdo en el plazo de un año, lo que no parece admisible, puesto que excedería con mucho el objetivo de adaptabilidad de las empresas. Por estas razones, parece más razonable que la negociación ante tempus no exija la previa denuncia del convenio, que mantendrá su vigencia pactada, salvo que se alcancen acuerdos por los sujetos legitimados, si bien nada impedirá la denuncia anticipada, cuando en el propio convenio se pactó únicamente que el convenio debería denunciarse dos meses antes de su vencimiento¹⁴, debiendo tenerse presente, en todo caso que, tanto si se denuncia anticipadamente el convenio, como si se decide negociarlo ante tempus (art. 86.1 ET) deberán convocarse a los sujetos legitimados (SAN 14-01-2014, proced. 400/2013), entendiéndose como tales, quienes tengan legitimación al iniciarse la nueva negociación y no quienes la tuvieron en el convenio precedente¹⁵.

Cuestión distinta será cuando una de las partes, apoyándose precisamente en la emergencia sobrevenida de un desequilibrio radical en el convenio, pretenda anticipar su negociación con oposición de la otra, en cuyo caso deberá denunciar el convenio, identificar las causas sobrevenidas y reclamar judicialmente la obligación de negociar por dichas circunstancias, si no se acepta negociar por la contraparte, aunque esta alternativa se ve con reticencia por algún sector de la doctrina¹⁶. Dicha opción, apoyada en la aplicabilidad de la cláusula *rebus sic stantibus*, cuyo despliegue no permite la inaplicación directa de los convenios colectivos¹⁷,

¹³ Sala Franco, T.: La ultraactividad y la duración de los convenios.

¹⁴ STSJ Galicia 9-06-2014, rec. 1465/2014

¹⁵ SAN 17-12-2015, proced. 284/15.

¹⁶ Sala Franco, T., obra citada.

¹⁷ “...si ya en el ámbito del Derecho civil la cláusula «*rebus sic stantibus*» tiene dificultades aplicativas, con mayor motivo han de sostenerse obstáculos a ella en el Ordenamiento jurídico laboral, tanto por sus específicas reglas orientadas a modificar las condiciones de trabajo [arts. 39 a 41 ET], cuanto por la singularidad del Convenio Colectivo como fuente del Derecho [art. 3.1 ET], al situarse en el orden jerárquico inmediatamente después de las disposiciones legales y reglamentarias del Estado, de tal suerte que los convenios están llamados a disciplinar el desarrollo

tratándose de un criterio pacífico en la jurisprudencia¹⁸, así como en la doctrina judicial¹⁹. No obstante, no parece aconsejable seguir esa vía, puesto que, si se ha producido un grave desequilibrio en el convenio colectivo, concurrirán normalmente las causas para la inaplicación del convenio, reguladas en el art. 82.3 ET, que tiene, como veremos más adelante, mecanismos de gestión del desacuerdo mucho más seguros que la negociación ante tempus, donde concurrirá obligación de negociar, a diferencia del convenio ante tempus²⁰.

Se ha admitido, no obstante, que los sujetos, legitimados para negociar el convenio sectorial, decidieran reducir su plazo de vigencia y negociar un nuevo convenio colectivo, en el que redujeron determinados derechos a cambio de otros en un negocio jurídico complejo, que equilibró los intereses en presencia, sin que se vulnerara la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, puesto que las

de la relación de trabajo en el ámbito que les es propio, en tanto no sean anulados, en todo o en parte (STS 10/06/03 -rco 76/02-). Hasta el punto de que la teoría [« rebus sic stantibus »] únicamente cabría aplicarla -restrictivamente- cuando se tratase de obligaciones derivadas del contrato de trabajo, pero nunca cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio Colectivo, pues la cláusula es impredecible de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia normativa ex art. 37 CE [«cuerpo de contrato y alma de Ley», se ha dicho]; e incluso -tratándose de condición individual de trabajo- la citada cláusula « rebus sic stantibus » habría de invocarse como causa justificativa de la modificación en el procedimiento previsto en el art. 41 ET, pero nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación por unilateral voluntad de la Empresa (así, la STS 19/03/01 -rcud 1573/00-).»

Para posteriormente recordar que: “Estas afirmaciones se ven corroboradas por diversos precedentes de esta Sala, sentados no sólo en la sentencias que acaban de citarse, sino en otras muchas. En efecto, si bien excepcionalmente se ha contemplado la incidencia de circunstancias sobrevenidas en las condiciones de trabajo pactadas colectivamente, en tales casos no se ha entrado a resolver el tema planteado por inexistencia de datos de hecho que lo consintieran (así, la STS 23/02/96 -rco 2543/95 -); o bien se accedió a la pretensión, no por aplicación de la cláusula « rebus sic stantibus », sino por la desaparición del presupuesto sobre el que se asentaba la mejora de cuya supresión se trataba (caso de la STS 04/07/94 -rco 3103/93 -, que trató la incidencia sobre ILT producida por el RD- ley 5/1992, de 21 /Julio, y la Ley 28/1992, de 24 /Noviembre, desplazando al empresario el abono del subsidio de los días cuarto a decimoquinto). Y la restante casuística jurisprudencial va referida a condiciones más beneficiosas (SSTS 11/03/98 -rcud 2616/97 -, acerca de abono de cuotas por asistencia sanitaria; 08/07/96 -rco 2831/95-, sobre asignación por gastos de desplazamiento y comida; 04/07/94 -rco 3339/93-, sobre complemento de ILT...), cuya unilateral alteración por causas sobrevenidas se rechaza.”(STS 26 de abril de 2007 rec. 84/2006)

¹⁸ STS 14-10-2008, rec. 129/2007; 28-09-2011, rec. 25/2011; 16-01-2013, rec. 1877/2012; 25-03-2013, rec. 1706/2012; 15-04-2013, rec. 1823/2012; 28-05-2013, rec. 1893/2012; y 10 y 11-06-2013, rec. 1857 y 1821/2012.

¹⁹ SAN 16-11-2012, proced. 302/2012; 10-01-2013, proced. 135/2012 y 291/2012; 13-02-2013, rec. 344/2012; 9-05-2013, rec. 95/2013 y 28-06-2013, proced. 202/2013.

²⁰ Sanguinetti Raymond, W.: La inaplicación o descuelgue de convenios colectivos: puntos críticos y posibles respuestas desde la negociación colectiva.

retribuciones pactadas en los mismos se activarían desde su entrada en vigor²¹.

En cualquier caso, la gravedad de la actual crisis económica permite pensar que la adaptabilidad pretendida se orientará decididamente a la negociación a la baja²², que no podrá, en todo caso, aplicar retroactivamente las reducciones salariales²³, aunque nada impedirá una negociación expansiva, cuando se supere la crisis, lo que afectará a la necesaria estabilidad de lo pactado, que podrá alterarse, incluso en la situación actual, en sectores con gran poder de negociación, especialmente en determinados convenios franja de empresas del transporte.

2. LA INAPLICACIÓN DE CONDICIONES PACTADAS EN CONVENIO COLECTIVO

El nuevo art. 82.3 ET mantiene la regla general, según la cual los convenios colectivos estatutarios obligan a todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia. No obstante, excepciona dicha obligación, nuevamente en aras a la adaptabilidad de la empresa, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, siempre que se alcance acuerdo con los representantes legitimados de los trabajadores (art. 87.1 ET), previo período de consultas en los términos del art. 41.4 ET, en cuyo caso la empresa podrá inaplicar las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable, sea este de sector o de empresa y fuere cual fuere el número de trabajadores implicados, que afecten a las siguientes materias:

- a) Jornada de trabajo.
- b) Horario y la distribución del tiempo de trabajo.
- c) Régimen de trabajo a turnos.
- d) Sistema de remuneración y cuantía salarial.
- e) Sistema de trabajo y rendimiento.
- f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el art. 39 de esta Ley.
- g) Mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social, que deberán cumplirse en los términos previstos en el convenio²⁴.

²¹ SAN 6-07-2016, proced. 133/16.

²² Gorelli Hernández, J.: Las nuevas reglas sobre concurrencia de convenios.

²³ SAN 23-06-2016, proced. 144/16.

²⁴ Se reclama que el complemento de las prestaciones por IT, riesgo durante el embarazo y maternidad, incluya las cantidades percibidas en concepto de complementos por guardia, festividad

El art. 82.3 ET incorpora las modificaciones reguladas en el antiguo art. 41.6 ET, tratándose de un listado tasado²⁵, que no puede interpretarse extensivamente²⁶, aunque se ha interpretado así por la jurisprudencia de modo puntual²⁷. Añade las mejoras voluntarias, no contempladas en la regulación precedente, con la finalidad de combatir el absentismo laboral²⁸, aunque su inclusión supondrá también un grave problema de seguridad jurídica para las mejoras voluntarias ya causadas por sus beneficiarios, cuyo ejercicio supere los plazos de vigencia del convenio²⁹ y subraya la cuantía salarial para integrar precisamente el descuelgue del régimen salarial, contenido en el anterior 82.3 ET, que ahora podrá producirse también en los convenios de empresa o ámbito inferior, a diferencia de la regulación anterior³⁰, con lo que se despoja a los convenios sectoriales la potestad de regular su inaplicación, como sucedía con anterioridad a la reforma³¹, lo que incentivará el dumping social. La inclusión de la cuantía salarial constituye una novedad muy importante, tanto en las modificaciones sustanciales (art. 41 ET), como en el procedimiento de inaplicación de convenio, porque la jurisprudencia había descartado, que la cuantía salarial constituyera una condición salarial susceptible de modificación sustancial, aunque el listado, contenido en el art. 41.1. ET, no está tasado³², si bien será requisito constitutivo, para modificar condiciones convencionales, seguir el procedimiento de

y rodaje, se estima dicha pretensión, porque así lo dispone expresamente el convenio colectivo (SAN 23-09-2016, proced. 202/16, ROJ: SAN 3456/2016).

²⁵ Mercader Uguina, obra citada.

²⁶ Impugnada resolución de la CCNCC por la empresa, quien pretendía retrasar el abono de la paga de Navidad, así como el fraccionamiento de las nóminas mensuales en dos parte, así como el desplazamiento de su abono, se desestima dicha impugnación, porque no hay posibilidad descuelgue o inaplicación en aquellas materias retributivas distintas del sistema de remuneración y cuantía salarial, pues son las únicas a las que se refiere expresamente le norma, en tanto que el sistema de remuneración, son los criterios o reglas que fijan los distintos conceptos retributivos o la estructura salarial y la manera de percibir los mismos, pero nunca se refieren a la fecha de pago por la prestación del trabajo, pues en otro caso el legislador habría optado por referir “la fecha de pago del salario y de los demás conceptos retributivo (SAN 4-04-2017, proced. 46/17, ROJ: SAN 1178/2017).

²⁷ Considera que la inaplicación del régimen de vacaciones, contenida en un convenio colectivo, puede producirse por el procedimiento de descuelgue, regulado en el art. 82.3 ET, porque las vacaciones están implícitas en la regulación de la jornada. Entiende, por otra parte, que ha habido período de consultas, que el acuerdo se suscribió por la mayoría de los representantes de los trabajadores y que despliega presunción de concurrencia de causas, que no se destruyó de contrario (STS 27-05-2013, rec. 90/2012).

²⁸ TS 26-12-2011, rec. 66/2011.

²⁹ Gala Durán, C.: Las mejoras voluntarias en la negociación colectiva actual (Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales).

³⁰ SAN 24-06-2009, proce. 74/2009.

³¹ Sanguinetti Raymond, W.: La inaplicación parcial o descuelgue de convenios: puntos críticos y posibles respuestas desde la autonomía colectiva.

³² STS 12-06-2013, rec. 103/2012, revoca SAN 23-04-2012.

inaplicación³³. La integración de los supuestos, contemplados en el art. 41.6 ET, en el art. 82.3 comporta que todo el régimen de descuelgue haya pasado a ser imperativo, de manera que, si las modificaciones del régimen convencional perjudican a los trabajadores, no podrán, como sucedía anteriormente solicitar la extinción indemnizada de sus contratos de trabajo³⁴. Tampoco será viable su impugnación individual por el procedimiento del art. 138 LRJS, por cuanto el art. 82.3 ET no se contempla en dicha norma.

Como vemos, se trata de las materias nucleares de la negociación colectiva, cuya modificación vaciará de contenido lo pactado colectivamente, sea cual fuere su ámbito, ya que la regulación precedente solo permitía el descuelgue del régimen salarial de convenios de ámbito superior a la empresa, mientras que ahora podrá realizarse también en los convenios de empresa o de ámbito inferior a la empresa. Es cierto que su ejecución deberá realizarse mediante la negociación colectiva³⁵, pero no es menos cierto que dicha negociación se producirá con unas garantías de muy bajo nivel, cuando el descuelgue se negocie con las “comisiones ad hoc”, reguladas en el art. 41.4 ET, compuestas por representantes atípicos de los trabajadores, que no gozarán, siquiera, del régimen de garantías de los demás representantes de los trabajadores, siendo llamativo que las “comisiones ad hoc” no puedan negociar el convenio colectivo, pero sí su inaplicación en materias nucleares, así como la regulación de las nuevas condiciones de trabajo hasta que concluya su vigencia³⁶.

Negociación condicionada también, porque estará extremadamente afectada por el riesgo de utilización de medidas de flexibilidad externa por la empresa, como alternativa a la conclusión del período de consultas sin acuerdo, ya que la frontera de las causas, para aplicar una u otra opción, es extremadamente leve, al haber omitido por el legislador algún criterio de intensidad, eludiendo, incluso, los criterios finalistas existentes en la regulación precedente. Por esas razones, se ha entendido que el descuelgue de condiciones de convenio es, en la práctica, la última frontera entre la flexibilidad interna y la externa³⁷.

La empresa no puede modificar unilateralmente las tablas salariales del convenio sectorial, cuando se ha alcanzado acuerdo de mediación, en el que se comprometió a no hacerlo³⁸. No cabe tampoco que la empresa modifique el ré-

³³ STS 2-02-2015, rec. 81/15, confirma SAN 31-10-2014).

³⁴ BLASCO PELLICER, obra citada.

³⁵ Jesús Mercader Uguina: La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012

³⁶ STS 6-06-2017 y STSJ Galicia 9-06-2014, rec. 1465/2014

³⁷ Jesús Mercader Uguina: La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: La reforma de la Ley 3/2012, Lex Nova.

³⁸ STS 2-02-2016, rec. 81/15, confirma SAN 31-10-2014.

gimen de jornada, pactado en acuerdo de mediación, puesto que dicho acuerdo tiene valor de convenio colectivo³⁹. - Se ha descartado que la empresa pueda imponer, mediante acuerdos individuales en masa, el trabajo en sábados, prohibido por el convenio, con base a que se liberalizó administrativamente el horario, ya que debió seguirse el procedimiento de inaplicación del convenio⁴⁰, o imponer un calendario laboral, cuando el convenio preveía su negociación con la RLT⁴¹ y también la modificación de jornada y salario convenio por el procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo⁴², ni modificar jornada y horario, pactado en convenio colectivo, sin seguir los trámites mencionados⁴³. No cabe modificar unilateralmente el sistema de dietas, pactado en convenio colectivo, debiendo seguirse el procedimiento de inaplicación del convenio⁴⁴, ni cabe tampoco modificar las funciones del grupo de especialistas, establecida en convenio colectivo, sin seguir el trámite del art. 82.3 ET⁴⁵. Tampoco suprimir en empresa pública la mejora de prestación de IT, pactada en convenio, si no se acredita que su mantenimiento supera los límites presupuestarios⁴⁶. No obstante, se ha admitido la supresión de antigüedad, a cambio de la promoción de empleo fijo, sin seguir los requisitos establecidos para ello en el convenio colectivo, porque se alcanzó un acuerdo de empresa al respecto, que nunca fue impugnado⁴⁷.

2.1. La nueva regulación de las causas

Las causas, que habilitarán la inaplicación del convenio, son iguales a las del despido colectivo (art. 51.1 ET), salvo la reducción de ingresos y ventas, que solo exigirá dos trimestres consecutivos, comparados con los del año precedente, lo que constituye un fuerte incentivo para la consecución de acuerdos, ya que la negativa sindical a suscribir el acuerdo de inaplicación del convenio, cuando concurra causa, cargará de razones a la empresa para desplegar medidas de flexi-

³⁹ STS 2-02-2016, rec. 81/15, confirma SAN 31-10-2014.

⁴⁰ STSJ PV 17-01-2017, rec. 2392/16.

⁴¹ SAN 27-07-2017, proced. 183/17

⁴² STS 30-06-2016, rec. 238/15, Roj: STS 3931/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3931, confirma SAN 16-04-2015.

⁴³ STS 30-06-2016, rec. 238/15, Roj: STS 3931/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3931, confirma SAN 16-04-2015

⁴⁴ STS 29-06-2017, rec. 186/16.

⁴⁵ STS 20-07-2016, rec. 145/15, Roj: STS 3990/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3990, confirma SAN 19-02-2015.

⁴⁶ SAN 22-03-2016, proced. 23/16.

⁴⁷ Se impugna la supresión del complemento de antigüedad, fundada en convenio colectivo, desarrollado por acuerdo de empresa, en los que se transó la antigüedad a cambio de consolidación de empleo fijo y se desestima dicha pretensión, por cuanto la medida deriva de los pactos colectivos antes dichos, que no fueron impugnados nunca (STS 27-06-2017, rec. 164/16).

bilidad externa, habiendo desaparecido los criterios finalistas requeridos por los precedentes arts. 41 y 82.3 ET⁴⁸.

Así pues, se entenderá que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos o ventas, precisándose, en todo caso, que la disminución es persistente si se produce durante dos trimestres consecutivos, comparados con los del año precedente. Se ha interpretado razonablemente que, si se producen modificaciones por reducción de ingresos o ventas durante dos trimestres consecutivos, no se podrán acumular las del trimestre siguiente para extinguir por la misma causa, salvo que se pruebe cualificadamente por el empresario la imposibilidad de mantener el empleo⁴⁹, aunque la indemnización no podría calcularse conforme al salario reducido, porque constituiría abuso de derecho⁵⁰. Se ha entendido, en todo caso, que la acreditación de pérdidas previsibles obligará a una prueba exigente⁵¹, debiendo resaltarse, en última instancia, que la ley se refiere a ingresos o ventas ordinarios, lo que descarta su comparación con ingresos o ventas extraordinarios⁵². Así, se han admitido la concurrencia de la causa en casos en los que se ha perdido al cliente principal⁵³, puesto que dicha circunstancia provocará necesariamente reducción de ingresos y consiguientemente pérdidas, cuando la estructura de la empresa pivotaba esencialmente para atender a sus necesidades⁵⁴, así como en supuestos, en los que el concurso de la empresa principal provocará inevitablemente pérdidas a sus proveedores o empresas auxiliares⁵⁵, aunque parece claro que el pronóstico de pérdidas constituye una medida preventiva, frente a las pérdidas actualizadas o la disminución persistente de ingresos y ventas, en las que el despido será una medida más reactiva.

Concurrirán causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando

⁴⁸ STSJ Valladolid 7-03-2012, rec. 168/2012, donde se autoriza la extinción del contrato de una trabajadora, a quien se ofertó previamente la reducción de jornada, ante los desajustes presupuestarios de la entidad.

⁴⁹ Goerlich Peset, J.M.: La extinción del contrato de trabajo en el RDL 3/2012: la culminación de una larga evolución. Lex Nova.

⁵⁰ TSJ Cataluña 27-07-2011, rec.245/2011.

⁵¹ Cuando se alegan pérdidas previsibles, deberán acreditarse indicios sólidos de que van a producirse, no concurriendo si la empresa tuvo beneficios en 2011 y la previsión negativa se apoya únicamente en un trimestre (STSJ Rioja 27-02-2012, rec. 18/2012) y SAN 15-07-2014, rec. 119/2014.

⁵² Jesús Mercader Uguina, obra citada.

⁵³ SAN 18-12-2012, proced. 257/2012.

⁵⁴ SAN 26-10-2015, proced. 232/2015.

⁵⁵ Aurelio Desdentado, obra citada.

se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. La nueva regulación ya no pivota, como antes, sobre la “crisis de la empresa”, sino que apuesta, sobre todo, por la mejora de su competitividad y productividad, así como por su mejor adaptabilidad a los requerimientos de la demanda⁵⁶. De este modo, se ha admitido la concurrencia de causa productiva, cuando se pierde al cliente, que generaba el 80% de la actividad de la empresa⁵⁷.

Aunque la norma no menciona la intensidad de la causa, se ha defendido con razón, que esta no se puede exigir la misma entidad para la inaplicación de convenio que para los despidos⁵⁸, puesto que los intereses en juego no son los mismos cuando la decisión empresarial supone la pérdida del empleo («flexibilidad externa» o «adaptación de la plantilla») que cuando significa un mero cambio en el modo o en las circunstancias de ejecución del trabajo («flexibilidad interna» o «adaptación de condiciones de trabajo»). La distinta valoración o ponderación de estos intereses explica que la facultad de gestionar con flexibilidad interna la organización del trabajo, que es manifestación de la «libertad de empresa» y de la «defensa de la productividad» reconocidas en el art. 38 de la Constitución, se atribuya al empresario con márgenes más holgados que la facultad de flexibilidad externa o de «reestructuración de la plantilla», la cual ha de encontrar un punto adecuado de equilibrio entre la «libertad de empresa» y el «derecho al trabajo» de los trabajadores despedidos reconocido en el art. 35 del propio texto constitucional⁵⁹.

En cualquier caso, el empresario deberá informar y razonar suficientemente la concurrencia de la causa en relación con el funcionamiento de la empresa, porque dicha información es el requisito constitutivo para que el período de consultas pueda alcanzar buen fin⁶⁰, lo que no sería posible si el empleador se limita a demostrar la concurrencia de causas⁶¹. Así lo dispone el art. 4 del Convenio 158 de la OIT⁶², que exige dos requisitos: *concurrencia de causa justificada y que esté relacionada, entre otras, con el funcionamiento de la empresa*. La jurisprudencia más reciente ha establecido que corresponde controlar al poder judicial, sin que

⁵⁶ Martín Valverde, A.: El control judicial del despido colectivo.

⁵⁷ SAN 24-10-2016, proced. 231/16, ROJ: SAN 3898/2016

⁵⁸ Goerlich Peset, obra citada.

⁵⁹ TS 17-05-2005, rec. 2363/2004.

⁶⁰ TS 30-06-2011, rec. 173/2010.

⁶¹ STJCE 10-09-2009, TJCE 2009\263.

⁶² No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la Empresa, establecimiento o servicio.

ello comporte la sustitución del empresario o la aplicación de criterios de oportunidad, si la intensidad de las causas se adecua razonable y proporcionalmente a las medidas tomadas⁶³, o en supuestos de reducción de la contrata, que reduce sustancialmente la actividad de la empresa⁶⁴.

La jurisprudencia, por todas TS 2-03-2009, RJ 2009\1719 y 16-05-2011, ROJ 3647/2011, ha mantenido que no es la crisis empresarial sino la mejora de la situación de la empresa la vara de medir o punto de referencia de la justificación de las razones o causas en que se ha de apoyar la decisión empresarial modificativa, lo cual permite concluir que el nivel de exigencia probatoria de las inaplicaciones del convenio y las modificaciones sustanciales será sustancialmente inferior a las extinciones por causas económicas, técnicas, organizativas o de producción⁶⁵.

La exigencia de probar las razones económicas, técnicas, organizativas o de producción y su relación con la competitividad, la productividad u organización técnica del trabajo en la empresa, introducida por la ley 3/2012 en la nueva versión del art. 41 ET, revela que no existe una discrecionalidad absoluta del empresario, quien deberá acreditar la concurrencia de circunstancias en su empresa, basadas en las causas reiteradas, que afecten a su competitividad, su productividad o su organización del trabajo, que justifiquen razonablemente las modificaciones propuestas, puesto que las modificaciones tienen por finalidad promocionar una mejora en la competitividad y en la productividad de la empresa, así como en la mejor organización de sus sistemas de trabajo⁶⁶. Con más razón, los presupuestos, para la inaplicación del convenio, son los siguientes: Acreditar la concurrencia de las causas y demostrar la adecuación entre su intensidad y las medidas propuestas, lo que se relacionará normalmente con la competitividad, productividad y adaptabilidad de la empresa a las exigencias del mercado y los requerimientos de la demanda.

⁶³ La Sala desarrolla una rica doctrina sobre la interrelación entre causas y medidas tomadas, subrayando que el control judicial pasa, sin que ello signifique control de oportunidad o exigencia de optimización de la medida a la empresa, por acreditar la idoneidad y razonabilidad de la medida, advirtiendo que en el supuesto debatido concurren causas y se adecuan a la medida, pero descarta que pueda tratarse de una medida abierta y sin límite para el empleador (STS 27-01-2014, rec. 100/2013, confirma SAN 22-11-2012).

⁶⁴ SSTs de 16 de julio de 2014 -Rec. 1777/2013-, de 17 de septiembre de 2014 -Rec. 2069/2013-, de 3 de marzo de 2015 -Rec. 1070/2014- y de 10 de enero de 2017 -rcud. 1077/2015-). Existencia de acuerdo durante el período de consultas que fue suscrito por amplia mayoría de los integrantes de la comisión negociadora en representación de los trabajadores (11 de los 13 miembros). -La reducción salarial durante 24 meses es una medida coyuntural que aminoró los efectos del despido (6-04-2017, rec. 3566/15, Roj: STS 1759/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1759).

⁶⁵ SAN 28-05-2012, proce. 81/2012.

⁶⁶ SAN 28-05-2012, proce. 81/2012.

Así se deduce de los arts. 22.3 y 24.3 RD 1362/2012, de 27 de diciembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, que dicen textualmente lo siguiente:

“22.3: Cuando se aprecie la concurrencia de las causas, la Comisión deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. La decisión podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, la Comisión se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo”.

“24.4: Cuando aprecie la concurrencia de las causas, el árbitro deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. El laudo podrá aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad. Asimismo, el árbitro se pronunciará sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo”.

Así pues, la resolución habrá de ser motivada y deberá resolver la discrepancia sobre la inaplicación del convenio, pronunciándose, en primer lugar, sobre la concurrencia de las causas, alegadas por la empresa. Cuando no concurren las causas, deberá manifestarlo así, en cuyo caso denegará la aplicación de la medida. Por el contrario, de concurrir la causa, la Comisión deberá pronunciarse sobre la pretensión de inaplicación de las condiciones de trabajo, para lo cual valorará su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. Podrá también aceptar la pretensión de inaplicación en sus propios términos o proponer la inaplicación de las mismas condiciones de trabajo en distinto grado de intensidad, pronunciándose, en todo caso, sobre la duración del periodo de inaplicación de las condiciones de trabajo. Parece claro, por tanto, que el precepto examinado no contempla la autorización mecánica de la medida, cuando concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, por parte de la Comisión, quien deberá valorar obligatoriamente la adecuación de la medida y sus efectos sobre los trabajadores afectados en relación con las causas acreditadas⁶⁷.

El control de la adecuación de la medida a las causas acreditadas, así como los efectos sobre los trabajadores, introducido por el RD 1362/2012, ha sido con-

⁶⁷SAN 28-01-2013, proced. 316/2012.

siderado “ultra vires” por algún sector de la doctrina científica⁶⁸, aunque no así desde otros sectores⁶⁹ quienes, refiriéndose a los despidos colectivos, defienden que los despidos se justifican en la medida que hacen frente a una necesidad de amortizar puestos de trabajo, habiéndose seguido dicho criterio por la doctrina judicial⁷⁰. Otros sectores de la doctrina judicial⁷¹ han defendido la desaparición de la conexión de funcionalidad, porque ya no se contienen las regulaciones previas en el art. 51 ET. Lo que sucede es que la nueva regulación del art. 51.1 ET no ha liquidado la conexión de funcionalidad entre la causas económica o productiva y las extinciones contractuales, sino que ha modificado su formulación, que ya no exigirá contribuir a la consecución de objetivos futuros, como preservar o favorecer la posición competitiva de la empresa, o prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación de la misma a través de una más adecuada organización de los recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de la demanda, pero si acreditar que el contrato ha perdido su eficiencia económica para la empresa⁷², o lo que es igual, que ha perdido su objeto y su causa⁷³. La pérdida de la eficacia económica del contrato, debida a la concurrencia de causas objetivas, es compartida también por otros sectores de la doctrina⁷⁴, quienes defienden que no solo debe acreditarse la causa, sino también su adecuación a la medida propuesta, lo que dependerá de la intensidad con la que se manifieste sobre el funcionamiento y competitividad de la empresa⁷⁵. La adecuación de la medida a las causas, así como a su intensidad, ha sido aplicada por la CCNCC y confirmada por la doctrina judicial⁷⁶.

⁶⁸ Mercader Uguina: El impacto de la reforma laboral en la negociación colectiva: problemas prácticos en materia de inaplicación del convenio colectivo, convenios de empresa y ultraactividad.

⁶⁹ Desdentado Bonete: Los despidos económicos tras la reforma de la ley 3/2012. Reflexiones sobre algunos problemas sustantivos y procesales.

⁷⁰ SAN 21-11-2012, proced. 167/2012.

⁷¹ STSJ Madrid 11-06-2012, rec. 22/2012 y TSJ Cantabria 26-09-2012, rec. 2/2012, quienes defienden que ha desaparecido la relación de funcionalidad, por cuanto la norma no exige ya que la medida contribuya a mejorar la viabilidad empresarial o la pervivencia del empleo.

⁷² SAN 11-03-2013, proced. 381/2012 y SAN 26-04-2013, proced. 29/2013

⁷³ SAN 18-12-2012, proced. 257/2012.

⁷⁴ Martín Valverde, obra citada.

⁷⁵ Blasco Pellicer: Convenios colectivos...

⁷⁶ Impugnada una decisión de la CCNC, se declara que la decisión de la CCNCC debe pronunciarse no solo sobre las causas económicas alegadas por la empresa, sino que también ha de valorar su adecuación en relación con la causa alegada y sus efectos sobre los trabajadores afectados. La Comisión deberá examinar si concurren las conexiones de funcionalidad, normalidad y proporcionalidad entre la causa acreditada y la medida propuesta por la empresa. En el supuesto examinado se declara que la empresa no puede aplicar la medida que se solicita puesto que menos de dos meses antes se tomaron otras amparadas también en causas económicas y productivas, no habiéndose probado por la empresa que hayan surgido situaciones extraordinarias, que justificaran una nueva modificación en un plazo tan breve (SAN 28-01-2013, proced.316/2012).

Así pues, de concurrir las causas, deberá probarse que las medidas tomadas se adecuan a la intensidad de las causas, entendiéndose por adecuación la acomodación al fin propuesto, consistente en promocionar la adaptabilidad de las empresas, que no se produciría si el mantenimiento de las condiciones convencionales comporta una merma de competitividad y productividad, que provoca una incidencia relevante de la utilidad económica de los contratos afectados, aunque no tanta como para justificar su extinción. Si no fuera así, si el empresario, solo tuviera que acreditar la concurrencia de causas, sin necesidad de demostrar la adecuación entre la medida y la intensidad de la causa, no habría razón para exigirle, de conformidad con lo dispuesto en el art. 20.k RD 1362/2012 que identifique el número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por la inaplicación de condiciones de trabajo del convenio colectivo en vigor, exigiéndose, a continuación que, si afecta a más de un centro de trabajo esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, por provincia y comunidad autónoma. Del mismo modo, si las suspensiones del contrato, las reducciones de jornada o las extinciones de contratos colectivos, reguladas en los arts. 47 y 51 ET, no tuvieran que demostrar la relación de adecuación entre la medida y la intensidad de las causas, no habría ninguna razón para que tuvieran que precisar número y clasificación profesional de los trabajadores afectados, así como criterios de selección, puesto que la mera concurrencia de las causas, daría vía libre al empresario para tomar la medida que considere oportuna.

La doctrina constitucional ha avalado la tesis expuesta, al subrayar la necesidad de que la medida impugnada resulte razonable y proporcionada. Para efectuar este enjuiciamiento es necesario atender al régimen jurídico que acompaña la cuestionada decisión o arbitraje del art. 82.3 ET, cuyo análisis permite apreciar los límites, circunstancias y garantías a que queda ligada su aplicación. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que la posibilidad de inaplicación de las condiciones de trabajo previstas en convenio colectivo, que constituye el objeto de la intervención decisoria o arbitral controvertida, está sujeta a límites causales; únicamente se autoriza cuando en la empresa concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, en los términos definidos por el propio precepto legal. Se trata de supuestos en que o bien los resultados empresariales reflejan una situación económica negativa (pérdidas, disminución persistente de ingresos ordinarios o ventas...), o bien se producen cambios en los medios o instrumentos de producción, en los sistemas y métodos de trabajo del personal, el modo de organizar la producción, o en la demanda de los productos y servicios que la empresa pretende colocar en el mercado. La aplicación de la medida controvertida requiere, por tanto, la presencia de las circunstancias justificativas indicadas, todas ellas estrechamente vinculadas a la viabilidad y competitividad de la entidad empresarial, destacando finalmente que la decisión de la CCNCC está

sometida a control judicial, correspondiendo a los órganos judiciales comprobar si la medida se acomoda razonable y proporcionadamente a las causas en las que se fundamenta⁷⁷.

2.2. El procedimiento de inaplicación del convenio colectivo

Es requisito constitutivo, para inaplicar las condiciones de trabajo, listadas en el art. 82.3 ET, es alcanzar acuerdo con los representantes de los trabajadores que ostenten la legitimación del art. 87.1 ET, salvo en los convenios de grupos de empresas o empresas en red, en los que la legitimación debería corresponder a los sujetos contemplados en el art. 87.2 ET. La regulación de los procedimientos de flexibilidad interna y externa, regulados en el ET ha sido modificada sustancialmente por el art. 9 del RDL 11/2013, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico social, puesto que ha unificado la composición de la comisión negociadora, prevista en los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3 ET, en los mismos términos previstos en el art. 41.4 ET, introduciendo una novedad muy positiva, que facilitará la negociación en el período de consultas, según la cual la comisión negociadora deberá estar conformada antes de iniciar el período de consultas, aunque si no sucediera así y no se constituyera en el plazo de 7 días, cuando todos los centros de trabajo afectados por la medida tengan representantes de los trabajadores, o de 15 días, cuando alguno de ellos no los tenga, no impedirá el inicio y transcurso del periodo de consultas, y su constitución con posterioridad al inicio del mismo no comportará, en ningún caso, la ampliación de su duración, salvo que las partes acuerden libremente su prolongación, puesto que el plazo máximo, contemplado en el art. 41.4 ET, extendido al procedimiento del art. 82.3 ET, significa que ninguna de las partes puede exigir a la otra que continúe negociando después de superar el plazo, pero nada impide que ambas partes continúen negociando de común acuerdo⁷⁸.

La norma apuesta de modo decidido por la representatividad de la comisión en los centros de trabajo afectados, que ya no dependerá de la representatividad de los representantes de los trabajadores en la empresa, sino en el centro o centros de trabajo afectados por la medida, por cuanto la negociación del período de consultas se va a desplazar de la empresa a los centros de trabajo afectados, aunque la negociación será conjunta, sin que quepa parcializarla centro a centro, como permitía el Reglamento procedente sin fundamento legal claro⁷⁹. Dicha elección comporta que quienes negociaron el convenio colectivo, cuya inaplicación se pretende, podrían no ser representativos para negociar su inaplicación. En efecto, si las secciones sindicales mayoritarias en la empresa que negociaron el convenio

⁷⁷ STCo. 119/14, de 16-07-2014.

⁷⁸ SAN 13-03-2013, proced. 43/2013 y 19-09-2013, proced. 223/2013.

⁷⁹ CASAS, M.E.: La huida del derecho del trabajo hacia el emprendimiento...

decidieran negociar el período de consultas, deberán acreditar que ostentan la representación mayoritaria en los comités de empresa o entre los delegados de personal de los centros de trabajo afectados, en cuyo caso representarán a todos los trabajadores de los centros afectados, sin que quepa negociar individualmente con los trabajadores afectados, pretiriéndose a sindicatos legitimados para negociar la inaplicación del convenio⁸⁰. Por el contrario, cuando no fuere así, ya no estarán legitimadas para negociar el período de consultas, perdiendo la primacía que les proporcionaba la regulación precedente, si bien cabría, en principio, otra interpretación, según la cual la mayoría exigida afectaría únicamente a los centros con representantes legales de los trabajadores, aunque estén afectados centros de trabajo, que no los tengan, pero dicha alternativa es poco concordante con el nuevo modelo, propuesto por la reforma, que busca garantizar la representatividad entre todos los trabajadores afectados.

Más compleja, si cabe, será la constitución de la comisión negociadora en los períodos de consulta, que pretenden promover un despido colectivo, así como otras medidas de flexibilidad interna, entre las que podría incluirse la inaplicación de convenio, cuando se trate de empresas complejas, a las que se apliquen diversos convenios. En dichos supuestos habrá que despejar si la comisión representativa para negociar el despido colectivo puede negociar también la inaplicación de convenios diferentes en los centros de trabajo afectados, o es necesario constituir tantas comisiones como centros afectados para tratar sobre la inaplicación del convenio, porque si se opta por la primera solución, decidirá una mayoría de representantes, que podría ser minoritaria en el ámbito del centro afectado por la inaplicación del convenio y si se optara por la segunda, la reducción de despidos, que es el bien jurídico protegido principalmente y su sustitución por medidas de flexibilidad interna, quedaría al arbitrio de comisiones minoritarias en el ámbito del despido, por lo que primará probablemente la negociación globalizada del despido y las medidas de acompañamiento, porque la negación del despido y su sustitución por medidas de flexibilidad interna, entre las que se encuentra la inaplicación de convenio, es el objetivo del período de consultas, a tenor con lo dispuesto en el art. 2.2 Directiva 1998/59/CE, en relación con el art. 51.2 ET, así como el art. 8.1.e RD 1483/2012⁸¹.

En dichos supuestos, la legitimación para negociar el período de consultas dependerá de que la medida afecte a un centro o a más de un centro de trabajo, en cuyo caso se conformará del modo siguiente:

Si el procedimiento afecta a un único centro de trabajo, corresponderá al comité de empresa o a los delegados de personal, salvo que las secciones sindica-

⁸⁰ SAN 27-03-2017, proced. 38/17

⁸¹ STS 14-07-2016, rec. 271/15.

les mayoritarias del centro afectado decidan negociar como tales. En el supuesto de que en el centro de trabajo no exista representación legal de los trabajadores, estos podrán optar por atribuir su representación para la negociación del acuerdo, a su elección, a una comisión de un máximo de tres miembros integrada por trabajadores de la propia empresa y elegida por éstos democráticamente o a una comisión de igual número de componentes designados, según su representatividad, por los sindicatos más representativos y representativos del sector al que pertenezca la empresa y que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio colectivo de aplicación a la misma. En el supuesto de que la negociación se realice con la comisión cuyos miembros sean designados por los sindicatos, el empresario podrá atribuir su representación a las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de la organización en la que esté integrado tenga carácter intersectorial o sectorial.

Si el procedimiento afecta a más de un centro de trabajo, la intervención como interlocutores corresponderá: si bien el art. 41.4.b dispone que la legitimación corresponderá en primer lugar, al comité intercentros, siempre que tenga atribuida esa función en el convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación, lo cual significa que, si el comité intercentros fue quien negoció el convenio, estará legitimado para negociar el período de consultas, aunque alguno de los centros de trabajo no participara en su elección, porque no tenía representantes de los trabajadores, lo hace únicamente cuando las secciones sindicales mayoritarias en los centros afectados hayan decidido no negociar como tales. La legitimación absoluta del comité intercentros para negociar estos procedimientos, aunque alguno de los centros afectados no tengan representantes, puede comportar, en la práctica, que esos centros no se consideren debidamente representados.

En otro caso, a una comisión representativa que se constituirá de acuerdo con las siguientes reglas:

1ª Si todos los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuentan con representantes legales de los trabajadores, la comisión estará integrada por estos, en cuyo caso se ha defendido la necesidad de convocar a todos ellos, aun cuando algunos hubieren cesado en la empresa, por cuanto debieron ser sustituidos automáticamente⁸², lo cual parece discutible, porque el representante pierde tal condición cuando ha extinguido su contrato de trabajo.

2ª Si alguno de los centros de trabajo afectados cuenta con representantes legales de los trabajadores y otros no, la comisión estará integrada únicamente por representantes legales de los trabajadores de los centros que cuenten con dichos

⁸² STSJ País Vasco 10-12-2013, rec. 45/2013.

representantes. Y ello salvo que los trabajadores de los centros que no cuenten con representantes legales opten por designar la comisión a que se refiere el párrafo a), en cuyo caso la comisión representativa estará integrada conjuntamente por representantes legales de los trabajadores y por miembros de las comisiones previstas en dicho párrafo, en proporción al número de trabajadores que representen, lo que habilita las denominadas comisiones híbridas, ya admitidas por la doctrina judicial en la regulación precedente, siempre que se pactará entre la empresa y los representantes de los trabajadores y se respetara el principio de proporcionalidad⁸³. No es posible constituir comisiones híbridas, compuestas por secciones sindicales, representantes unitarios y comisiones ad hoc⁸⁴, aunque la jurisprudencia⁸⁵, ha admitido, de manera aislada, con la regulación anterior una comisión híbrida, compuesta por dos secciones sindicales, cuya representatividad no se acreditó, un miembro de una Federación sindical y dos comités de empresa, quienes no alcanzaron acuerdo. Parece claro, a la vista de la redacción del precepto –que contempla la opción de los trabajadores “por designar la comisión a que se refiere el párrafo a)- si también pueden los trabajadores optar por una comisión de carácter sindical. Nada lo impide, sin embargo, pues el párrafo a) contempla ambas comisiones, la elegida por los propios trabajadores y la designada por los sindicatos mas representativos y representativos, lo que viene a reconocer el propio precepto al referirse después, en plural, a “las comisiones previstas en dicho párrafo”⁸⁶.

En el supuesto de que uno o varios centros de trabajo afectados por el procedimiento que no cuenten con representantes legales de los trabajadores opten por no designar la comisión del párrafo a), se asignará su representación a los representantes legales de los trabajadores de los centros de trabajo afectados que cuenten con ellos, en proporción al número de trabajadores que representen. Dicha medida constituye una aportación positiva, puesto que ni no se produce la elección de la comisión ad hoc en el plazo establecido, no se bloquearía la constitución de la comisión con las consecuencias ya descritas, sino que se asignaría la representatividad de los centros de trabajo en los términos descritos.

3ª Si ninguno de los centros de trabajo afectados por el procedimiento cuenta con representantes legales de los trabajadores, la comisión representativa esta-

⁸³ SAN 28-09-2012, proced. 151/2012; 16-11-2012, proced. 197/2012; 20-02-2013, proced. 357/2012; 1-04-2013, proced. 17/2013; 22-04-2013, proced. 73/2013; 22-04-2013, proced. 82/2013; 13-06-2013, proced. 105/2012; 24-07-2013, proced. 14472012 y 30-07-2013, proced. 154/2013.

⁸⁴ SAN 26-04-2013, proced. 76/2013 y STS 15-04-2014, rec. 127/2013, confirma SAN 4-10-2012.

⁸⁵ STS 1-04-2014, rec. 95/2013.

⁸⁶ Casas, M.E., La huida del derecho del trabajo...

rá integrada por quienes sean elegidos por y entre los miembros de las comisiones designadas en los centros de trabajo afectados conforme a lo dispuesto en el párrafo a), en proporción al número de trabajadores que representen. En todos los supuestos contemplados en este apartado, si como resultado de la aplicación de las reglas indicadas anteriormente el número inicial de representantes fuese superior a trece, estos elegirán por y entre ellos a un máximo de trece, en proporción al número de trabajadores que representen.

Las comisiones ad hoc constituyen, sin duda, el punto débil del procedimiento de inaplicación por la indefinición del régimen de elección, así como por la falta de garantías de sus miembros, lo que las hará más vulnerables a las presiones empresariales, lo que aconseja promover regulaciones de ambos aspectos en la propia negociación colectiva⁸⁷

La nueva composición de la comisión negociadora provocará problemas a la hora de determinar con precisión la representatividad, que ya no se mide por el número de representantes, sino por el número de trabajadores afectados que representen, lo que sucederá especialmente cuando concurren representantes de los trabajadores y comisiones ad hoc⁸⁸. Conviene precisar que el empresario no está legitimado para elegir a sus interlocutores durante el período de consultas, puesto que su obligación concluye con la notificación fehaciente a los sujetos legitimados para negociar, quienes se convierten, de este modo, en los únicos responsables de la debida constitución de la comisión negociadora, de manera que, si se constituyera con la concurrencia de algún vicio grave, la consecuencia sería la nulidad del acuerdo producido.

Se ha descartado la viabilidad de promover la inaplicación de todos los convenios colectivos provinciales aplicables a la empresa en cada provincia, mediante una negociación con una comisión representativa de todos los centros de trabajo, debiendo negociarse con los representantes de los trabajadores a quienes se aplicaba cada convenio provincial⁸⁹.

Como vemos, el legislador ha desaprovechado la oportunidad de viabilizar la constitución de la comisión negociadora en el grupo de empresas, lo que hubiera despejado múltiples conflictos para los tribunales, quienes han mantenido, con apoyo doctrinal en este supuesto⁹⁰, que no cabe inaplicar el convenio en el grupo de empresas como tal, lo que no deja de ser llamativo, puesto que el art. 87.1 ET viabiliza el convenio de grupo de empresas, en cuyo caso la legitimación

⁸⁷ Sanguinetti Raymon, obra citada.

⁸⁸ Casas, M.E., *La huida del derecho del trabajo...*

⁸⁹ SAN 25-09-2014, proced. 187/2014.

⁹⁰ Mercader Uguina, obra citada.

para negociarlos se ajustará a lo dispuesto en su apartado segundo. Así pues, cada una de las empresas, integradas en el grupo de empresas mercantil, tendrá que descolgarse por sí misma⁹¹, sin que quepa propiamente constituir una comisión representativa del grupo como tal⁹², por cuanto cada empresa del grupo mercantil responde como tal, sin que quepa extender sus responsabilidades a las demás empresas del grupo⁹³, aunque nada impediría, en principio, una negociación marco a nivel de grupo de empresas, siempre que la decisión se remita a comisiones negociadoras a nivel de cada una de las empresas, que deberán asegurar una composición ajustada a las reglas precedentes.

Distinta solución habría que dar a los grupos de empresa laborales, en cuyo caso sí habría de negociarse con los representantes de todas las empresas del grupo⁹⁴, por cuanto todas ellas ostentan realmente la condición de empleadoras⁹⁵. La comisión negociadora debería elegirse de conformidad con lo dispuesto en el art. 41.4 ET, sin que el número de componentes, repartido con arreglo a su representatividad, pueda superar el número de trece miembros.

En cualquier caso, es presupuesto, para seguir obligatoriamente el procedimiento antes dicho, que se pretenda inaplicar un convenio colectivo estatutario, puesto que si se pretende inaplicar un acuerdo de empresa, aun cuando su eficacia se haya generalizado, es el previsto en el art. 41.4 ET⁹⁶. Consiguientemente, si la jornada, que se pretende reducir, está pactada en convenio vigente, debe seguirse el procedimiento de inaplicación del convenio y no el de modificación sustancial de condiciones de trabajo⁹⁷. Por el contrario, si no se sigue el procedimiento del art. 82.3 ET, para inaplicar condiciones originadas en convenio colectivo estatutario, la consecuencia podría ser, si se han producido vicios graves en la composición de la comisión negociadora, la nulidad de la medida⁹⁸, lo cual comportaría que, una vez firme la sentencia, debería seguirse el procedimiento de gestión del desacuerdo, regulado en el art. 82.3 ET, puesto que el empresario no puede imponer unilateralmente la inaplicación del convenio estatutario, lo cual supondría

⁹¹ SAN 31-05-2013, proced. 165/2013.

⁹² SAN 18-12-2012, proced. 257/2012.

⁹³ TSJ Murcia 22-10-2012, rec. 896/2011; TSJ Galicia 21-11-2012, rec. 22/2012; SAN 11-03-2013, proced. 381/2012; SAN 20-03-2013, proced. 19/2013; SAN 25-02-2013, proced. 19/2013; SAN 20-03-2013, proced. 219/2012; SAN 4-07-2013, proced. 169/2013

⁹⁴ STS 19-12-2012, rec. 4340/2011; SAN 26-07-2012, proced. 124/2012; SAN 28-09-2012, proced. 152/2012; 18-12-2012, proced. 257/2012; SAN 25-02-2013, proced. 324/2012

⁹⁵ STS 20-03-2013, rec. 81/2012.

⁹⁶ SAN 5-02-2014, proced. 469/2013 y STS 11-02-2014, rec. 2772013, confirma SAN 29-12-2011.

⁹⁷ STS 30-06-2016, rec. 238/15, Roj: STS 3931/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3931, confirma SAN 16-04-2015

⁹⁸ STS 5-11-2013, rec. 66/2013.

quebrar una negociación en la que el empresario no es responsable de la debida conformación de la comisión negociadora. Otra alternativa podría ser validar el acuerdo, por quiebra unilateral de las reglas de buena fe, exigibles a todas las partes, lo cual evitaría ciertas prácticas en las que se constituye indebidamente la comisión negociadora sin reproche alguno, pretendiéndose anular después lo acordado en la misma.

¿Qué documentación debe aportarse por la empresa al período de consultas?

El período de consultas, exigido en los procedimientos de flexibilidad externa o interna, como sucede con la inaplicación de convenios estatutarios, es propiamente una manifestación específica de la negociación colectiva, que debe versar necesariamente, al tratarse de objetivos mínimos, sobre las posibilidades de evitar o reducir las medidas empresariales o atenuar sus consecuencias mediante el recurso a medidas sociales de acompañamiento destinadas, en especial, a la ayuda para la readaptación o la reconversión de los trabajadores despedidos (art. 2.2 Directiva). Así pues, estamos ante una negociación finalista, que obliga por igual a empresarios y a los representantes de los trabajadores, quienes deben procurar alcanzar efectivamente los objetivos propuestos mediante la negociación de buena fe (STJCE 16-07-2009, TJCE 2009\237).

Se trata, por tanto, de una negociación colectiva compleja, que exige al empleador proporcionar a los representantes de los trabajadores toda la información pertinente para que el período de consultas pueda alcanzar sus fines. Se entiende por información pertinente, a tenor con el art. 2.3 Directiva la que permita que los representantes de los trabajadores puedan hacerse cabalmente una composición de lugar, que les permita formular propuestas constructivas en tiempo hábil (STJCE 10-09-2009, TJCE 2009\263). Dicha información no puede eludirse, siquiera, aunque la empresa esté en proceso de liquidación (STJCE 3-03-2011, EDJ 2011/8346). Tampoco es eludible cuando la decisión ha sido tomada por la empresa dominante (art. 2.4 Directiva y art. 51.8 ET), lo cual obligará efectivamente a acreditar que concurre una sociedad dominante, cuya carga probatoria corresponderá a quien lo denuncie (STSJ Cataluña 15-10-2012, proced. 32/2012).

La obligación empresarial de proporcionar información pertinente a los representantes de los trabajadores se cumple, tal y como dispone el art. 64.1 ET, cuando se efectúa la transmisión de los datos necesarios para que la representación de los trabajadores tenga conocimiento preciso de una cuestión determinada y pueda proceder a su examen, sin que los trabajadores puedan imponer la aportación de cualquier documentación, salvo que acrediten su relevancia para la negociación del período de consultas (SAN 1-04-2013, proced. 17/2013 y 4-04-2013, proced. 63/2013). Dicha información habrá de versar necesariamente sobre las

causas, alegadas por el empresario, así como sobre su adecuación a las medidas propuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). Si no se hiciera así, si la información aportada no permitiera alcanzar razonablemente los fines perseguidos por el período de consultas, la consecuencia sería la nulidad de la medida, a tenor con lo dispuesto en el art. 124.11 LRJS (STS 30-06-2011; 18-01-2012; 23-04-2012 y 27-05-2013, rec. 72/2012 y SAN 7-12-2012, proced. 243/2012 y 19-12-2012, proced. 251/2012). Ahora bien, la carga de la prueba de la pertinencia de más documentación, que la exigida legal y reglamentariamente, corresponde a quien la demande⁹⁹.

La doctrina judicial ha extendido a los procedimientos de modificación colectiva e inaplicación de convenios colectivos, la obligación empresarial de aportar a los representantes de los trabajadores la información pertinente, entendiéndose como tal la que permita a dichos representantes hacerse una cabal composición de lugar de la situación de la empresa y estar en condiciones de ofertar alternativas a la misma¹⁰⁰. Así se ha entendido por la jurisprudencia, que considera documentación trascendente la que posibilite la consecución del acuerdo¹⁰¹.

Un factor decisivo, para que la negociación pueda alcanzar sus fines, es que la información pertinente esté a disposición de los representantes de los trabajadores, como prevé el art. 13.1.a Convenio 158 OIT, que establece la obligación del empleador de proporcionar a los representantes de los trabajadores interesados, en tiempo oportuno, la información pertinente, incluidos los motivos de las terminaciones previstas, el número y categorías de los trabajadores que puedan ser afectados por ellas y el período durante el cual habrían de llevarse a cabo dichas terminaciones. Por tiempo oportuno ha de entenderse el que permita que la negociación se desarrolle lo antes posible, como exige el art. 13.1.b Convenio 158 OIT, lo que no se cohonestaría razonablemente con la entrega al inicio del período de consultas, por cuanto ello supondría que no se podrá empezar a negociar desde el primer día, lo que se hace más ininteligible, si cabe, cuando el art. 9 RDL 11/2013 ha anticipado la constitución de la comisión negociadora al inicio del período de consultas con la finalidad de posibilitar una negociación efectiva del mismo.

La documentación pertinente en el período de consultas de los procedimientos de inaplicación de convenios ha de ser necesariamente la misma, que exige el art. 20 RD 1362/2012, para que resuelva la CCNCC, bien como comisión o mediante la designación de un arbitro, puesto que sería ininteligible que el órgano,

⁹⁹ SAN 4-04-2013, proced. 63/2013; 20-05-2013, proced. 108/2013 y 8-09-2013, proced. 234/2012.

¹⁰⁰ SAN 15-02 Y 19-03-2013, proced. 376/2012 y 21/2013.

¹⁰¹ STS 27-05-2013, rec. 78/2012.

a quien se responsabiliza de la resolución de los desacuerdos en los períodos de consultas, dispusiera de más información que los representantes de los trabajadores durante el período de consultas, a quienes corresponde precisamente alcanzar sus fines. Por dicha razón, se ha anulado la medida, porque la empresa no aportó a la comisión negociadora las cuentas provisionales del ejercicio en curso¹⁰².

La documentación, que deberá acompañarse a la solicitud a la CCNCC, conforme dispone el art. 20 del RD 1362/2012, de 27 de septiembre, es la siguiente:

- a) Identificación del solicitante, centros de trabajo afectados y dirección de correo electrónico.
- b) Identificación de los representantes de los trabajadores, incluyendo, en todo caso, nombre, DNI y dirección de correo electrónico a la que se les puedan efectuar comunicaciones.
- c) Acreditación de haberse desarrollado el periodo de consultas y, en su caso, actas de las reuniones celebradas y posición de la otra parte que da lugar a la discrepancia.
- d) En el supuesto de haber sometido la discrepancia a la comisión paritaria del convenio colectivo, acreditación de ello y, en su caso, pronunciamiento de la misma.
- e) En su caso, declaración de no ser aplicable a la parte que insta el procedimiento el Acuerdo Interprofesional de ámbito estatal para la solución efectiva de las discrepancias a que se refiere el art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores.
- f) En el caso de haber sometido la discrepancia al procedimiento a que se refiere el párrafo anterior, acreditación de ello y, en su caso, resultado de la misma.
- g) Identificación del convenio colectivo vigente del que se pretenden inaplicar determinadas condiciones de trabajo, indicando su vigencia temporal.
- h) Documentación relativa a la concurrencia de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción. A tales efectos se tomará como referencia la documentación que sea preceptiva en la comunicación de los despidos colectivos, teniendo en cuenta que cuando las causas económicas alegadas consistan en una disminución persistente del nivel de ingresos o ventas, deberá presentar, además, la documentación que acredite que se ha producido dicha disminución durante los últimos dos trimestres consecutivos.

¹⁰² STS 21-06-2017, rec. 12/2017, confirma SAN 19-06-2016, proced. 265/13.

- i) Relaciones pormenorizadas de las condiciones de trabajo del convenio colectivo que se pretenden inaplicar y su incardinación entre las materias previstas en las letras a) a g) del párrafo segundo del art. 82.3 del Estatuto de los Trabajadores, detallando las nuevas condiciones del trabajo que se quieren aplicar y el período durante el cual se pretenden establecer.
- j) Acreditación de haber entregado a la otra parte de la discrepancia copia de la solicitud presentada a la Comisión, junto con la documentación establecida en este artículo.
- k) Número y clasificación profesional de los trabajadores afectados por la inaplicación de condiciones de trabajo del convenio colectivo en vigor. Cuando afecte a más de un centro de trabajo esta información deberá estar desglosada por centro de trabajo y, en su caso, por provincia y comunidad autónoma.
- l) Conformidad, en su caso, de las partes de la discrepancia sobre el procedimiento para la solución de la misma de entre los establecidos en el art. 16.3 y, de haber optado por la designación de un árbitro, conformidad, en su caso, sobre su nombramiento.
- m) Información sobre la composición de la representación de los trabajadores, así como de la comisión negociadora, especificando si son representación unitaria o representación elegida conforme al art. 41.4 del Estatuto de los Trabajadores.

Parece claro, a mi juicio, que el empresario deberá aportar la misma documentación a los representantes de los trabajadores, salvo aquellos documentos, claro está, que sean consecuencia del propio proceso negociador, por cuanto su aportación a la CCNCC acredita por sí misma, que se trata de documentación pertinente para asegurar que el período de consultas alcance sus fines.

Como vemos, la documentación exigida es la misma que se requiere en los procedimientos de despido colectivo, donde la Disposición Final Cuarta del RDL 11/2013 ha introducido una novedad muy relevante en el art. 4.5 RD 1483/2012, según la cual cuando la empresa promotora del procedimiento forme parte de un grupo de empresas, con obligación de formular cuentas consolidadas cuya sociedad dominante tenga su domicilio en España, deberán acompañarse las cuentas anuales e informe de gestión consolidados de la sociedad dominante del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorias, durante el periodo señalado en el apartado 2, siempre que existan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no existiera obligación de formular cuentas consolidadas, además de la documentación económica de la empresa que inicia el procedimiento a que se ha hecho referencia, deberán

acompañarse las de las demás empresas del grupo debidamente auditadas, en el caso de empresas obligadas a realizar auditorías, siempre que dichas empresas tengan su domicilio social en España, tengan la misma actividad o pertenezcan al mismo sector de actividad y tengan saldos deudores o acreedores con la empresa que inicia el procedimiento. Si no se aporta la documentación citada, la consecuencia será la nulidad de la medida¹⁰³.

Así pues, desde la entrada en vigor de la norma citada, el requisito constitutivo, para aportar las cuentas anuales e informe de gestión consolidados, es que la sociedad dominante esté radicada en España, lo que no se exigía anteriormente, sin que el legislador se haya molestado en explicar qué razones de urgencia concurren para producir una alteración tan importante en la negociación del período de consultas, que redundaría en la pérdida de transparencia sobre la situación de la empresa y que no había producido hasta la fecha ningún tipo de problema, puesto que las empresas dominantes, radicadas en la Unión Europea, cumplían con lo previsto en los arts. 42 y 43 del Código de Comercio. La ausencia absoluta de explicaciones sobre la concurrencia de razones de extraordinaria y urgente necesidad, requeridas por el art. 86.1 CE, podría poner en cuestión la constitucionalidad del precepto.

Por lo demás, el precepto examinado podría vulnerar lo dispuesto en el art. 64.4.a ET, que concede al comité de empresa el derecho a conocer el balance, la cuenta de resultados, la memoria y, en el caso de que la empresa, prevista la forma de sociedad por acciones o participaciones, los demás documentos que se den a conocer a los socios, y en las mismas condiciones que a estos. Dicho derecho debe conectarse con lo dispuesto en el art. 272.2 RDL 1/2010, de 2 de julio, que reconoce a los socios, a partir de la convocatoria de la junta general, el derecho a obtener de la sociedad, de forma inmediata y gratuita, los documentos que han de ser sometidos a la aprobación de la misma, así como en su caso, el informe de gestión y el informe del auditor de cuentas. Ese derecho es extensible a las cuentas consolidadas de los grupos de empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42.5 del C. Comercio, donde se prevé que las cuentas consolidadas y el informe de gestión del grupo habrán de someterse a la aprobación de la junta general de la sociedad obligada a consolidar simultáneamente con las cuentas anuales de esta sociedad. Los socios de las sociedades pertenecientes al grupo podrán obtener de la sociedad obligada a formular las cuentas anuales consolidadas los documentos sometidos a la aprobación de la Junta, así como el informe de gestión del grupo y el informe de los auditores. El depósito de las cuentas consolidadas, del informe de gestión del grupo y del informe de los auditores de cuentas en el Registro Mercantil y la publicación del mismo se efectuarán de conformidad con lo establecido para las cuentas anuales de las sociedades anónimas.

¹⁰³ SAN 4-06-2013, proced. 1/2013.

Parece claro, por tanto, que las cuentas y el informe de gestión consolidados de la empresa dominante del grupo de empresas, salvo que concurran las excepciones del art. 43 C.Co., constituyen un documento pertinente, que facilitará la negociación del período de consultas. Por el contrario, su no aportación, amparada por la norma reglamentaria, podría vulnerar lo dispuesto en los artículos comentados anteriormente, de manera que parece aconsejable su aportación al período de consultas. Por lo demás, como se ha anticipado por la doctrina científica¹⁰⁴ la falta de aportación de las cuentas consolidadas de la empresa matriz, ubicada en la Unión Europea pero fuera de España, podría vulnerar la doctrina comunitaria¹⁰⁵. Si la empresa dominante no está constituida con arreglo al derecho comunitario y está ubicada fuera de la Unión Europea, habrá que estar al derecho aplicable, cuya carga probatoria corresponderá a quien lo alegue, correspondiendo al Tribunal resolver sobre el modo de aplicación, conforme dispone el art. 281.2 LEC¹⁰⁶.

Conviene destacar, en cualquier caso, que el art. 8 RDL 1/2010 aplica el derecho español a las sociedades domiciliadas en España, fuere cual fuere su lugar de constitución, entendiéndose por domicilio, a tenor con lo dispuesto en el art. 9 de la norma antes dicha, el lugar en que se halle el centro de su efectiva administración y dirección, o en el que radique su principal establecimiento o explotación o, en su caso, cuando su principal establecimiento o explotación radique dentro del territorio español deberán tener su domicilio en España, por lo que el legislador español ha optado por el domicilio real frente al domicilio formal.

En cualquier caso, la empresa deberá aportar la documentación complementaria que se solicite por la RLT, siempre que ésta acredite que la misma es pertinente, entendiéndose como tal, aquella que facilita que el período de consultas alcance sus fines¹⁰⁷, siendo necesario, en cualquier caso, solicitarla en el período de consultas¹⁰⁸.

La negociación durante el período de consultas

La segunda fase del período de consultas es propiamente la negociación, que consiste, conforme dispone el art. 64.1 ET, en un intercambio de opiniones y la apertura de un diálogo entre el empresario y los representantes de los trabajadores sobre la propuesta empresarial y las alternativas que permitan evitarla, reducirla o atenuar sus consecuencias.

¹⁰⁴ Casas Bahamonde, La huida del derecho del trabajo...

¹⁰⁵ STJUE de 10 de septiembre de 2009, Akavan, C-44/08.

¹⁰⁶ SAN 1-04-2013, proced. 17/2013.

¹⁰⁷ SAN 10-03-2017, proced. 347/16

¹⁰⁸ STS 23-09-2015, rec. 314/14, confirma SAN 11-02-2014 y STS 20-10-2015, rec. 272/2014.

La negociación deberá ajustarse a las reglas de buena fe, que obliga a ambas partes y comporta su disponibilidad a ser convencidos por los argumentos de la contraparte¹⁰⁹. Habrán de acreditarse propuestas y contrapropuestas (STS 30-06-2011; STSJ Asturias 2-07-2010 y SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). - Si la negociación fue inexistente, limitándose la empresa a exponer su posición, inamovible, de proceder a tramitar el ERE fijando la indemnización mínima legal, se entiende que el despido debe declararse nulo (STSJ Madrid 30-05-2012, rec. 17/2012, confirmada por STS 20-03-2013, rec. 81/2012 y STSJ País Vasco 11-12-2012, proced. 19/2012). La negociación se produce efectivamente, si se acreditan propuestas y contrapropuestas, lo que sucederá normalmente cuando se aceptan parcialmente algunas de las contrapropuestas (SAN 21-11-2012, proced. 167/2012). Así, se ha entendido conforme a derecho pactar un acuerdo marco de ejecución progresiva de la medida (SAN 25-02-2013, proced. 324/2012); si concurre causa, la empresa no está vinculada a compromisos previos de no extinguir contratos (STSJ Madrid 8-02-2013, rec. 73/2012); quiebra la buena fe, cuando la empresa comunica los despidos antes de concluir el período de consultas (SAN 15-10-2012, proced. 162/2012); no vulnera el deber de negociar de buena fe la no aportación de las cuentas anuales de otra empresa, cuando no forma parte del mismo grupo de empresas (STSJ Cataluña 15-10-2012, proced. 32/2012); si la empresa tiene un déficit de tal magnitud, que está obligada a cerrar, no vulnera la buena fe comercial mantener dicha posición a lo largo de la negociación (SAN 20-03-2013, proced. 219/2012); si la empresa acredita que su capacidad productiva es muy superior a la demanda de bienes y servicios justifica la extinción por causas productivas (SAN 4-04-2013, proced. 66/2013).

La nueva composición de la comisión negociadora, representativa únicamente de los centros de trabajo afectados, dificultará, como anticipamos más arriba, las negociaciones transversales, en las que se negocien alternativas a la medida empresarial mediante la búsqueda de soluciones aplicables a la totalidad de los trabajadores de la empresa.

Acuerdo en el período de consultas y su naturaleza jurídica

Si se alcanza acuerdo, lo que obligará a su suscripción por los representantes de los trabajadores que acrediten la mayoría de los trabajadores afectados (art. 28 RD 1483/2012), se presumirá la concurrencia de las causas y solo podrá impugnarse por fraude de ley, dolo, abuso de derecho y coacción en su conclusión¹¹⁰, lo que no significa que no deba concurrir causa¹¹¹, puesto que la concurrencia de

¹⁰⁹ Martín Valverde, obra citada.

¹¹⁰ STSJ Madrid 28-02-2014, proced. 1/2014.

¹¹¹ Voto particular STS 11-05-2004, rec. 95/2003.

causa es el presupuesto de estas modificaciones¹¹², como se ha interpretado por la doctrina científica¹¹³. Debe precisarse que no cabe modificar un convenio colectivo estatutario, que no se ha negociado con arreglo al procedimiento del art. 82.3 ET, aun cuando se haya alcanzado un acuerdo extraestatutario¹¹⁴, si bien se ha admitido la validez de un acuerdo, alcanzado en asamblea de trabajadores, en la que participaron tres sindicatos¹¹⁵.

El acuerdo deroga las condiciones modificadas y deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prologarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa, ni tampoco aplicarse retroactivamente¹¹⁶, así como notificarse a la comisión paritaria del convenio colectivo y a la autoridad laboral, habiéndose entendido que los acuerdos tienen eficacia general y normativa¹¹⁷, si bien será requisito constitutivo para la eficacia normativa su inscripción en el Registro de convenios (art. 2.1.h RD 713/2010), así como su publicación en el Boletín correspondiente¹¹⁸. Como vemos el acuerdo de inaplicación de convenio sucede al convenio y se le reconoce preferencia aplicativa sobre el mismo¹¹⁹.

La jurisprudencia¹²⁰ viene sosteniendo que es requisito constitutivo, para que los convenios sean estatutarios y desplieguen eficacia jurídica normativa y eficacia personal “erga omnes”, que se cumplan todos los requisitos previstos en el Título III ET, siendo también pacífico en la jurisprudencia y en la doctrina judicial, aunque no en la doctrina científica, que los acuerdos extraestatutarios, incluyendo los acuerdos sustitutivos de convenio colectivo, cuya eficacia personal es “erga omnes”¹²¹, no están obligados a respetar el derecho de igualdad¹²², que si se exige a los convenios estatutarios, porque no tienen eficacia jurídica normativa.

Consecuentemente, debe despejarse si los acuerdos de descuelgue, regulados actualmente en el Título III ET, tienen naturaleza jurídica de convenio co-

¹¹² SAN16-01-2012, proce. 62/2012.

¹¹³ Mercader Uguina, obra citada.

¹¹⁴ STSJ Asturias 29-11-2013, rec. 2001/2013.

¹¹⁵ STSJ Madrid 4-11-2013, rec. 619/2013.

¹¹⁶ C y M 28-05-2002, RJ 2002\2750; TSJ Valladolid 13-12-2007, AS 2007\60410; SAN 7-04-2017, proced. 46/17.

¹¹⁷ Mercader Uguina, obra citada.

¹¹⁸ TS 21-05-2009, rec. 100/08.

¹¹⁹ Cruz Villalón.

¹²⁰ TS 4-12-2000, RJ 2001\2055; TS 23-09-2003, RJ 2003\8378; STS de 14-3-05 (RJ 20053191); TS 19-02-2008, ED 25828; TS 24-06-2008, RJ 2008\4234; (TSJ C y M 27-10-05, AS 2005\3192) y TSJ Valladolid 27-03-2006, AS 1521

¹²¹ TS 25-02-08, rec. 29/07, confirma SAN 4-12-06, pro. 133/06

¹²² TS 5-05-06, ROJ 3493/06; TS 3-11-2008, rec. 20/07; TS 11-11-08, rec. 120/07; SAN 31-03-2009, ROJ 1491/2009; TS 23-01-2009, ROJ 863/09 y TS 18-03-2009, rec. 98/07.

lectivo y de ser así, si es obligado su registro y publicación o, por el contrario, aunque no se cumplan dichos requisitos formales, desplegarán efectos jurídicos normativos.

A mi juicio, estos acuerdos deberían considerarse estatutarios, no solamente porque se regulan en el Título III, sino por su propia finalidad modificativa del convenio, ya que sería ininteligible que una herramienta legal, prevista para modificar un convenio colectivo estatutario, fuera extraestatutaria, ya que liquidaría el principio de jerarquía normativa, habiéndose considerado así por sectores de la doctrina¹²³, debiendo tenerse presente, en todo caso, que se negocia con sujetos con legitimación plena, salvo cuando la interlocución corresponda a “comisiones ad hoc”. Su inscripción en el Registro de convenios y acuerdos colectivos es incuestionable, a tenor con lo dispuesto en el art. 2.1.h RD 713/2010, no siendo decisiva, en estos supuestos, su publicación en el BOE, habiéndose entendido por la jurisprudencia, que los acuerdos modificativos, suscritos por la mayoría de los representantes unitarios, constituyen manifestación de la denominada negociación colectiva impropia, despliegan eficacia personal general, pero no normativa¹²⁴ y así se ha defendido por la doctrina judicial¹²⁵.

Debe admitirse, en todo caso, que cuando el legislador quiere dar valor de convenio colectivo a los acuerdos lo hace expresamente (arts. 86.3 y 91.2 ET), lo que no sucede con los acuerdos de descuelgue, como se desprende expresamente del art. 82.3 ET, donde deja claro que los acuerdos alcanzados en la Comisión Paritaria, los que se alcancen mediante procedimientos de mediación o arbitraje, o los que resuelva la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en período de consultas. Se ha viabilizado la inaplicación de convenio, concretamente los incrementos retributivos para el año 2012, aunque ya se hubieran devengado parcialmente, cuando se propone por el mediador y se admite mayoritariamente por los representantes de los trabajadores, porque se encomendó al mediador que resolviera, en el marco de un despido colectivo, sobre la citada inaplicación convencional, entendiéndose, que la aplicación retroactiva es admisible, porque estaba en juego un valor superior, que era el mantenimiento de puestos de trabajo, lo que se logró mediante esta medida¹²⁶. En cualquier caso, si se pretende inaplicar lo pactado en acuerdo, alcanzado ante el SIMA en procedimiento de mediación y publicado en el BOE, el acuerdo tiene naturaleza de convenio colectivo y su inaplicación debe realizarse por el procedimiento de inaplicación de convenio, que obliga a alcanzar acuerdo

¹²³ Jesús Mercader Uguina, obra citada.

¹²⁴ STS 30-11-2010, rec. 142/2009, confirma SAN 26-06-2009.

¹²⁵ STSJ Comunidad Valenciana 10-09-2013, rec. 1432/2013.

¹²⁶ SAN 17-07-2013, proced. 168/2013.

y en su defecto seguir el procedimiento de gestión del desacuerdo regulado en el art. 82.3 ET, de manera que, si no se sigue el procedimiento, procederá la anulación de la medida¹²⁷.

Cuando no se alcance acuerdo, cualquiera de las partes podrá recurrir a la comisión del convenio, prevista para ello, lo cual comporta que no debe coincidir necesariamente con la comisión paritaria¹²⁸, quien deberá resolver en el plazo de siete días, tratándose de una medida potestativa, salvo que el convenio la convierta en obligatoria¹²⁹, habiéndose entendido que, desde la entrada en vigor del RDL 3/2012, no es necesario que haya unanimidad en la comisión paritaria, aunque así lo predicara el propio convenio colectivo¹³⁰. Si no se alcanza acuerdo, las partes podrán recurrir a los procedimientos de solución extrajudicial, regulados en los Acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico (art. 82.3 ET)¹³¹, en cuyo caso, si optan por el arbitraje el laudo arbitral tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas y podrá impugnarse conforme al procedimiento y en base a los motivos del art. 91 ET.

La novedad más importante, contenida en la nueva regulación del art. 82.3 ET, es precisamente el procedimiento de gestión del desacuerdo, cuando hayan fracasado las herramientas citadas más arriba, en cuyo caso cualquiera de las partes podrá someter la controversia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, o a los órganos correspondientes de las CCAA, según sea el ámbito del convenio, quien deberá resolver directamente o mediante el nombramiento de un arbitro en el plazo de 25 días, tratándose de una medida, cuya constitucionalidad se ha puesto en duda por la doctrina científica¹³², puesto que impone objetivamente un arbitraje obligatorio, cuando no se someta de común acuerdo por ambas partes, aunque la doctrina judicial ha descartado su inconstitucionalidad¹³³.

¹²⁷ SAN 31-10-2014, proced. 152/2014.

¹²⁸ Jesús Mercader Uguina, obra citada.

¹²⁹ Blasco Pellicer: Los convenios...

¹³⁰ STSJ Granada 22-05-2013, rec. 659/2013.

¹³¹ Ver V Acuerdo sobre solución autónoma de conflictos laborales (BOE 23-02-2012).

¹³² Cruz Villalón: Efectos incontrolados de la reforma.

¹³³ Impugnado un laudo arbitral de inaplicación salarial de convenio colectivo estatutario en procedimiento ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, se descarta la inconstitucionalidad de la regulación de la inaplicación de convenios colectivos estatutarios en la redacción del artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores dada por el Real Decreto-ley 3/2012 y la Ley 3/2012, al ser posible una interpretación de la norma conforme con la Constitución, por lo que no es preciso elevar cuestión de inconstitucionalidad. Tampoco es aplicable al caso concreto la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. En cuanto al caso concreto, no se discuten los datos económicos aportados por la empresa, manifestándose una situación económica de gravedad que justifica la adopción de la medida de inaplicación salarial. Existió una negociación suficiente por las partes en el periodo de consultas, sin que la negociación simultánea de la inaplicación convencional, una modificación sustancial de condiciones y un despido colectivo sea determinante

La Comisión resolverá en su propio seno, conforme a lo dispuesto en los arts. 21 y 22 RD 1362/2012, o mediante la designación del arbitro, conforme a los arts. 23 y 24 del RD citado. Ambas resoluciones serán vinculantes y ejecutivas, tendrán la eficacia de los acuerdos en período de consultas y se podrán impugnar por el procedimiento de impugnación de convenio, previsto en el art. 91 ET, aunque la decisión de la Comisión será directamente ejecutiva y tiene un gran valor de convicción, especialmente en lo que afecta a la adecuación de la medida en relación con las causas acreditadas¹³⁴, que deberán acomodarse necesariamente por la resolución¹³⁵.

Parece claro, no obstante, que la alternativa de flexibilidad externa constituye por sí sola incentivo solvente para que se alcancen acuerdos masivos en los períodos de consulta sobre flexibilidad interna, porque la equiparación de las causas, cuya intensidad se ha limitado sustancialmente por la reforma, hace impensable que no se alcancen acuerdos, al menos mientras se mantenga la actual crisis económica¹³⁶, habiéndose entendido que es posible negociar al tiempo un despido colectivo y la inaplicación del convenio¹³⁷, como no podría ser de otro modo, especialmente cuando la inaplicación se introduce como alternativa al despido, aunque sería necesario negociar con comisiones distintas, si el despido afecta a la empresa en su conjunto y el descuelgue pretendido afecta a tres convenios franja, salvo que se encomendara al mediador pronunciarse globalmente sobre el descuelgue y se aceptara por la mayoría de los representantes de los trabajadores¹³⁸. Conviene precisar, en todo caso, que la función de la Comisión es resolver discrepancias en el período de consultas, lo cual comporta que no esté legitimada para resolver sobre propuestas empresariales, que no se sometieron a la consideración de la comisión negociadora¹³⁹.

Las vías arbitrales y las dudas de constitucionalidad

La ley 3/2012, de seis de julio, causada en el RDL 3/2012, apuesta decididamente por el arbitraje para gestionar el desacuerdo, tanto en la negociación de los convenios colectivos, como en los períodos de consulta para el descuelgue del

de ilicitud alguna, al no haber afectado a las garantías exigibles durante el proceso negociador. El laudo se encuentra suficientemente fundado y la decisión se encuentra dentro del margen de apreciación técnica que corresponde a la Administración Laboral (SAN 11-06-2014, proced. 356/2013).

¹³⁴ SAN 28-01-2013, proced. 316/2012).

¹³⁵ Blasco Pellicer: Los convenios...

¹³⁶ Acreditado el ajuste presupuestario de la empresa, que exigía, al menos, la reducción de jornada del trabajador, su no aceptación, justifica la decisión extintiva empresarial (STSJ Valladolid 7-03-2012, rec. 168/2012).

¹³⁷ Mercader Uguina, obra citada.

¹³⁸ SAN 4-07-2013, proced. 169/2013

¹³⁹ SAN 19-06-2013, proced. 211/2013.

convenio, lo que ha motivado un debate importante en la doctrina científica, que conviene perfilar.

El art. 86. 3 ET dispone que los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, previstos en el art. 83.2 ET, deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91. Dichos acuerdos interprofesionales deberán especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes; en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio.

Dicho sistema de resolución de los desacuerdos en la negociación colectiva se ha considerado “flagrantemente inconstitucional” (Arufe Varela), quien defiende que atenta directamente contra el principio de autonomía colectiva, establecido en el art. 37.1 CE, aunque se ha matizado dicha afirmación por otros sectores de la doctrina, quienes ponen en valor la doctrina de las STC 11/1981; 154/1995 y 352/2006 (Desdentado, obra citada). Del mismo modo, Escudero sostiene que la imposición obligatoria del arbitraje podría vulnerar el derecho constitucional a la negociación colectiva, por cuanto choca frontalmente con el principio de autonomía colectiva.

Otros sectores de la doctrina (Gabinete CCOO), estudiando lo previsto en la DA 1ª RDL 7/2011, han defendido, que no estamos propiamente ante un arbitraje obligatorio, puesto que su activación depende de la negociación colectiva, subrayando especialmente el carácter temporal del arbitraje. Señalaron, por otra parte, la razonabilidad y proporcionalidad de una medida que, ante los bloqueos irresolubles de negociación, permite acudir de forma preferente mediante medios de autocomposición o heterocomposición, frente al abismo que supone la pérdida de vigencia del convenio. Se trata, sin duda, de un problema complejo, tanto que el anterior Mº de Trabajo (Observatorio para la negociación colectiva) dudó también sobre la constitucionalidad de fijar arbitrajes obligatorios para solucionar la gestión del desacuerdo en la negociación colectiva, lo que no deja de ser sorprendente.

Conviene destacar que el modelo de gestión del desacuerdo, promovido por el RDL 7/2011, que fue asumido por el RDL 3/2012 y finalmente por la ley

3/2012, de seis de julio, pivota sobre la negociación colectiva a su máximo nivel –los acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos– a los que corresponderá establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso de los plazos máximos de negociación, entre los que se apunta el arbitraje, que podrá ser obligatorio o voluntario, lo que parece respetar el derecho a la autonomía colectiva, puesto que el arbitraje, sea obligatorio o voluntario, se promoverá por los sujetos legitimados para la negociación de acuerdos interprofesionales, que vincularán a todos los empresarios y trabajadores de su ámbito, conforme a lo dispuesto en el art. 82.3 ET, lo cual permite concluir que la ley no impone un arbitraje obligatorio, aunque si “empuja a ello” (Sala Franco, obra citada), quien ha considerado razonable la constitucionalidad del procedimiento arbitral, cuando está pactado por los sujetos legitimados, aunque ha planteado dudas, cuando se impone a los negociadores del propio acuerdo interprofesional¹⁴⁰.

Más dudas plantea la medida promocional del arbitraje, contenida en el art. 86.3, según la cual si el acuerdo interprofesional no despeja la obligatoriedad o voluntariedad del arbitraje, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio, aunque no parece que se imponga externamente dicha medida a la autonomía colectiva, que se respeta íntegramente, puesto que los negociadores del acuerdo interprofesional, conscientes de dicho mandato, tendrán la posibilidad de elegir entre arbitraje obligatorio o voluntario, puesto que la ley se limita a precisar las consecuencias de la indefinición, en cuyo caso se entenderá que optan por el obligatorio, ya que nada les impide no hacerlo, tratándose de una nueva manifestación del “empujón” legislativo, que puede afectar a las estrategias negociadoras pero no a la autonomía colectiva propiamente dicha (Gabinete CCOO), aunque Escudero ha defendido que la falta de mención sobre la naturaleza obligatoria o voluntaria del arbitraje equivale a un desacuerdo, lo que no deja de ser razonable, puesto que si hay discrepancia, la parte que defiende el arbitraje, se limitará a no pactar que sea voluntario, colocándose, por consiguiente, en situación de ventaja respecto de su contraparte.

Las dudas de constitucionalidad sobre dicho precepto han sido acentuadas por sectores de la doctrina, quienes han denunciado que el mecanismo de arbitraje obligatorio, incorporado por el art. 86.3 ET, traspasa las líneas rojas de la constitucionalidad, razón esta por la que augura un resultado contraproducente (Jesús Cruz Villalón: Modernizar la negociación colectiva). Sala Franco plantea también dudas en la obra citada, si bien cuestiona más la operatividad de la medida por la ausencia de delimitación de los sujetos, que deben proponer el arbitraje, procedimiento, responsabilidad del pago del árbitro etc., aunque desde otros

¹⁴⁰ Sala Franco, T.: Las medidas de flexibilidad interna en las empresas.

sectores se ha considerado inconstitucional el arbitraje obligatorio durante la ultractividad del convenio (Juan García Blasco, Aranzadi, obra citada), mientras que Escudero ha señalado que rompe las costuras de los arts. 7, 28.1 y 37.1 CE al no encajar con los exigentes y respetuosos espacios reservados a la autonomía colectiva reconocidos en ellos.

A mi juicio, la temporalidad de la medida, defendida por algún sindicato, no parece un argumento fuerte para defender su constitucionalidad, ya que la negociación de un acuerdo interprofesional puede prolongarse en el tiempo, vistas las dificultades negociadoras de los interlocutores sociales, por lo que se ha considerado “torpe” introducir elementos coactivos en el territorio de la autonomía de la voluntad (Carmen Sánchez Trigueros y Antonio Sempere, Aranzadi, obra citada), aunque parece más adecuado ponderar si la iniciativa legislativa asegura los controles de idoneidad, razonabilidad y proporcionalidad, requeridas por la doctrina constitucional (STC 27-04-2010, RTC 2010\22), para considerarla constitucional .

Despejar estas incógnitas obligará a ponderar todos los intereses en juego, sin olvidar que la gestión del desacuerdo en la negociación colectiva se ha convertido en un problema nacional, que incide, en primer lugar, sobre los empresarios y trabajadores afectados, pero también sobre los intereses generales, que exigen poner en valor nuestra economía, cuyo crédito está en juego ante los mercados internacionales y si los negociadores del convenio se muestran incapaces de cumplir su función institucional, que es alcanzar acuerdos para promover empresas más competitivas y más ajustadas a los requerimientos de la demanda como presupuesto para asegurar un empleo estable y decente, deberá considerarse si la introducción de un procedimiento extrajudicial para resolver los desacuerdos de la negociación colectiva, es idóneo y razonable para la promoción de condiciones favorables para el progreso social y económico y una distribución más equitativa de la renta, en el marco de una política de estabilidad económica, orientada esencialmente hacia el pleno empleo (art. 40.1 ET) y si la respuesta es positiva habrá que despejar finalmente si el sacrificio, que se impone a una autonomía colectiva bloqueada, es proporcional con los demás intereses legítimos en juego.

Por lo demás, no parece que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la medida controvertida encuentre acomodo directo en la STC 11/1981, que declaró inconstitucionales los arts. 25.b y 26 RDL 17/1977, porque el Tribunal consideró que no regulaban un auténtico arbitraje, ya que la Administración suplantaba a los negociadores del convenio, entendiéndose, por consiguiente, que se vulneraba la autonomía colectiva, mientras que aquí la norma se limita a exigir a los negociadores, cuando el convenio ha concluido sin acuerdo, a someterse a un arbitraje, aunque no determina de qué modo, en qué plazo y con qué finan-

ciación, lo que permite augurar, desde ahora, que solo habrá arbitrajes cuando las partes lo quieran. Tampoco creo aplicable la doctrina de las STC 174/1995 y 352/2006, que cuestionaron la constitucionalidad de arbitrajes obligatorios, porque dicha medida despojaba a los jueces y tribunales el derecho de tutela judicial efectiva, lo que no concurre aquí, puesto que se trata de arbitrajes sobre conflictos de intereses y no de conflictos jurídicos, debiendo recordarse, en última instancia, que la última frontera, para definir la constitucionalidad del arbitraje, es asegurar la imparcialidad del arbitro¹⁴¹. Por lo demás, los laudos podrán recurrirse por el procedimiento de impugnación de convenio colectivo, asegurando, de este modo, el derecho a la tutela judicial efectiva, habiéndose defendido que cabe ejercer el derecho de huelga frente al laudo (Gabinete CCOO), sin que pueda compartirse dicha tesis, porque el laudo tiene la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos (art. 86.3 ET).

En cualquier caso, no me parece discutible la constitucionalidad de los arbitrajes, que se promuevan para resolver los desacuerdos en los períodos de consulta de descuelgue de los convenios colectivos y las controversias, que pudieran producirse en las comisiones paritarias, cuando cualquiera de las partes les hubiera sometido la gestión del desacuerdo, cuando dichos arbitrajes se originan en acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos, puesto que en dichos supuestos expresarían una manifestación de la autonomía colectiva, que debería cumplirse en sus propios términos por todos los empresarios y trabajadores de todos los sectores, a tenor con lo dispuesto en el art. 37.1 CE, en relación con los arts. 82.3 y 83.2 ET, no pudiendo olvidarse que la alternativa al modelo, es el vacío convencional. Como es sabido, el V Acuerdo sobre solución extrajudicial de conflictos colectivos (BOE 23-02-2012) apuesta decididamente por los arbitrajes voluntarios, lo cual desactiva, al menos de momento, la polémica sobre la constitucionalidad de esta solución extrajudicial para gestionar los desacuerdos en la negociación colectiva.

El art. 82.3 ET ha establecido finalmente un procedimiento específico para gestionar el desacuerdo en el período de consultas, cuando no se haya alcanzado solución en la comisión paritaria, ni tampoco por el procedimiento, que pudiera haberse establecido mediante acuerdos interprofesionales estatales o autonómicos, que permite a cualquiera de las partes someter la controversia a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios colectivos, cuando el conflicto afecte a más de una CCAA, o a los órganos autonómicos correspondientes, quienes podrán resolver directamente o designado un arbitro, quien deberá cumplir con las exigencias de imparcialidad, cuyo laudo, que deberá dictarse en un plazo de veinticinco días, tendrá la misma eficacia que los acuerdos en período de consultas.

¹⁴¹ STS (Sala 3ª) 11-05-2004, rec. 518/2001).

Así, cuando se negoció separadamente la antigüedad, pactándose un plazo para la conclusión de la negociación que, de concluir sin acuerdo, se sometería a arbitraje, concluyendo sin acuerdo el plazo pactado, sin que ninguna de las partes promoviera el arbitraje, se mantiene transitoriamente el Convenio colectivo de la anterior empresa mientras se prorrogue el plazo de negociación y ninguna de las partes legitimadas, obligadas, en caso de desacuerdo, “a someterse a un arbitraje en el sistema de solución autónoma de conflictos correspondiente” lo inste¹⁴².

La exposición de motivos del proyecto de ley defiende esta solución, que apoya en el art. 38 CE, entendiendo que no vulnera la autonomía colectiva, puesto que se trata de un órgano tripartito, en el que están presentes, además de la Administración, las organizaciones patronales y sindicales, pero la medida no deja de ser un arbitraje obligatorio¹⁴³, que se puede imponer por cualquiera de las partes a la otra, tratándose, por consiguiente, de una opción dudosa, aunque la alternativa se antoja peor, puesto que si no hay acuerdo en la aplicación de medidas de flexibilidad interna, la consecuencia será la aplicación de medidas de flexibilidad externa.

El debate ha quedado resuelto definitivamente mediante STC 16-07-2014, rec. 119/2014, donde se confirmó la constitucionalidad de la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos para resolver la gestión del desacuerdo en los períodos de consultas¹⁴⁴. El TC fundamenta la constitucionalidad del procedimiento arbitral, en que el legislador ha querido introducirla en un contexto de crisis económica muy grave, como mecanismo que permita superar la situación que se produce cuando la pretensión de modificar las condiciones de trabajo pactadas en el convenio colectivo para facilitar la adaptación de tales condiciones de trabajo a la productividad y competitividad empresarial, ante la concurrencia de las causas sobrevenidas económicas, técnicas, organizativas o de producción que señala la Ley, resulta bloqueada por falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores o por el resultado infructuoso de los procedi-

¹⁴² STS 8-11-2016, rec. 279/15, confirma SAN 3-06-2015.

¹⁴³ Escudero Rodríguez, R., obra citada.

¹⁴⁴ Impugnado un laudo arbitral dictado por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos. Se declara la nulidad de dicho laudo, dado que con carácter previo se alcanzó un acuerdo de mediación en el SIMA por el que se convino no aplicar las tablas salariales de 2014 a cambio de dejar sin efecto los procesos de descuelgue del convenio sectorial promovido por empresas. Este acuerdo no fue respetado por la demandada “Alerta, S.A.” que tampoco lo impugnó. Posteriormente el proceso de descuelgue promovido por “Alerta, S.A.”, se sometió a la comisión paritaria del convenio sectorial que por unanimidad rechazó la pretensión empresarial, no siendo tampoco impugnado dicho acuerdo. Sin embargo, la empresa recabó la intervención de la CCNCC que actuó, careciendo de competencia por razón de los acuerdos alcanzados, nombrando árbitro cuya decisión por este motivo se anula. Se desestima el recurso de la empresa (STS 28-04-2016, rec. 173/15, confirma SAN 18-12-2014).

mientos extrajudiciales creados por las representaciones de los trabajadores y de los empresarios para resolver tales desacuerdos, en los términos a los que más adelante se hará referencia. De este modo, al posibilitar la adaptación de las condiciones laborales a las circunstancias adversas que concurran en una empresa, sobrevenidas después de la aprobación del convenio, el propósito perseguido por el legislador con la medida cuestionada ha sido facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo; esto constituye una finalidad constitucionalmente legítima, atendidos el derecho al trabajo (art. 35 CE) y los deberes de los poderes públicos de proteger la defensa de la productividad (art. 38 CE) y de realizar una política orientada al pleno empleo (art. 40.1 CE), ante la necesidad de afrontar el problema de la grave situación del desempleo en España a la que ya antes se ha hecho alusión. Por tal razón, este Tribunal considera que la intervención de la CCNCC prevista por el art. 82.3 ET resulta constitucionalmente justificada, como la propia medida de inaplicación del convenio colectivo en las materias tasadas; dispone, como presupuesto del mantenimiento de la empresa, la adopción de un mecanismo legal que permita la adaptación de las condiciones de trabajo a las concretas circunstancias de productividad, competitividad.

Queda claro, por tanto, que la posibilidad de la empresa de acogerse al descuelgue no permite en modo alguno la inaplicación unilateral del convenio, debiendo en todo caso agotarse el procedimiento legalmente establecido para alcanzar ese resultado; lo que permite entender que en el supuesto de no alcanzarse acuerdo con la representación de los trabajadores legitimada, sólo el agotamiento de las vías que el texto legal abre pueden acabar por permitir a la empleadora el apartamiento de la cláusula convencional controvertida, descartándose la adopción de medidas de descuelgue de forma unilateral¹⁴⁵.

La Comisión Consultiva no está legitimada para resolver mediante laudo la inaplicación de las tablas salariales del convenio sectorial, cuando la empresa alcanzó acuerdo de mediación, en el que se comprometió a no aplicar dichas tablas salariales a cambio de no aplicar las tablas salariales de 2014¹⁴⁶, ni puede tampoco modificar el precepto convencional vulnerando normas de derecho necesario, como los límites del tiempo de presencia mensual, establecidos legalmente¹⁴⁷.

¹⁴⁵ STS 6-07-2016, rec. 155/15.

¹⁴⁶ STS 28-04-2016, rec. 173/15, confirma SAN 18-12-2014.

¹⁴⁷ STS 14-09-2016, rec. 247/2015.

3. LA ESTRUCTURA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA CONCURRENCIA CONFLICTIVA DE CONVENIOS

La reforma ha intervenido decisivamente en la estructura de la negociación colectiva, cuya regulación formal, al igual que la regulación de la concurrencia entre convenios, se encomienda a los acuerdos interprofesionales o a los convenios estatales o autonómicos, ya que se prioriza la aplicación del convenio colectivo de empresa, de grupo de empresa o de empresas en red, respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias:

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

Se apuesta decididamente por la descentralización de la negociación colectiva mediante la sobreprima del ámbito empresarial como tal¹⁴⁸, para promover su adaptabilidad a las exigencias del mercado en materias clave para la competitividad y la productividad empresarial, si bien la prioridad aplicativa solo es predicable de las materias listadas, así como las que añade la negociación colectiva al máximo nivel (art. 83.2 ET)¹⁴⁹, sin que las reglas de concurrencia, pactadas con anterioridad al RDL 3/2012, que contradigan la prioridad aplicativa del convenio de empresa, puedan prevalecer sobre el nuevo art. 84.2 ET¹⁵⁰, que desplegará su eficacia desde su entrada en vigor, aunque se hubie-

¹⁴⁸ STS 22-09-2016, rec. 248/15.

¹⁴⁹ Mercader Uguina, J., obra citada.

¹⁵⁰ STC 210/1990.

ra pactado lo contrario en convenio estatutario¹⁵¹, habiéndose convalidado la constitucionalidad de la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente a los convenios de otros ámbitos¹⁵², si bien se ha admitido que un convenio sectorial determine que la estructura de la negociación colectiva quede integrada por una unidad de negociación estatal, con expresa exclusión de cualquier otra, sin perjuicio de su desarrollo en el seno de la empresa, siempre que se someta a la legalidad vigente¹⁵³. Consiguientemente, las materias no listadas, como pudiera suceder con la sucesión de empresas¹⁵⁴, las vacaciones del personal subrogado¹⁵⁵, el retraso en la fecha pactada de pago del salario¹⁵⁶, ni las mejoras voluntarias, pactadas en convenio sectorial, no podrían verse afectadas por un convenio de empresa subsiguiente al convenio sectorial¹⁵⁷, porque la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al convenio sectorial sólo es predicable de aquellos aspectos tasados en el art. 84.2 ET, pero no en los demás, donde se aplica el convenio sectorial por la prohibición de concurrencia sector¹⁵⁸,

¹⁵¹ Impugnándose por la Autoridad Laboral un convenio sectorial, suscrito después de la reforma laboral, que limita la prioridad de los convenios de empresa sobre los convenios de ámbito superior en materias en las que la ley prima de modo absoluto al convenio de empresa, se estima parcialmente la demanda, anulándose aquellos preceptos, que efectivamente privilegian a los convenios de ámbito superior frente a los de empresa, subrayando, no obstante, que la nulidad de dichas limitaciones debe aplicarse desde la entrada en vigor de la reforma, no así las situaciones precedentes, que no se ven afectadas por la reforma, que no contempla su aplicación retroactiva (SAN 10-09-2012, proce. 132/2010, ROJ 3536/2012).

¹⁵² STC 16-07-2014, rec. 119/2014.

¹⁵³ GRANDES ALMACENES: Admite como ajustado a derecho que se pacte en convenio sectorial, que al objeto de establecer para el ámbito de actuación del presente Convenio una estructura racional y homogénea, evitando los efectos de la desarticulación y dispersión, las partes legitimadas en el ámbito de aplicación del presente Convenio acuerdan que la estructura de la negociación colectiva en el sector de grandes almacenes quede integrada por esta unidad de negociación de ámbito estatal, con expresa exclusión de cualquier otra y en su caso por el desarrollo de la misma en el seno de cada empresa, con respeto en todo caso a la legislación vigente, por cuanto los convenios de ámbito estatal pueden ordenar la estructura de la negociación colectiva, así como por la prohibición de concurrencia de convenios, dada la finalidad perseguida, que es asegurar una estructura racional y homogénea de la negociación colectiva, evitando su desarticulación, teniéndose presente, en todo caso, que se somete el precepto a la legalidad vigente (STS 12-05-2015, rec. 15314, casa parcialmente SAN 13-11-2013).

¹⁵⁴ El convenio colectivo de empresa no tiene prioridad aplicativa en materia de subrogación empresarial (STSJ Cataluña 7-02-2017, rec. 337/17).

¹⁵⁵ SAN 13-07-2017, proced. 184/17.

¹⁵⁶ SAN 4-04-2017, proced. 46/17.

¹⁵⁷ Mercader Uguina, J., obra citada.

¹⁵⁸ La prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al convenio sectorial sólo es predicable de aquellos aspectos tasados en el art. 84.2 ET, pero no en los demás, donde se aplica el convenio sectorial por la prohibición de concurrencia: No cabe anular el convenio de empresa por afectar a materias contenidas en el convenio del sector vigente, sino únicamente declarar la prioridad aplicativa de éste, y determinar por cada punto concreto si es aplicable uno u otro convenio (STS 1-04-2016, rec. 147/15, confirma SAN 1-12-2014)

salvo que el convenio de empresa introduzca mejoras en las mismas, que han de ser valoradas separadamente para cada uno de los puntos en conflicto¹⁵⁹. Si cabe, sin embargo, que un convenio prorrogado determine el régimen de concurrencia, siempre que no impida la prioridad aplicativa del convenio de empresa¹⁶⁰. Cabe también, que el convenio sectorial aplique un régimen retributivo específico a las empresas que no se descuelguen de su régimen retributivo¹⁶¹, habiéndose admitido, en cualquier caso, que el régimen retributivo del convenio de empresa no puede afectar retroactivamente a los salarios ya devengados a su entrada en vigor¹⁶².

Debe subrayarse, en todo caso, que la legitimación para negociar convenios de empresa corresponderá a los sujetos colectivos, sindicales o unitarios, que representen a la totalidad de trabajadores de la empresa, en aplicación del principio de correspondencia, de manera que no podrá negociarse un convenio de empresa

¹⁵⁹ SAN 1-12-2014, proced. 259/2014.

¹⁶⁰ APEF: Impugnado un convenio colectivo, porque impide la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, se desestima dicha pretensión, porque no se trata propiamente de un convenio nuevo, sino de un convenio prorrogado, en el que los negociadores se comprometieron a ajustar los contenidos a la legislación vigente, señalándose por todos los demandados, que la regulación de la concurrencia de convenios, pactada en el convenio prorrogado, no impide la aplicación prioritaria del convenio de empresa, no habiéndose probado por la demandante, que se haya producido dicha obstaculización, siendo revelador que la Autoridad Laboral registró y publicó el convenio. Impugnado el sistema de clasificación y consiguientemente las retribuciones, porque se mantienen las categorías profesionales, se desestima dicha pretensión, porque el convenio ordena la clasificación profesional en cuatro grupos profesionales, algunos de los cuales se subdividen en subgrupos, de los que cuelgan distintas categorías profesionales, diferenciadas por las tareas, funciones profesionales, especialidades y responsabilidades, asociadas, a su vez, a distintas titulaciones, aptitudes y contenidos de la prestación, que no vulneran el sistema legal de clasificación, porque lo relevante no es la denominación, sino las distinciones citadas. Se entiende que la regulación de trabajos de categoría superior dentro del grupo no vulnera la movilidad fuera del grupo, por cuanto ninguna norma imperativa impide dicha regulación (SAN 13-03-2014, proced. 507/2013).

¹⁶¹ Impugnado por la Autoridad Laboral un convenio sectorial, porque limita la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, se desestima dicha pretensión, porque el convenio impugnado no impide ni limita el régimen retributivo de los convenios de empresa, que tendrán prioridad aplicativa frente al sectorial desde su vigencia. Por el contrario, lo que se ha pactado en el convenio impugnado es un negocio jurídico complejo y diferido en el tiempo, por el que los trabajadores renuncian a los complementos salariales pactados en el convenio de 2015, así como a parte de sus retribuciones en las vacaciones de 2015, a cambio de dos incrementos salariales en 2016, que compensan las pérdidas citadas, de manera que, si se negocia un convenio de empresa, que minore el régimen retributivo del sectorial, lo que podrá hacer desde su vigencia, la empresa tendrá que satisfacer los complementos salariales del convenio de 2015, que se integran en el convenio impugnado, para asegurar el equilibrio alcanzado por los negociadores. Se descarta, del mismo modo, la ilegalidad de la subrogación convencional, pactada en el convenio sectorial, que no está sometida a la prioridad aplicativa del convenio de empresa. Voto particular (SAN 6-07-2016, proced. 133/16, ROJ: SAN 2758/2016).

¹⁶² STSJ Cataluña 7-02-2017, rec. 337/17).

por los comités de empresa de alguno o algunos de sus centros de trabajo, porque se quebraría el principio de correspondencia¹⁶³.

La doctrina científica se ha dividido nuevamente entre quienes entienden que la regulación legal afecta a la estructura de la negociación colectiva, encomendada a la autonomía colectiva en el art. 83 ET, por lo que se han planteado quejas a la OIT por CCOO y UGT, así como un recurso de inconstitucionalidad y los que consideran que el derecho de la negociación colectiva, regulado en el art. 37.1 ET, es una garantía institucional, cuya finalidad es promocionar el derecho de libertad sindical, que debe garantizarse por el legislador pero no de una manera concreta, siempre que no se traspase su núcleo esencial¹⁶⁴. Se ha defendido, por consiguiente, que el legislador tenga una amplia libertad a la hora de decidir sobre el modelo de negociación colectiva, por lo que se ha interpretado tan constitucional el modelo precedente, que daba prioridad absoluta a los acuerdos marco, como el actual, que prima en algunas materias al convenio de empresa, sin bloquear el de otros ámbitos. El Tribunal Constitucional ha asumido la tesis flexibilizadora y ha validado la reforma, al considerar que la inaplicación de convenios está sometida también a la negociación colectiva y se fundamenta en la concurrencia de causas, que deberán ser adecuadas a la intensidad de las causas, aplicándose, al efecto, la razonabilidad y la proporcionalidad¹⁶⁵.

La jurisprudencia ha dejado claro, no obstante, que la prioridad aplicativa, regulada en el art. 82.3 ET, se predica de los convenios de empresa y/o de grupos de empresa o empresas en red, lo cual excluye a los convenios de ámbito inferior

¹⁶³ SAN 5-09-2014, proced. 167/2014; SAN 17-02-2015, proced. 326/2014; SAN 9-03-2015, proced. 272015; SAN 12-03-2015, proced. 7/2015; SAN 4-05-2015, proced. 62/2015; SAN 2-06-2015, proced. 111/2015; SAN 2-06-2015, proced. 111/2015; SAN 24-04-2013, proced. 79/2013; SAN 11-09-2013, proced. 219/2013; SAN 16-09-2013, proced. 314/2013; SAN 25-09-2013, proced. 233/2013; SAN 13-11-2013, proced. 424/2013; SAN 29-01-2014, proced. 431/2013; SAN 5-02-2014, proced. 47/2013; SAN 17-02-2014, proced. 470/2013; SAN 28-03-2014, proced. 33/2014; SAN 13-06-2014, proced. 104/2014; SAN 30-06-2014, proced. 80/2014; SAN 8-09-2015, proced. 175/2015; SAN 15-09-2015, proced. 126/2015; 17-09-2015, proced. 169/2015 y 190/2015; 23-09-2015, proced. 191/201 y 25-11-2015, proced. 281/2015; STS 11-01-2017, rec. 24/16, confirma SAN 17/09/15; STS 7-03-2017, rec. 58/16, Roj: STS 1140/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1140, confirma SAN 17-11-2015; STS 27-03-2017, rec. 126/16, Roj: STS 1279/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1279, confirma SAN 17-12-2015; STS 15-02-2017, rec. 75/16, Roj: STS 829/2017 - ECLI:ES:TS:2017:829, confirma SAN 9-10-2015; STS 14-03-2017, rec. 105/16, Roj: STS 1416/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1416, confirma SAN 17-09-2015; STS 18-04-2017, rec. 154/16, Roj: STS 1992/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1992, confirma SAN 10-03-2016; STS 3-05-2017, rec. 123/16, confirma SAN 20-01-2016; SAN 5-05-2017, proced. 69/17, ROJ: SAN 1822/2017; SAN 11-05-2017, proced. 106/17, ROJ: SAN 1815/2017; STS 20-06-2017, rec. 177/16, confirma SAN 3-03-16; STS 6-06-2017, rec. 204/16, Roj: STS 2472/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2472; SAN 10-07-2017, proced. 160/17, ROJ: SAN 2920/2017).

¹⁶⁴ Goerlich Peset, obra citada.

¹⁶⁵ STCo. 109/2014, de 16 de junio y STCo. 8/2015, de 22 de enero.

a la empresa, como los convenios de centro de trabajo¹⁶⁶, así como los convenios que afecten a los centros de trabajo en una comunidad autónoma y no en todos sus centros¹⁶⁷, ni cabe apoyarla tampoco en la adhesión extraestatutaria al convenio de otra empresa¹⁶⁸.

Los acuerdos interprofesionales continuarán siendo instrumentos específicos de la negociación colectiva, cuya función principal será alcanzar acuerdos para convenir (TS 5-05-2008, RJ 2008\5067), aunque nada les impedirá alcanzar acuerdos sobre materias concretas (TS 10-07-2007, RJ 2007\7112), si bien ya no tendrán el control pleno sobre la estructura de la negociación colectiva¹⁶⁹, puesto que el nuevo art. 84.2 ET les impide disponer sobre la prioridad aplicativa de los convenios de empresa, regulada en dicho apartado, lo que significa, en la práctica, que podrán negociar sobre la estructura y la articulación de la negociación colectiva, pero lo acordado en dicha sede no podrá prevalecer sobre los convenios de empresa, que podrán apartarse de lo pactado en los aspectos esenciales de la negociación colectiva, de manera que la excepción, contenida en el art. 84.2 ET, es de tal intensidad que ha vaciado de contenido la regla general, según la cual la estructura de la negociación colectiva correspondía a la negociación colectiva al máximo nivel¹⁷⁰, aunque la regla general de no afectación del convenio anterior por el posterior se mantendrá en los aspectos no contenidos en el listado del art. 84.2 ET¹⁷¹ y también entre convenios de empresa y convenios de grupos de empresas y empresas en línea¹⁷², puesto que la prioridad aplicativa de estos convenios se proyecta únicamente frente a los convenios sectoriales. Por el contrario,

¹⁶⁶ STS 22-09-2016, rec. 248/15.

¹⁶⁷ STS 9-05-2017, rec. 115/16.

¹⁶⁸ Reclamada la nulidad de la decisión unilateral de la empresa de reducir el número de días de vacaciones disfrutados por los trabajadores afectados por el conflicto. Se estima de oficio la falta de legitimación pasiva de una de las empresas demandadas, porque no es empleadora de dichos trabajadores. Se desestima la excepción de defecto en el modo de proponer la demanda, porque se trata de una pretensión clásica de conflicto colectivo, en la que no se pretende la individualización posterior. Se desestima, así mismo, la excepción de falta de acción, porque el conflicto propuesto es un conflicto jurídico actual, que exige la interpretación de convenios y acuerdos de empresa, que afecta indiferenciadamente al colectivo de trabajadores. Se estima la demanda, porque el convenio sectorial asegura el mantenimiento de las vacaciones al personal subrogado, lo cual significa que no puede disminuirse por convenio de empresa, que tampoco tendría preferencia aplicativa en esta materia. En el caso debatido el acuerdo, en el que se apoya la empresa, para disminuir las vacaciones, es la adhesión extraestatutaria a un convenio de otra empresa, que no podría prevalecer, en ningún caso, frente al convenio sectorial aplicable, debiendo subrayarse, a mayor abundamiento, que el propio convenio garantiza ad personam el régimen de vacaciones derivado de la subrogación (SAN 13-07-2017, proced. 184/17, ROJ: SAN 2925/2017).

¹⁶⁹ Sala Franco: “La reforma de la negociación colectiva”.

¹⁷⁰ Gorelli Hernández, J., obra citada.

¹⁷¹ Mercader Uguina, J., obra citada.

¹⁷² Gorelli Hernández, J., obra citada.

cuando se incluya en el ámbito funcional de un convenio sectorial una actividad con convenio propio, vigente en el momento de suscribir el convenio sectorial, procederá inaplicar los aspectos conflictivos del convenio sectorial durante la vigencia del convenio precedente¹⁷³.

La legitimación, exigida para convenir acuerdos interprofesionales, requiere que se suscriban por organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas de carácter estatal, o de Comunidad Autónoma, quienes deberán acreditar las legitimaciones, exigidas por los arts. 87, 88 y 89 ET, así como cumplir todos los requisitos formales del Título III ET, para que estos acuerdos desplieguen eficacia normativa, ya que si no es así no estaríamos propiamente ante un acuerdo interprofesional¹⁷⁴, de manera que si los firmantes del convenio no ostentan la condición de más representativas no estarán legitimadas para ordenar la negociación colectiva sectorial, ni establecer reglas de concurrencia¹⁷⁵.

Conviene resaltar que los instrumentos para ordenar la estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia se extienden a los convenios sectoriales estatales o autonómicos y lo que es más relevante, los sujetos legitimados para ello, quienes ya no estarán obligados a ser sindicatos o asociaciones patronales más representativas a nivel estatal o autonómico, bastando con que ostenten la legitimación exigida por el art. 87.2 ET en el ámbito de cada sector¹⁷⁶.

La segunda excepción tiene que ver con los convenios autonómicos, aunque deberá tenerse presente, en todo caso, que los requisitos constitutivos, para que los acuerdos interprofesionales o los convenios sectoriales de Comunidad Autónoma puedan afectar a los convenios de ámbito estatal, son que el acuerdo interprofesional o el convenio de ámbito estatal no lo impida, que los negociadores ostenten las legitimaciones cualificadas de los arts. 87 y 88 ET y que respeten las materias no negociables, contempladas en el art. 84.4 ET, salvo que dispongan lo contrario los acuerdos interprofesionales¹⁷⁷, debiendo tenerse presente, en todo caso, que será aplicable la regla general de concurrencia entre acuerdos interprofesionales o convenios estatales y autonómicos, primando el convenio previo sobre el posterior¹⁷⁸. Se ha defendido, al respecto, la legitimidad de negociar la

¹⁷³ STS 30-09-2014, rec. 50/2013.

¹⁷⁴ SAN 23-09-2010, proce. 120/2010.

¹⁷⁵ STS 26-01-2012, rec. 185/10.

¹⁷⁶ TS 22-07-2007, RJ 2007/7112.

¹⁷⁷ TS 26-01-2012, rec. 185/2010, confirma SAN 27-09-2010.

¹⁷⁸ ASOCIACIÓN GALLEGA DE RESIDENCIAS DE LA TERCERA EDAD: la interrelación del convenio colectivo estatal y convenio colectivo autonómico y su régimen de ultra actividad en relación con la eficacia de la prohibición de concurrencia de convenios es disponible en la negociación colectiva (arts. 86.1 y 3 ET).- La prohibición de afectación de un convenio durante su vigencia ex art. 84 ET ha de relacionarse con la posibilidad de cambio de la unidad de negociación

estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia de convenio en el ámbito estatal, sin que dicha negociación vulnere el derecho a la libertad sindical de los sindicatos más representativos a nivel autonómico, puesto que están legitimados para negociar también los convenios estatales¹⁷⁹. Se ha admitido que un convenio sectorial, pactado por sujetos debidamente legitimados, pacten la estructura de la negociación colectiva y reserven para el ámbito estatal materias, que podrían haberse negociado en otros ámbitos, en un sector en el que nunca hubo negociación en el ámbito autonómico y la negociación provincial estaba prácticamente abandonada¹⁸⁰.

Los convenios sectoriales no pueden concurrir conflictivamente con otros convenios sectoriales, aunque éstos estuvieran en situación de ultractividad, por cuanto así lo dispone la ley, especialmente cuando se demuestra que la unidad negociadora antes dicha no estaba abandonada, alcanzándose acuerdo antes de concluir el plazo de ultractividad¹⁸¹.

ex art. 83.1 ET. Se mantiene aplicable, no obstante, el convenio autonómico y no el estatal, porque los negociadores del primero acordaron, que se mantendría vigente mientras no se alcanzase acuerdo para su renovación, lo que era posible legalmente en el momento de su negociación, con arreglo al art. 86.3 ET vigente en el año 2007, fecha del convenio colectivo autonómico cuestionado (STS 24-04-2012, rec. 141/2011).

¹⁷⁹ SAN 28-09-2016, proced. 211/16.

¹⁸⁰ Impugnado el convenio colectivo estatal del sector de colectividades por un sindicato autonómico más representativo, se estima falta de acción sobre las pretensiones, contenidas en el suplico de la demanda, en las que pide que la Sala promueva cuestión de prejudicialidad o cuestión de constitucionalidad, porque la promoción de ambas cuestiones es potestad del órgano judicial, sin que quepa introducirlas en el suplico de la demanda. Se concluye que los preceptos impugnados traen causa en la regulación estatutaria de la negociación de la estructura de la negociación colectiva y de las reglas de concurrencia de convenios, así como en el V ALEH, negociado conforme al art. 83.2 ET (42), que no fue impugnado y vincula a los negociadores del convenio impugnado. Se descarta que los arts. 84.3 y 4 y 85.3.e ET vulneren la Constitución, ni los tratados suscritos por España, ni tampoco el ordenamiento jurídico comunitario. Se desestima la ilegalidad de los preceptos impugnados, porque encuentran acomodo en el ordenamiento jurídico vigente (SAN 28-09-2016, proced. 211/16).

¹⁸¹ Reclamada, por el procedimiento de impugnación de convenio, la nulidad un convenio sectorial, porque concurría con otro convenio sectorial vigente, se estima parcialmente dicha pretensión y se concluye, que el convenio concurre conflictivamente con otro convenio sectorial, que estaba vigente desde la constitución de la comisión negociadora del convenio impugnado hasta su firma, aunque estuviera en situación de ultractividad, por cuando la regulación legal deja perfectamente claro que el convenio permanece vigente durante un año desde su denuncia, lo cual sucedió aquí, puesto que el convenio se firmó finalmente antes de transcurrir el plazo antes dicho, descartándose, en cualquier caso, que la unidad negociadora estuviera abandonada. Se ordena, consiguientemente, la inaplicación del convenio concurrente, pero no su nulidad, porque la ley no impone dicha medida. Se descarta también que los negociadores del convenio carecieran de las legitimaciones exigidas, puesto que la demandante no destruyó la presunción de concurrencia de legitimaciones, reconocidas mutuamente por los negociadores del convenio y validadas por la Autoridad Laboral tras un expediente administrativo muy laborioso (SAN 24-04-2017, proced. 94/17, ROJ: SAN 1443/2017).

Las dudas sobre la posibilidad de negociar un convenio de empresa sobre las materias tasadas durante la vigencia de un convenio de ámbito superior, han sido despejadas por el art. 84.1 del proyecto de ley, donde queda claro que podrá negociarse durante la vigencia del convenio de ámbito superior y su aplicabilidad será preferente respecto del convenio de ámbito superior. Por dicha razón, si el convenio sectorial estatal prevé su prevalencia en determinadas materias sobre el convenio de empresa, la consecuencia será la nulidad de dicha limitación¹⁸², sin que quepa mantener las limitaciones al convenio de empresa, durante la vigencia del convenio sectorial previo a la reforma, por razones de jerarquía normativa, lo que no impedirá ajustar el convenio a la nueva regulación legal¹⁸³

La vigencia del convenio, la gestión del desacuerdo y los límites de la ultractividad

La vigencia del convenio, regulada en la Ley 3/2012, de seis de julio, está condicionada a un tope máximo, según el cual la perderá al año de su denuncia por los sujetos legitimados¹⁸⁴, que se convierte, de este modo, en requisito constitutivo para el cómputo del plazo antes dicho¹⁸⁵, si no se hubiere alcanzado acuerdo o se hubiere dictado laudo arbitral, salvo pacto en contrario, lo que parece desmentir que el plazo de vigencia sea innegociable¹⁸⁶, en cuyo caso se aplicará el convenio de ámbito superior si lo hubiere¹⁸⁷. En los convenios colectivos, denunciados con anterioridad a la entrada en vigor de la norma, el plazo del año se computará desde su entrada en vigor (DT 4ª de la Ley 3/2012, de seis de julio)¹⁸⁸. En cualquier caso,

¹⁸² STS 8-07-2014, rec. 164/2013, confirma SAN 12-12-2012.

¹⁸³ Mercader Uguina, J., obra citada.

¹⁸⁴ STS 2-12-2016, rec. 14/16, Roj: STS 5619/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5619

¹⁸⁵ Pretendiéndose la aplicación del convenio sectorial por la supuesta pérdida de vigencia del convenio colectivo de empresa, se desestima la demanda, porque el requisito constitutivo, para que el convenio colectivo pierda su vigencia, es que haya sido denunciado y que transcurra el plazo de un año. La denuncia no se presume, sino que ha de acreditarse su existencia. No puede entenderse como denuncia tácita el inicio de negociaciones para un nuevo convenio en sustitución del anterior, por cuanto cabe negociar un nuevo convenio durante la vigencia del anterior y además se exigía que la denuncia se formalizara por escrito lo cual no se acreditó (SAN 4-09-2014, proced. 153/2014).

¹⁸⁶ Mercader Uguina, J., obra citada.

¹⁸⁷ Se desestima la demanda, porque el convenio de empresa estaba vigente al entrar en vigor el convenio sectorial, que está actualmente en ultractividad, lo que no sucede con el de empresa. Aunque se admite que la actividad de handling de la empresa se subsume en los ámbitos funcional y personal del convenio, cuya legalidad no ha sido cuestionada, se descarta su aplicabilidad a la empresa, puesto que su legitimación para negociar la estructura de la negociación colectiva y los principios aplicativos entre los diferentes convenios se proyecta hacia el futuro y no puede afectar a convenios vigentes negociados en la situación precedente (SAN 22-06-2016, proced. 147/16, ROJ: SAN 2637/2016).

¹⁸⁸ Mercader Uguina, J., obra citada.

no cabe extender los derechos, reconocidos en convenio, como los incrementos retributivos anuales, más allá del período de vigencia pactado¹⁸⁹.

La nueva regulación pretende impulsar la negociación y evitar la petrificación de los convenios, aunque la gestión inadecuada de los tiempos puede provocar un incremento importante de la conflictividad, especialmente cuando no se alcancen acuerdos sectoriales provinciales y no haya convenios de ámbito superior, lo que obligará a los negociadores a moverse con la máxima prudencia y lealtad para alcanzar acuerdos y evitar vacíos, ya que las cláusulas convencionales por las que se hubiera renunciado a la huelga durante la vigencia de un convenio decaerán a partir de su denuncia.

Debe tenerse presente que la vigencia del convenio, una vez denunciado y concluida su plazo, será la que determinen las partes¹⁹⁰, si bien durante las negociaciones para su renovación, salvo pacto contrario, se mantendrá su vigencia, aunque las partes podrán adoptar acuerdos parciales para la modificación de alguno o algunos de sus contenidos prorrogados para adaptarlos a las circunstancias actualizadas en el sector o en la empresa, que tendrán la vigencia que las partes determinen. Corresponderá a la comisión negociadora pactar la prolongación de la vigencia del convenio, que se mantendrá en los términos pactados, sin que quepa prolongar su vigencia hasta el nuevo convenio, si no fue esa la voluntad de sus negociadores¹⁹¹.

El art. 86.3 ET remite, para la gestión del desacuerdo, a los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, que deberán establecer procedimientos de aplicación general y directa para solventar de manera efectiva las discrepancias existentes tras el transcurso del procedimiento de negociación sin alcanzarse un acuerdo, incluido el compromiso previo de someter las discrepancias a un arbitraje, en cuyo caso el laudo arbitral tendrá la misma eficacia jurídica que los convenios colectivos y sólo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el art. 91, requiriéndose a dichos acuerdos especificar los criterios y procedimientos de desarrollo del arbitraje, expresando en particular para el caso de imposibilidad de acuerdo en el seno de la comisión

¹⁸⁹ STS 15-07-2014, rec. 220/2013; STS 18-11-2016, rec. 102/16 y STS 18-07-2017, rec. 1532/15.

¹⁹⁰ SAN 3-02-2012, proce. 4/12, ROJ 505/2012

¹⁹¹ Impugnados dos acuerdos, por lo que se acordó mantener la ultraactividad de dos convenios colectivos, se desestima dicha pretensión, puesto que se acreditó que la decisión fue tomada por la mayoría de las comisiones negociadoras, de manera que, adoptado por la Comisión Negociadora válidamente constituida un acuerdo expreso de prolongar la ultraactividad de la regulación convencional hasta el 15 de septiembre de 2013, no puede pretenderse como interesa el recurrente que los Convenios permanezcan vigentes hasta la entrada en vigor del nuevo convenio que los sustituya (STS 20-12-2016, rec. 9/16, Roj: STS 5809/2016 ECLI:ES:TS:2016:5809).

negociadora el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral por las partes, entendiéndose, en defecto de pacto específico sobre el carácter obligatorio o voluntario del sometimiento al procedimiento arbitral, se entenderá que el arbitraje tiene carácter obligatorio, debiendo resaltarse que el art. 8 del V ASACL ha optado expresamente por el arbitraje voluntario.

La nueva regulación de la ultractividad supone, según las tesis liquidacionistas, que el convenio decaerá íntegramente, cuando no se alcance acuerdo un año después de su denuncia (art. 86.3 ET), o al año de la entrada en vigor de la Ley 3/2012 (DT 4ª), en cuyo caso se aplicará, si existiese, el convenio de ámbito superior y en su defecto el convenio dejará de producir ningún efecto, colocando a la empresa en “anomia convencional”¹⁹², puesto que ha perdido su vigencia (art. 82.3 ET), supondrá que los derechos y obligaciones para ambas partes, causadas en el convenio colectivo decaído, se verán frontalmente afectadas.

Estudiaremos, a continuación, por tratarse de las cuestiones más conflictivas en la aplicación del art. 86.3 ET, en qué momento puede convenirse pacto en contrario. Veremos después qué consecuencias producirá el nuevo art. 86.3 ET, en relación con la DT 4ª Ley 3/2012, sobre los convenios colectivos, que hubieren pactado otros plazos de ultractividad con anterioridad a la reforma. Reflexionaremos después sobre qué consecuencias provocará en la previsión social complementaria, originada en el convenio decaído, la aplicación de un convenio de ámbito superior. Valoraremos finalmente qué supondrá para las mejoras voluntarias la imposibilidad de aplicar un convenio de ámbito superior.

Conviene destacar, en primer lugar, que la finalidad de las reformas, impulsadas por la Ley 3/2012, en materia de negociación colectiva responden al objetivo de procurar que la negociación colectiva sea un instrumento y no un obstáculo para la adaptación de las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa, habiéndose entendido que el bien jurídico, perseguido por la adaptabilidad, es la competitividad de las empresas¹⁹³. En la búsqueda de ese objetivo, evitar la petrificación de los convenios colectivos se constituye en un instrumento más para alcanzar dicha finalidad, que se satisface esencialmente mediante la nueva regulación del art. 82.3 ET que, a diferencia de la regulación precedente, ha encontrado un cauce adecuado para gestionar los desacuerdos en los procedimientos de inaplicación de convenios, cuyos resultados son absolutamente positivos, como anticipamos más arriba.

La nueva regulación de la ultractividad tiene por finalidad que se negocien más y mejores convenios en plazos más breves que ahora, entendiéndose por

¹⁹² Sala Franco: La duración y la ultractividad...

¹⁹³ Blasco Pellicer: El convenio...

mejores convenios aquellos que permitan una mejor adaptación de la empresa a los requerimientos de la demanda, porque este es el presupuesto para asegurar los derechos de sus trabajadores, lo cual permite descartar que dicha regulación pretenda bloquear la negociación colectiva, o provocar vacíos regulatorios¹⁹⁴. Ciertamente, la norma pone en valor evitar la “petrificación” de los convenios colectivos, pero dicha medida no constituye un fin en si mismo, como lo es la adaptabilidad de las empresas a los requerimientos del mercado, puesto que el propio art. 86.3 ET contempla el pacto en contrario, lo que supone ni más ni menos, al igual que la prórroga anual, si no se produce denuncia por ninguna de las partes (art. 86.2 ET), que las partes han considerado, en estos supuestos, que la continuidad del convenio es positiva para la empresa y los trabajadores. Consiguientemente, las soluciones, promovidas por la nueva regulación de la ultractividad, procuran incentivar una negociación colectiva más rápida y más adaptada a los requerimientos de la demanda, lo que no estará siempre reñido con la prórroga o con una mayor ultractividad del convenio.

En qué momento puede convenirse pacto en contrario sobre la regla general de la ultractividad

Algunos sectores de la doctrina han defendido, apoyándose en la interpretación literal del art. 86.3.1 ET, que no cabe pactar en contrario una regla distinta a la general sobre la ultractividad del convenio, que no se contenga en el propio convenio. Dicho criterio comportaría en la práctica restar poder a la autonomía colectiva y promovería precisamente lo que nadie parece desear -la pérdida de vigencia del convenio- por lo que se ha considerado rigorista¹⁹⁵, entendiéndose, por tanto, que el “pacto en contrario” puede ser alcanzado por los sujetos legitimados en cualquier momento del proceso negociador¹⁹⁶. Se ha defendido, en todo caso que, pese a la desafortunada redacción del art. 86.3 ET, el periodo de ultractividad empieza a computar desde que concluye la duración del convenio colectivo¹⁹⁷.

Debe destacarse, por otra parte, que el art. 86.3 ET dispone que durante las negociaciones de un convenio, salvo pacto en contrario, se mantendrá vigente el convenio, excepto las cláusulas convencionales mediante las que se renunció al derecho de huelga. Dos son, por tanto, los requisitos exigibles: que se esté negociando el convenio y que no se haya pactado su pérdida de vigencia, de manera que, si las partes convinieron en acuerdo de mediación ante el SIMA, que se mantendría vigente el convenio hasta el 31-12-2013, mientras se negociaba su

¹⁹⁴ Casas; Rodríguez-Piñero y Valdés Dal-Ré: El agotamiento de la ultractividad del convenio colectivo

¹⁹⁵ Mercader Uguina, obra citada

¹⁹⁶ Sala Franco, obra citada.

¹⁹⁷ Sala Franco: La duración y la ultractividad...

renovación, sin promover propiamente una nueva negociación, sino retomando la precedente con una fecha de vencimiento, que concluyó sin acuerdo, el convenio perdió absolutamente su vigencia en la fecha convenida¹⁹⁸.

Las consecuencias jurídicas de los pactos de ultractividad contenidos en convenios anteriores a la reforma

Un sector importante de la doctrina científica¹⁹⁹ ha negado valor a los pactos de ultractividad, contenidos en los convenios colectivos previos a la reforma, porque la reforma cambia radicalmente el modelo de ultractividad, por lo que los negociadores del convenio no pudieron prever las consecuencias de los citados pactos. Entienden estos autores que si se subsumieran los acuerdos de estos convenios en el pacto en contrario, contemplado en el art. 86.3 ET, se vaciaría de contenido la reforma, porque dichas cláusulas eran simplemente cláusulas de “corta y pega”²⁰⁰.

La regulación precedente de la ultractividad, al igual que la actual, daba preferencia absoluta a lo que decidieran las partes, quienes podían pactar una ultractividad indefinida o ninguna en todas o en parte de las materias negociadas en el convenio²⁰¹, aunque la norma disponía que, si las partes no regulaban de ningún modo la ultractividad, se mantenían vigentes las cláusulas normativas del convenio, habiéndose entendido por la jurisprudencia, que los pactos de ultractividad eran dispositivos en la regulación precedente, por lo que habrá de estarse a lo convenido en la misma²⁰². En la regulación actual, el régimen de ultractividad se mantiene íntegramente disponible para las partes, si bien precisa que, si no se alcanzara acuerdo o no se dictara laudo arbitral en los plazos ya indicados, el convenio perdería vigencia al año de la denuncia, o al año de la entrada en vigor de la Ley 3/2012. La regla general - disponibilidad de la vigencia por las partes - es idéntica, mientras que antes se desplegaba la ultractividad, si las partes no pactaban lo contrario y ahora el convenio pierde vigencia, si las partes no pactan lo contrario.

No es cierto, por tanto, que se aplicara mecánicamente la ultractividad en la regulación precedente, puesto que solo se aplicaba del modo en que lo dispusieran las partes o en defecto de regulación en la materia²⁰³. Por consiguiente,

¹⁹⁸ SAN 31-03-2014, proced. 37/2014.

¹⁹⁹ Goerlich Peset: Régimen de la negociación colectiva; de los convenios colectivos.

²⁰⁰ Blasco Pellicer: Diez problemas aplicativos de la ultractividad” legal de los convenios colectivos.

²⁰¹ STS 29-04-2003, rec. 126/2002; STS 22-12-1998, rec. 1545/1998; STS 19-06-2009, rec. 10372008; STS 24-04-2012, rec. 141/2012.

²⁰² STS 8-07-2014, rec. 164/2013, confirma SAN 12-12-2012.

²⁰³ Lahera Forteza: Derecho transitorio de la negociación colectiva tras la reforma laboral.

si en los convenios colectivos anteriores a la reforma las partes convinieron un régimen concreto de ultractividad, aunque nada les impedía haber negociado que no hubiera ningún tipo de ultractividad en el convenio²⁰⁴, no hay razón para que dichos pactos no puedan integrarse en el “pacto en contrario”, regulado en el art. 86.3 ET, sin que dicha conclusión pueda verse afectada por la DT 4ª Ley 3/2012, por cuanto dicha norma se limita a fijar un plazo límite de ultractividad para los convenios ya denunciados, pero no limita ni excluye los pactos sobre ultractividad que pudieran contener²⁰⁵. De ese modo se ha defendido por sectores importantes de la doctrina²⁰⁶, entendiéndose que los pactos de ultractividad del convenio colectivo habidos con anterioridad a la reforma, continúan vigentes, dado el carácter dispositivo que tenía y sigue teniendo la ultractividad después de la reforma²⁰⁷.

Así lo ha entendido la mayor parte de la doctrina judicial, quien ha subrayado que, si el legislador hubiera querido dejar sin efecto dichos acuerdos, lo habría hecho así²⁰⁸, lo que ha sido avalado por la jurisprudencia²⁰⁹. Parece claro, por tanto, que el régimen de protección social complementaria, negociado en convenios colectivos, que regularon un régimen específico de ultractividad, deberán mantenerlo en sus propios términos²¹⁰, por cuanto esa fue la voluntad de los negociadores del convenio²¹¹. También se ha dado valor a estos acuerdos anteriores a la reforma para los convenios colectivos franja²¹².

En cualquier caso, cuando se prorrogue el convenio sectorial, en el que se pactó una revisión salarial acotada en el tiempo, no cabe aplicar los incrementos

²⁰⁴ STS 29-01-2013, rec. 49/2012.

²⁰⁵ Casas Bahamonde: La pérdida de la ultractividad en los convenios colectivos.

²⁰⁶ Martínez Moreno: La vigencia del convenio colectivo estatutario.

²⁰⁷ Sala Franco: La ultractividad de los convenios colectivos.

²⁰⁸ SAN 23-07-2013, proced. 205/2013.

²⁰⁹ STS/IV de 17-marzo-2015 (RC. 233/2013)(STS 26-04-2016, recud. 2102/14).

²¹⁰ SAN 20-01-2014, proced. 395/2013; SAN 20-01-2014, proced. 395/2013; STSJ País Vasco 11-02-2014, rec. 186/2014 y 18-03-2014, rec. 418/2014; STSJ Madrid 17-02-2014, rec. 1393/2013 y 7-03-2014, rec. 1768/2013; STS/IV de 17-marzo-2015 (RC. 233/2013)(STS 26-04-2016, recud. 2102/14).

²¹¹ Discutida la vigencia por ultraactividad del XVII Convenio Colectivo de la empresa TRAGSA, pactado para el periodo 2.011-13, antes de la entrada en vigor de la Ley 3/2012, en el que se contenía una cláusula de continuidad o prórroga después de terminada su vigencia, que se interpreta como integrante de la expresión del art. 86.3 ET de “salvo pacto en contrario” a efectos de extensión más allá del año que previó la Ley 3/2012, se declara vigente el convenio colectivo y se reitera doctrina elaborada a propósito de Convenios con cláusulas similares y anteriores a la entrada en vigor de la referida norma, SS.TS. 17 de marzo de 2.015 (rec. 233/2013), 2 julio 2015 (rec. 1699/2014), 7 de julio 2015 (rec. 193/2014) y 11 de noviembre de 2.015 (rec. 225/2014), entre otras (STS 26-10-2016, rec. 184/15, confirma SAN 16-02-2015).

²¹² STS 13-07-2017, rec. 245/2016.

pactados para ese período a períodos posteriores, aunque se trate de una cláusula normativa, por cuanto está referida a un período de tiempo concreto²¹³

La aplicación del convenio de ámbito superior

El art. 86.3 ET dispone que transcurrido un año desde la denuncia del convenio sin que se haya acordado un nuevo convenio o dictado un nuevo laudo arbitral, aquel perderá su vigencia, salvo pacto en contrario y se aplicará, si lo hubiere, el convenio colectivo de ámbito superior que fuera de aplicación²¹⁴. La aplicación del convenio de ámbito superior planteará múltiples problemas de identificación, por lo que parece recomendable que las partes determinen en la negociación colectiva qué convenio de ámbito superior sería aplicable en este supuesto, lo que ya está sucediendo²¹⁵. Caso contrario, habrá que determinar qué convenio es aplicable funcional o territorialmente, lo cual planteará múltiples problemas, puesto que los ámbitos convencionales suelen utilizar cláusulas de corta y pega, lo que deja fuera de juego múltiples subsectores, siendo especialmente complejo de identificar el aplicable a las empresas de multiservicios, donde deberá entrar en juego el que se cohoneste con la actividad dominante²¹⁶. Dicha complejidad obligará razonablemente a la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, entre cuyas funciones, conforme al art. 12 RD 1362/2012, se encuentra emitir dictámenes no vinculantes sobre la materia²¹⁷.

Parece claro, en todo caso, que los convenios concurrentes de ámbito superior, serán aplicables cuando transcurra el plazo máximo de ultraactividad, sin que quepa aplicar un convenio de ámbito superior, cuyo ámbito funcional y personal no concordara con el convenio que perdió su vigencia²¹⁸. Por el contrario, serían aplicables convenios colectivos concurrentes, cuando pierda vigencia el conve-

²¹³ STS 8-11-2016, rec. 102/16.

²¹⁴ STS 18-10-2016, rec. 205/15.

²¹⁵ Casas Bahamonde, obra citada.

²¹⁶ STS 3-10-2003, rec. 17/2012.

²¹⁷ Blasco Pellicer, obra citada.

²¹⁸ Pérdida de vigencia del convenio colectivo de fabricación de helados por finalización del periodo de ultraactividad. Aplicación del convenio superior. Concepto de convenio superior y exigencia de que se trate de un convenio previamente concurrente. Aplicación de otros convenios concurrentes y primacía del convenio superior en estos supuestos. Contractualización de las condiciones del convenio cuya vigencia termina: desestimación por cuanto la pretensión se formula de manera vinculada a la primera que se ha desestimado. Inconcreción de lo pedido en la demanda en el aspecto material (condiciones cuya pervivencia se afirma) y subjetivo (trabajadores a los que se siguen aplicando). Falta de legitimación de la patronal demandada. Al desaparecer el convenio colectivo la patronal deja de tener la representatividad del conjunto del sector que derivaba de la protección legal de su papel negociador y las pretensiones habrán de dirigirse contra las concretas empresas (SAN 31-03-2014, proced. 36/2014).

nio colectivo aplicable, sin que quepa, en dichos supuestos, aplicar el convenio de ámbito superior, porque no se producirá vacío convencional²¹⁹.

Por lo demás, será extremadamente complicado ajustar las previsiones del convenio de ámbito superior a la unidad decaída en múltiples materias, especialmente las de protección social, por cuanto las mejoras voluntarias tienen múltiples regulaciones, que pueden ser contradictorias entre sí, especialmente cuando decaiga un convenio de empresa, que contenga compromisos por pensiones o seguros colectivos externalizados (DA 1ª del RDL 1/2002), puesto que los convenios sectoriales no suelen contemplar compromisos por pensiones. Cabe, incluso, que el convenio de ámbito superior no contemple ningún tipo de mejora voluntaria, lo que supondría según algún sector de la doctrina²²⁰ la aplicabilidad de la normativa general, mientras que otros sectores han defendido que los sistemas voluntarios de previsión social, cuyo alcance ordinario es superior al del convenio colectivo que los establece y regula, están incorporados así mismo a los instrumentos jurídicos contractuales utilizados para su organización (planes de pensiones, contratos de seguro colectivo o Mutualidades de Previsión Social), manteniéndose, en su caso, las obligaciones y responsabilidades de las empresas, así como los partícipes/asegurados/beneficiarios, en los términos establecidos en esos instrumentos, por mucho que su causa derive del convenio colectivo que ha perdido vigencia²²¹, entendiéndose, en todo caso que, si en el convenio de ámbito superior no se contemplan las mejoras voluntarias derivadas del convenio decaído, no debería haber limitación para su negociación autónoma, aunque se aplique el convenio superior²²². Se ha reflexionado sobre la posibilidad de recuperar derechos derivados del convenio decaído, entre los que podría encontrarse la protección social complementaria, si en el convenio de ámbito superior se contienen cláusulas de garantía de derechos previos, lo que se ha descartado con carácter general, por cuanto la mayoría de estas cláusulas se refieren a derechos o condiciones adquiridos a título personal, pero dependerá, en última instancia, de la propia redacción del precepto²²³.

Se ha admitido, no obstante, la aplicabilidad de convenios colectivos superiores diferenciados, cuando sean aplicables a la unidad de negociación decaída, siempre que no sean concurrentes entre sí, porque regulen materias diferentes²²⁴. Caso de existir concurrencia, se deberá aplicar el convenio más antiguo, salvo que concurran las excepciones contempladas en el art. 84 ET. Finalmente, se ha

²¹⁹ SAN 31-03-2014, proced. 36/2014

²²⁰ Sala Franco, obra citada.

²²¹ Casas, Rodríguez-Piñero y Valdés-Dal Ré, obra citada.

²²² Casas Bahamonde, obra citada, pág. 21.

²²³ Blasco Pellicer, obra citada.

²²⁴ Sala Franco, obra citada que se apoya en STS 2-02-2004 RJ 1069 y 17-05-2004, RJ 4969).

defendido que la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior impedirá la aplicación sobrevenida de cualquier otro, incluido el de la unidad decaída²²⁵, cuestionándose dicha tesis por otro sector de la doctrina, quien defiende que la aplicación del convenio de ámbito superior no es propiamente una sucesión de convenios, tratándose únicamente de una herramienta legal para evitar el vacío de regulación, lo cual comporta que, si los negociadores del convenio decaído, alcanzaran finalmente acuerdo, no estaría afectado propiamente por el principio de no concurrencia de convenios, por cuanto la aplicación del convenio de ámbito superior no deriva propiamente de la negociación colectiva²²⁶.

En cualquier caso, la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior constituye un problema complejo, a tal punto que la STS 22-12-2014, rec. 264/2014 ha identificado múltiples dudas interpretativas sobre su aplicación:

“La primera es qué deba entenderse por convenio colectivo de ámbito superior; habida cuenta de que dicho ámbito puede referirse –dejando aparte el ámbito personal y el temporal, a los que también se refiere el artículo 85.3 del ET- bien el ámbito territorial o bien el ámbito funcional. O si se pueden combinar los dos ámbitos para determinar el convenio aplicable. O, si no, cual de ellos debe prevalecer. O si, habiendo varios convenios de ámbito superior –por ejemplo, dos convenios sectoriales, uno provincial y otro estatal, ambos superiores al de empresa que ha perdido su vigencia- debe escogerse como aplicable para sustituirlo el inmediatamente superior o el “de ámbito más superior de todos”. Y todo ello, partiendo de la base de que, desde el punto de vista de la jerarquía de las normas, todos los convenios tiene el mismo rango, independientemente de sus respectivos ámbitos más o menos extensos. Las preguntas se podrían multiplicar pero no procede porque, en el caso que se nos plantea, se da como probado que no existe convenio colectivo alguno de ámbito superior al de empresa que ha perdido vigencia por haber finalizado su período de ultraactividad”.

Regulación aplicable cuando no haya convenio de ámbito superior

Sin duda, el problema de mayor envergadura, originado por la nueva regulación de la ultraactividad, es que el art. 86.3 ET no prevé las consecuencias de la pérdida de vigencia del convenio, cuando se supere el plazo de ultraactividad sin recurrir a soluciones arbitrales y no quepa aplicar un convenio de ámbito superior. La doctrina científica se ha dividido entre quienes entienden que la pérdida de vigencia del convenio comporta la desaparición de los derechos y obligaciones contenidos en el mismo, aplicándose las normas legales y reglamentarias

²²⁵ Goerlich Peset; Mercader Uguina, obras citadas.

²²⁶ Casas Bahamonde, obra citada.

vigentes²²⁷, mientras que otro sector defiende criterios conservacionistas desde diferentes formulaciones²²⁸.

Las posiciones abolicionistas están sólidamente construidas y se apoyan en una idea clara, según la cual el convenio obliga a empresarios y trabajadores durante su vigencia (art. 82.3 ET) de manera que, si el convenio colectivo pierde su vigencia, porque los negociadores no alcanzan acuerdo, o no se produce un laudo arbitral un año después de su denuncia, pierde totalmente su vigencia y debe ser sustituido por las leyes y la regulación reglamentaria del Estado, lo que no constituye, a su juicio, un vacío jurídico²²⁹, puesto que desaparecida la vigencia del convenio, las relaciones laborales pasan a regularse por las demás fuentes contenidas en el art. 3.1 ET²³⁰, lo cual se ha validado por algún sector de la doctrina judicial²³¹, al entender que el art. 86.3 ET y la DT 4ª Ley 3/2012 deben prevalecer, incluso, sobre lo pactado en convenio, por lo que considera irrelevante que en el convenio controvertido se pactara expresamente su mantenimiento. Se entiende, por otra parte que, si no existe un convenio vencido que haya de ser revisado, desaparece la obligación de negociar de buena fe, exigida por el art. 89.1 ET, por lo que, de existir un convenio superior, no puede quedar condicionado por la preexistencia del convenio en razón de tal desaparición, por lo que las reglas del art. 84 ET serán perfectamente aplicables²³².

Por el contrario, los defensores de la posición conservacionista han defendido en algunos casos que la pérdida de vigencia del convenio colectivo estatutario, lo convertiría en convenio extraestatutario²³³, por lo que perdería su eficacia normativa, pero no su eficacia contractual; se ha defendido también que “para la decadencia del convenio colectivo... es imprescindible que la autonomía colectiva aporte soluciones alternativas, que den cobertura a los trabajadores afectados”, manteniéndose la ultraactividad en caso contrario²³⁴; el tercer bloque conservacionista ha mantenido, al menos para los trabajadores contratados antes de la reforma, que las condiciones existentes en el convenio pasarían a formar parte de sus contratos de trabajo²³⁵, pudiendo, en su caso, modificarse mediante acuerdos

²²⁷ Goerlich Peset; Mercader; Blasco Pellicer; Sempere; Sala Franco; Varela y otros.

²²⁸ Casas, Rodríguez-Piñero y Valdés-Dal Ré; Lahera Forteza; Martínez Moreno; Molina; Escudero; Fernández y otros muchos.

²²⁹ Mercader y Sempere, obras citadas.

²³⁰ (López Anierte, 2012, p. 175; Navarro Nieto, 2012, p. 67; Roqueta, 2012.b), p. 44; Llano, 2012, p. 363; Purcalla/Preciado, 2012, p. 333; Mercader, 2012, p. 454, Llompart, 2012, p. 267; Goerlich, 2013, pp. 34 y 35; Sala, 2013, pp. 19 y 20; Varela, 2013; Sempere, 2012.

²³¹ STSJ Valladolid 3-04-2014, rec. 278/2014.

²³² Goerlich Peset: La ultraactividad de los convenios colectivos.

²³³ Escudero: 2012, pág. 54.

²³⁴ Merino 2012, p. 261; OLARTE, 2013, pp. 11 ss

²³⁵ Cruz Villalon.

colectivos o individuales entre las partes, o a través del procedimiento del art. 41 ET²³⁶.

Las posiciones conservacionistas han sido criticadas desde el otro sector, porque no cabe modificar la naturaleza normativa del convenio estatutario, mediante su conversión en extraestatutario, por cuanto son dos figuras de la negociación colectiva radicalmente diferentes y el convenio extraestatutario solo es aplicable durante su vigencia²³⁷, siendo criterio reiterado y pacífico que los convenios extraestatutarios no generan derechos adquiridos²³⁸. Se ha criticado, del mismo modo, que no puede mantenerse la ultraactividad, porque haya fracasado la negociación colectiva en el plazo legal, porque dicha posición supondría dejar sin efecto la reforma²³⁹. Se ha defendido finalmente, que las condiciones convencionales, por tratarse de un convenio colectivo estatutario y por ello de eficacia normativa, no podrán “*contractualizarse*” automáticamente a partir de la pérdida de su vigencia normativa ultra activa, porque dicha alternativa habría de ser establecida por ley, como sucede en Francia, Bélgica y Alemania, o por convenio colectivo²⁴⁰, sin que quepa adquirir condiciones más beneficiosas por convenio colectivo²⁴¹, entendiéndose, por otra parte, que la contractualización del convenio colectivo vigente, salvo que se convenga colectivamente por las partes²⁴², quiebra el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico español, sosteniéndose que hay condiciones convencionales, que por su propia regulación general, no admiten contractualización, como los sistemas de clasificación profesional o el régimen disciplinario²⁴³.

Por el contrario, los partidarios de la contractualización consideran que las condiciones laborales se regulan mediante múltiples fuentes: la ley, el convenio colectivo, los acuerdos subsidiarios a convenio, los pactos extraestatutarios, las condiciones más beneficiosas colectivas e individuales y los propios pactos contractuales. Entienden que los empresarios y trabajadores prestan su consentimiento a todas las condiciones derivadas de dichas fuentes, que pasan a formar parte del contrato de trabajo con los consiguientes derechos y obligaciones para las partes, sin que la pérdida de vigencia del convenio, por el fracaso de la nego-

²³⁶ Cruz, 2012.b], p. 414], Guamán/Illueca, 2012, p. 123, Molina, 2012, p. 157, Toscani, 2012, pp. 95 y 98, Casas, 2013, pp. 24 ss.

²³⁷ Blasco, obra citada.

²³⁸ SS.TS de 11 de Mayo de 2009, Rec. 2509/2008, de 10 de Junio de 2009, Rec. 103/2008, de 16 de Junio de 2009, Rec. 2272/2008 o de 14 de Octubre de 2009, Rec. 625/2009).

²³⁹ Goerlich Peset: La ultraactividad de los convenios.

²⁴⁰ Sala Franco, obra citada, pág. 21

²⁴¹ STS 29-10-2012, rec. 204/2012.

²⁴² SAN 14-06-2013, proced. 177/2013.

²⁴³ Blasco Pellicer, obra citada, pág. 20.

ciación colectiva, pueda liquidar mecánicamente las condiciones derivadas del mismo, aunque pierdan su carácter normativo, porque si se hiciera así, se haría ingobernable la empresa, que no dispondría, entre otras herramientas, de sistema de clasificación profesional, lo que difuminaría las obligaciones de los trabajadores, así como su movilidad funcional, ni habría tampoco régimen disciplinario aplicable y se primaría decididamente la autonomía individual frente a la colectiva, que no es, de ningún modo, la intención del legislador, quien pretendía, como anticipamos más arriba, que la nueva regulación de la ultractividad promoviera más y mejores convenios en plazos más ajustados a las necesidades de las empresas²⁴⁴.

Dichas posiciones, como anticipamos más arriba, han defendido de modo más firme, si cabe, el mantenimiento de los sistemas de previsión social, especialmente cuando protegen derechos, cuyo despliegue supera la duración del convenio²⁴⁵, defendiendo que las aportaciones a los planes y fondos de pensiones, así como los seguros colectivos deberían mantenerse como condiciones más beneficiosas de origen colectivo en los contratos de trabajo de los trabajadores afectados²⁴⁶. Fuere cual fuere la opción, que acepte finalmente la jurisprudencia, parece evidente la necesidad de blindar la previsión social complementaria, tal vez mediante acuerdos sobre medidas concretas, que aseguren su continuidad²⁴⁷, si se quiere generalizar su utilización, porque si no se hiciera así, de mantenerse la crisis económica, no tendrá demasiado sentido incluir mejoras voluntarias en los convenios colectivos si corren el riesgo de perder su vigencia con el propio convenio, especialmente aquellas mejoras gestionadas por el empresario, que no tendrán posibilidad de movilizarse o rescatarse, como los planes y fondos de pensiones²⁴⁸ y los seguros colectivos²⁴⁹.

El problema central, originado en el art. 86.3.4, es que la liquidación del convenio, si esa hubiera sido la tesis aceptada finalmente por la jurisprudencia, no habría promovido el objetivo, perseguido por la reforma, consistente en mejorar y actualizar la negociación colectiva, mediante su adecuación a la realidad cambiante del mercado, sino que habría provocado unos efectos demoledores sobre los contratos de trabajo y habría dejado sin regulación instrumentos decisivos para el funcionamiento de las empresas, como el sistema de clasificación profesional (art. 22 ET), la promoción profesional (art. 24 ET); el modelo de recibo de salarios (art. 29, 1 ET); la distribución irregular de la jornada a lo largo del año (art. 34, 2 ET); el establecimiento del límite máximo de la jornada ordinaria, re-

²⁴⁴ Casas Bahamonde, obra citada.

²⁴⁵ Casas Bahamonde, obra citada, pág. 14

²⁴⁶ Casas Bahamonde, obra citada, pág. 21.

²⁴⁷ Gala Durán, obra citada.

²⁴⁸ STS 27-09-2010, rec. 2566/2009) y 19-07-2011, rec. 1228/2010.

²⁴⁹ STS 6-10-2010, recud. 3423/2009

basando el límite máximo de nueve horas (art. 34, 3 ET), el período de vacaciones anuales (art. 38.1 ET), o las reglas de acomodación de la representación de los trabajadores a las disminuciones significativas de plantilla en la empresa (art. 67, 1 ET), así como el régimen disciplinario (art. 54 ET).

Habría producido efectos demoledores para los contratos de trabajo existentes, porque los presupuestos, para la existencia del contrato de trabajo, son la concurrencia de consentimiento de los contratantes, objeto cierto del contrato y causa de las obligaciones que se establezcan (art. 1261 CC) y el objeto del contrato laboral, que en realidad es el objeto de las obligaciones que se asumen por las partes, se origina esencialmente en el convenio colectivo, de manera que su desaparición habría supuesto que el contrato quede sin objeto, o habría perdido, en el mejor de los casos, la certeza, exigida por el art. 1273 CC, sobre el objeto de los contratos. Habría afectado, del mismo modo, a la causa de los contratos de trabajo que, al tratarse de contratos onerosos consiste en la prestación o promesa de una cosa o servicio por la otra parte y en los remuneratorios el servicio o beneficio que se remunera, que queda en situación de indefinición al perder vigencia el convenio colectivo. Por lo demás, no debe olvidarse, que los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y desde entonces obligan, no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley (art. 1258 CC). Por consiguiente, si las condiciones esenciales del contrato de trabajo, sobre las que se produce el consentimiento, que es el alma del contrato²⁵⁰, se originan en el convenio, la pérdida de vigencia del mismo supondrá claramente la pérdida de su naturaleza normativa, que ya no podrá imponerse desde fuera del contrato, pero no es irrazonable que las obligaciones, causadas por el convenio, que constituyen esencialmente su objeto y su causa, mantengan su vigencia como manifestación propia de la buena fe contractual de ambas partes.

Es cierto, que la pérdida de vigencia del convenio daría paso a la autonomía individual, mediante la suscripción de nuevos contratos individuales entre las partes, pero dicha alternativa sería extremadamente dificultosa en empresas complejas, en las que sería prácticamente imposible ordenar las relaciones laborales mediante contrataciones individuales en masa, lo cual habría sido fuente inagotable de conflictos. Por lo demás, el contrato de trabajo o el convenio extraestatuario permitirán regular determinados aspectos de las relaciones laborales, pero no viabilizarán la implantación de herramientas clave para el funcionamiento de las empresas, como el sistema de clasificación profesional, el régimen de asensos y otras materias, que exigen acuerdos de eficacia general²⁵¹.

²⁵⁰ Castán Tobeñas, J.: Derecho Civil Español Común y Foral.

²⁵¹ TS 1-06-2007, RJ 6349 y TS 22-12-2008, rec. 49/08.

La doctrina judicial ha mantenido la vigencia de un convenio provincial, al que se remitía el convenio colectivo sectorial estatal, en aquellos aspectos no regulados por el convenio colectivo estatal, subrayando que concurrían circunstancias específicas, que avalaban dicha tesis²⁵². Se entiende, por otra parte, que se trata de la solución menos gravosa para las partes, puesto que mantiene los derechos básicos de la relación laboral, que pueden, de concurrir causas, modificarse por la vía del art. 41 ET²⁵³, subrayando, en cualquier caso, que el empresario no podía aplicar unilateralmente los aspectos del convenio que le convenían y dejar sin efecto los demás²⁵⁴. Por lo demás, no cabe solicitar en procedimiento de conflicto colectivo, promovido por un sindicato contra las asociaciones firmantes del convenio precluido, que se mantengan vigentes las cláusulas del convenio, por cuanto al desaparecer el convenio colectivo la patronal deja de tener la representatividad del conjunto del sector que derivaba de

²⁵² Con fecha 8-7-13 la empresa demandada dirigió una comunicación a cada uno de sus empleados y a sus representantes informándoles que el día 7 había terminado el periodo de vigencia ultra activa del convenio colectivo provincial de hospitalización, clínicas médico-quirúrgicas, y de diagnóstico de Guipúzcoa para los años 1999 y 2000, por el que se venían rigiendo y que a partir de esa fecha el marco regulatorio sería el ET, si bien a los trabajadores en plantilla se les mantendrían temporalmente determinadas condiciones de los Acuerdos colectivos suscritos a nivel de empresa. El Comité de Empresa promovió demanda de conflicto colectivo al estimar que la decisión empresarial entrañaba una modificación sustancial de las condiciones laborales de carácter colectivo, pretensión que fue estimada en la instancia y en suplicación. La sentencia analizada, después de rechazar las excepciones de falta de acción e inadecuación de procedimiento, señala que falta el presupuesto ineludible y necesario para la expiración definitiva de un convenio colectivo por transcurso del periodo legal de ultraactividad, cuál es que haya sido objeto de denuncia, exigible respecto de aquellos convenios, como el provincial a examen, que no han optado por incorporar una cláusula de denuncia automática. El Tribunal señala además que la DT 4ª de la Ley 3/2012 no resulta aplicable a los Acuerdos colectivos de empresa (STSJ País Vasco 25-03-2014, rec. 446/2014).

²⁵³ STSJ País Vasco 11-02-2014, proced. 149/2014.

²⁵⁴ La Sala, actuando como órgano de instancia, analiza un CC de empresa con vigencia durante el período 2011-2014, publicado el 11-1-12, que en las materias no reguladas en el mismo remite a un CC sectorial de ámbito provincial. La vigencia de este último se extiende del 1-1-10 al 31-12-11, con la previsión de que quedará automáticamente denunciado a partir del 1-11-11, pudiéndose iniciar desde esa fecha las negociaciones para el Convenio Colectivo que lo sustituya, que no llegan a fructificar. El 22-1-14 la demandada comunica a los representantes del personal y a todos sus empleados que el 7-7-13 terminó la vigencia del CC provincial, no obstante lo cual continuaría aplicando su contenido con carácter supletorio y de forma temporal y no definitiva hasta el 31-7-14, como había hecho hasta ese momento. Ante esta decisión, los Sindicatos presentan demanda de conflicto colectivo para que se declare el derecho de los trabajadores afectados a seguir rigiéndose supletoriamente por el CC provincial, que el Tribunal, después de rechazar las excepciones de falta de acción e inadecuación de procedimiento, estima, al considerar que la remisión que efectúa el art. 3 es al contenido de un CC provincial que se ha de seguir aplicando con independencia de que haya perdido su vigencia como CC. A mayor abundamiento, señala que el decaimiento del CC provincial a partir del 8-7-13 no autoriza a la empresa para determinar unilateralmente los aspectos de las relaciones de trabajo reguladas en él (STSJ País Vasco 1-04-2014, rec. 9/2014).

la protección legal de su papel negociador y las pretensiones habrán de dirigirse contra las concretas empresas²⁵⁵.

La aplicación de facto del convenio colectivo por el empresario

Se ha planteado finalmente la posibilidad de que, vencido el plazo de ultractividad regulado en el art. 86.3 ET, el empresario continúe aplicando el convenio vencido y qué consecuencias pueden derivar de dicha aplicación fáctica. Parece claro, que dicha medida puede derivar de acuerdo colectivo, cuya eficacia puede ser general o no serlo, lo cual parece discutible, porque los acuerdos subsidiarios a convenio colectivo, deben ser de eficacia general, con las consiguientes adhesiones individuales al mismo, o podría instrumentarse mediante acuerdos individuales entre empresarios y trabajadores, lo que se ha validado, siempre que se asegure que no se producirá trato discriminatorio entre los trabajadores²⁵⁶. Parece claro que el acuerdo extraestatutario de eficacia general será la solución más eficiente, puesto que permite la regulación de las herramientas colectivas más importantes para el funcionamiento de la empresa en todos aquellos aspectos en los que el ET remita al convenio o al acuerdo de empresa y permitirá, perdida la vigencia normativa del convenio, una mejor adaptabilidad de las empresas, si concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, mediante la utilización del art. 41ET, que no exige alcanzar acuerdo, como sucede con el art. 82.3 ET.

Si se alcanza acuerdo expreso entre las partes de mantener la vigencia del convenio, entraría dentro del pacto en contrario, contemplado en el art. 86.3 ET. Cabe, sin embargo, una prórroga tácita, siempre que no quede desmentida por los hechos, lo que será relevante, puesto que el presupuesto, para la concurrencia de condición más beneficiosa, es que quede plenamente acreditado que esa era la intención inequívoca del empleador²⁵⁷.

Otras hipótesis posibles serían las siguientes:

- a) Incorporación al nexo contractual el convenio colectivo en bloque.
- b) Considerar que la decisión empresarial de mantener el convenio contractualiza sus condiciones en todos sus trabajadores.
- c) Que el empresario mantenga las condiciones, que estime oportunas y liquide las que no le parezcan adecuadas, lo que no parece viable, porque podría atentar sobre el equilibrio contractual.

Blasco Pellicer apunta que estas dos últimas soluciones plantean problemas

²⁵⁵ SAN 31-03-2014, proced. 36/2014.

²⁵⁶ Sempere, obra citada.

²⁵⁷ STS 4-03-2012, rec. 4/2012.

importantes, porque algunas condiciones convencionales no pueden individualizarse por definición, como el sistema de clasificación profesional o el régimen disciplinario, por lo que considera más adecuada la primera propuesta.

Cuando no suceda así, si el empresario promueve unilateralmente las nuevas condiciones de trabajo, o las impone mediante negociaciones individuales, corre el riesgo de abrir múltiples frentes, especialmente aquellos que afecten al derecho de igualdad, lo cual supondrá, en la práctica, que la nueva regulación de la ultratractividad, dirigida a promover más y mejores convenios, que aseguren la adaptabilidad de las empresas a las necesidades del mercado o a los requerimientos de la demanda, perderá de vista dichos objetivos y hará mucho más ingobernable la empresa.

La primera respuesta de la jurisprudencia: STS 22-12-2014, rec. 264/2014

El Tribunal Supremo en STS 22-12-2014, rec. 264/2014, que confirma STSJ Baleares de 20-12-2013, que estimó la demanda de conflicto colectivo interpuesta por el sindicato Unión Sindical Obrera (USO) contra la empresa ATENCIÓN Y SERVICIOS S.L. (ATESE) y declaró no ajustada a derecho la conducta empresarial al abonar la nómina de julio 2013, al dividirla en dos periodos, del 1 al 7 de julio con arreglo a las condiciones del Convenio Colectivo de empresa, y del 8 al 31 de julio en la que se aplica las condiciones establecidas en el Estatuto de los Trabajadores y repongan a los trabajadores afectados por el conflicto colectivo, a las condiciones que disfrutaban con anterioridad, durante la vigencia del expresado Convenio Colectivo, ha dado respuesta al contencioso existente sobre el tema. La sentencia confirmada, aplicando la doctrina STSJ País Vasco 26-11-2013, rec. 2065/2013, concluye que, mientras no se negocie un nuevo convenio colectivo, deben mantenerse las condiciones retributivas pactadas, por lo que obliga a la empresa a mantener las retribuciones anteriores a la pérdida de vigencia del convenio colectivo.

La mayoría del TS se inclina, entre la tesis rupturista y la conservacionista, por esta última, subrayando, en primer término, que la primera tendría efectos indeseables tanto para la empresa, quien perdería instrumentos organizativos esenciales para su debido funcionamiento, como para los trabajadores, caso de aplicárseles el salario mínimo interprofesional.

La mayoría defiende que la autonomía de la voluntad constituye la base de las relaciones contractuales, también en el contrato de trabajo, por lo cual concluye que el instrumento constitutivo y regulador de las relaciones laborales es el contrato de trabajo, que incorpora automáticamente, tanto si lo hace por escrito como si no, los mínimos legales y convencionales por la voluntad de los contratantes.

Subraya, a continuación, que cualesquiera derechos y obligaciones de las partes existentes en el momento en que termina la ultraactividad de un convenio colectivo no desaparecen en el momento en que dicho convenio pierde su vigencia. Y ello es así, no porque –como se ha dicho algunas veces- las normas del convenio colectivo extinto pasen a contractualizarse en ese momento sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas desde el momento mismo (el primer minuto, podríamos decir) en que se creó la relación jurídico-laboral, a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente.

Así pues, no niegan la pérdida de vigencia del convenio, cuando ha transcurrido un año desde su denuncia, pero consideran irrelevante dicha circunstancia, por cuanto sus condiciones se han incorporado automáticamente al contrato de trabajo, si bien no tienen ya naturaleza normativa, por lo que podrán modificarse, caso de concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, mediante el procedimiento del art. 41 ET.

Conviene subrayar que la doctrina expuesta va más allá de los términos del litigio, puesto que el debate procesal concreto se centró únicamente en las retribuciones, dado que la empresa decidió aplicar el salario mínimo interprofesional desde la pérdida de vigencia del convenio.

Los votos particulares concurrentes y contrarios a la sentencia examinada

Lamentablemente, el TS, al igual que la doctrina científica, se ha dividido en una materia tan delicada como la que nos ocupa, puesto que dos magistrados han redactado sendos votos concurrentes, cinco magistrados han suscrito un voto contrario conjunto y una magistrada ha suscrito un voto contrario en solitario.

El voto del Excmo. Luis Fernando de Castro Fernández concurre con la mayoría, por cuanto se opone a la tesis rupturista, pero niega la contractualización del convenio, aunque defiende que la continuidad aplicativa del salario del convenio atiende al equilibrio de las prestaciones y tiene apoyo en el principio de buena fe.

Se opone a la tesis rupturista, porque vulneraría el derecho a la dignidad humana y al derecho al salario suficiente, reconocidos por los arts. 10.1 y 35.1 CE y podría vulnerar también el derecho a la negociación colectiva, puesto que la derogación del convenio comportaría en la práctica la imposición de condiciones de trabajo por el empleador, lo que podría vulnerar lo dispuesto en el art. 1256 CC. Defiende, por tanto, que la interpretación adecuada de la norma controvertida deberá ajustarse necesariamente a la Constitución y destaca que la derogación del convenio perjudicaría tanto al trabajador como al empresario.

Critica la tesis contractualista, defendida por la mayoría, por cuanto quie-

bra el sistema de fuentes de las relaciones laborales (art. 3 ET), contradice la jurisprudencia sobre la imposibilidad de crear condiciones más beneficiosas en convenio colectivo, así como los propios requisitos para la concurrencia de la condición más beneficiosa y provocaría una petrificación del contenido del convenio, subrayando que la remisión contractual al salario del convenio colectivo no comporta su contractualización, puesto que dicha retribución salarial sigue la misma suerte que el convenio, de manera que, si este pierde vigencia, también desaparece la obligación de retribuir el salario convenio. Destaca, en todo caso, las disfunciones, que provocaría la tesis mayoritaria, por cuanto las condiciones más beneficiosas son resistentes a los convenios colectivos peyorativos, admitidos en el art. 82.4 ET.

Propone, como alternativa el mantenimiento de la retribución anterior a la pérdida de vigencia del convenio en aplicación del principio de equilibrio de las prestaciones, que quebraría si se aplicase el salario mínimo interprofesional, destacando finalmente que debe hacerse así con base a la exigencia de buena fe, reclamada por el art. 1258 CC.

El voto concurrente del Excmo. Sr. Don Miguel Ángel Luelmo Millán defiende la aplicabilidad de la Disposición Transitoria Segunda del Código Civil, que establece que *“los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas”*, y éste es un principio de intertemporalidad que considera extrapolable al caso presente, siquiera sea como regla general y *“mutatis mutandis”*, con mejor respeto de la seguridad jurídica, del propio prestigio legislativo y de las indudables expectativas de los trabajadores afectados, llevando su aplicación, en definitiva, a salvaguardar la situación ya existente en cada caso y a diferencia de lo que acontecerá con los trabajadores de nueva contratación.

El voto discrepante, suscrito por cinco magistrados de la Sala, redactado por el Excmo. Sr. Don Antonio Sempere Navarro, se opone a la tesis mayoritaria, porque no cabe descartar la solución a un problema jurídico porque desagraden sus consecuencias. Niega, a continuación, que puedan contractualizarse aquellas instituciones, que deben regularse por convenio o acuerdo subsidiario a convenio, de conformidad con el ET.

Niega, del mismo modo, la prevalencia del principio autonomista en las relaciones laborales, subrayando que el Derecho del Trabajo se origina precisamente en su corrección, puesto que la desigualdad entre las partes es la nota esencial del contrato de trabajo. Niega también que la regulación de las relaciones laborales corresponda únicamente al contrato de trabajo, puesto que se regula con arreglo al sistema de fuentes del art. 3 ET, subrayando que el contrato de trabajo

debe respetar obligatoriamente los mínimos legales y convencionales, de manera que, si desaparece la vigencia del convenio colectivo, su contenido pierde todo su valor.

Lista, a continuación, los aspectos que pudieran dilucidarse para defender las retribuciones del convenio colectivo:

- a) La dignidad del trabajador (art. 10.1 CE; art. 4.2.e ET) puede violentarse si la empresa rebaja súbitamente las remuneraciones que le viene satisfaciendo.
- b) El enriquecimiento injusto o el abuso de derecho (art. 7.2 CC) son palancas argumentales hábiles para ser activadas a partir de datos concretos.
- c) La acreditación de las causas por las que fracasó la negociación del convenio de empresa puede ser hábil para aquilatar la existencia de comportamientos estratégicamente abusivos y contrarios a la buena fe que debe presidirla (art. 89.1 ET).
- d) La analogía (art. 4.1 CC) o las costumbres profesionales (art. 3.1.d ET) pueden utilizarse si se argumenta y acredita oportunamente, buscando la traslación de lo previsto en otras empresas o convenios.
- e) La irregresividad retributiva, con base en normas comunitarias o internacionales sobre equiparación en el progreso podría apuntalar la idea de que el empleador no es libre para rebajar cualquier nivel salarial al mínimo interprofesional por más que ni valga el convenio, ni haya contractualización.
- f) Incluso, según las circunstancias, puede entenderse que el descenso importante del nivel retributivo coloca en situación desesperada a los trabajadores e incita a una negociación colectiva sin las premisas de libertad y serenidad que su respeto (art. 37.1 CE).

Como no se alegaron, ni probaron, dichas causas de pedir, defiende que la actuación empresarial no puede calificarse de ilegal.

Finalmente el voto contrario de la Excm. Sra. Doña Milagros Calvo Ibarlucea concluye que el convenio deja de tener cualquier efecto legal desde el momento en el que pierde su vigencia.

La doctrina expuesta ha sido mantenida por la Sala IV, aunque había caducado el convenio colectivo después de transcurrir un año desde el momento en que fue denunciado, sin que exista convenio de ámbito superior aplicable ni convenio posterior, seguirán aplicándose las condiciones laborales en él previstas -aunque

como simples obligaciones contractuales, sin efecto normativo alguno-, a los trabajadores que tuviesen contrato de trabajo a la fecha de esa pérdida de vigencia normativa. Se sigue la doctrina plasmada en STS -del Pleno- de 22 de diciembre de 2014 (rc. 264/14) y, estimando este recurso de casación de la empresa, se desestima la primera petición de la demanda tal como viene planteada en relación con la naturaleza del referido derecho y se estima la petición subsidiaria²⁵⁸.

La contractualización de las condiciones del convenio comporta que las mismas perdieron su valor normativo, de manera que su modificación unilateral constituye modificación sustancial colectiva, que deberá impugnarse en el plazo de caducidad de veinte días desde su notificación a la RLT²⁵⁹. La contractualización de las condiciones del convenio comporta que esos contenidos se conservan como tales hasta la entrada en vigor del nuevo convenio, sin que la empresa pueda imponer unilateralmente el mantenimiento de algunas de ellas y la supresión de las demás²⁶⁰.

La legitimación para negociar convenios colectivos

El art. 37.1 CE dispone que “la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”²⁶¹. La consecuencia inmediata de la previsión constitucional citada es la eficacia general, así como la naturaleza jurídica normativa de los convenios colectivos estatutarios, garantizada por el art. 82.3 ET.

El presupuesto, para que el convenio colectivo tenga naturaleza jurídica normativa y eficacia general, es que se cumplan todas las exigencias, contempladas en el Título III ET²⁶², que aseguran la necesaria representatividad, anudada al principio de correspondencia, de los sujetos negociadores, no pudiendo olvidarse que las reglas de legitimación para la negociación de convenios colectivos estatutarios son derecho necesario absoluto, tal y como ha defendido la doctrina constitucional (STC 73/1984)²⁶³, como no podría ser de otro modo, puesto que la legitimación para negociar un convenio significa “más que una representación

²⁵⁸ STS 18-05-2016, rec. 100/15

²⁵⁹ STS 20-12-2016, rec. 217/15.

²⁶⁰ . La contractualización de las condiciones de trabajo, producida desde que se crea la relación jurídico laboral, a partir de la cual dichas condiciones van experimentando la evolución correspondiente, no puede limitarse a aquellas que la empresa ha decidido seguir aplicando, tras haber perdido vigencia el convenio (FJ 11). Ha caducado la impugnación referente a la inaplicación del contenido de los Anexos referentes a la representación de los trabajadores (FJ 9) (STS 20-12-2016, rec. 217/15, casa parcialmente, en lo referido a la caducidad, SAN 23-03-2015).

²⁶¹ STSJ Extremadura 27-01-2015, rec. 562/2014.

²⁶² STS 15-04-2013, rec. 43/2012.

²⁶³ MERCADER UGUINA, J. Lecciones de Derecho del Trabajo.

en sentido propio, un poder *ex lege* de actuar y afectar a las esferas jurídicas de otros²⁶⁴. Cuando no se cumplen dichos requisitos, el convenio colectivo será extraestatutario y se regirá por los principios del derecho civil común, conjugándose, de este modo, el derecho a la negociación colectiva con la autonomía de la voluntad²⁶⁵.

El art. 87 ET regula la legitimación para negociar convenios colectivos, distinguiendo, a estos efectos, los convenios de empresa, de ámbito inferior a la empresa, convenios franja, grupos de empresa, empresas en red y convenios sectoriales. En realidad el art. 87 ET regula propiamente la legitimación inicial, entendiéndose como tal la que ostentan aquellos sujetos con derecho a participar en la comisión negociadora, quienes deberán hacerlo valer en el momento de constituirse la comisión negociadora²⁶⁶, puesto que no existe propiamente un derecho a ser llamado por los demás partícipes a la negociación colectiva²⁶⁷, dado que el legislador no ha previsto quien o quienes deberían hacer ese llamamiento²⁶⁸, especialmente cuando se acredite que ha concurrido una actuación obstruccionista por quien se queja de no haber sido llamado²⁶⁹. No obstante, aunque no existe derecho a ser llamado, si existe derecho a que no se excluya a los sujetos que acrediten la legitimación inicial²⁷⁰, si bien no afectará a la negociación la autoexclusión de un representante de un sindicato legitimado, que había sido convocado formalmente a la reunión en la que se aprobó el texto definitivo del convenio²⁷¹.

La negociación plena, final o complementaria, entendiéndose como tal aquella, que deben reunir los sujetos negociadores con legitimación inicial, para que la comisión negociadora se constituya formalmente y se puedan iniciar las negociaciones, se regula en el art. 88 ET, entendiéndose que la comisión negociadora quedará válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal del ámbito del convenio, en su caso, que deberá ajustarse a criterios de proporcionalidad²⁷², que deberá

²⁶⁴ STC 57/1989 y 12/1983.

²⁶⁵ STS 8-02-2012, rec. 214/2010.

²⁶⁶ STS 26-10-2014, rec. 267/2013, confirma SAN 25-04-2013 y STS 3-02-2015, rec. 20/2014, confirma SAN 31-05-2013.

²⁶⁷ SAN 25-04-2013, proced. 33/2013.

²⁶⁸ STS 27-10-2014, rec. 267/2013.

²⁶⁹ STS 14-05-2013, rec. 276/2011, confirma SAN 26-09-2011.

²⁷⁰ SAN 15-07-2015, proced. 152/2015.

²⁷¹ SAN 11-01-2017, proced. 314/2016, ROJ: SAN 48/2017.

²⁷² El sistema de cálculo aritmético responde al criterio de proporcionalidad con los resultados electorales, que consiste en dividir el número de representantes entre el número de los puestos en la mesa negociadora, dividiendo por el mismo cociente el número de representantes obtenido por cada

aplicarse en función del número de componentes de la comisión negociadora²⁷³, utilizándose, en su caso, el sistema de restos²⁷⁴ y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio²⁷⁵. Puede suceder, no obstante, que la comisión negociadora de un proceso muy prolongado en el tiempo pierda sobrevenidamente su representatividad, en cuyo caso habría perdido su legitimación negociadora²⁷⁶.

Será necesario finalmente, a tenor con lo dispuesto en el art. 89.3 ET, para que los acuerdos de la comisión sean válidos, que se voten favorablemente por la mayoría de cada una de las representaciones²⁷⁷. Acreditar la mayoría exige necesariamente la mayoría absoluta, lo cual no sucederá cuando firma un sindicato, que acredita 6 de los 12 representantes, aunque acreditara un porcentaje de representación superior al otro, puesto que no superaba el 50% de los representantes unitarios²⁷⁸, pero será viable que la comisión negociadora del convenio de empresa esté compuesta por doce miembros en vez de trece, siempre que se asegure la debida proporcionalidad en su composición²⁷⁹.

Legitimación para negociar el convenio de empresa o de ámbito inferior a la empresa

En los convenios de empresa, de ámbito inferior a la empresa y en los convenios franja, la legitimación empresarial corresponderá al empresario, quien

sindicato. Una vez establecidos estos resultados, si quedaran vacantes en el órgano de negociación se atiende a los llamados “restos” dentro de los cuales pueden entrar incluso los sindicatos que no alcanzaran el mínimo para la adjudicación directa (FJ 4) (SAN 17-03-2014, proced. 38/2014).

²⁷³ SAN 16-05-2014, proced. 500/2013.

²⁷⁴ STS 19-11-2010, rec. 63/2008 y SAN 7-12-2013, proced. 467/2013.

²⁷⁵ La legitimación inicial, exigida por el art. 87.1 ET, tiene naturaleza institucional, por lo que no puede apoyarse en adhesiones voluntarias. Las legitimaciones inicial, deliberativa y plena o decisoria, exigidas por los arts. 87, 88 y 89 ET, constituyen requisitos sucesivos y acumulativos de ineludible cumplimiento, de manera que el presupuesto para alcanzar acuerdos es que se haya producido una negociación con sujetos con legitimación inicial y deliberativa suficientes (FJ 3) (SAN 13-06-2014, proced. 104/2014).

²⁷⁶ Impugnado por ilegalidad el convenio colectivo de la empresa y sus tripulantes de cabina de pasajeros, con negociación iniciada en 2005 y reanudada en 2013, se concluye que el cese en la empresa de seis de los 7 miembros de la comisión negociadora por el banco social, y la drástica reducción de los TCPS, que pasaron de 99 a 5, determina que la comisión negociadora nombrada en 2008 pierda su legitimación y que no pueda «actualizarse» con el nombramiento de un nuevo miembro que hizo el único miembro inicial que todavía permanece en la empresa, y menos cuando se había acordado inicialmente que la negociación se efectuase por el comité de empresa y la reforma del art. 87 et por el RD-Ley 7/2001 la atribuye preferentemente a las secciones sindicales (STS 1-06-2017, rec. 183/16, Roj: STS 2464/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2464).

²⁷⁷ SAN 27-01-2013, proced. 426/2013.

²⁷⁸ STS 15-06-2015, rec. 214/2014

²⁷⁹ STS 6-07-2016, rec. 288/15, Roj: STS 4130/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4130, confirma SAN 15-07-2015

designará a los representantes que estime oportuno (art. 87.3.a ET). En los convenios de grupos de empresa y empresas en red estarán legitimados para negociar los representantes de cada una de dichas empresas (art. 87.3.b ET).

El art. 87.1 ET reconoce legitimación, para negociar convenios de empresa o de ámbito inferior, al comité de empresa, a los delegados de personal, quienes deberán acreditar el principio de correspondencia²⁸⁰, en cuyo caso será la mayoría del órgano unitario quien deberá designar a los miembros de la comisión negociadora²⁸¹ y a las secciones sindicales, si las hubiere, que sumen la mayoría de los representantes unitarios del ámbito de que se trate, quienes tienen derecho a la negociación colectiva, siempre que se trate de secciones sindicales de sindicatos más representativos o tengan representación en los comités de empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.2.b LOLS²⁸², de manera que, cuando no concurren dichas circunstancias, la exclusión de la sección sindical no vulnerará su derecho a la libertad sindical²⁸³. No cabe admitir que las comisiones ad hoc puedan negociar un convenio de empresa²⁸⁴, porque su representación queda limitada a los supuestos previstos en el ET²⁸⁵.

El modelo de negociación, regulado en el art. 87.1, es alternativo o excluyente y no acumulable, de manera que no cabe negociar mediante comisiones híbridas, compuestas por representantes unitarios y sindicales²⁸⁶, aunque se han habilitado “obiter dicta” una comisión formada por secciones sindicales y representantes ad hoc en un procedimiento de modificación sustancial²⁸⁷, debiendo optarse por la vía de la representación sindical o unitaria²⁸⁸, si bien se ha admitido que los representantes unitarios firmaran el convenio, que ya había concluido con acuerdo con las secciones sindicales mayoritarias para reforzar la posición de los sindicatos firmantes²⁸⁹. El precepto examinado prioriza absolutamente a

²⁸⁰ STS 20-05-2015, rec. 6/2014.

²⁸¹ STS 28-06-2016, rec. 218/15, confirma SAN 27-03-2015.

²⁸² STSJ Granada 17-01-2013, rec. 253272012.

²⁸³ STS 27-10-2014, rec. 267/2013.

²⁸⁴ STSJ Canarias 31-07-2014, rec. 9/2014.

²⁸⁵ Impugnado un convenio colectivo de empresa, negociado por representación ad hoc, se anula dicho convenio, aplicando los criterios jurisprudenciales sobre triple legitimación, control de la representatividad cuando se constituye la comisión negociadora y principio de correspondencia, concluyendo que la legitimación negocial, contemplada en el art. 41.4 ET y preceptos concordantes, no puede extenderse a la negociación de un convenio colectivo. 3) Diferencias entre estructuras representativas estables y coyunturales. 4) Concuerda con STS 485/2017 de 6 junio (STS 28-06-2017, rec. 203/16).

²⁸⁶ STCT 21-04-1987, RTCT 1987/9079.

²⁸⁷ STS 16-07-2015, rec. 180/2014, confirma SAN 11-11-2013.

²⁸⁸ STS 27-10-2014, rec. 267/2013.

²⁸⁹ SAN 22-02-2014, rec. 417/2013.

las secciones sindicales²⁹⁰, quienes tendrán derecho a negociar el convenio en los ámbitos mencionados, siempre que así lo decidan y sumen la mayoría de los representantes unitarios del ámbito correspondiente²⁹¹, lo cual sucederá cuando se acrediten 12 de los 17 representantes unitarios de la empresa²⁹², sin que quepa privilegiar al comité intercentros sobre las secciones sindicales, cuando se había optado previamente por la negociación sindicalizada²⁹³, lo que sucederá cuando lo hayan decidido así la mayoría de los representantes una vez definida dicha mayoría por laudo arbitral, promovido por las partes²⁹⁴, siendo legítimo, en cualquier caso, que el comité intercentros designe una comisión negociadora de 12 miembros, si respeta la proporcionalidad²⁹⁵. Tampoco cabe negociar con un comité intercentros, que no se constituyó con base a convenio colectivo, que le facultara para la negociación del convenio²⁹⁶, mientras que, si el convenio habilitó que negociara el comité intercentros con su composición inicial, habrá que estar a lo pactado²⁹⁷. Así pues, si las secciones sindicales mayoritarias optan por

²⁹⁰ SAN 17-06-2014, proced. 125/2014.

²⁹¹ Reclamándose que la comisión negociadora de convenio colectivo de empresa se constituya por los representantes elegidos por las secciones sindicales mayoritarias, se estima dicha pretensión, puesto que quedó acreditado que se optó por su constitución a través de los sindicatos con presencia en ella en razón de su proporcional representación, dándose la circunstancia de que corresponde a las secciones sindicales mayoritarias el privilegio de negociar el convenio de empresa, por lo cual no caben obstáculos que impidan la libre designación de los que le corresponden al sindicato demandante, especialmente porque en sentencia previa ya se precisó qué representantes correspondían a cada sección sindical (SAN 17-06-2014, proced. 125/2014).

²⁹² STS 27-10-2016, rec. 123/15, Roj: STS 4945/2016, confirma SAN 22-04-2014.

²⁹³ STS 4-03-2009, rec. 134/2007.

²⁹⁴ SAN 15-07-2015, proced. 152/2015

²⁹⁵ STS 6-07-2016, rec. 288/15, Roj: STS 4130/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4130, confirma SAN 15-07-2015.

²⁹⁶ Impugnado un convenio colectivo, porque se suscribió por la mayoría del Comité Intercentros, cuando la negociación del convenio se realizó por los sindicatos, produciéndose una injerencia antisindical por parte de la empresa y los firmantes del convenio, se desestima dicha pretensión, por cuanto se probó que se negoció formalmente con el Comité Intercentros. Impugnándose también, porque en el convenio no se había pactado la constitución de un Comité Intercentros, ni se le concedió funciones negociadoras, se estima dicha pretensión, por cuanto en el convenio no se pactó la constitución de un Comité Intercentros, sin que tenga valor la remisión general a las cláusulas normativas de un convenio de otra empresa, que preveía la elección de un Comité Intercentros para cuatro centros, otorgándose al citado comité las competencias que le delegaran los comités de empresa, ya que el mandato legal es rotundo y se exige que el Comité Intercentros y sus funciones se acuerde en convenio colectivo, sin que el convenio pueda disponer de ese contenido obligatorio, reconociéndoselo a los comités de empresa. Se estima, en todo caso, porque el Comité Intercentros, que negoció el convenio, se constituyó durante la vigencia de otro convenio, sus miembros no fueron elegidos por los representantes de los trabajadores, sino que se repartieron entre los sindicatos y no se produjo delegación de funciones negociadoras por los comités de empresa tras la vigencia del convenio (SAN 13-02-2015, proced. 327/2014).

²⁹⁷ SAN 30-05-2014, rec. 74/2013.

negociar como tales, no procederá oponer la prioridad del comité intercentros, aunque se hubiera negociado tradicionalmente así en la empresa²⁹⁸. Si se negocia por secciones sindicales, tendrán derecho a participar en la negociación de modo proporcional a su representatividad, que deberá atender al número de representantes elegidos y no por el número de trabajadores a quienes representen²⁹⁹, aunque se ha exigido en alguna ocasión ponderar el voto en función del número de trabajadores representados³⁰⁰, lo que parece dudoso, siendo inadmisibles, en cualquier caso, que la empresa reconozca como delegados de la sección sindical, a trabajadores que la sección sindical no reconoce como tales³⁰¹. En cualquier caso, el sindicato no tendrá derecho a participar en la comisión negociadora, si no acredita que sus representantes tienen mandato vigente, al constituirse la comisión negociadora, dándose la circunstancia de que el sindicato no tenía sección sindical en la empresa³⁰². Tampoco estará legitimado para negociar un convenio un sindicato que acredita representantes unitarios en tres de los veintinueve centros de la empresa, aunque estuvieran sindicalizados, cuando no tiene constituida sección sindical en la empresa³⁰³.

Cuando la empresa tenga más de un centro de trabajo, siempre que el convenio colectivo habilite la constitución de un comité intercentros³⁰⁴, encomendándole, entre otras funciones, la negociación del convenio colectivo, dicho comité

²⁹⁸ Interpuesta demanda de conflicto colectivo por parte de CCOO, adhiriéndose CGT, pretendiendo que se declare constituida la Comisión negociadora del IV Convenio Colectivo de la empresa UNIPUBLIC S.A, por secciones sindicales y con arreglo a la siguiente composición UGT 5 representantes, CCOO 4, CGT 3 y USO 1. Oponiéndose USO y UGT, la Audiencia Nacional estima la demanda pues considera probado que a fecha 15-9-2.014 existió una voluntad mayoritaria entre los distintos delegados de personal de la empresa demandada de negociar el convenio por secciones y no por el Comité Intercentros, resultando la composición de la mesa ajustada a la representatividad de las secciones sindicales a fecha 15-9-2.014, al y como quedó definitivamente establecida en el laudo arbitral de fecha 10-2-2.015. No aprecia la Sala temeridad en la postura de los demandados y dispone que no ha lugar a la imposición de sanción pecuniaria (SAN 22-06-2015, proced. 145/2015).

²⁹⁹ SAN 17-12-2013, proced. 467/2013

³⁰⁰ SAN 27-01-2013, proced. 426/2013.

³⁰¹ Impugnado un convenio colectivo, suscrito formalmente por la empresa y las secciones sindicales de USO y CSI-CSIF, porque se firmó por unos delegados, que se autoerigieron como representantes de USO, a pesar de la desautorización del sindicato, que no fue atendida por la empresa demandada, quien amparó a dichos trabajadores, que a la postre suscribieron el convenio, aunque no estaban afiliados a USO, se estima la demanda, porque la actuación empresarial constituyó un acto de injerencia antisindical, que vulneró el derecho a la libertad sindical de USO, en su vertiente funcional a la negociación colectiva y quebró las legitimaciones exigidas para la validez democrática del convenio colectivo (SAN 25-02-2015, proced. 351/2014).

³⁰² STS 14-11-2016, rec. 42/16, confirma SAN 8-10-2015.

³⁰³ STS 22-11-2016, rec. 20/16, confirma SAN 9-09-2015, Roj: STS 5625/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5625.

³⁰⁴ STS 14-07-2000, rec. 2723/2000.

estará legitimado para su negociación³⁰⁵, salvo que las secciones sindicales con mayoría entre los representantes unitarios decidan negociar el convenio³⁰⁶, correspondiéndoles a dichas secciones sindicales la carga de la prueba de ostentar la mayoría de representantes unitarios³⁰⁷.

Si se pretende negociar un convenio de empresa o de ámbito inferior a la empresa, estarán legitimados el comité de empresa o los delegados de personal correspondientes, lo cual no planteará dificultades, cuando la empresa tenga un único centro de trabajo, o el convenio afecte efectivamente a un solo centro de trabajo, en cuyo caso estarán legitimados para su negociación el comité de empresa del centro o, en su caso, el delegado o delegados de personal del centro, salvo que decidan negociar las secciones sindicales mayoritarias³⁰⁸. Por el contrario, cuando la empresa tenga distintos centros de trabajo y no haya secciones sindicales mayoritarias, o decidan no negociar como tales, si no hubiere tampoco comité intercentros, estarán legitimados para negociar el convenio de empresa todas las representaciones unitarias de todos los centros de trabajo³⁰⁹, habiéndose defendido que la comisión negociadora debe constituirse por representantes de los trabajadores de modo proporcional al número de trabajadores de cada centro³¹⁰, lo que parece dudoso, por cuanto el art. 87.1 ET se remite a los representantes unitarios existentes³¹¹, lo cual no sucederá cuando se negocien medidas de flexibilidad externa o interna, en cuyo caso la composición de la comisión negociadora deberá repartirse proporcionalmente en función de la representación de los afectados³¹². Dichos representantes unitarios tendrán derecho a disfrutar del tiempo necesario para participar en la negociación, apli-

³⁰⁵ SAN 9-09-2014, proced. 78/2014.

³⁰⁶ SAN 22-06-2015, proced. 145/2015)

³⁰⁷ SAN 27-01-2017, proced. 328/15, ROJ: SAN 2337/2016.

³⁰⁸ Reclamándose que la comisión negociadora de convenio colectivo de empresa se constituya por los representantes elegidos por las secciones sindicales mayoritarias, se estima dicha pretensión, puesto que quedó acreditado que se optó por su constitución a través de los sindicatos con presencia en ella en razón de su proporcional representación, dándose la circunstancia de que corresponde a las secciones sindicales mayoritarias el privilegio de negociar el convenio de empresa, por lo cual no caben obstáculos que impidan la libre designación de los que le corresponden al sindicato demandante, especialmente porque en sentencia previa ya se precisó qué representantes correspondían a cada sección sindical (SAN 17-06-2014, proced. 125/2014).

³⁰⁹ SAN 5-03-2002, proced. 166/2001).

³¹⁰ SAN 27-01-2013, proced. 426/2013).

³¹¹ Impugnada la comisión negociadora del convenio, se estima la demanda, porque se acreditó que el resto del sindicato demandante es superior al resto de otro sindicato, al que se adjudicó un representante, siendo irrelevante el número de trabajadores, que represente cada órgano unitario, por cuanto la proporcionalidad en la representación de la comisión negociadora del convenio de empresa se predica del número de representantes elegidos y no por el número de trabajadores a quienes representen (SAN 17-12-2013, proced. 467/2013).

³¹² STS 16-09-2015, rec. 139/2014, confirma SAN 20-03-2014 .

cándoseles lo dispuesto en el art. 9.2 LOLS, sin que el empresario pueda limitar dicho derecho unilateralmente³¹³.

En cualquier caso, será exigible el principio de correspondencia entre el ámbito del convenio y la representatividad de los interlocutores sociales, de manera que, si se pretende negociar un convenio de empresa con distintos centros de trabajo, será preciso que los representantes de los trabajadores que lo negocien tengan presencia en todos los centros de trabajo de la empresa³¹⁴. Caso contrario, si alguno o algunos de los centros de trabajo de la empresa no tuviere representantes unitarios, no se podrá negociar un convenio de empresa con los representantes de alguno o alguno de los centros, porque se quebraría el principio de correspondencia³¹⁵, sin que quepa, en estos supuestos, reducir el ámbito de aplicación del convenio a los centros con representación, puesto que la voluntad de los negociadores fue negociar un convenio de empresa³¹⁶. La jurisprudencia ha defendido que los representantes de un centro de trabajo no pueden negociar un convenio de empresa en el que haya otros centros de trabajo, por cuanto quebraría el principio de correspondencia³¹⁷.

³¹³ STSJ Murcia 22-06-2015, rec. 5/2015.

³¹⁴ SAN 5-09-2014, proced. 167/2014; SAN 17-02-2015, proced. 326/2014; SAN 9-03-2015, proced. 272/2015; SAN 12-03-2015, proced. 7/2015; SAN 4-05-2015, proced. 62/2015; SAN 2-06-2015, proced. 111/2015; SAN 2-06-2015, proced. 111/2015.

³¹⁵ SAN 24-04-2013, proced. 79/2013; SAN 11-09-2013, proced. 219/2013; SAN 16-09-2013, proced. 314/2013; SAN 25-09-2013, proced. 233/2013; SAN 13-11-2013, proced. 424/2013; SAN 29-01-2014, proced. 431/2013; SAN 5-02-2014, proced. 47/2013; SAN 17-02-2014, proced. 470/2013; SAN 28-03-2014, proced. 33/2014; SAN 13-06-2014, proced. 104/2014; SAN 30-06-2014, proced. 80/2014; SAN 8-09-2015, proced. 175/2015; SAN 15-09-2015, proced. 126/2015; 17-09-2015, proced. 169/2015 y 190/2015 y 23-09-2015, proced. 191/2015; SAN 25-11-2015, proced. 281/2015; SAN 13-01-2016, proced. 314/15; SAN 14-01-2016, proced. 294/15; SAN 27-01-2016, proced. 320/2015; SAN 10-02-2016, proced. 358/2015; SAN 17-02-2016, proced. 289/15; SAN 23-02-2016, proced. 361/2015; SAN 3-03-2016, proced. 315/15; SAN 4-03-2016, proced. 17/16; SAN 7-03-2016, proced. 380/15; SAN 8-03-2016, proced. 5/16; SAN 9-03-2016, proced. 24/16; SAN 10-03-2016, proced. 7/16; SAN 16-03-2016, proced. 12/16; SAN 1-04-2016, proced. 285/15; SAN 6-04-2016, proced. 360/15 y SAN 13-04-2016, proced. 52/2016, SAN 11-05-2016, proced. 158/15; SAN 13-05-2016, proced. 92/16 y SAN 16-06-2016, proced. 140/16.

³¹⁶ STS 7 de marzo de 2012 (casación 37/2011)

³¹⁷ STS 20-05-2015, rec. 6/2014, confirma SAN 13-11-2013; STS 9-06-2015, rec. 149/2014, confirma SAN 18-10-2014 y STS 10-06-2015, rec. 175/2014, confirma SAN 25-09-2013; STS 10-junio-2015 (rco 175/2014) y 21-diciembre-2015 (rco. 6/2015) (STS 14-07-2016, rec. 219/15, Roj: STS 4001/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4001, confirma SAN 12-03-2015); STS 11-01-2017, rec. 24/16, confirma SAN 17/09/15; STS 7-03-2017, rec. 58/16, Roj: STS 1140/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1140, confirma SAN 17-11-2015; STS 27-03-2017, rec. 126/16, Roj: STS 1279/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1279, confirma SAN 17-12-2015; STS 15-02-2017, rec. 75/16, Roj: STS 829/2017 - ECLI:ES:TS:2017:829, confirma SAN 9-10-2015; STS 14-03-2017, rec. 105/16, Roj: STS 1416/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1416, confirma SAN 17-09-2015; STS 18-04-2017, rec. 154/16, Roj: STS 1992/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1992, confirma SAN 10-03-2016;

¿Pueden las secciones sindicales de empresa negociar un convenio de empresa con varios centros de trabajo, cuando alguno o algunos de esos centros no tienen representantes unitarios?

La prioridad aplicativa de los convenios de empresa sobre los convenios de ámbito superior en las materias listadas en el art. 84.2 ET ha activado la negociación de múltiples convenios de empresa, especialmente en empresas multiservicios, que se han negociado con representantes unitarios que no aseguraban el principio de correspondencia, lo cual ha motivado la nulidad de todos ellos.

Las exigencias normativas, reguladas en los arts. 87, 88 y 89 ET «traducen el doble significado de constituir una garantía de la representatividad de los participantes y expresan un derecho de los más representativos a participar en la negociación, en orden a asegurar la representación de los intereses del conjunto de los trabajadores y empresarios»³¹⁸. Por consiguiente, para formar parte de la Comisión Negociadora hay que acreditar la legitimación inicial en el ámbito personal, funcional y geográfico del Convenio³¹⁹ y asegurar el principio de correspondencia entre los ámbitos citados y la representatividad ostentada, porque si no se anulará el convenio³²⁰.

Ya hemos visto, que esa ha sido la suerte corrida por convenios colectivos de empresas multiservicios, que negociaron con algunos de los representantes unitarios de sus centros de trabajo. Resta por despejar, si es posible negociar convenios de empresa con varios centros de trabajo, cuando en algunos de ellos no haya representantes unitarios, por secciones sindicales que acrediten la mayoría de los representantes unitarios de los centros donde se celebraron elecciones sindicales y de ser así, qué requisitos serían precisos para dar validez a dicha negociación.

El art. 8.2. b LOLS regula el derecho a intervenir en la negociación de convenios colectivos ajustados al Estatuto de los Trabajadores (eficacia general, fuerza normativa, etc.), que se reserva a los organizaciones integradas en sindicatos más representativos o en sindicatos que tengan representación en los comités de empresa o cuenten con delegados de personal, precisando, a continuación, que dicho derecho habrá de ejercerse de conformidad con los términos establecidos en la legislación específica, habiéndose descartado que los sindicatos puedan ne-

STS 3-05-2017, rec. 123/16, confirma SAN 20-01-2016; SAN 5-05-2017, proced. 69/17, ROJ: SAN 1822/2017; STS 20-06-2017, rec. 177/16, confirma SAN 3-03-16 y STS 6-06-2017, rec. 204/16, Roj: STS 2472/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2472; SAN 10-07-2017, proced. 160/17, ROJ: SAN 2920/2017).

³¹⁸ STC 73/1984.

³¹⁹ STS 21-11-2005, rec. 148/2004.

³²⁰ STS 20-05-2015, rec. 6/2014, confirma SAN 13-11-2013; STS 9-06-2015, rec. 149/2014, confirma SAN 18-10-2014 y STS 10-06-2015, rec. 175/2014, confirma SAN 25-09-2013.

gociar estos convenios, por cuanto la acción sindical en la empresa se canaliza por sus secciones sindicales³²¹. El art. 87.1 ET dispone que están legitimadas para negociar convenios de empresa las secciones sindicales que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité, habiéndose entendido por la doctrina judicial³²², que la utilización del singular no es relevante, debiendo interpretarse extensivamente en el sentido de considerar a la representación unitaria en su conjunto, de manera que, si acreditan la mayoría de la representación unitaria, tendrán derecho a negociar el convenio³²³.

Consiguientemente, si la representatividad de las secciones sindicales se basa en los representantes electos, debe precisarse, si la concurrencia de centros de trabajo sin representación legal de los trabajadores, impediría también a las secciones sindicales mayoritarias negociar convenios de ámbito empresarial. La respuesta debe ser negativa, por cuanto las secciones sindicales, en su calidad de órganos básicos de los sindicatos de trabajadores, tienen entre sus fines constitucionales la defensa y promoción de los intereses de los trabajadores, reconociéndoseles, por ello en el art. 7.1 CE³²⁴, una representación institucional que les habilita para negociar convenios de empresa³²⁵.

³²¹ SAN 16-04-1999, proced. 29/1999.

³²² STCT 21-04-1987, RTCT 1987\9079.

³²³ SAN 27-01-2017, proced. 328/15.

³²⁴ En estos supuestos, cabe otra fórmula, regulada también en el art. 87.1 ET, consistente en la negociación con las secciones sindicales, que acrediten la mayoría de los representantes unitarios, puesto que el ordenamiento jurídico ha sobreprimado, a estos efectos, a los sindicatos frente a los representantes unitarios, por cuanto el sindicato es el órgano de representación de los trabajadores por excelencia, cuyos intereses económicos y sociales le corresponde defender globalmente, a tenor con lo dispuesto en el art. 7 CE, desde la perspectiva general de la clase trabajadora. Por consiguiente, acreditado que los representantes de dos centros de trabajo carecían de la legitimación inicial para negociar un convenio que extendiera su ámbito a los centros de trabajo, que no les eligieron, no queda más opción, conforme al ponderado informe del Ministerio Fiscal, que estimar la demanda y anular el convenio colectivo impugnado por la Dirección General de Empleo (SAN 13-06-2014, rec. 104/2014).

³²⁵ Como vemos, las secciones sindicales, que acrediten la mayoría de los representantes unitarios, tienen legitimación absoluta para negociar un convenio colectivo de empresa, fuere cual fuere su implantación en los centros de trabajo de la empresa. - Por el contrario, si se pretende negociar un convenio con los representantes unitarios, deberá acreditarse que dichos representantes representan a todos sus centros de trabajo, sin que sea posible que los representantes, elegidos en uno o varios centros de trabajo, representen a los centros de trabajo que no les han elegido, por cuanto la representatividad unitaria no se irradia desde un centro de trabajo a otro o a otros centros de trabajo, como hemos manifestado en múltiples sentencias, por todas SAN 29- 01-2014, proced. 431/2013; 5-02-2014, proced. 47/2013; 11-02-2014, proced.449/2013; 17-02-2014, proced. 470/2013 y 28-03- 2014, proced. 33/2014, aplicando, a estos efectos, los criterios seguidos por la jurisprudencia, por todas STS 7 de marzo de 2012, rec. 37/2011 (SAN 22-04-2014, rec. 41772013).

Ahora bien, aunque el art. 87.1 no distingue entre secciones de empresa o de centro de trabajo, cuyo despliegue corresponderá al derecho de autoorganización de los propios sindicatos³²⁶, parece razonable que, si las secciones sindicales pretenden negociar un convenio de empresa, su ámbito debería ser también empresarial. Cuando las secciones sindicales acrediten, en su conjunto, la mayoría de los representantes unitarios de la empresa, las secciones sindicales más representativas tendrán derecho a participar en la negociación del convenio de empresa, de conformidad con lo dispuesto en el art. 8.2.b LOLS correspondiéndoles derecho a participar en la negociación del convenio, aunque no acrediten representantes unitarios, en cuyo caso les correspondería al menos un vocal en la comisión negociadora. También tendrán derecho las demás secciones sindicales, siempre que acrediten representantes unitarios en la proporción que les corresponda³²⁷, de manera que, si la representación acreditada es mínima, no se asegurará la participación en la comisión negociadora³²⁸.

Aunque el art. 87.1 ET legitima expresamente a las secciones sindicales, se ha admitido también la legitimación de los sindicatos, que acrediten las mayorías precisas, aunque no hayan constituido secciones sindicales³²⁹, habiéndose entendido que la negociación directa por el sindicato o indirecta a través de sus secciones sindicales es un problema de organización interna del sindicato³³⁰. Lo relevante, por tanto, es que la sección sindical o el sindicato, en su caso, acredite la mayoría de los representantes unitarios³³¹.

Especificidades de los convenios de grupo de empresas o empresas en red

Cuando se pretenda negociar un convenio de grupo de empresas, así como de empresa en red, vinculadas por razones organizativas o productivas y nominalmente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la misma que en los convenios sectoriales, tal y como venía admitiéndose anteriormente por la jurisprudencia³³². No obstante, el número máximo de componentes de la comisión negociadora será de 13, aunque no hay inconveniente para que negocie un número inferior, siempre que se respete la proporcionalidad de la representatividad³³³.

³²⁶ STS 18-07-2014, rec. 91/2013.

³²⁷ STS 19-11-2010, rec. 63/2010 y SAN 7-12-2013, proced. 467/2013

³²⁸ SAN 16-05-2014, rec. 500/2013.

³²⁹ STS 28-02-2000, rec. 2040/1999 y STS 16-09-2004, rec. 129/2003.

³³⁰ Jesús Mercader, Lecciones de Derecho del Trabajo, pág. 730.

³³¹ STS 27-10-2016, rec. 123/15, Roj: STS 4945/2016, confirma SAN 22-04-2014.

³³² STS 21-12-1999, rec. 4295/1998.

³³³ (STS 6-07-2016, rec. 288/15, Roj: STS 4130/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4130, confirma SAN 15-07-2015).

El art. 84.2 ET atribuye a los convenios de grupo de empresas o de empresas la misma prioridad aplicativa que el convenio de empresas, de manera que su negociación podrá promoverse en cualquier momento por los sujetos legitimados para ello, aunque estén en vigor uno o varios convenios de ámbito superior a la empresa, lo que obligará a la contraparte a negociar de buena fe, de conformidad con lo dispuesto en el art. 89.1 ET³³⁴, aunque la jurisprudencia ha admitido que se pacte en convenio sectorial que la estructura de la negociación colectiva en el sector de grandes almacenes quede integrada por esta unidad de negociación de ámbito estatal, con expresa exclusión de cualquier otra y en su caso por el desarrollo de la misma en el seno de cada empresa, con respeto en todo caso a la legislación vigente³³⁵. Cuando todas o algunas de las empresas del grupo regulen sus relaciones laborales mediante convenios de empresa que estén vigentes en el momento de la promoción de la negociación, podrán negarse a negociar el convenio de grupo hasta que los convenios de empresa no pierdan su vigencia, a tenor con el art. 89.1 ET³³⁶, aunque podría negociarse si hay acuerdo el convenio de grupo, cuya prioridad aplicativa quedaría suspendida hasta la pérdida de vigencia de los convenios concurrentes de ámbito superior en las materias tasadas en el art. 84.2 ET, salvo que las pactadas en el convenio de grupo fueran más beneficiosas³³⁷. En cualquier caso, la prioridad aplicativa se predica de los convenios de empresa, de grupo y de empresas en red, pero no de los convenios de ámbito inferior a la empresa³³⁸.

³³⁴ STS 8-07-2014, rec. 163/2013.

³³⁵ Admite como ajustado a derecho que se pacte en convenio sectorial, que al objeto de establecer para el ámbito de actuación del presente Convenio una estructura racional y homogénea, evitando los efectos de la desarticulación y dispersión, las partes legitimadas en el ámbito de aplicación del presente Convenio acuerdan que la estructura de la negociación colectiva en el sector de grandes almacenes quede integrada por esta unidad de negociación de ámbito estatal, con expresa exclusión de cualquier otra y en su caso por el desarrollo de la misma en el seno de cada empresa, con respeto en todo caso a la legislación vigente, por cuanto los convenios de ámbito estatal pueden ordenar la estructura de la negociación colectiva, así como por la prohibición de concurrencia de convenios, dada la finalidad perseguida, que es asegurar una estructura racional y homogénea de la negociación colectiva, evitando su desarticulación, teniéndose presente, en todo caso, que se somete el precepto a la legalidad vigente (STS 12-05-2015, rec. 153/14, casa parcialmente SAN 13-11-2013).

³³⁶ STS 18-02-2015, rec. 18/2014.

³³⁷ SAN 1-12-2014, proced. 259/2014.

³³⁸ STSJ Madrid 18-05-2015, rec. 197/2015.

Legitimación para negociar el convenio de grupo en representación de los trabajadores

Sindicatos

El art. 87.1 ET establece inequívocamente que la legitimación para negociar estos convenios en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado segundo del mismo artículo. Así pues, estarán legitimados para negociar estos convenios:

- a) Los sindicatos más representativos a nivel estatal, así como en sus respectivos ámbitos las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.
- b) Los sindicatos más representativos a nivel de CCAA respecto a los convenios de dicho ámbito, así como las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos.
- c) Los sindicatos que cuenten con un 10% o más de los miembros de los comités y delegados de personal³³⁹.

De este modo, los sindicatos, que acrediten las representatividades expuestas, estarán legitimados para negociar colectivamente el convenio de grupo de empresas, correspondiendo a todos esos sindicatos el derecho a formar parte de la comisión negociadora en proporción a su representatividad³⁴⁰.

Secciones sindicales

Aunque el art. 87.2 ET se refiere a los sindicatos, no hay inconveniente para que la negociación se acometa por las secciones sindicales, que acrediten las mayorías exigidas por dicho precepto, siempre que los estatutos sindicales les habiliten para dicha negociación. En aquellos supuestos, en los que ya existan secciones ínter empresas, estarán legitimadas para negociar el convenio, siempre que acrediten las mayorías necesarias y lo permitan los estatutos del sindicato, como sucede en el convenio del Grupo TECNOCOM³⁴¹. En cualquier caso, la comisión negociadora deberá conformarse de modo proporcional a la representatividad de cada una de las secciones sindicales en el grupo de empresas³⁴².

Comités ínter empresas

Aun cuando en algún convenio colectivo se reconoce la legitimación del comité ínter empresas para negociar el convenio colectivo, como sucede con el

³³⁹ SAN 21-03-2012, proced. 28/2012.

³⁴⁰ SAN 26-04-2013, proced. 76/2013.

³⁴¹ BOE 28-06-2013.

³⁴² STS 19-11-2010, rec. 63/2010.

art. 47 del convenio del Grupo ZETA, es dudosa dicha competencia, por cuanto las reglas de legitimación para la negociación del convenio constituyen derecho necesario absoluto³⁴³ y es claro que la negociación de estos convenios solo puede realizarse por los sujetos referidos en el art. 87.2 ET, aunque podría salvarse, tal vez, cuando el comité inter empresas esté totalmente sindicalizado.

Legitimación para negociar el convenio de grupo en nombre de las empresas del grupo

Estarán legitimadas la totalidad de empresas del grupo mercantil o de las empresas en red, quienes podrán, de estimarlo oportuno, otorgar su representación a la empresa dominante, pero dicha representación debe cumplir todas las formalidades correspondientes, puesto que el control sobre sus políticas financieras o de explotación no comporta en absoluto la sustitución de su personalidad jurídica.

Causas de oposición a negociar el convenio de grupo

Si las empresas del grupo regulan sus relaciones laborales por convenios de ámbito superior a la empresa, no podrán negarse a negociar el convenio de grupo, aunque estén vigentes los convenios antes dichos, sobre las materias contenidas en el art. 84.2 ET, puesto que el convenio de grupo tiene prioridad aplicativa absoluta en dichas materias³⁴⁴. Por el contrario, si concurren convenios de empresa vigentes, podrán oponerse a la negociación del convenio de grupo, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 84.1 y 89.1 ET.

Concurrencia de convenios

Jugará absolutamente la prohibición de concurrencia de convenios, regulada en el art. 84.1 ET, cuando haya convenios de empresa vigentes, en cuyo caso el convenio de grupo suspenderá sus efectos hasta que pierdan vigor los convenios de empresa³⁴⁵.

Prioridad aplicativa

En las materias tasadas en el art. 84.2 ET el convenio de grupo tendrá prioridad aplicativa absoluta con respecto a los convenios de ámbito superior a la empresa, pero no la tendrá en materias no listadas en dicho precepto³⁴⁶, si bien se ha defendido, en aplicación de lo dispuesto en el art. 3.5 ET, que se aplicará prioritariamente el convenio de empresa frente al superior, incluso en

³⁴³ STC 73/1984

³⁴⁴ SAN 29-11-2012, proced. 212/2012; STS 26-03-2014, rec. 129/2013; SAN 1-12-2014, proced.259/2014 y STSJ Navarra 30-07-2014, rec. 124/2014.

³⁴⁵ STS 13-11-2007, rec. 8/2007.

³⁴⁶ STS 8-07-2014, rec. 164/2013 y SAN 1-12-2014, proced. 259/2014.

materias no listadas en el art. 84.2 ET, cuando el primero sea más beneficioso que el segundo³⁴⁷.

Peculiaridades del convenio franja

Cuando se pretenda negociar un convenio franja, entendiéndose como tal aquel dirigido a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimados para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de una negociación personal, libre, directa y secreta, cuyas irregularidades deben impugnarse por sujetos colectivos y no por trabajadores individuales³⁴⁸. Se apuesta, por tanto, por las secciones sindicales, cuya representatividad no se medirá por los resultados en las elecciones sindicales, sino por la votación personal, libre, directa y secreta del colectivo afectado, quien decidirá qué secciones sindicales le representan, si bien, cuando haya más de una sección sindical, la comisión negociadora se conformará proporcionalmente al resultado de la votación³⁴⁹, de manera que, si se negocia un convenio con el sindicato más representativo en el colectivo de trabajadores afectados el convenio será extraestatutario³⁵⁰. Se ha defendido que dicha legitimación

³⁴⁷ SAN 1-12-2014, rec. 259/2014.

³⁴⁸ SAN 29-10-1998, proced. 25/1998.

³⁴⁹ Reclama un sindicato negociar un «convenio franja» que, afecta a todos los trabajadores de AENA con categoría de Controlador de Tránsito Aéreo (CTA), estimándose su pretensión, porque quienes han de negociar el convenio franja son los representantes sindicales de aquellos a quienes afecta, por ello, la negociación de un futuro convenio debe llevarse a cabo a través del trámite electoral que se configura en el artículo 87.1, concretamente en su párrafo cuarto, y el cuerpo electoral, para su elección, deben ser los trabajadores afectados por el convenio franja, entendiéndose que la comisión negociadora debe ajustarse proporcionalmente a los resultados, por lo que probado que el Sindicato accionante ostenta plena legitimidad porque había obtenido una amplia presencia en el proceso electoral (5,28% de los votos), habiendo obtenido más del 5% de los votos, parámetro establecido en el artículo 71.2 b) del ET que por analogía se puede aplicar a este supuesto al no establecer la norma que ha de entenderse por «secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente» (SAN 17-03-2014, proced. 38/2014, confirmada STS 26-11-2015, rec. 317/14).

³⁵⁰ Se impugnó un acuerdo alcanzado por la dirección de la empresa RENFE y el sindicato SEMAF, por considerar que, siendo un acuerdo de eficacia limitada, pretendía introducir una regulación de alcance general referida a formación de maquinistas y otras cuestiones como ordenación de turnos o movilidad del personal. La sentencia comentada, que confirma la estimatoria dictada por la Audiencia Nacional, y consiguientemente anulatoria del acuerdo, comienza confirmando la competencia de la AN por razón del ámbito territorial del conflicto; sigue declarando la adecuación del procedimiento de impugnación de convenios para atacar este acuerdo, y considerando suficientemente motivada la sentencia de instancia; aclara que el cauce para suplir una supuesta insuficiencia del relato fáctico ha de ser el motivo específico susceptible de articular en casación, y no el más drástico de la nulidad de actuaciones; y, respecto del fondo, confirma el efecto de nulidad de los pactos o cláusulas que sobrepasen el límite natural de la eficacia de los convenios extraestatutarios (STS 21-02-2006, rec. 88/2004).

se predica de las secciones sindicales y no de los sindicatos³⁵¹, aunque se ha admitido también para los sindicatos cuando se trate de empresas pluricelulares³⁵². Cuando la unidad negociadora del convenio franja ha perdido actualidad, cabe negociar un convenio de empresa, en el que participan también los representantes de la franja previa³⁵³.

Se ha admitido la negociación de convenios franja extraestatutarios, en cuyo caso no podrán negociar contenidos que tengan relevancia general, como podría ser la formación de los maquinistas³⁵⁴.

Legitimación para negociar convenios sectoriales

En los convenios colectivos sectoriales estarán legitimadas para negociar las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional del convenio cuenten con el 10% de los empresarios, en el sentido del art. 1.2 ET, y siempre que éstas den ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, siendo irrelevante que la asociación esté compuesta únicamente por empresas pertenecientes al mismo grupo cooperativo, por cuanto el art. 87.3.c ET no establece dicha limitación³⁵⁵, así como aquellas asociaciones empresariales que en dicho ámbito den ocupación al 15 por ciento de los trabajadores afectados (art. 87.3.c ET). Se prima, de este modo, a las asociaciones patronales que proporcionen trabajo a un gran número de trabajadores, aunque no agrupen al 10% de las empresas del sector. Ahora bien, será ilegal incluir en el ámbito del convenio actividades nuevas, sin acreditar que se acredita la necesaria representatividad en dichos ámbitos³⁵⁶.

Así pues, la representación patronal si ha sufrido modificaciones importantes, para potenciar la legitimación negociadora de las asociaciones empresariales que cuenten con escasas empresas afiliadas siempre que éstas tengan muchos trabajadores, de manera que, donde antes se atribuía la representación a las asociaciones empresariales que en el ámbito geográfico y funcional

³⁵¹ SAN 16-04-1999, proced. 29/1999

³⁵² STS 28-02-2000, rec. 2040/1999.

³⁵³ STS 28-02-2015, rec. 332/14.

³⁵⁴ STS 21-02-2006, rec. 88/2004.

³⁵⁵ Se reclama por la asociación patronal actora se reconozca su derecho a participar en la comisión negociadora del XXI Convenio colectivo del sector de las entidades cooperativas de crédito, oponiéndose la asociación UNACC al considerar que todas las integrantes de la asociación actora forman parte del Grupo Cooperativo Cajamar, estimándose por la Sala la demanda pues considera que ni el hecho haber formalizado un grupo cooperativo, ni el hecho de constituir un SIP priva a cada una de las cooperativas de su carácter de empresa susceptible de ser considerada como tal de forma individual, ni consiguientemente de asociarse en una asociación empresarial (SAN 21-05-2015, proced. 95/2015). Dicha sentencia ha sido confirmada por STS 8-11-2016, rec. 259/15.

³⁵⁶ SAN 3-05-2016, proced. 69/16

del convenio cuenten con el 10% de los empresarios, en el sentido del Art. 1.2 de esta ley, y siempre que éstas dieran ocupación a igual porcentaje de los trabajadores afectados, ahora se reconoce legitimación a las asociaciones empresariales anteriores y, además, aquellas que en dicho ámbito den ocupación al 15 por 100 de los trabajadores afectados, por lo que se sobreprima a las asociaciones cuyas empresas tienen un mayor número de trabajadores que al de empresas, reclamado por los sindicatos en el borrador del frustrado acuerdo de negociación de 30-05-2011³⁵⁷, habiéndose validado la legitimación inicial de las asociaciones patronales, que acrediten un 15% de trabajadores³⁵⁸.

Deberá tenerse presente, en todo caso, que las asociaciones patronales, que acrediten un 15% de empresas y trabajadores en una comunidad autónoma, estarán legitimadas para negociar convenios colectivos de ámbito estatal, correspondiéndoles consiguientemente la carga de la prueba de dichos niveles de representatividad³⁵⁹.

No obstante, el legislador, consciente de las dificultades de las asociaciones empresariales para alcanzar la representatividad exigida por las reglas citadas, ha dispuesto también en el art. 87.3.c ET, que en aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, según lo previsto en el párrafo anterior, estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores, de manera que ya no es exigible acreditar acumulativamente los porcentajes de representatividad de empresas y trabajadores, bastando acreditar uno u otro.

Por consiguiente, con la finalidad de promocionar la negociación colectiva sectorial, en aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con la suficiente representatividad -10% de empresas y 10% de trabajadores o, en su defecto, con el 15% de trabajadores- estarán legitimadas para negociar los correspondientes convenios colectivos de sector las

³⁵⁷ Castro Argüelles, M^a. A., Aranzadi.

³⁵⁸ STS 4-06-2014, rec. 111/2013

³⁵⁹ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE EMPRESAS DE INICIATIVA SOCIAL: Impugnado un convenio colectivo, porque no se convocó a una asociación patronal más representativa de ámbito autonómico y porque las asociaciones patronales firmantes no tenían legitimación decisoria, se desestima la demanda, porque la demandante no probó, de ninguna manera, su mayor representatividad autonómica y se probó que las asociaciones patronales ostentaban la mayoría decisoria, porque así se pactó en conciliación ante la Sala, que despliega efectos de cosa juzgada (SAN 11-11-2013, proced. 298/2013).

asociaciones empresariales de ámbito estatal que cuenten con el 10 por ciento o más de las empresas o trabajadores en el ámbito estatal, así como las asociaciones empresariales de Comunidad Autónoma que cuenten en ésta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores. Ahora bien, aunque estas asociaciones están legitimadas inicialmente para la negociación de convenios estatutarios, deberán acreditar, además, para que el convenio tenga naturaleza estatutaria, que proporcionan empleo a la mayoría de los trabajadores del sector, puesto que si no fuera así, no acreditarían la legitimación plena, exigida por el art. 88.2 ET, según la jurisprudencia³⁶⁰. Dicha tesis parece chocar con el párrafo tercero del art. 88.2 ET, que establece claramente una excepción a la regla, puesto que dispone que en aquellos sectores en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma, disponiendo, a continuación que en aquellos sectores en los que no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones empresariales estatales o autonómicas referidas en el párrafo segundo del art. 87.3.c ET. Consiguientemente, si atendemos a la sistemática del precepto examinado, que establece una excepción a la regla ordinaria para la constitución de la comisión negociadora, que exige necesariamente que los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio, no parece congruente que se exija, en estos supuestos, la legitimación plena en las mismas condiciones que la regla general.

Así pues, cuando se acredita que las dos patronales firmantes acreditaban legitimación inicial, acreditando una de ellas legitimación plena, se valida la legalidad del convenio³⁶¹. Aunque las legitimaciones negociales deben acreditarse al conformarse la comisión negociadora, el reconocimiento mutuo de las partes activa la presunción de concurrencia de legitimaciones, que deberá ser destruida por quien las cuestione³⁶². Dicha presunción no se destruye, cuando el demandante no acredita tampoco que la inclusión de un subsector en el convenio pugne con la homogeneidad del ámbito funcional del convenio³⁶³.

³⁶⁰ STS 4-06-2014, rec. 111/2013, casa SAN 27-11-2012.

³⁶¹ STS 16-03-2017, rec. 83/16, confirma SAN 17-12-2015.

³⁶² SAN 15-03-2017, proced. 349/16, ROJ: SAN 1163/2017.

³⁶³ STS 27-04-2017, rec. 174/16, confirma SAN 3-05-2016.

Cuando se cuestione por la Autoridad Laboral la representatividad de los negociadores, alcanzándose acuerdo en conciliación judicial, por el que se decidió someter a arbitraje la representatividad, concluyéndose por el árbitro que ninguna de las partes acreditó las legitimaciones exigibles, confirmándose el laudo en sede judicial³⁶⁴, es claro que no concurrían las legitimaciones exigidas, estimándose, al respecto, los efectos positivos de la cosa juzgada³⁶⁵.

La legitimación sindical

Se mantiene la legitimación de los sindicatos más representativos de ámbito estatal y autonómico en sus ámbitos respectivos, así como los sindicatos representativos en el sector de que se trate, que les obligará a acreditar un 10% de los representantes unitarios³⁶⁶. Asimismo estarán legitimados en los convenios de ámbito estatal los sindicatos de Comunidad Autónoma que tengan la consideración de más representativos conforme a lo previsto en el art. 7.1 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, y las asociaciones empresariales de la Comunidad Autónoma que reúnan los requisitos señalados en la disposición adicional sexta ET. La legitimación para negociar deberá acreditarse, en todo caso, al iniciarse la negociación del convenio³⁶⁷ y si se excluye a un sindicato legitimado para la negociación, la consecuencia será necesariamente la nulidad del convenio³⁶⁸, puesto que constituiría, además, vulneración de su derecho a la libertad sindical³⁶⁹.

Deberá tenerse presente, en todo caso, que la presunción de legitimidad, otorgada por el reconocimiento mutuo de la contraparte, no será operativa en aquellos supuestos en los que la Autoridad laboral, en uso de sus potestades, concluya que las partes negociadoras no están legitimadas, en cuyo caso corresponderá a dichas partes acreditar que ostentan las legitimaciones previstas en los arts. 87, 88 y 89 ET³⁷⁰. Caso contrario, si la Autoridad Laboral no cuestiona

³⁶⁴ SAN 29-06-2015, proced. 125/15, confirmada por STS 15-12-2016, rec. 263/16.

³⁶⁵ SAN 12-05-2017, proced. 121/14, ROJ: SAN 1818/2017.

³⁶⁶ TS 11-04-2011, rec. 151/2010, confirma SAN 14-junio-2010 (autos 79/2010); SAN 4-02-2016, proced. 357/2015; SAN 28-04-2016, proced. 67/14 y STS 10-05-2016, rec. 164/16, Roj: STS 2741/2016, confirma SAN 25-02-2015.

³⁶⁷ SAN 12-07-2013, proced. 184/2013.

³⁶⁸ STS 28-06-2012, rec. 81/2011.

³⁶⁹ Reclamándose por el sindicato demandante su derecho a participar en la comisión negociadora del convenio sectorial con un representante de seis, se estima dicha pretensión, por cuanto dicho sindicato acreditó, al iniciarse el período de negociación, una representatividad superior al 10% en el ámbito del convenio, por lo que ostentaba legitimación inicial. Se anulan los acuerdos, tomados por la comisión sin la participación de un sujeto legitimado, por cuanto su exclusión vulneró su derecho a la libertad sindical en su vertiente funcional a la negociación colectiva, garantizada por la CE, así como por la LOLS y el ET (SAN 30-04-2014, proced. 67/2014).

³⁷⁰ La presunción de legitimación suficiente de los negociadores del convenio, predicada por

la representatividad de los negociadores, se activa la presunción de representatividad, cuando se admite por los otros interlocutores en la negociación correspondiente³⁷¹. Ahora bien, la presunción de legitimación no puede convertirse en patente de corso para ampliar ilimitadamente el ámbito funcional del convenio, sin hacer el mínimo esfuerzo para acreditar la homogeneidad funcional de los nuevos sectores, que se pretenda incluir, así como la representatividad de los negociadores³⁷². En cualquier caso, si se acredita que el sindicato no ostenta el 10% de representantes unitarios del sector de Banca, no ostenta legitimación para negociar³⁷³, siendo irrelevante que parte de los representantes unitarios computados no represente a trabajadores afectados por el convenio, porque lo importante es acreditar que se ostenta positivamente el 10% de los representantes unitarios de los trabajadores afectados³⁷⁴.

Legitimación para negociar acuerdos interprofesionales

Corresponde a los acuerdos interprofesionales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 83.2 ET, definir la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito³⁷⁵. No obstante, estas cláusulas podrán pactarse también en convenios o acuerdos colectivos de ámbito estatal o autonómico, siempre que sus negociadores cuenten con las legitimaciones exigidas por el ET, quienes podrán pactar también acuerdos sobre materias concretas, sometidas, al igual que los acuerdos interprofesionales, al mismo régimen de los convenios colectivos,

la jurisprudencia, es aplicable cuando se cuestiona por otros sujetos negociadores, pero no se activa cuando es la Autoridad laboral, quien cuestiona dicha legitimación, porque es a la Autoridad laboral quien corresponde el control de legalidad de los convenios, de manera que, si la Autoridad laboral afirma que los negociadores no ostentan la legitimación legal, corresponde probar a éstos que si la tenían (STS 3-07-2012, rec. 83/2011).

³⁷¹ STS 19-07-2012, rec. 191/2011, confirma SAN 13-05-2011 y STS 24-06-2014, rec. 225/2013.

³⁷² Impugnado parcialmente un convenio colectivo, porque incluyó en su ámbito actividades náutico- deportivas y puertos deportivos, se desestima la excepción de falta de legitimación activa de las Federaciones demandantes, por cuanto se acreditó interés legítimo en el control de legalidad del convenio. Se estiman las demandas acumuladas, porque se acreditó cumplidamente que la patronal firmante del convenio no acreditaba las legitimaciones, exigidas legalmente, para ampliar el ámbito funcional del convenio a unas actividades en las que no tenía ninguna representación, no probándose tampoco que tuviera una mayoría suficiente, como para asegurar su legitimación plena, aunque no se representara a ninguna empresa de las actividades antes dichas. Se entiende también que las actividades controvertidas no son homogéneas con las reguladas principalmente por el convenio, como demuestra la insuficiente regulación de los grupos y niveles profesionales, relacionados con las mismas (SAN 11-09-2015, proced. 177/2015).

³⁷³ STS 16-05-2017, rec. 159716, confirma SAN 4-02-2016.

³⁷⁴ STS 21-06-2017, rec. 136/16.

³⁷⁵ SAN 5-12-2003, proced. 157/2003.

en cuyo caso serán vinculantes para los afectados por sus ámbitos funcionales y personales³⁷⁶, salvo que las materias tratadas tengan naturaleza obligacional, en cuyo caso no serán exigibles legalmente más que a sus firmantes³⁷⁷. Se ha entendido, en todo caso, que los sujetos legitimados, que no firmaron estos acuerdos, no tendrán derecho a participar en su comisión paritaria, salvo que la misma acometa tareas negociadoras³⁷⁸, siendo irrelevante, que se firmara el convenio, cuando no se firmó su prórroga³⁷⁹. Corresponde a la comisión paritaria la interpretación y administración del convenio y sus resoluciones tendrán el mismo valor que el convenio colectivo³⁸⁰.

Estarán legitimadas las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer, mediante acuerdos interprofesionales, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito. No obstante, estas cláusulas podrán igualmente pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico, por aquellos sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en el ET. Dichas organizaciones de trabajadores y empresarios podrán igualmente elaborar acuerdos sobre materias concretas. Estos acuerdos, así como los acuerdos interprofesionales a que se refiere

³⁷⁶ Impugnándose varios preceptos de un convenio colectivo estatutario, por contravención de la legalidad, se estima la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, porque los negociadores del convenio se sometieron expresamente al ASAC, donde se prevé que los conflictos de impugnación de convenios deben someterse previamente a los procedimientos regulados en el propio acuerdo, lo que no se efectuó por la patronal demandante (SAN 17-01-2013, proced. 293/2013).

³⁷⁷ Las propuestas sobre incrementos salariales contempladas en el Acuerdo suscrito el 25-1-12 por CEOE y CEYME con CCOO y UGT, de conformidad con lo dispuesto en el art. 83.2 ET (BOE 6-2-12), tienen naturaleza obligacional y carácter no vinculante para los sujetos negociadores en los distintos ámbitos, como se deduce de que no aparezcan enunciadas en forma imperativa sino condicional, salvando además expresamente a los Convenios Colectivos que tengan negociadas cláusulas de actualización salarial vigentes cuando señala: “Respetando la autonomía de las partes, para aquellos convenios colectivos que tengan negociadas cláusulas de actualización salarial vigentes que afecten al crecimiento salarial de los tres próximos años, los firmantes del presente acuerdo, proponen a los negociadores tener en cuenta la incidencia de estas cláusulas sobre el crecimiento salarial total de forma que esté en línea con el objetivo de moderación salarial del presente acuerdo”. Consiguientemente, la patronal firmante de un convenio sectorial provincial no puede ampararse en el referido Acuerdo estatal para dejar de aplicar los incrementos salariales anuales pactados en un convenio suscrito con anterioridad a la firma del AENC (STSJ Comunidad Valenciana 12-03-2013, rec. 177/2013).

³⁷⁸ SAN 19-05-2004, proced. 200/2013.

³⁷⁹ SAN 17-11-2016, proced. 275/16.

³⁸⁰ (STS 21-06-2016, rec. 284/15, Roj: STS 3939/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3939, confirma SAN 9-07-2015).

el apartado segundo del art. 83 ET, tendrán el tratamiento de esta Ley para los convenios colectivos.

Consiguientemente, el presupuesto constitutivo para la validez de los Acuerdos Interprofesionales, es que cumplan los requisitos de legitimación exigidos en el ET, lo cual comporta necesariamente que cualquier sujeto con legitimación inicial suficiente tiene derecho a formar parte de la comisión negociadora, provocando la nulidad cuando se le excluya³⁸¹, lo que no será exigible, cuando el acuerdo en cuestión tenga naturaleza extraestatutaria³⁸². Los acuerdos de sus comisiones de seguimiento, que comporten negociación, deberán asegurar los requisitos de legitimación³⁸³.

Promoción del derecho a la negociación colectiva

La legitimación, para denunciar el convenio, corresponde a los sujetos con legitimación inicial, aunque la renegociación del convenio exigía acreditar también la legitimación plena³⁸⁴. Como no podría ser de otro modo, se reitera que sindicato, federación o confederación sindical (STS 13-07-2010, rec. 17/2010), y toda asociación empresarial (STS 13-07-2010, rec. 112/08), que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora, mientras que la exclusión de sindicatos (STS 19-11-2010, rec. 572010), o asociaciones empresariales (STS 21-10-2010, rec. 56/2010) sin legitimación suficiente no lesiona su derecho a la negociación colectiva. Por el contrario, si se excluye de la comisión negociadora a un sujeto legitimado su composición no se ajustará a derecho, en cuyo caso el convenio, pactado por la comisión ilegal, será también nulo³⁸⁵, aunque la ilegalidad de excluir a sujetos legitimados, no comporta la obligación de convocarlos a la negociación por los demás sujetos legitimados³⁸⁶. La acreditación de la legitimación inicial y plena deberá probarse en el momento del inicio de la negociación³⁸⁷, en cuyo caso se mantendrá así durante todo el proceso negociador³⁸⁸, de manera que, si se promovió primero la negociación de un convenio de empresa por los sindicatos mayoritarios, no habrá prioridad para negociar previamente un convenio de ámbito autonómico³⁸⁹. Si en los acuerdos

³⁸¹ STS 22-10-2013, rec. 110/2012.

³⁸² STS 8-02-2012, rec. 214/2010.

³⁸³ STS 19-02-2013, rec. 148/2011.

³⁸⁴ STS 2-12-2016, rec. 14/16, Roj: STS 5619/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5619.

³⁸⁵ Anulada la composición de la comisión negociadora del convenio mediante sentencia firme, porque se excluyó a un sindicato legitimado inicialmente, el convenio suscrito por la comisión, que excluyó al sindicato reiterado, es nulo a todos los efectos (STS 28-06-2012, rec. 81/2011).

³⁸⁶ SAN 25-04-2013, proced. 33/2013, confirmada por STS 25-11-2014, rec. 63/2014.

³⁸⁷ STS 3-02-2015, rec. 20/2014.

³⁸⁸ STSJ Castilla la Mancha 8-05-2015, rec. 19/2014.

³⁸⁹ SAN 28-09-2011, proced. 117/2011.

de fusión, se convino negociar un convenio para todas las empresas fusionadas, siendo dicho ámbito el natural y propio de la empresa, la comisión negociadora deberá ajustarse al nuevo ámbito, aunque se hubiera pretendido negociar antes un convenio cuyo ámbito era de comunidad autónoma, porque el registro de la denuncia del convenio ante la Autoridad Laboral no es determinante a estos efectos, habiéndose acreditado, por otra parte, que los sindicatos promotores de la negociación a nivel de empresa lo hicieron con anterioridad³⁹⁰.

Conviene precisar aquí, que el art. 84.2 ET permite negociar un convenio de empresa, grupo de empresas o empresas en red durante la vigencia de convenios de ámbito superior, por cuanto el convenio de empresa, grupo de empresas o empresas en red tiene prioridad aplicativa sobre el convenio superior concurrente en las materias tasadas en el precepto antes dicho. En cualquier caso, si el convenio de los ámbitos reiterados fuera más beneficioso en otras materias que el de ámbito superior, sería aplicable también³⁹¹. Caso contrario, si el convenio de ámbito superior regula aspectos no listados en el art. 84.2 ET, la consecuencia sería la suspensión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa hasta la pérdida de vigencia del convenio de ámbito superior³⁹².

La comisión negociadora

El reparto de los miembros de la comisión negociadora se hará *en proporción a su representación* en relación al número de miembros, que no podrá exceder de trece en los convenios de empresa y de quince en los convenios de ámbito superior, aunque nada impide que el número sea inferior, si así lo deciden los sujetos legitimados³⁹³, positivizándose, de este modo, la ausencia de regulación legal, de manera que la mesa social de la comisión negociadora debe asegurar la presencia de los sindicatos más representativos estatales y de CCAA, quienes deberán acreditar dicha condición³⁹⁴, sea cual fuere su representatividad en el sector, repartiéndose proporcionalmente a la representatividad en el sector las restantes vocalías conforme al sistema de restos³⁹⁵. Las legitimaciones exigibles deberán acreditarse al constituirse la comisión negociadora³⁹⁶, de manera que será exigible acreditar en ese momento tanto la legitimación inicial, como la legitimación plena³⁹⁷, puesto que la representatividad debe acreditarse cuando se

³⁹⁰ SAN 29-01-2013, proced. 218/2013.

³⁹¹ SAN 1-12-2014, rec. 259/2014.

³⁹² STS 13-11-2007, rec. 8/2007.

³⁹³ STSJ Madrid 20-07-2012, rec. 3607/2012.

³⁹⁴ SAN 11-11-2013, proced. 298/2013.

³⁹⁵ TS 11-04-2011, rec. 151/2010, confirma SAN 14-junio-2010 (autos 79/2010).

³⁹⁶ STS 22-12-2008, RJ 2008\7172.

³⁹⁷ STS 26-10-2014, rec. 267/2013, confirma SAN 25-04-2013 y STS 3-02-2015, rec. 20/2014, confirma SAN 31-05-2013

inicia la negociación de un convenio colectivo, sin que quepa admitir dicha representatividad por el hecho de que se hubiera tenido aquélla en otros anteriores y con ámbitos funcionales no enteramente coincidentes con el sector estatal del presente convenio³⁹⁸.

En cualquier caso, es necesaria la existencia de una comisión negociadora, que reúna los requisitos del art. 88.2 ET, sin que quepa una negociación global con todos los representantes unitarios de la empresa de varios centros de trabajo, aunque hubiera centros sin representación³⁹⁹, ni cabe tampoco negociar un convenio de empresa con representantes ad hoc⁴⁰⁰. Cuando se negocie convenio de empresa, si las secciones sindicales decidan no acometer la negociación y no hay comité intercentros, deberían negociar todos los representantes unitarios, quienes deberán conformar la comisión negociadora con arreglo a criterios proporcionales⁴⁰¹.

Se mantienen los requisitos previos, para acreditar la legitimación plena, que exigen para que la comisión negociadora esté válidamente constituida que los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales a que se refiere el artículo anterior representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio⁴⁰². Se ha validado, que la composición de la bancada empresarial no tiene que estar constituida por quince miembros, cuando negocia únicamente una asociación patronal, quien delega en algunos de sus cargos⁴⁰³, admitiéndose también que cada sección sindical esté representada por un solo miembro, siempre que se pondere el voto de cada una en función de su representatividad⁴⁰⁴.

En cualquier caso, el reconocimiento de los demás interlocutores de la comisión negociadora activa una presunción de representatividad suficiente, que debe destruirse por quien niegue dicha representatividad⁴⁰⁵.

³⁹⁸ STS 15-12-2016, rec. 264/15, confirma SAN 29-06-2015.

³⁹⁹ SAN 28-03-2014, proced. 33/2014).

⁴⁰⁰ STSJ Canarias 31-07-2014, rec. 9/2014.

⁴⁰¹ STS 16-09-2015, rec. 139/2014, confirma SAN 20-03-2014.

⁴⁰² STS 5-11-2002, RJ 2003\759; 17-01-2006, RJ 2006\3000 y 22-12-2008, RJ 2008\7172.

⁴⁰³ SAN 31-05-201, proced. 140/2013.

⁴⁰⁴ STS 23-01-2012, rec. 220/2010.

⁴⁰⁵ Solicitada la nulidad de la composición de la comisión negociadora de un convenio sectorial, porque se excluyó a una asociación patronal, que firmó convenios anteriores, cuya legitimación inicial se reconoció en la reunión inicial de la comisión negociadora, se desestima dicha pretensión, porque se probó que el reconocimiento inicial fue provisional y quedó condicionado a acreditar la representatividad en la reunión siguiente, mediante la presentación de los TC2 de Mayo de 2013, sin que la demandante cumpliera dicha condición. Por lo demás, reconocida la representa-

Si constituye una novedad importante, orientada a promocionar la negociación, que en los sectores, denominados “virginales” por Sempere, en los que no existan órganos de representación de los trabajadores, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones sindicales que ostenten la condición de más representativas en el ámbito estatal o de Comunidad Autónoma. Del mismo modo, cuando no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente representatividad, se entenderá válidamente constituida la comisión negociadora cuando la misma esté integrada por las organizaciones empresariales estatales o autonómicas referidas en el párrafo segundo del artículo 87.3.c)⁴⁰⁶. En ambos casos, el reparto de los miembros de la comisión negociadora se efectuará en proporción a la representatividad que ostenten las organizaciones sindicales o empresariales en el ámbito territorial de la negociación, lo que ha dado en denominarse “representación virtual” (Desdentado).

La designación de los componentes de la comisión corresponderá a las partes negociadoras, siendo este el momento más delicado de la negociación, puesto que es entonces cuando corresponde acreditar las legitimaciones exigibles⁴⁰⁷, sin que vulnere la libertad sindical la exclusión de un sindicato que no acredite el 10% de la representatividad de la comisión negociadora del convenio sectorial⁴⁰⁸. Una vez constituida la mesa, sus componentes mutuo acuerdo podrán designar un presidente y contar con la asistencia en las deliberaciones de asesores, que intervendrán, igual que el presidente, con voz pero sin voto. Parece claro, por tanto, que la designación deberá realizarse con arreglo al principio de proporcionalidad, lo que ha sido fuente de conflictividad, si no se resuelve definitivamente el cálculo de los representados, lo cual exigirá identificar, conforme a la DA 2ª.1.c RDL 7/2011, vías adicionales de conocimiento, distintas de las hojas estadísticas de los convenios colectivos, que permitan obtener información completa y rigurosa de los contenidos de la negociación colectiva, lo que deberá hacerse antes del 31-12-2011, que se resolverá satisfactoriamente, si se considera como dato de cumpli-

tividad de las patronales por los interlocutores sociales, se activa la presunción de legitimación, que no ha sido destruida por la demandante (SAN 31-01-2014, proced. 437/2013).

⁴⁰⁶ Reclamándose se dicte sentencia mediante la que se declare que una asociación patronal con legitimación inicial no tiene, sin embargo, legitimación plena para constituir por sí misma la comisión negociadora, dado que sus empresas no dan empleo a la mayoría de los trabajadores del sector, se desestima la demanda, porque el art. 88.2 ET (2) admite, como excepción, que una asociación empresarial con legitimación inicial constituya la comisión negociadora si no existen asociaciones con suficiente representatividad como para tener legitimación plena (SAN 27-11-2012, rec. 245/2012).

⁴⁰⁷ STS 3-12-2009, RJ 2009\8038; 1-03-2010, RJ 2010\1478; 21-01-2010, RJ 2010\3115 y STS 25-11-2014, rec. 63/2014; STS 16-05-2017, rec. 129/16, confirma SAN 4-02-2016.

⁴⁰⁸ STS 21-06-2017, rec. 136/2016

mentación obligatoria el código del convenio colectivo aplicable en la empresa en los documentos de cotización que mensualmente deben elaborar y remitir las empresas a la Tesorería General de la Seguridad Social, aunque podrían haberse utilizado otras fórmulas, como la obligación de fijar en el boletín de afiliación a la Seguridad Social el convenio aplicable al trabajador⁴⁰⁹. Ninguna de esas medidas se ha cumplimentado por el legislador, por lo que continúa existiendo una cierta oscuridad en la representatividad de las asociaciones patronales.

En los convenios sectoriales el número de miembros en representación de cada parte no excederá de quince. En el resto de los convenios no se superará el número de trece, habiéndose entendido por la jurisprudencia, que acreditadas las legitimaciones de los negociadores, la composición les corresponde a éstos⁴¹⁰.

La composición de la comisión negociadora deberá ajustarse proporcionalmente en cada representación, adjudicándose los puestos por el sistema de restos⁴¹¹. Se ha admitido, en cualquier caso, que la comisión negociadora delegue en comisiones específicas para desbrozar la negociación, siempre que la decisión final corresponda a la comisión legitimada⁴¹², manteniéndose, de este modo, la necesidad de que la negociación en la comisión negociadora sea real y no formal⁴¹³.

⁴⁰⁹ Jesús R. Mercader Uguina, *Lecciones de Derecho del Trabajo*

⁴¹⁰ STS 6-04-2017, rec. 152/16, confirma SAN 7-03-2016.

⁴¹¹ Impugnada la comisión negociadora del convenio, se estima la demanda, porque se acreditó que el resto del sindicato demandante es superior al resto de otro sindicato, al que se adjudicó un representante, siendo irrelevante el número de trabajadores, que represente cada órgano unitario, por cuanto la proporcionalidad en la representación de la comisión negociadora del convenio de empresa se predica del número de representantes elegidos y no por el número de trabajadores a quienes representen (SAN 17-12-2013, proced. 467/2013).

⁴¹² Impugnados los acuerdos alcanzados en la comisión paritaria permanente establecida en el convenio colectivo de TELEFÓNICA por pretendida vulneración de los derechos fundamentales de libertad sindical y negociación colectiva, se desestima la demanda pues de lo actuado se aprecia que los sindicatos demandantes a través de su presencia en el comité intercentros participaron en el proceso de negociación de estos acuerdos fijado en el convenio y que no es cuestionado, entendiéndose razonable que en negociaciones complejas el comité intercentros encomiende a representaciones reducidas del mismo el desbroce de la negociación, siempre que el comité intercentros tenga información, que permita debatir y acordar, lo cual sucedió aquí. Se acumula demanda que impugna uno de dichos acuerdos por considerar que vulnera disposiciones legales en materia de jornada, pretensión que asimismo resulta desestimada por no contravenir lo convenido ninguna norma de rango legal de obligada observancia (SAN 9-09-2014, proced. 78/2014).

⁴¹³ Impugnado un convenio colectivo, porque los firmantes se reservaron la participación en comisiones, a las que se concedieron funciones negociadoras, aunque luego tuvieran que aprobarse en la comisión negociadora del convenio, incluyendo entonces a los sindicatos legitimados no firmantes, se desestima la falta de litisconsorcio pasivo necesario del comité intercentros, por cuanto no negoció el convenio y no tiene por qué ser demandado. Se sintetiza la jurisprudencia sobre el papel de las comisiones reservadas a firmantes, que solo pueden tratar los aspectos interpretativos o aplicativos del convenio, pero nunca aspectos reservados a la negociación colectiva, aunque luego

La decisión final deberá asegurar, en todo caso, el voto favorable de ambas representaciones, quienes deberán acreditar la legitimación inicial y deliberativa⁴¹⁴, correspondiendo acreditar, a quien niegue dicho apoyo, que no se votó por los representantes necesarios⁴¹⁵. Se ha debatido si es válido un acuerdo, suscrito por la mayoría de la comisión negociadora, compuesta por secciones sindicales, cuando se dividen las posturas de una de ellas y el voto favorable se hace contra el criterio del sindicato, concluyéndose que es válida, por cuanto el art. 89.3 ET establece que las decisiones exigirán el voto favorable⁴¹⁶ de cada una de ambas representaciones⁴¹⁷, lo cual significa que la mayoría de la representación social debe aprobar el convenio⁴¹⁸, aunque se trata de un criterio discutible, puesto que los miembros de la comisión negociadora, que actúan en nombre de las secciones sindicales, han sido nombrados por éstas con arreglo a sus propios estatutos, conforme a lo dispuesto en el art. 4.2 LOLS, de manera que su representatividad no es directa, puesto que está intermediada por la sección, siendo razonable, por consiguiente, que se someta al criterio mayoritario de la sección.

Se ha validado, si bien de modo excepcional, que el convenio de empresa se negociara con una comisión híbrida, compuesta por los representantes unitarios y un delegado sindical, puesto que los primeros tenían la mayoría necesaria y no se probó que la presencia del delegado sindical alterase la negociación⁴¹⁹. Destacar finalmente, que la sección sindical, que acredite la mayoría de los representantes

se aprueben formalmente por la comisión negociadora, quien se limita, de este modo, a ratificar pero no a negociar y se confirma la sentencia recurrida, que anuló los artículos que regulaban dichas comisiones (STS 3-02-2015, rec. 64/2014, confirma SAN 30-09-2013)

⁴¹⁴ STS 25-01-2017, rec. 40/16.

⁴¹⁵ El TS confirma la validez de la negociación del IV Convenio Colectivo Estatal para la Madera, ante la falta de prueba por la parte empresarial en relación a la falta del “quórum” necesario y mayoría exigida legalmente. Es necesario desvirtuar las presunciones que se derivan de los reconocimientos mutuos por parte de todos los interlocutores, sindicales y patronales, tanto en relación con la legitimación inicial como respecto a la exigible a la mesa o comisión negociadora (STS 3-02-2015, rec. 20/2014, confirma SAN 31-05-2013).

⁴¹⁶ STSJ Comunidad Valenciana 20-12-2012, proced. 23/2012.

⁴¹⁷ Desestima el TS el rec. de casación formulado por el sindicato accionante contra sentencia que rechazó la demanda de impugnación de convenio colectivo formulada frente a las centrales nucleares demandadas. Considera la Sala que el texto impugnado fue aprobado por la mayoría de la representación social, siendo indudable la validez de lo acordado, aunque el sindicato demandante hubiera manifestado su disconformidad, al cumplirse los requisitos exigidos para la validez del convenio colectivo que, en ningún caso, exige el voto unánime de las representaciones que integran la mesa negociadora, sino la mayoría de cada uno de los bancos que la integran (STS 22-09-2010, rec. 226/2009).

⁴¹⁸ STS 22-09-2010, rec. 226/2009.

⁴¹⁹ SAN 1-12-2014, proced. 259/2014.

de los trabajadores, está legitimada también para suscribir acuerdos parciales durante la negociación del convenio⁴²⁰.

La nueva regulación del contenido mínimo de los convenios

La Ley 3/2012, de seis de julio, ha eliminado radicalmente la reforma del art. 85.3.d ET, impulsada por el RDL 7/2011, de manera que en su nueva versión se limita a establecer que constituirá contenido mínimo del convenio la forma y condiciones de denuncia del convenio, así como plazo mínimo para dicha denuncia antes de finalizar su vigencia, porque la nueva regulación de la ultractividad, junto con la complejidad de la regulación precedente, la hace innecesaria⁴²¹.

Desaparecen, del mismo modo, las importantes funciones, encomendadas por el RDL 7/2011 a las comisiones paritarias, que volverán a desempeñar sus funciones clásicas, como son el estudio⁴²², la interpretación y administración del convenio, lo que justificará sobradamente la exclusión de los sindicatos no firmantes⁴²³, salvo que desempeñen funciones negociadoras⁴²⁴. Si sucediera lo contrario y se excediera los límites aplicativos o interpretativos de la comisión paritaria, deberían integrarse los sujetos legitimados para negociar⁴²⁵.

Finalmente la Ley 3/2012, de seis de julio, causada en el RDL 3/2012 hace desaparecer del contenido mínimo del convenio la distribución irregular de jornada, como medida de flexibilidad interna, porque la traslada, por razones sistemáticas al art. 34.2 ET, donde se prevé que en defecto de pacto la empresa podrá distribuir el 10% de la jornada anual de manera irregular, habiéndose entendido que la expresión “en defecto de pacto”, contenida en dicho precepto comporta que la disposición del empresario del mencionado 10% solo sería viable cuando no se haya regulado convencionalmente sobre la materia, debiendo recordarse que el AENC II prevé en su apartado de flexibilidad ordinaria una distribución irregular del 10% de la jornada ordinaria anual, así como una bolsa de cinco días o 40 horas anuales en las que el empresario podrá alterar la distribución de la jornada en el calendario de la empresa, acreditando, de este modo, que la negociación colectiva al máximo nivel no ha sido insensible a las necesidades de adaptabilidad de las empresas, apostando decididamente por la flexibilidad interna⁴²⁶.

Parece claro, por tanto, que el legislador ha impulsado su propio modelo de negociación colectiva, sin tener en cuenta las grandes aportaciones de la

⁴²⁰ SAN 24-09-2015, rec. 172/2015.

⁴²¹ Jesús Mercader Uguina, obra citada.

⁴²² SAN 28-06-2013, proced. 202/2013.

⁴²³ SAN 22-12-2011, proce. 228/2011.

⁴²⁴ SAN 26-09-2011, proce. 152/2011, ROJ 4215/2011.

⁴²⁵ STS 5-06-2013, rec. 2/2012.

⁴²⁶ 18-01-2011, rec. 96/2010.

propia negociación colectiva general, para promocionar la adaptabilidad de las empresas, lo que afectará a la estabilidad de una negociación colectiva, que ha contribuido históricamente a la ordenación del mercado de trabajo, mediante la mejora de las condiciones de los trabajadores, así como al aseguramiento de la concurrencia leal entre empresas, mediante el desplazamiento de la competitividad a campos como la formación, la inversión, la innovación y la eficiencia del servicio⁴²⁷, buscando, al parecer, promocionar esencialmente la competitividad y la productividad empresarial en el ámbito de las relaciones laborales.

Aspectos conflictivos en la negociación colectiva y su tratamiento en la jurisprudencia y en la doctrina judicial. Principio de jerarquía normativa

La jurisprudencia se ha ocupado reiteradamente de la inaplicación del convenio como consecuencia de la entrada en vigor del RDL 20/2012, concluyéndose que dicha inaplicación se ajusta a derecho en aplicación del principio de jerarquía normativa⁴²⁸, sin que dicha limitación alcance a las retribuciones devengadas con anterioridad a la vigencia de la norma⁴²⁹, aclarándose, en todo caso, que dichas medidas afectaban a las AAPP pero no a las Mutuas, en lo que afecta a los complementos de incapacidad temporal⁴³⁰. Se ha admitido, así mismo, la inaplicación de la retribución convencional, cuando así lo disponían las leyes autonómicas, aplicando, del mismo modo, el principio de jerarquía normativa⁴³¹, si bien dicha inaplicación debe someterse a la negociación colectiva, cuando lo dispone así la norma autonómica⁴³². Se ha admitido también, interpretando el alcance de la cláusula del convenio del sector que establece la equiparación del personal de contratas con los empleados públicos, de manera que, a los efectos de la recuperación de la paga extraordinaria de diciembre de 2012 de los empleados públicos, condenándose a la empresa para la que se prestan servicios en el momento de la equiparación salarial positiva (2015), puesto que si les fue aplicable la reducción en su momento, les es aplicable también la equiparación al sector público, cuando ésta se produce⁴³³.

⁴²⁷ Casas; Rodríguez Piñero y Valdés, obra citada.

⁴²⁸ STS 14-03-2017, rec. 299/14.

⁴²⁹ SSTS de 9 diciembre 2015 (rec. 12/2015), 16 diciembre 2015 (rec. 13/2015), 17 diciembre 2015 (rec. 22/2015) la STS nº 20/2016, de 20 de enero (rec. 220/2014) y STS nº 29/2016, de 21 de enero (recurso 277/2013) (STS 14-03-2017, rec. 140/16, confirma SAN 15-03-2016); STS 6-04-2017, rec. 118/16, Roj: STS 1619/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1619

⁴³⁰ STS 15-03-2017, rec. 159/16, Roj: STS 1174/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1174, confirma SAN 22-03-2016

⁴³¹ STS 6 Y 10-2016, rec. 29/13 y 26/13; STS 12-01-2017, rec. 50/16, Roj: STS 801/2017 - ECLI:ES:TS:2017:801

⁴³² STS 25-04-2017, rec. 198/16.

⁴³³ STS 4-04-2017, rec. 13/16, Roj: STS 1543/2017 - ECLI:ES:TS:2017:154.

Aplicación del convenio

Se aplica el convenio colectivo propio de los Centros Especiales de Empleo, que no el sectorial de limpieza, pese a que la jurisprudencia sostenga lo contrario en materia de sucesión de contratos, tras resumir y sistematizar doctrina de la Sala sobre el particular y aplica doctrina⁴³⁴

Control de legalidad del convenio Salud laboral

Se ha anulado parcialmente convenio de empresa, que obligaba a los trabajadores a limpiar toda su ropa de trabajo, entendiéndose que no cabe hacerlo así, cuando se produce la presencia de fluidos biológicos en la ropa, o salvo la imposibilidad por parte de la evaluación de riesgos de excluir la presencia de agentes biológicos peligrosos, conforme a los grupos 3 y 4 de clasificación, en la ropa del trabajador susceptibles de provocar contagio de enfermedades graves⁴³⁵.

Contratación y jornada extraordinaria

Se ha anulado la cláusula convencional, que omitía la identificación de las causas de eventualidad en los contratos eventuales, porque dicha identificación es el presupuesto de su causalidad, aunque se ha admitido que sea el empleador quien decida si las horas extras, realizadas voluntariamente por los trabajadores, se pagan o se descansan⁴³⁶. Se ha validado que el convenio limite el número de contratos para la formación en función de la plantilla, porque la negociación colectiva es soberana a la hora de decidir sus contenidos, sin más limitación que las normas legales de derecho necesario, que no concurren aquí. Se valida, del mismo modo, que los negociadores del convenio listen qué puestos de trabajo pueden utilizar las modalidades de contratos formativos, porque está previsto para los contratos en prácticas y no está prohibido para los de formación, no habiéndose alegado, ni probado concretamente, que los supuestos concretos impidan la utilización debida de estas modalidades contractuales y se admite finalmente que los daños extraordinarios y urgentes, listados en el convenio, se adecúan a la regulación legal de las horas extraordinarias⁴³⁷, admitiéndose, del mismo modo, que los imprevistos propios de la actividad de los controladores aéreos, constituyen un supuesto de fuerza mayor⁴³⁸. Se ha admitido también la utilización contrato eventual por circunstancias de la producción en los seis primeros meses de las nuevas campañas, porque dicha medida comporta resucitar el contrato por lanzamiento

⁴³⁴ SSTS 24 noviembre 2015 (rec. 136/2014) y 9 diciembre 2015 (rec. 135/2014) (STS 2-02-2017, rec. 2012/15, Roj: STS 1011/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1011.

⁴³⁵ STS 6-03-2017, rec. 251/16, Roj: STS 1751/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1751

⁴³⁶ SAN 1-03-2017, proced. 11/17, ROJ: SAN 502/2017

⁴³⁷ SAN 21-06-2017, proced. 144/17, ROJ: SAN 2739/2017.

⁴³⁸ STS 11/05/2017, rec. 191/16, Roj: STS 2328/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2328, confirma SAN 19-05-2016.

de nueva actividad, se desestima dicha pretensión, por cuanto el ET permite que los negociadores del convenio determinen los supuestos de utilización del contrato eventual por circunstancias de la producción, entendiéndose por la Sala que es razonable que los negociadores del convenio admitan la necesidad de mayor número de trabajadores al iniciarse una campaña, que durante su desarrollo posterior, una vez ajustada la demanda concreta de servicios⁴³⁹.

Retribución de las vacaciones

La jurisprudencia ha validado la retribución de las vacaciones, pactada en convenio, porque esa retribución aseguraba la media anual por todos los conceptos retributivos ordinarios⁴⁴⁰. Se ha mantenido de modo reiterado y pacífico que las vacaciones deben retribuirse por la media de todos los conceptos retributivos, que correspondan con el trabajo ordinario⁴⁴¹. Se excluyen, por tanto, los conceptos extraordinarios, como la retribución de “toma y deje”⁴⁴², así como los conceptos extraordinarios o aquellos que comporten una doble retribución⁴⁴³.

Igualdad

Se ha anulado la cláusula convencional, que distingue, sin justificación razonable y objetiva, las aportaciones extraordinarias al Plan de Pensiones, con base a la fecha de ingreso en la empresa⁴⁴⁴. Se ha anulado, así mismo, el trato desigual en la percepción del plus de vinculación, cuando no se acredita razonable y proporcionalmente el trato diferenciado⁴⁴⁵ y también la cláusula que establece una doble escala salarial, por cuanto el complemento de antigüedad se mantiene y se regula de forma dinámica hacia el futuro para el colectivo beneficiado⁴⁴⁶. Por el contrario, se ha declarado la legalidad de los preceptos convencionales que establecen una distinta retribución del complemento de antigüedad, en función de la fecha de ingreso en la empresa, subrayando que no generan cosa juzgada las sentencias dictadas en impugnación de convenios de años anteriores con idéntica

⁴³⁹ SAN 15-03-2017, proced. 48/17, ROJ: SAN 1293/2017.

⁴⁴⁰ STS 25-01-2017, rec. 96/16, Roj: STS 637/2017 - ECLI:ES:TS:2017:637, confirma SAN 22-10-2016.

⁴⁴¹ SAN 18-01-2017, proced. 317/2016, ROJ: SAN 47/2017; STS 2-03-2017, REC. 151/2016, Roj: STS 1143/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1143, confirma SAN 7-04-2016; SAN 23-03-2017, proced. 9/17, ROJ: SAN 1252/2017

⁴⁴² STS 30-01-2017, rec. 44/16, Roj: STS 800/2017 - ECLI:ES:TS:2017:800, confirma SAN 25-09-2015

⁴⁴³ STS 14-02-2017, rec. 45/16, Roj: STS 825/2017 - ECLI:ES:TS:2017:825, confirma SAN 24-09-2015.

⁴⁴⁴ STS 27-06-2017, rec. 49/16, confirma SAN 26-10-2015.

⁴⁴⁵ STS 20-04-2017, rec. 145/16, Roj: STS 1844/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1844, confirma SAN 8-02-2016

⁴⁴⁶ STS 9-03-2017, rec. 135/16, Roj: STS 1122/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1122.

redacción literal, pero su contenido resulta sin embargo vinculante, en cuanto no se ha demostrado que hayan dejado de concurrir las circunstancias que se tuvieron en cuenta en la STS de 19 de enero de 2010 para considerar justificada y conforme a derecho esa desigualdad⁴⁴⁷. Se ha descartado también que vulnere el principio de igualdad, que el convenio contemple, para el cómputo de la antigüedad, cuando no se hayan producido interrupciones superiores a tres meses, siempre que tal régimen se aplique igual a todos los trabajadores⁴⁴⁸. Tampoco vulnera el principio de igualdad, aunque se produzca diferencia de trato para los colectivos comparados, por cuanto se acreditó que realizaban diferentes funciones y partían de formaciones diferenciadas⁴⁴⁹.

Jornada

Impugnado el acuerdo adoptado por la Comisión Negociadora del convenio colectivo, relativo a la regulación de la jornada en cuanto a su distribución irregular y a la disponibilidad horaria. El acuerdo es válido por cuanto se firmó por la mayoría de los componentes de la Comisión Negociadora y se enmarca en la autonomía de dicha comisión en orden a establecer acuerdos parciales que condicionan la ultra actividad de los convenios denunciados y cuya vigencia ordinaria ya estaba finalizada. La falta de depósito y publicación del acuerdo impide que el referido acuerdo tenga carácter estatutario, por lo que no puede afectar a aquellos convenios que, estando en régimen de ultra actividad legal o convencional, regulen las materias que el acuerdo impugnado establece. En los convenios que no regulen dicha materia el acuerdo se aplica en virtud del artículo 34.2 ET⁴⁵⁰. Los controladores, que disfrutaban de vacaciones durante un periodo en un mes, pretenden se les programe la jornada que proporcionalmente corresponda para el resto de ese mes, atendiendo a los servicios programados al resto de los CTA en la dependencia en igual puesto de trabajo y en similares condiciones, se desestima dicha pretensión, por cuanto la literalidad de la regulación convencional establece que la programación proporcional es potestativa, a diferencia de la regulación del convenio precedente, que era imperativa, habiéndose acreditado que esa era la intención de los contratantes, no solo por sus propios actos, sino también por la finalidad de la regulación convencional y por la propia sistemática del convenio, relacionada con la proporcionalidad y la regulación de la jornada, que demuestra claramente que, cuando se ha querido establecerla imperativamente, se ha hecho

⁴⁴⁷ STS 11-07-2016, rec. 193/15, Roj: STS 4004/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4004, casa SAN 5-03-2015.

⁴⁴⁸ STS 20-10-2016, rec. 242/15.

⁴⁴⁹ SAN 1-02-2017, proced. 330/16, ROJ: SAN 267/2017

⁴⁵⁰ STS 14-12-2016, rec. 17/16, confirma SAN 24-09-2015, Roj: STS 5725/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5725

así lo que no sucede con el precepto interpretado⁴⁵¹

Jubilación

Se ha declarado que la edad de jubilación del colectivo de controladores aéreos es la establecida en su norma especial (65 años), y si las cotizaciones efectuadas a Clases Pasivas como funcionarios públicos hasta su excedencia han sido computadas para acceder a una pensión de jubilación de esa naturaleza y clase, ello no obliga a la empresa a prolongar la situación de tales trabajadores más allá de esos 65 años hasta alcanzar el período necesario para causar otra pensión en el RGSS⁴⁵².

Permisos

Discutiéndose si el reposo domiciliario del familiar equivale a la atención continuada, para conceder permisos a los trabajadores y se ha declarado que no hay incompatibilidad entre “reposo domiciliario” y “atención continuada”, porque el presupuesto del reposo es que no se tengan que realizar actividades por el paciente, sin perjuicio, claro está, de las actuaciones fraudulentas o abusivas, que deberán examinarse y probarse caso por caso⁴⁵³.

Plan de igualdad

La empresa no puede imponer unilateralmente el Plan de Igualdad, por cuanto debe negociarse con los representantes de los trabajadores, sin que quepa su imposición unilateral por la empresa⁴⁵⁴.

Promoción profesional

Pactado en convenio colectivo, que la empresa se comprometía a presupuestas los fondos necesarios para ejecutar las promociones profesionales, producidas el ejercicio anterior, se declara esa obligación, porque así lo dispone el convenio, cuyo cumplimiento no puede quedar al arbitrio de la empresa⁴⁵⁵. Se ha admitido, del mismo modo, que la Mutua convoque los concursos de promoción interna, pactados en el convenio, esté obligada a respetar los límites presupuestarios del incremento de la masa salarial autorizada, por cuanto ni ha probado, ni ha intentado probar, que no se le autorizara incrementar la masa salarial para cumplir los compromisos convencionales, ni ha probado, siquiera, que la convocatoria del concurso superase efectivamente el 1% de la masa salarial autorizada⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ SAN 15-03-2017, proced. 26/17, ROJ: SAN 1164/2017

⁴⁵² STS 22-02-2017, rec. 13872016, confirma SAN 19-02-2016, Roj: STS 880/2017 - ECLI:ES:TS:2017:880

⁴⁵³ SAN 12-05-2017, proced. 114/17, ROJ: SAN 1514/2017.

⁴⁵⁴ STS 9-05-2017, rec. 85/16, confirma SAN 16-9-15.

⁴⁵⁵ STS 22-03-2017, rec. 77/16, confirma SAN 3-12-2015.

⁴⁵⁶ SAN 30-03-2017, proced. 51/17, ROJ: SAN 845/2017

Retribuciones variables

Reclamado un nuevo cálculo de la paga variable y la de beneficios de 6000 trabajadores que estuvieron adscritos a la empresa cedente hasta el 30-6-2014 y desde el 1-7-2014 a la empresa cesionaria ha de calcularse teniendo en cuenta en el primer periodo como si se hubieran prestado servicios en Airbus operaciones y desde entonces en la nueva división, se estima la demanda parcialmente por cuanto no puede partirse de unas cantidades fijadas de forma global sobre parámetros que por lo razonado resultan erróneos, debiendo efectuarse un nuevo cálculo⁴⁵⁷. Se ha descartado que los trabajadores tengan derecho a percibir el valor inferior de la banda de variable correspondiente a la valoración de sus puestos de trabajo, fuere cual fuere el objetivo alcanzado, por cuanto dicha interpretación convertiría en retribución fija lo que los negociadores del convenio quisieron como retribución variable⁴⁵⁸. No cabe incluir como objetivos de ventas y para el bonus del personal de oficina, medidas impuestas por la empresa en el programa “saber vivir”, que no están relacionadas con la cantidad, ni la calidad del trabajo⁴⁵⁹. Reclamado el cómputo, para el cálculo de la paga extraordinaria, los intereses a corto plazo de los créditos y deudas con empresas del grupo, así como las bonificaciones de la S. Social y la provisión de la propia paga extraordinaria de beneficios, se desestiman dichas pretensiones, puesto que fue intención de los negociadores del convenio, para determinar el concepto de rendimientos atípicos, que no computaran aquellos no relacionados con la actividad empresarial, identificando, a título ejemplificativo, que no se computaran los derivados de la compra y venta de inmuebles, así como los beneficios o pérdida netas relacionados con las empresas participadas, habiéndose acreditado que los conceptos controvertidos no derivaban propiamente de la actividad a la que se dedica la empresa⁴⁶⁰.

Sindicales

Reclamado el derecho de las organizaciones, que suscribieron el III Convenio Único del personal laboral al servicio de la AGE, a la puesta a disposición de las listas referentes a la relación de puesto de trabajo, expresión relativa a si están vacantes o no, y los nombres y apellidos de las personas que las ocupan, se estima dicha pretensión, puesto que así se pactó colectivamente, sin que se haya acreditado vulneración de datos personales⁴⁶¹. El sindicato, que acredite la representatividad prevista en el convenio tiene derecho a disfrutar las horas sin-

⁴⁵⁷ STS 16-03-2017, rec. 122/2016, confirma SAN 10-02-2015.

⁴⁵⁸ STS 25-04-2017, rec. 147/16, confirma SAN 2-02-2016

⁴⁵⁹ SAN 21-04-2017, proced. 62/17, ROJ: SAN 1455/2017

⁴⁶⁰ SAN 23-03-2017, proced. 37/17, ROJ: SAN 1253/2017

⁴⁶¹ SAN 21-12-2016, proced. 312/16, ROJ: SAN 4603/2016

dicales complementarias pactadas en el mismo⁴⁶². Pretendiéndose la nulidad del convenio, porque estableció un colegio electoral único, se desestima la excepción de falta de legitimación pasiva de dos de las empresas codemandadas, por cuanto el convenio impugnado es un convenio de grupo, por lo que debe demandarse a todos los firmantes del mismo. Se desestima, sin embargo, la demanda, por cuanto la decisión de establecer un colegio electoral único en las empresas codemandadas no sólo se ajusta a la práctica electoral de las mismas, acreditando, de este modo, que se ajusta a la realidad de sus plantillas, sino que tiene apoyo legal, puesto que el ET viabiliza que el convenio disponga el número de colegios electorales⁴⁶³. Las Secciones sindicales tienen derecho al nombramiento de Delegados LOSS en agrupaciones de centros de trabajo, porque la organización de la representación sindical en la empresa corresponde al sindicato quien puede tomar como referencia, a efectos del nombramiento de sus representantes, la empresa, el centro de trabajo o la agrupación de centros de trabajo constituida a efectos electorales, cuando concurren criterios objetivos para hacerlo (Reitera doctrina. Por todas la S. 21-6-2016 (R. 182/2015) y las de 12-7-2016⁴⁶⁴. Discutida la limitación de derechos sindicales, pactada en convenio, se concluye que los acuerdos impugnados se limitan a acomodar a la legalidad vigente la anterior regulación convencional, aquí denominada “Normativa Laboral”, y en su negociación participaron plenamente, y sin protesta alguna, los demandantes⁴⁶⁵.

Sucesión convencional

Producida una subrogación por sucesión de contratas en el sector de vigilancia y seguridad, se parte de que la misma está originada en el convenio, que dispone que los trabajadores conservarán los mismos derechos y concluye que, en defecto de previsión convencional se aplica la norma estatutaria sobre el convenio colectivo aplicable, por lo que salvo pacto en contrario los trabajadores afectados se rigen por el convenio colectivo de la anterior adjudicataria hasta la expiración del mismo o entrada en vigor de nuevo convenio⁴⁶⁶.

Aplicación e interpretación del convenio colectivo

Si el convenio requiere dirigirse a la Comisión Paritaria antes de promover conflicto colectivo, no es necesario el trámite, cuando ya se ha producido pronunciamiento previo en otra empresa sobre el mismo tema⁴⁶⁷. Cuando se exija la

⁴⁶² SAN 16-02-2017, proced. 344/16, ROJ: SAN 366/2017

⁴⁶³ SAN 31-01-2017, proced. 319/2016, ROJ: SAN 268/2017.

⁴⁶⁴ STS 7-03-2017, rec. 101/16, Roj: STS 1162/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1162.

⁴⁶⁵ STS 26-04-2017, rec. 195/15, Roj: STS 2091/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2091, confirma SAN 13-03-2015.

⁴⁶⁶ STS 31-05-2017, rec. 234/2016, Roj: STS 2454/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2454.

⁴⁶⁷ STS 20-09-2016, rec. 163/15, Id Cendoj: 28079140012016100737, confirma SAN 19-02-2015.

intervención de la CP y no se cumpla el requisito, se estimará falta de agotamiento de la vía previa⁴⁶⁸.

Todos los sindicatos, firmantes del convenio, tienen derecho a la participación proporcional en su CP, salvo que realicen funciones negociadoras, en cuyo caso deberá convocarse a todos los sindicatos legitimados⁴⁶⁹. No obstante, cuando un sindicato firmante del convenio no firmó su prórroga, que introdujo otras novaciones, no está legitimado para participar en la CP⁴⁷⁰.

Corresponde a la comisión paritaria las labores de interpretación y/o aplicación del convenio, no correspondiéndole funciones negociadoras, que no se producen, cuando se limita al ajuste convencional, mandado legalmente por el RDL 20/2012⁴⁷¹. Por esa razón, si el convenio encarga funciones negociadoras a la comisión paritaria, procede anular dicha cláusula⁴⁷². Por el contrario, no hay extralimitación, cuando la CP se limita a la interpretación y/o aplicación del convenio y no realiza negociación alguna⁴⁷³. Tampoco hay extralimitación, cuando la CP se limita a pronunciarse sobre el sistema de pago de la retribución variable del convenio⁴⁷⁴. Corresponde a la CP la interpretación y/o aplicación del convenio, de manera que, si el convenio le encargó la gestión y convocatoria, así como el desarrollo de las bolsas de empleo, no se le puede retirar dicha competencia⁴⁷⁵.

Los acuerdos de la comisión paritaria en materia de interpretación del convenio colectivo, relacionados con la reducción de 8 horas, tienen el mismo valor de convenio y son aplicables, cuando no se han impugnado⁴⁷⁶, aunque cabe, no obstante, que el tribunal ajuste la interpretación de la CP, prevaleciendo la interpretación judicial cuando resulta racional, lógica y coherente, cuando se ha entendido que el derecho a las compensaciones por traslado previstas en el artículo cuestionado se calculará teniendo en cuenta el incremento de distancia, entre el centro de trabajo antiguo y el nuevo centro de trabajo con respecto al domicilio del trabajador⁴⁷⁷. Se ha convalidado, al efecto, que la revisión salarial afecte úni-

⁴⁶⁸ SAN 9-02-2017, proced. 337/16, . ROJ: SAN 262/2017.

⁴⁶⁹ SSTS 8 abril 2013, rec. 281/2011, 14 mayo 2013, rec. 276/2011Jurisprudencia citada a favorLibertad sindical y composición de las Comisiones creadas por el Convenio colectivo. y 21 octubre 2013 rec. 104/2013 y SAN 13-02-2017, proced. 338/16.

⁴⁷⁰ SAN 17-11-2016, proced. 275/16, ROJ: SAN 4246/2016.

⁴⁷¹ STS 1-02-2017, rec. 38/16, Roj: STS 805/2017 - ECLI:ES:TS:2017:805.

⁴⁷² STS 11-05-2017, rec. 5/17, Roj: STS 2131/2017 - ECLI: ES:TS:2017:2131.

⁴⁷³ STS 6-06-2017, rec. 37/16, confirma SAN 28-10-2015.

⁴⁷⁴ SAN 26-05-2017, proced. 202/17, ROJ: SAN 2746/2017.

⁴⁷⁵ STS 5-10-2016, rec. 280/15, Roj: STS 4913/2016.

⁴⁷⁶ STS 21-06-2016, rec. 284/15, Roj: STS 3939/2016 - ECLI:ES:TS:2016:3939, confirma SAN 9-07-2015.

⁴⁷⁷ STS 5-12-2016, rec. 28915, Roj: STS 5610/2016 - ECLI:ES:TS:2016:5610, confirma SAN 13-07-2015.

camente a los empleados de la empresa en una determinada fecha, porque así fue pactado⁴⁷⁸. Se ha defendido, por otro lado que, si los negociadores del convenio condicionaron el despliegue causal de la jornada flexible a que lo constatará la CP, no cabe aplicar unilateralmente la medida, porque así fue pactado⁴⁷⁹. Se anula la financiación de la comisión paritaria del convenio sectorial, porque frente a un sistema de resarcimiento global por gastos en función de la representatividad de las organizaciones integrantes de la misma, pactado en el convenio, la CPSE ha acordado un reparto de resarcimiento de gastos específicos a la entidad que incurrió en los mismos para un posterior reparto proporcional del remanente⁴⁸⁰.

⁴⁷⁸ SAN 28-03-2017, proced. 39/15, ROJ 840/2017.

⁴⁷⁹ STS 10-01-2017, rec. 98/16, confirma SAN 10-12-2015, proced. 271/15.

⁴⁸⁰ SAN 23-01-2017, proced. 318/16, ROJ: SAN 46/2017.