

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA

Facultat de Dret

Departament de Dret del Treball i de la Seguretat Social



**La negociación colectiva
y la competitividad empresarial**

**Un estudio crítico del marco legal a la luz
de la libertad de empresa**

TESIS DOCTORAL

presentada por:

Rafael Moll Noguera

dirigida por:

Dr. D. José María Goerlich Peset

Dr. D. Luís Enrique Nores Torres

Valencia, abril de 2019

Programa de Doctorado en Derecho, Ciencia Política y Criminología

Abreviaturas y siglas más utilizadas

AA.VV	Autores Varios
AENC	Acuerdo Interconfederal para el Empleo y la Negociación Colectiva
AINC	Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva
AN	Audiencia Nacional
Art.(s)	Artículo(s)
ATA	Asociación de Trabajadores Autónomos
ATC	Auto del Tribunal Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
BOP	Boletín Oficial de la Provincia
CC	Código Civil
CCOO	Comisiones Obreras
CCNCC	Comisión Consultiva Nacional Convenios Colectivos
CE	Constitución Española
CEAT	Confederación Española de Autónomos
CEE	Comité de Empresa Europeo
CEEP	Centro Europeo de Empresarios y Empresas de Servicios Público
CEOE	Confederación Española de Organizaciones Empresariales
CEPES	Confederación Empresarial Española de la Economía Social
CEPYME	Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa
CEV	Confederación Empresarial de la Comunitat Valenciana
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial

CIAE	Confederación Intersectorial de Autónomos del Estado Español
CIERVAL	Confederación de Organizaciones Empresariales de la Comunidad Valenciana
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia
COPYME	Confederación General de las Pequeñas y Medianas Empresas del Estado Español
DIRCE	Directorio Central de Empresas
DA	Disposición Adicional
DF	Disposición Final
DT	Disposición Transitoria
ET	Estatuto de los Trabajadores
ETT	Empresa de Trabajo Temporal
FJ	Fundamento Jurídico
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LISOS	Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical
LPL	Ley de Procedimiento Laboral
LRJS	Ley Reguladora de la Jurisdicción Social
MESS	Ministerio de Empleo y Seguridad Social
MTAS	Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales
MTI	Ministerio de Trabajo e Inmigración
MTSS	Ministerio de Trabajo y Seguridad Social
OIT	Organización Internacional del Trabajo
PIMEB	Confederació de la Petita i Mitjana Empresa de Balears

PIMEC	Petita i Mitjana Empresa de Catalunya
proced.	Procedimiento
PYME(s)	Pequeña(s) y Mediana(s) Empresa(s)
RAE	Real Academia Española
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto-Ley
RDLeg.	Real Decreto Legislativo
rec.	Recurso
REGCON	Registro de acuerdos colectivos
SL	Sin Lugar
(S)SAN	Sentencia(s) de la Audiencia Nacional
(S)STS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
(S)STC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
(S)STCE	Sentencia(s) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
(S)STJUE	Sentencia(s) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
(S)STSJ	Sentencia(s) del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLCSP	Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público
TS	Tribunal Supremo

TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UEAPME	Asociación Europea de Pequeñas y Medianas Empresas
UGT	Unión General de Trabajadores
UNICE	Unión de Confederaciones de la Industria y de los Empleadores de Europea
UTE	Unión Temporal de Empresas

INTRODUCCIÓN.....	1
I. El estudio del empresario desde el iuslaboralismo	1
II. Una breve aproximación a las funciones de la negociación colectiva desde la perspectiva empresarial.....	7
1. Las funciones de la negociación... ..	8
1.1. La función de compraventa	8
1.2. La función pacificadora	12
1.3. La función adaptativa.....	15
1.4. La función gubernativa	21
2. ...en un tenso modelo neocorporativista	28
III. Delimitación del objeto de estudio y estructura.....	36
CAPÍTULO PRIMERO: LA LIBERTAD DE EMPRESA.....	43
I. La libertad de empresa como derecho fundamental del empresario	43
II. El contenido esencial de la libertad de empresa.....	48
1. Un breve repaso a las teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales	48
2. La difícil tarea de concretar el contenido esencial de la libertad de empresa.....	52
III. El contenido laboral de la libertad de empresa	57
1. Las facultades empresariales protegidas en el ámbito laboral	57
2. La libertad de empresa en el ámbito comunitario	59
2.1. El artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales.....	59
2.2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea	61
2.3. La distinción y conexión entre la libertad de empresa y otras libertades económicas comunitarias.....	65
3. Las posibilidades empresariales que la “imagen maestra” del libre mercado garantiza	72
3.1. La libre iniciativa económica privada	74
3.1.1. La defensa de la productividad empresarial como elemento estructural del mercado	75
3.1.2. El trabajo humano como factor productivo.....	78

3.2. La libre competencia	79
3.2.1. La igualdad competitiva como presupuesto de la libre competencia	81
3.2.2. La igualdad competitiva en el ámbito laboral. La ley como origen diferenciador.....	82
3.2.3. La negociación colectiva como germen de la desigualdad	85
A) Desigualdades competitivas entre empresas establecidas en el texto convencional.....	86
B) Desigualdades competitivas derivadas de las distintas unidades de negociación.....	89
3.3. El intercambio y la libre determinación de los precios.....	93
3.3.1. La negociación colectiva sectorial como vía de fijación de precios y su relación con las normas de defensa de la competencia	94
A) La no aplicabilidad de la Ley de Defensa de la Competencia.....	96
B) La jurisprudencia del TJUE al respecto	99
C) La finalidad de los agentes negociadores como elemento distorcionador de precios	105
-a. Cláusulas que limitan la descentralización productiva	107
-b. Cláusulas que imponen la subrogación empresarial	108
3.3.2. La negociación colectiva empresarial y su íntima conexión con la libertad de empresa.....	111

CAPÍTULO SEGUNDO: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU CONEXIÓN CON EL EMPRESARIO

I. La naturaleza jurídica de la negociación colectiva.....

1. La negociación colectiva como garantía institucional.....	116
1.1. La garantía de un espacio autonormativo	116
1.2. La garantía de la “fuerza vinculante” del convenio.....	118
2. La negociación colectiva como derecho fundamental.....	121
2.1. La facultad de negociar	123

2.2. La facultad de elegir el nivel en el que se negocia y la facultad de ordenar la estructura de la negociación colectiva	125
2.3. La facultad de seleccionar los contenidos negociables	131
2.4. La facultad de administrar lo pactado	132
2.5. La facultad de dotar de eficacia jurídica al convenio colectivo	133
II. El empresario como titular del derecho a la negociación colectiva	135
1. La cotitularidad constitucional: asociaciones empresariales y empresarios.....	135
2. Los empresarios como (no) titulares de la libertad sindical y sus consecuencias.....	140
3. La titularidad reducida en el ET	147
III. Una breve referencia a la negociación colectiva y su relación con la autonomía individual como medio de defensa de la competitividad. Especial análisis de los acuerdos individuales en masa	158
1. El ejercicio simultáneo y pacífico de la autonomía individual y la colectiva.....	160
2. La tensión entre ambas autonomías	162
2.1. El conflicto objetivo o material.....	162
2.2. El conflicto subjetivo: los acuerdos individuales en masa	165
2.3. Una reflexión final	173
 CAPÍTULO TERCERO: LA REGULACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN NEGOCIADORA COMO ELEMENTO ANTICOMPETITIVO	175
I. La legitimación a nivel sectorial: la tensión empresarial en el convenio sectorial. 176	
1. La legitimación inicial: el poder negociador según el criterio afiliativo u ocupacional	180
2. La legitimación plena y la distribución del poder en la mesa negociadora.....	187
3. La legitimación negociadora: el reparto final de poder	191
4. La legitimación para negociar acuerdos interprofesionales y convenios colectivos sectoriales sobre la estructura de la negociación y acuerdos sobre materias concretas	192
4.1. Los sujetos legitimados para materializar la función de gobierno	192
4.2. El acuerdo interprofesional como expresión de la función de gobierno. 195	
4.3. Múltiples actores para la misma función ordenadora: la necesidad de coordinación	198

5. El “epílogo” de la cuestionada representatividad patronal: las presunciones del TS	205
6. Otras consideraciones en torno a la legitimación negociadora con incidencia en la libertad de empresa y en la negociación colectiva	212
6.1. El convenio sectorial como régimen laboral no aplicable por las empresas que lo han suscrito.....	212
6.2. La (no) correspondencia entre el ámbito funcional del convenio sectorial y la representatividad de la asociación empresarial negociadora	213
6.3. El grupo de empresas como sujeto negociador del convenio sectorial ...	217
6.4. Las cláusulas de disciplina empresarial en los estatutos de las asociaciones patronales que limitan o prohíben la negociación colectiva	218
6.5. Consideración final: las pequeñas y medianas empresas frente a la negociación sectorial	219

II. La legitimación negociadora a nivel de empresa y la desigual capacidad competitiva

1. La legitimación patronal	222
1.1. Nivel de empresa o inferior	222
1.2. Grupo de empresas y empresas red.....	224
2. La imposibilidad de negociar un convenio de empresa estatutario por falta de interlocutor social válido	228
2.1. La barrera prohibitiva de seis trabajadores y el discreto incremento del número de convenios de empresa.....	228
2.1.1. El centro de trabajo como unidad electoral.....	234
2.1.2. El principio de correspondencia en empresas multicentros .	241
2.1.3. Un umbral dinámico e inestable	249
2.2. El papel de las secciones sindicales y del sindicato	250
2.3. La comisión <i>ad hoc</i> del art. 41.4 ET como sujeto no legitimado	255

III. La legitimación negociadora en el ámbito comunitario

1. El monopolio de las asociaciones empresariales en la participación de las políticas sociales.....	257
2. La negociación colectiva empresarial transnacional y la falta de un interlocutor social legitimado.....	264

CAPÍTULO CUARTO: LA IMPUGNACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO Y SU RELACIÓN CON LA COMPETITIVIDAD EMPRESARIAL273

I. El empresario individual frente al convenio sectorial274

- 1. El empresario individual y la impugnación directa basada en la ilegalidad del convenio..... 279
 - 1.1. El objeto del proceso 279
 - 1.2. La exclusión del empresario individual y su “justificación” 280
- 2. El empresario y la impugnación directa con motivo de la lesividad del convenio ..287
 - 2.1. El objeto del proceso 287
 - 2.2. El sujeto legitimado para impugnar por lesividad: el concepto de “tercero” 288
 - 2.3. Algunas iniciativas “originales” de los empresarios para considerarse terceros 293
- 3. El empresario y la impugnación del laudo arbitral sustitutivo del convenio colectivo 295
- 4. El papel del empresario en la impugnación de oficio por parte de la Autoridad Laboral 296
- 5. Otras posibles vías de reacción del empresario frente al convenio sectorial 301
 - 5.1. La impugnación de los actos de aplicación en el proceso ordinario y proceso colectivo 301
 - 5.2. La legitimación del empresario y la impugnación de oficio por el Ministerio Fiscal *ex* art. 163.4 LRJS a resultas de un proceso de inaplicación 304
 - 5.3. La posibilidad de que varios empresarios individuales constituyan una asociación empresarial con posterioridad a la publicación del convenio para ostentar la legitimación necesaria 305
 - 5.4. La posibilidad del empresario de integrarse en una asociación empresarial para poder impugnar a través de ella 306
 - 5.5. La impugnación de un convenio colectivo ante la CNMC por parte del empresario..... 307

II. Otros escenarios posibles de “rivalidad” empresarial a resultas de la impugnación del convenio309

- 1. La legitimación del empresario individual para impugnar su propio convenio de empresa o de centro de trabajo 310

2. La legitimación del empresario individual para impugnar un convenio colectivo de otra empresa	312
3. La legitimación del empresario individual para impugnar un convenio de grupo de empresas o red empresarial.....	315
4. La legitimación de la asociación empresarial para impugnar un convenio de empresa	317

CAPÍTULO QUINTO: LOS LÍMITES SOBRE EL CONVENIO DE EMPRESA Y SU PREFERENCIA APLICATIVA.....335

I. La desmitificación del convenio de empresa: una preferencia sobrevalorada335

II. Limitaciones a la preferencia aplicativa del convenio de empresa desde el convenio sectorial339

1. Cláusulas que pretenden excluir la negociación a nivel empresarial.....	340
2. Cláusulas sectoriales que regulan el procedimiento negociador empresarial	342
3. Dobles escalas en función de la existencia de convenio propio	346
4. Cláusulas declarativas.....	356

III. Los ámbitos negociales afectados por la preferencia aplicativa del convenio de empresa: ¿posibles puntos de fuga?.....357

1. El convenio provincial (interprovincial, comarcal o local)	358
2. La concurrencia del convenio empresarial con los convenios de grupo de empresas y de unidades inferiores: ¿un olvido legislativo?.....	361
3. Los convenios de centro trabajo (e infraempresariales) no disfrutan de preferencia de aplicativa... ¿o sí?	364

IV. La limitación material a la preferencia aplicativa: una revisión al listado del art. 84.2 ET372

1. La “cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa”.....	377
2. El “abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos”.....	381
3. El “horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turno y la planificación anual de las vacaciones”.....	383
4. La “adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores”	388

5. La “adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyan por esta Ley a los convenios de empresa”	389
6. Las “medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal”	394
7. Y... “aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2”. El papel del principio de norma más favorable	395
V. Limitaciones de carácter temporal a la aplicación del convenio de empresa	399
1. ¿Es lícito el carácter retroactivo del convenio de empresa?	399
2. La aplicación íntegra del convenio empresarial: la impermeabilidad de la unidad negociadora y el carácter dispositivo de la regla prior tempore	403
VI. La imposibilidad de negociar: la legitimación reducida y el principio de correspondencia (remisión)	417
VII. Un supuesto especial: la preferencia aplicativa en la sucesión de contratas	418
1. La subrogación empresarial de origen legal.....	420
1.1. El convenio aplicable a supuestos de sucesión de contratas y sus limitaciones temporales.....	421
1.1.1. Un primer límite al mantenimiento del convenio de origen: su expiración total	423
1.1.2. Un segundo límite: el nuevo convenio colectivo aplicable....	428
1.1.3. Un tercer límite: el acuerdo en contrario del art. 44.4 ET.....	430
1.2. La virtualidad de la preferencia aplicativa del convenio de la empresa entrante frente al convenio colectivo “arrastrado”	435
2. La subrogación empresarial de origen convencional.....	440
2.1. El cuestionamiento de la preferencia aplicativa del convenio propio de la empresa entrante	440
2.2. La preferencia aplicativa del convenio de la empresa saliente también en riesgo.....	449
3. La subrogación empresarial en el sector público.....	449
VIII. Breve referencia a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y su alcance sobre la preferencia aplicativa.....	451

CAPÍTULO SEXTO: LA INAPLICACIÓN CONVENCIONAL: LA ÚLTIMA VÍA DE NEGOCIACIÓN ESTATUTARIA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETITIVIDAD EMPRESARIAL	461
I. Planteamiento de la cuestión.....	461
II. La finalidad de la inaplicación	465
III. Los sujetos implicados	470
1. El empresario como el principal sujeto interesado	470
2. Los sujetos legitimados para negociar el acuerdo de inaplicación. Especial referencia a la comisión <i>ad hoc</i>	472
3. Otros sujetos implicados durante el procedimiento de inaplicación.....	479
IV. El carácter coyuntural del acuerdo de inaplicación.....	487
V. Los ámbitos en los que puede desarrollarse la inaplicación	492
1. Ámbito infraempresarial, especial referencia al centro de trabajo	492
2. Empresas con menos de tres trabajadores	495
3. Empresas multicentro: la superación del principio de correspondencia	496
4. El grupo empresarial como sujeto negociador	497
VI. El alcance material de la inaplicación	499
VII. El presupuesto habilitante de la inaplicación: la existencia de causa	503
1. El sometimiento a un régimen causal.....	503
2. La idoneidad del acuerdo de inaplicación.....	507
3. Un régimen causal flexibilizado: la presunción de su existencia en caso de acuerdo	510
4. Las definiciones de las causas legales: una puerta abierta	514
5. La desaparición de la causa y el posible “recuelgue”	516
6. Unicidad de causa, variedad de acuerdos de inaplicación	518
VIII. El papel limitador de los convenios sectoriales	519
IX. El convenio de empresa y el acuerdo de inaplicación: dos instrumentos con diferente alcance competitivo	526
CONCLUSIONES.....	529

Bibliografia citada.....	543
---------------------------------	------------

INTRODUCCIÓN

I. El estudio del empresario desde el iuslaboralismo

El Derecho del Trabajo, como cualquier otra parcela del ordenamiento jurídico, trata de resolver los conflictos reales o potenciales que se sustancian en un ámbito de la realidad concreto, caracterizado, en este caso, por las relaciones sociales, jurídicas y económicas entre trabajadores y empresarios. Desde este punto de vista, su origen se identifica, precisamente, con la necesidad de dar una respuesta especializada por parte del Estado de Derecho a los problemas derivados de la desigualdad *de facto* entre ambos sujetos¹.

Eso sí, no debe olvidarse que el Derecho del Trabajo cumple dos grandes funciones² que, aun siendo contradictorias en principio, pretenden ser también complementarias: la función tuitiva del trabajador y la protectora de la productividad empresarial³. Así, dado este carácter bifronte, bidireccional o “ambivalente”⁴, además de garantizar los derechos y libertades de los trabajadores, la normativa laboral debe observar y proteger los intereses económicos empresariales, ya que incluso pueden ser coincidentes⁵.

¹ La cuestión ha sido tratada por muchos autores. Entre otros, *vid.* NORES TORRES, L. E., “El genoma laboral: orígenes, componentes y evolución del derecho del trabajo”, *Quaderns de ciències socials*, núm. 7, 2007, pp. 5-47 y bibliografía por él citada.

² *Vid.* SEMPERE NAVARRO, A. V., “Funciones y fines del Derecho del Trabajo en nuestro sistema constitucional”, en AA.VV, *Funciones y fines del Derecho: estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bantista*, Murcia: Universidad de Murcia, 1992, pp. 345-360.

³ CRUZ VILLALÓN, J. y MARTÍNEZ MORENO, C., “Políticas laborales: el modelo de relaciones laborales en España”, en María Belén Cardona Rubert, Jaime Cabeza Pereiro y Carlos Luis Alfonso Mellado (Coords.), *Políticas sociolaborales*, Madrid: Thomson Reuters, 2014, p. 117.

⁴ BORRAJO DACRUZ, E., “¿Reforma laboral o un nuevo derecho del trabajo?”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1994, pp. 543-549; MARTÍN VALVERDE, A., “Informe español”, en Antonio Marzal (Editor), *Empresa y derecho social*, Vallirana: J.M. Bosh Editor, 2001, p. 138; SAGARDOY Y BENGOCHEA, J.A. y GIL y GIL, J. L., “Los derechos constitucionales del empresario”, en Rodrigo Martín Jiménez y Antonio Vicente Sempere Navarro (Coords.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: MTAS, 2003, p. 377.

⁵ SAGARDOY Y BENGOCHEA, J.A. y GIL y GIL, J. L., “Los derechos constitucionales del empresario”, *op. cit.*, p. 377.

No obstante, la búsqueda del punto en el que se equilibran la posición de trabajadores y empresarios no es una cuestión sencilla. Así las cosas, a la hora de conjugar los principios de estabilidad y calidad en el empleo con los de productividad y viabilidad de la empresa, el legislador debe ser consciente de que esta relación no es estática, sino que se presenta extremadamente permeable al entorno socioeconómico subyacente⁶. En efecto, es innegable que el marco económico en el que las empresas desarrollan hoy su actividad ha dejado de ser estable. Por el contrario, las empresas necesitan adaptarse, cada vez de forma más ágil, a las exigencias de una economía competitiva y globalizada⁷. De ello deriva que el mercado de trabajo, como parte de un sistema capitalista global, deba igualmente aclimatarse a las transformaciones de las estructuras económicas y productivas y, en definitiva, a la evolución de la economía⁸.

Es cierto que el equilibrio de intereses en la relación laboral trasciende de la esfera normativa, al implicar una cuestión de carácter filosófico, político y económico sobre cómo compatibilizar el reconocimiento del capitalismo, como modelo económico y forma de producción, con la tutela del trabajo y el bienestar general⁹. Así, la regulación laboral no dejaría de ser una plasmación concreta de dicha cosmovisión¹⁰.

El debate, que aún sigue de actualidad, es de sobra conocido. Por un lado, desde una visión liberal se mantiene que los mercados de trabajo (internos y externos) se equilibran mediante ajustes de cantidades (oferta y demanda de trabajo) o de precios (salarios), y funcionan mejor cuanto más rápido responden a los cambios en los

⁶ SALA FRANCO, T., *et al.*, “Constitucionalización del Derecho del Trabajo”, en Miguel Rodríguez Piñero (Coord.), *Los Trabajadores y la Constitución*, Madrid: Sociedad de Estudios Laborales, 1980, p. 213; BLASCO PELLICER, Á., “La extinción del contrato de trabajo en el sistema constitucional de relaciones laborales”, en Antonio Sempere Navarro (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: MTAS, 2003, p. 434.

⁷ CASTELLS OLIVÁN, M., *La era de la información: Economía, sociedad y cultura: la sociedad en red*, vol. I, 3 ed., Madrid: Alianza, 2005, pp. 129-134.

⁸ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Racionalidad empresarial y mercado de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1993, p. 16.

⁹ RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L., “Imperativos económicos frente a derechos fundamentales, un nuevo paradigma de relaciones laborales”, *Revista de derecho social*, núm. 65, 2014, p. 45.

¹⁰ RUBIO LLORENTE, F., “La libertad de empresa en la Constitución”, en Juan Luis Iglesias Prada (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid: Civitas, vol. 1, 1996, p. 432.

mercados productivos y a las situaciones de crisis¹¹. En otros términos, un funcionamiento más flexible del mercado de trabajo contribuiría a mejorar la competitividad del sistema económico y aumentar su capacidad de creación de empleo. En este sentido, las regulaciones laborales se han percibido tradicionalmente como factores de interferencia que perturban la espontánea adecuación entre la oferta y la demanda¹².

Por otro lado, desde un pensamiento ideológico distante, se recuerda que la CE está orientada a la economía social de mercado y no se basa en un modelo autoritario de empresa en donde el interés de la misma prevalece sobre los demás¹³. Desde esta óptica, se exige que en el ámbito de las relaciones de trabajo haya un mínimo de desigualdad formal en beneficio del trabajador por la finalidad tuitiva y compensadora del derecho laboral, precisamente, en garantía de la promoción de una igualdad real, conforme al mandato del artículo 9.2 de la CE¹⁴.

En medio de este debate, y desde una perspectiva jurídica, el TC, al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la reforma laboral de 2012¹⁵, ha aclarado que no existe un modelo constitucional de relaciones laborales, sino que el pluralismo político, que es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, permite contemplar en el marco de la CE diversas soluciones legales sobre el régimen jurídico de las relaciones laborales. Asimismo ha insistido en que el constituyente no quiso definir el modelo de relaciones laborales aplicable, dejando al legislador un importante ámbito de posibilidades para configurar el citado modelo y “para articular cada institución que lo integra, no sólo como un instrumento de su desarrollo, sino también como vehículo a través del cual alcanzar los fines que la Constitución le impone, como

¹¹ RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Derecho del Trabajo y empleo”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1994, p. 83.

¹² GOLDIN, A., “Algunos rasgos definitorios de un derecho del trabajo en proceso de cambio”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2014, p. 9.

¹³ BAYLOS GRAU, A., “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, *Revista de Derecho Social*, núm. 61, 2013, p. 28.

¹⁴ STC 3/1983 de 25 de enero (FJ 3).

¹⁵ STC 119/2014 de 16 de julio (FJ 4).

son garantizar el derecho al trabajo de los ciudadanos (art. 35.1 CE) mediante la adopción de una política orientada a la consecución del pleno empleo (art. 40.1 CE), así como la libertad de empresa y la defensa de la productividad (art. 38 CE)”¹⁶.

Ahora bien, más allá de la búsqueda de este equilibrio y del debate multidisciplinar correspondiente -que escapa del objeto de análisis de este trabajo-, lo cierto es que el estudio de la figura del empresario por parte del iuslaboralismo históricamente se ha llevado a cabo, sobre todo, desde el punto de vista de su relación con el trabajador¹⁷. Así, mientras que sí se ha prestado atención a los derechos y libertades de los trabajadores autónomamente considerados, la visión del empresario ha resultado un tanto limitada y reduccionista, pues se le ha concebido exclusivamente como un empleador, esto es, como un mero gestor de la mano de obra¹⁸.

De hecho, esta conceptualización “refleja” o “contractualista” del empresario laboral se proyecta, a su vez, sobre el tratamiento normativo de la relación laboral¹⁹. Así, mientras que el art. 1.1 ET define al trabajador mediante la enumeración de características que le son propias, al empresario se le delimita en el art. 1.2 ET por referencia a aquel, haciendo así abstracción de sus elementos definitorios como sujeto de derecho²⁰. En esta línea, se puede apreciar la falta de preocupación del legislador por la figura del empresario en sí misma considerada a tenor de la retórica lingüística

¹⁶ STC 8/2015 de 22 de enero (FFJJ 2 y 4).

¹⁷ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J., “La visión legal del empresario laboral”, en Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco (Coords.), *Crisis, Reforma y Futuro del Derecho del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2010, p. 85.

¹⁸ En profundidad sobre las causas de este escaso tratamiento doctrinal, *vid.* GARCÍA PIÑEIRO, N. P., *Las asociaciones empresariales en el Derecho Español*, Madrid: CES, 2005, pp. 24-27.

¹⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J., “La visión legal del empresario laboral”, *op. cit.*, p. 85

²⁰ ADOMEIT, K., “El empresario en el Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1988, p. 1193, cfr. IRURETA URIARTE, P., “La noción jurídica de empleador ante el derecho del trabajo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 42, 2014 (online); CRUZ VILLALÓN, J., “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales”, en Miguel Rodríguez-Piñero Royo (Coord.), *El Empleador en el Derecho del Trabajo*, Madrid: Tecnos, 1999, p. 32; MARTÍN VALVERDE, A., “Informe español”, en Antonio Marzal (Editor), *Empresa y derecho social*, Vallirana: J.M. Bosh Editor, 2001, p. 137.

empleada en el ET²¹. Los términos “empresa” y “empresario” son utilizados indistintamente para referirse a la posición de este en la relación laboral. Es evidente que esta operación de “institucionalización” o “neutralización” terminológica pretendería soslayar o relativizar los intereses propios del empleador²². En última instancia, esta confusión que unifica el interés de la empresa con el del empresario supone ocultar o limitar el protagonismo de este último en la definición de su propio interés²³.

Visto que la noción asentada del empresario en la disciplina laboral se basa exclusivamente en su relación con el trabajador, se tiende a prescindir de la dimensión económica propia de la figura empresarial²⁴. Dicho de otro modo, el Derecho del Trabajo suele minusvalorar su trascendencia económica al mantener una visión de este “reductiva y simplista”²⁵.

Resulta comprensible, sentado lo anterior, que la libertad de empresa, que aparece en nuestro ordenamiento constitucional como el sustrato jurídico del que nacen el conjunto de facultades empresariales, haya recibido una atención doctrinal y jurisprudencial limitada en el ámbito de las relaciones laborales.²⁶ De hecho, el TC ha abordado normalmente el análisis de esta libertad en el marco de procedimientos de inconstitucionalidad referidos a normas legales de ordenación o reorganización de

²¹ SANGUINETI RAYMOND, W., “Empresa, empresario, empleador”, *Trabajo y Derecho*, núm. 5, 2017, p. 1.

²² CRUZ VILLALÓN, J., “Los cambios en la organización de la ...”, *op. cit.*, p. 34; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid: Trotta, 2004, p. 24; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J., “La visión legal del empresario laboral”, *op. cit.*, p. 92.

²³ BAYON CHACÓN, G., “El concepto jurídico-laboral de empresa”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. 3, núm. 6, 1959, p. 273; DURÁN LÓPEZ, F., “El despido objetivo: causas, forma y efectos (en torno a los artículos 52 y 53)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, p. 1104.

²⁴ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J., “La visión legal del empresario laboral”, *op. cit.*, p. 89.

²⁵ PERSIANI, M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova: Pubblicazioni dell’Istituto di Diritto Privato dell’Università di Roma, 1966, p. 290.

²⁶ En este punto se debe destacar la aportación monotemática coordinada por Francisco Pérez de los Cobos *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005.

actividades económicas o productivas derivados de recursos de inconstitucionalidad²⁷. En particular, en conflictos de carácter laboral, debe ponerse de manifiesto que, dada su ubicación en el texto constitucional, la libertad de empresa se encuentra excluida del recurso de amparo vía art. 53.2 CE. Además, el TC se ha preocupado principalmente de fijar límites y restricciones a esta libertad empresarial con el fin de preservar la vigencia de los derechos fundamentales que los trabajadores alegaban como violados en amparo²⁸.

Sin embargo, la libertad de empresa está cobrando una notoria virtualidad que invita a “repensar” el conjunto de relaciones laborales. En este sentido, la política laboral del Partido Popular, desde finales del año 2011, se basó en la consideración económica e ideológica de que a través de la mejora de la competitividad empresarial se incrementaría el grado de eficacia del sistema económico y así el nivel de empleo. A su vez, el TC le ha empezado a prestar más atención, pues ha llegado a interpretar que defender la viabilidad y productividad de la empresa es defender los propios intereses de los trabajadores²⁹. El resultado de este cambio es la ampliación del espacio de juego de la libertad de empresa, en el que la competitividad de la empresa y el nivel de empleo ocupan un lugar preferente³⁰.

En esta nueva perspectiva de aproximación iuslaboralista a la libertad de empresa, la presente investigación pretender realizar una relectura del derecho a la negociación colectiva como instrumento útil para alcanzar la flexibilidad y la adaptabilidad del proyecto empresarial al entorno económico³¹. En concreto, se trata de ofrecer una

²⁷ GARCÍA MURCIA, J., “La libertad de empresa en la jurisprudencia constitucional”, en Antonio Pedro Baylos Grau *et al.* (Coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010: libro homenaje a María Emilia Casas*, Madrid: La Ley, 2015, p. 449.

²⁸ MARTÍN VALVERDE, A., “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Política Social*, núm. 137, 1983, p. 142; GARCÍA MURCIA, J., “La libertad de empresa en la jurisprudencia constitucional”, *op. cit.*, p. 450.

²⁹ STC 119/2014 de 16 de julio (FJ 5).

³⁰ RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2011, p. 77.

³¹ En este sentido, recuérdese que el RD-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, en su preámbulo se señalaba expresamente que el objetivo de las modificaciones operadas en materia de negociación colectiva respondían al objetivo de procurar que

recomprensión crítica de la negociación colectiva a fin de evaluar cómo se tutelan los intereses empresariales en el actual modelo de relaciones laborales. Así, el estudio que se pretende llevar a cabo del derecho a la negociación focalizará la atención en la funcionalidad que está llamado a cumplir en términos de defensa de la competitividad empresarial en el marco de una economía mundial y nacional cada vez más “cambiante”.

II. Una breve aproximación a las funciones de la negociación colectiva desde la perspectiva empresarial

Fijado así el objetivo de trabajo inicial, y teniendo en cuenta que “cualquier discurso que se emprenda razonadamente debe comenzar por la definición de aquello que se trata, para que se tenga una idea clara de la materia sobre la que se va a hablar”³², conviene aclarar o matizar qué es lo que busca o pretende el empresario en la negociación colectiva. A este respecto, la doctrina iuslaboralista ha identificado esa voluntad en las funciones que este derecho ha cumplido y cumple en las sociedades³³.

En términos generales, se podría afirmar que la finalidad de la negociación colectiva es la “reglamentación conjunta” de las condiciones de trabajo y de empleo, esto es, la formulación de reglas que rijan las cuestiones de fondo y de forma que afecten a las relaciones obrero-patronales, así como la aplicación y ajuste de dichas reglas a la realidad social³⁴. Aunque el estudio de las funciones de la negociación colectiva ha sido y es una cuestión analizada desde diferentes disciplinas, tanto en el plano económico, sociológico como jurídico, se pueden resumir en cuatro grandes funciones ontológicas:

fuera “un instrumento, y no un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a la concretas circunstancias de la empresa”.

³² CICERÓN, *De officiis*, cap. III, trad. por M. de Valbuena, Madrid, 1788, 2ª Ed, pp. 8-9.

³³ VALDÉS DAL-RE, F. *et al.*, *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid: IMPI, 1982, p. 10. En este sentido, hay que recordar que el término función es polivalente en el ámbito jurídico, aunque en este trabajo se empleará con el significado de fines u objetivos perseguidos. Cfr. VILLAVICENCIO RÍOS, A., “La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI”, *Ius Et Veritas*, núm. 31, 2005, p. 205.

³⁴ VALDÉS DAL-RE, F. *et al.*, *La negociación...op. cit.*, p. 10.

la función de compraventa, la pacificadora, la función adaptativa, y, por último, la de gobierno o política.

Todas ellas, con mayor o menor intensidad, no solo sirven a la realización o tutela de los derechos y libertades de los trabajadores, sino que también pueden releerse desde el punto de vista empresarial, ya que posibilitan igualmente la consecución de los intereses patronales en el libre mercado. Eso sí, debe advertirse que el estudio de las funciones se complica en la medida en que nunca han permanecido estáticas, sino que, por el contrario, han tenido que evolucionar para adaptarse a los cambios y para influir en su propio desarrollo³⁵.

De hecho, como a continuación se comprobará, la funcionalidad de la negociación colectiva ha experimentado una evolución histórica en virtud de la cual se ha reorientado su tutela hacia bienes jurídicos que trascienden los derechos y libertades de los trabajadores, incluyendo actualmente también la competitividad empresarial, canalizándola mediante la función adaptativa.

1. Las funciones de la negociación...

1.1. La función de compraventa

La de compraventa es la más tradicional de las funciones y se expresa en la determinación colectiva y conjunta de las condiciones en que se presta el trabajo. Es decir, la negociación colectiva se encargaría, de este modo, de fijar el precio de la fuerza del trabajo y determinar las condiciones laborales en un determinado ámbito. A través de este procedimiento, los representantes de los intereses profesionales de los trabajadores y empresarios pueden negociar, como materia laboral, el intercambio entre trabajo y salario, en su dimensión económica, de tiempo de trabajo/descanso y

³⁵ MORENO VIDA, M.^a N., “Los contenidos de la negociación colectiva”, en José Manuel de Soto Rioja, *Cuestiones Problemáticas de la Negociación Colectiva: XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla: Consejería de Empleo, 2009, pp. 403-404.

del resto de condiciones laborales acordadas, incluyendo mejoras voluntarias en la protección social³⁶.

Desde una perspectiva histórica, se ha dicho que se trata de la función más tradicional habida cuenta de que la negociación colectiva nació fundamentalmente como un instrumento para equilibrar la oferta de los trabajadores ante la situación de poder de los empresarios en el momento de la negociación³⁷. Ello explicaría que las primeras formas de convenios colectivos incluyeran como contenido exclusivo, o fundamental, la fijación de salarios y de la jornada de trabajo. Así, la negociación colectiva hasta bien entrado el siglo XX versó, principalmente, sobre tarifas salariales.

A este respecto, debe advertirse que el movimiento sindical no confió en este instrumento como el más eficaz para lograr sus reivindicaciones, sino que estas iban principalmente dirigidas al Estado para que interviniera en la regulación del mercado laboral. No obstante, a partir de 1972, con la publicación de la obra *Labour and the Law*³⁸, cambió esta concepción a favor de una visión democrática de la negociación colectiva como medio idóneo de potenciar unas relaciones laborales basadas en el protagonismo de las partes implicadas³⁹.

De hecho, la negociación colectiva no tuvo un origen único y uniforme. Unas veces fueron los empleadores quienes trataron de establecer esta práctica en lugar de las “listas de precios” impuestas por los sindicatos; en otras ocasiones, los sindicatos lucharon por superar la oposición de los empleadores en determinar de forma conjunta los salarios; y en otros casos, aunque quizás más raramente, el impulso surgió de ambas partes. Por ello, no sería ciertamente justificable olvidar la función de los empleadores y sus asociaciones al referirse al desarrollo inicial de la negociación colectiva, aunque es cierto que el esfuerzo principal para lograr su aceptación y difusión recayó en los

³⁶ MARRERO SÁNCHEZ, E. M.^a, “El derecho constitucional de negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social*, núm. 59, 2012, p. 184.

³⁷ RIVERO LAMAS, J., “Estructuras y funciones de la negociación colectivas tras la reforma laboral de 1972”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 89, 1998, p. 400.

³⁸ KAHN-FREUND, O., *Labour and the Law*, Londres: Stevens and Sons, 1983.

³⁹ Cfr. GARCÍA FERNÁNDEZ, M., “La función de la negociación colectiva. Algunas precisiones”, *Revista de Trabajo*, núm. 75, 1984, p. 79.

trabajadores y sus sindicatos, especialmente en las industrias en las que la mano de obra se componía principalmente de trabajadores poco cualificados, pues en ellas los empleadores se mostraban a menudo muy reacios a abandonar la práctica de la fijación unilateral de condiciones⁴⁰.

Con todo, la negociación colectiva fue ampliando paulatinamente su ámbito material, trascendiendo del salario o remuneración a otros aspectos de la relación individual de trabajo⁴¹. De este modo, pasó a cumplir, en términos más generales, una función económica central, ya que se convirtió en la protagonista principal de la conformación de las rentas del trabajo y los costes salariales. Configuraba, en definitiva, la distribución del ingreso entre capital y trabajo.

Precisamente, y desde el punto de vista de los posibles costes de transacción, la negociación colectiva representaba, y representa, un medio eficaz de reducción de los costes que conllevaría una negociación individualizada de las condiciones de trabajo⁴². Así, a través de una negociación conjunta con la representación de los trabajadores, el empresario puede reducir significativamente el coste respecto de una eventual coordinación de la acción individual, la obtención de información, el propio diálogo con cada trabajador, la gestión y aplicación de los acuerdos⁴³.

Por otro lado, a medida que la negociación colectiva se fue desarrollando y consolidando en la sociedad industrial, con el objetivo de evitar que la concurrencia empresarial se desplegara sobre la base de desigualdades de costes laborales, se potenció que la unidad de negociación colectiva fuera superior al de la empresa individual. De este modo, a través de una negociación colectiva sectorial y más

⁴⁰ FLANDERS, A., “Collective bargaining: a theoretical analysis”, *British Journal of Industrial Relations*, marzo 1968, p. 3; WINDMULLER, J. P., *Nueva consideración de la negociación colectiva en los países industrializados*, Informes OIT, Madrid: MTSS, 1987, p. 18.

⁴¹ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 24ª Ed, Madrid: Tecnos, 2015, p. 357.

⁴² ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Relaciones entre autonomía individual y autonomía colectiva en la gestión del cambio empresarial”, en Cruz Villalón, J. (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid: Ediciones Cinca, 2017, p. 233.

⁴³ *Idem*, y bibliografía extranjera allí citada.

centralizada, se consiguió que la competencia empresarial se basara en otros elementos productivos, como la innovación tecnológica y la calidad del producto o del servicio⁴⁴.

En este sentido, esta función accesoria o complementaria que implica la limitación de la competencia podía defenderse en tanto que surgió en un contexto y momento histórico donde la rivalidad económica entre las empresas se daba principalmente dentro de las fronteras de cada estado. Sin embargo, debe significarse que en la actualidad esta función pierde peso por poder suponer un freno al crecimiento económico nacional y empresarial a consecuencia de la globalización económica, financiera y tecnológica en la que se desarrolla la actividad económica. En efecto, ve reducida su trascendencia, aunque no desaparece, en favor de la función adaptativa, que más adelante se analizará.

En otros términos, el actual contexto económico es sustancialmente diferente a aquel en el que surgió esta función complementaria que limitaba la competencia, ya que el mercado ha trascendido de las fronteras nacionales y la competencia se mide a escala global, esto es, las empresas de un estado ya no solo compiten entre sí, sino que se enfrentan a las empresas del resto del mundo. De ahí que estas requieran de una adaptación ágil a ese mercado global para su crecimiento y supervivencia⁴⁵, más teniendo en cuenta que su éxito o fracaso afectará al nivel de empleo y a la riqueza nacional.

A pesar de ello, la negociación colectiva producía y sigue produciendo materialmente, aunque en menor grado, un “efecto de alteración de las reglas de mercado, por cuanto que por su propia naturaleza el convenio colectivo actúa como instrumento limitativo de la competencia mercantil”⁴⁶. Y en este sentido, la determinación con carácter

⁴⁴ GARMENDIA ARIGÓN, M., “Negociación colectiva: concepto, funciones y contenidos”, *Derecho Laboral*, Tomo LIV, núm. 243, 2011, pp. 433-453.

⁴⁵ CRUZ VILLALÓN, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo: un marco legal insuficiente*, Madrid: Trotta, 1992, pp. 19-20.

⁴⁶ CRUZ VILLALÓN, J., “Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de su marco normativo”, *Revista de Economía Laboral*, núm. 13(2), 2016, p. 12.

genérico de bases o condiciones de trabajo y empleo sigue siendo hoy la función principal de la negociación colectiva laboral⁴⁷.

1.2. La función pacificadora

En segundo lugar, y desde una perspectiva más sociológica, la negociación colectiva cumple una gran función originaria, de la que luego se desprenden otras que la sirven, y es la de tutelar los intereses de los trabajadores como medio de composición “tendencialmente equilibrado” del conflicto latente entre ellos y los empresarios⁴⁸. De esta forma, se ha comprobado que constituye el principal procedimiento ideado por las sociedades democráticas para asegurar el mantenimiento del conflicto capital-trabajo dentro de unos límites socialmente aceptables⁴⁹. Así, la negociación colectiva se concibe como una institución política destinada a regular las relaciones de poder entre las organizaciones en conflicto, siendo su finalidad garantizar, en última instancia, lo que se ha denominado la “paz industrial”⁵⁰.

En efecto, la pacificación social se basa en la idea de corregir el marcado desequilibrio entre las partes a nivel individual, convirtiéndose así la negociación colectiva en un instrumento de compensación de la desigualdad de arranque existente entre estas⁵¹. Dicho de otro modo, a través de esta institución se restauraría en el plano colectivo la

⁴⁷ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 24ª Ed, Madrid: Tecnos, 2015, p. 358.

⁴⁸ VILLAVICENCIO RÍOS, A., “La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI”, *op. cit.*, p. 206.

⁴⁹ VALDÉS DAL-RE, F., “El sistema español de negociación colectiva: entre la continuidad y el cambio (y II)”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2011, p. 1.

⁵⁰ MERCADER UGUINA, J. R., “Análisis factorial y mecanismos de articulación jurídica de la estructura de la negociación colectiva”, *RTSS CEF*, núm. 362, 2013, p. 8.

⁵¹ CRUZ VILLALÓN, J., “Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de ...”, *op. cit.*, p. 8.

falta de equilibrio en el plano individual marcado por la desigualdad económica entre trabajador y empresario⁵².

Como resultado, la negociación colectiva contribuye a la consecución y permanencia de una paz social y laboral entre las partes durante el periodo de vigencia del convenio colectivo, que se visualiza en una distribución de rentas garantizada⁵³. Situación que se ve reforzada a través de las relaciones de suplementariedad y complementariedad con lo regulado a nivel estatal, en tanto la norma heterónoma se convierte en el suelo mínimo e irrenunciable de protección a partir del cual se puede negociar⁵⁴.

Ahora bien, debe señalarse que el éxito de esta función está fuertemente marcado por la situación económica en la que se desarrolla. Hay signos reveladores de que la negociación colectiva funciona correctamente en situaciones de prosperidad económica sostenida, pero que es un medio de eficacia muy relativa para regular y estructurar las relaciones de trabajo en situaciones de recesión económica⁵⁵. Los mismos teóricos de la negociación colectiva razonan esta quiebra con base en la dificultad de obtener un margen de acuerdo en situaciones de depresión. En este sentido, desde el punto de vista del análisis económico, la negociación colectiva es uno, entre otros, de los medios por los que se opera la distribución de la renta con carácter “voluntario”⁵⁶. Y por ello, cuando la renta a distribuir decrece su distribución voluntaria es muy problemática, hasta el punto de que, si el crecimiento es mínimo, nulo o incluso hay pérdidas, el objeto principal de la negociación simplemente corre el riesgo de dejar de existir⁵⁷.

⁵² CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de Relaciones Laborales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 32, 2014, p. 287.

⁵³ CRUZ VILLALÓN, J., “Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de ...”, *op. cit.*, p. 9.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁵ GARCÍA FERNÁNDEZ, M., “La función de la negociación colectiva. Algunas precisiones”, *op. cit.*, p. 84.

⁵⁶ *Idem*.

⁵⁷ *Idem*.

Conforme a esta idea, la negociación colectiva como instrumento de pacificación de las condiciones de trabajo y empleo tiene mayor alcance en momentos de crecimiento económico positivo y de creación de empleo⁵⁸. En caso contrario, se atrofia y se paraliza, pues no cabe la distribución de mejoras, solamente cabe gestionar la crisis económica empresarial.

Es cierto, no obstante, que como se ha comprobado previamente, la negociación colectiva aborda actualmente otros contenidos no centrados exclusivamente sobre objetos económicos cuantitativos, pero qué duda cabe que la verdadera razón de ser y su función de partida es la de la compraventa, la cual conduce a la función pacificadora. En síntesis, podría afirmarse que el aspecto económico es el principal de la negociación colectiva, y ello tiene una consecuencia social, pues convierte a la negociación colectiva en la institución clave gracias a la cual los agentes sociales pueden transformar los intereses contrapuestos en regulaciones normativas⁵⁹.

Con todo, el esquema original del sistema de relaciones laborales que propició el desarrollo de esta función equilibradora, que identifica un sujeto con poder – el empleador – y otro sin poder – el trabajador–⁶⁰, es en la actualidad matizable. Si bien es cierto que la negociación colectiva sigue siendo un instrumento igualador, de contrapoder en manos de los trabajadores y sindicatos, también lo es que el contexto económico ha evolucionado de tal manera que hoy en día el empresario más común, al menos en España, no se identifica con grandes centros industriales o corporaciones transnacionales, sino que, como se verá⁶¹, en la mayoría de casos se trata de emprendedores a título individual con una inversión baja y/o con financiación externa que asumen un riesgo notable en emprender una actividad empresarial en un mercado altamente internacionalizado. Por ello, si observamos desde una perspectiva mayor y

⁵⁸ RIVERO LAMAS, J., “Estructuras y funciones de la negociación colectivas tras la reforma laboral de 1972”, *op. cit.*, p. 404.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 382.

⁶⁰ ALFONSO MELLADO, C. L., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura y la inaplicación de los convenios”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2013, p. 2.

⁶¹ *Vid.* capítulo tercero, apartado II. 2.1.

más realista la relación laboral, el empresario goza de un poder menos intenso sobre el trabajador ya que, por un lado, se enfrenta a una constante debilidad con relación al entorno económico y financiero y, por otro, porque los trabajadores se han visto empoderados con derechos y libertades en nuestra legislación laboral.

1.3. La función adaptativa

Como se decía al principio, las funciones de la negociación colectiva, lejos de permanecer estáticas, han ido evolucionado y adaptándose a cada momento histórico y realidad social. Gracias a esta capacidad de actualizarse según las necesidades de sus protagonistas, ha logrado consolidarse como una institución democrática legitimada socialmente. En este sentido, la supervivencia de la negociación colectiva depende, en gran medida, de su adaptabilidad al carácter cambiante de su entorno y del grado de apoyo de la sociedad en su conjunto⁶².

Esta observación cobra máximo sentido en estos últimos años, en los que las sociedades occidentales se enfrentan a una grave crisis de empleo y de productividad nacional⁶³. Frente a ello, como poder normativo autónomo, la negociación colectiva no puede actuar a espaldas de las necesidades económicas generales, y debe dar respuesta a las necesidades de flexibilidad en las condiciones laborales que las empresas reclaman⁶⁴. De hecho, el riesgo de que la negociación colectiva no siga el ritmo marcado por la realidad sobre la que se proyecta es que se verá abocada, como cualquier otro sistema normativo ineficaz, a su sustitución, bien por un modelo de flexibilidad unilateral que prescindiera por completo de ella, bien por un sistema en el que el legislador recabe para sí la regulación laboral en exclusiva⁶⁵. Desde esta perspectiva,

⁶² WINDMULLER, J. P., *Nueva consideración de la negociación colectiva en los países ... op. cit.*, p. 16.

⁶³ *Idem.*

⁶⁴ CRUZ VILLALÓN, J., “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos”, en Jesús Cruz Villalón (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid: Ediciones Cinca, 2017, p. 12.

⁶⁵ CRUZ VILLALÓN, J., “Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de ...”, *op. cit.*, p. 23.

parece evidente que la negociación colectiva debe asumir de forma definitiva la nueva función adicional adaptativa, ya que lo que está en juego es su propia funcionalidad en el actual sistema de relaciones laborales ⁶⁶.

Esta necesaria evolución ontológica no supone una negación o anulación de las funciones más clásicas de la negociación colectiva arriba referidas⁶⁷, sino que se trata meramente de integrar otra nueva función, reequilibrando el papel del resto de funciones. Así, la doctrina española ya había denunciado que, frente a otras experiencias comparadas, en las que la negociación colectiva no solo creaba estándares mínimos de protección de los trabajadores, sino que servía para atender a las necesidades empresariales, nuestro ordenamiento jurídico debía necesariamente disminuir la importancia de esta función tradicional e incrementar la función adaptativa⁶⁸. Más que una anulación de las funciones históricas, la doctrina ha matizado que estas han sido enriquecidas y renovadas para así adaptarse a las exigencias de autorregulación del sistema de relaciones laborales en la época actual⁶⁹.

Es cierto que la negociación colectiva nació con una función de defensa de los trabajadores y de mejora de sus condiciones de trabajo sobre los mínimos legales, pero al ir cambiando las coordenadas históricas, económicas y sociales concretas en las que surgió, fue paulatinamente asumiendo, aunque a un ritmo lento, un papel de adaptación de la norma legal a las realidades diversas de cada sector o empresa⁷⁰. De este modo,

⁶⁶ *Idem*.

⁶⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F., “El sistema español de negociación colectiva, entre continuidad y el cambio (y II)”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2011, pp. 103-114; CORREA CARRASCO, M., “La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 59, 2012, pp. 33-52.

⁶⁸ RODRÍGUEZ CRESPO, M.^a J., *La Administración del Convenio Colectivo*, Sevilla: CES, 2006.

⁶⁹ GOERLICH PESET, J. M.^a, “La reforma de la negociación colectiva: procedimiento negociador y eficacia de los convenios”, en AA.VV., *La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, p. 86.

⁷⁰ MONEREO PÉREZ, J. L., y MORENO VIDA, M.^a N., *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la Constitución Flexible del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 198.

⁷⁰ ALFONSO MELLADO, C. L., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012”, *Revista Internacional de Organizaciones*, núm. 8, junio 2012, p. 76.

los convenios colectivos dejaron de responder prioritariamente a un propósito de uniformización de condiciones laborales, y se fueron convirtiendo en instrumentos para responder también a las necesidades de viabilidad y productividad empresarial. En efecto, la regulación de la estructura salarial y de la ordenación del tiempo de trabajo, que se corresponde con la función más tradicional de la negociación colectiva, se ponía en conexión con la función adaptativa. En última instancia, lo que late en la aparición de esta nueva función es la noción de empresa flexible, sujeta a constantes movimientos de adaptación frente los cambiantes requerimientos del mercado⁷¹.

La función adaptativa ha cobrado protagonismo en la actualidad, frente al resto de funciones, dada la nueva realidad económica y productiva caracterizada por su diversidad, complejidad y por su carácter altamente cambiante. En este sentido, se advierte la enorme dificultad del legislador de dar respuesta a tales desafíos, en un contexto donde las singularidades en las relaciones laborales se diferencian tanto por sector, actividad productiva, región, pero cada vez más por empresa.

Así las cosas, la negociación colectiva se presenta como el instrumento idóneo para diversificar eficazmente las instancias normativas desde las que atender dichas necesidades. A través de un sistema capilarizado de la legislación laboral se supera la uniformidad impuesta y se permite realizar los ajustes necesarios desde instancias inferiores⁷². De este modo, la función adaptativa sería aquella que permite a los sujetos negociadores regular las condiciones de trabajo más adecuadas a cada unidad o sector productivo.

En contraste con la visión refleja del empresario referida previamente, la función adaptativa se ocupa de la actuación de este como sujeto económico, no desde el punto de vista estricto de las relaciones laborales, sino de la actividad de la empresa como organización económica en el sistema económico global⁷³. A través de ella se pretende

⁷¹ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Autonomía colectiva y productividad”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, octubre 2016, p. 821.

⁷² CRUZ VILLALÓN, J., “Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de ...”, *op. cit.*, p. 14.

⁷³ VILLAVICENCIO RÍOS, A., “La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI”, *op. cit.*, 209.

poder diseñar y gestionar las cuestiones cualitativas de la organización del trabajo en cualquier unidad convencional⁷⁴. Como se comprueba, esta función conecta intrínsecamente con la capacidad de competir de los empresarios, siendo, desde este punto de vista, un elemento de conexión entre la libertad de empresa y la negociación colectiva.

En efecto, la función adaptativa es predicable del convenio, sea cual fuere su ámbito aplicativo. Sin embargo, la negociación colectiva en ámbitos territoriales amplios tiene como consecuencia indudable que una pluralidad de empresarios y trabajadores vean reguladas sus condiciones de trabajo de forma idéntica o similar. Es decir, existe una relación de proporcionalidad entre negociación colectiva de ámbito territorial amplio y homogeneidad de condiciones de trabajo⁷⁵. Por ello, la doctrina ha señalado que el nivel más adecuado para el desenvolvimiento de esta función es el nivel empresa o similar⁷⁶. La razón de ello es que desde dicho nivel se puede desarrollar y lograr de la manera más directa y satisfactoria los ajustes flexibles en materia laboral a los requerimientos del mercado⁷⁷, pues dichos ajustes se proyectan sobre cuestiones laborales que, por su propia naturaleza, pertenecen al campo empresarial⁷⁸.

Así, la descentralización negocial se convierte en la mejor garantía para que el convenio pueda cumplir de manera natural las funciones de acomodación y ajuste de las condiciones de trabajo a la marcha de la empresa⁷⁹. A este respecto cabe señalar que, aunque no haya consenso científico sobre los efectos reales que produce una estructura

⁷⁴ MARRERO SÁNCHEZ, E. M.^a, “El derecho constitucional de negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 184.

⁷⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F., “¿Hacia dónde va la negociación colectiva?”, en Juan Gorelli Hernández (Coord.), *El derecho a la negociación colectiva: “Libert Amicorum” Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014, p. 523

⁷⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F., “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, *Relaciones Laborales*, núm. 23, 2012, p. 6.

⁷⁷ VALDÉS DAL-RÉ, F., “¿Hacia dónde va la negociación colectiva?”, *op. cit.*, p. 523.

⁷⁸ VILLAVICENCIO RÍOS, A., “La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI”, *op. cit.*, p. 213.

⁷⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F., “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, *Relaciones Laborales*, núm. 23, 2012, p. 6.

más o menos centralizada en la economía⁸⁰, sí que se asume como cierto que la centralización origina una mala asignación de recursos, que provoca escasas diferencias entre empresas independientemente de su situación económica, lo que genera desincentivos en el normal funcionamiento de estas. De ahí que, desde esta perspectiva, en defensa de la viabilidad empresarial y del mantenimiento del empleo y, en definitiva, de la mejora de la economía nacional, se defienda que la empresa sería el marco idóneo para la negociación colectiva⁸¹.

Partiendo de esta correlación entre negociación colectiva empresarial y diferenciación de condiciones de trabajo, el contenido de cada convenio colectivo estará determinado por el coste que cada empresario pueda asumir, midiéndose este mejor en la propia unidad de negociación descentralizada⁸². Desde este enfoque, se prestará mayor y mejor atención al grado de competencia al que se enfrenta la empresa en el mercado, de tal suerte que los incrementos salariales se mantendrán en la línea de evolución de la productividad de cada compañía⁸³.

Por tanto, la descentralización de la negociación colectiva hoy se plantea como una condición de competitividad de cada empresa en el mercado interior comunitario y también para las relaciones de aquellas con terceros países⁸⁴. Y es evidentemente que la función adaptativa puede materializarse mejor en una estructura descentralizada. Su cercanía al objeto de regulación y el conocimiento del mismo que tienen las partes, la lleva a gozar de unas condiciones de versatilidad y adecuación óptimas. Esto es, el conocimiento que los sujetos legitimados para negociar a nivel de empresa, que son el

⁸⁰ Para un estudio más profundo sobre la cuestión ver CAIRÓS BARRETO, D. M.^a, “La flexibilización de la negociación colectiva”, en Margarita Ramos y Gloria Rojas (Coords.), *Transformaciones del Estado Social y Derecho del Trabajo, Libro Homenaje al Profesor Manuel Álvarez de la Rosa*, Granada: Comares, 2014, pp. 307-342.

⁸¹ *Ibidem*, p. 336.

⁸² VALDÉS DAL-RE, F., *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, Granada: Comares, 2012, p. 124.

⁸³ MERCADER UGUINA, J. R., “Análisis factorial y mecanismos de articulación jurídica ...”, *op. cit.*, p. 19.

⁸⁴ RIVERO LAMAS, J., “Estructuras y funciones de la negociación colectivas tras la reforma laboral de 1972”, *op. cit.*, p. 382.

propio empresario individualmente considerado y los representantes de los trabajadores en la empresa, es mayor, pues saben de primera mano las peculiaridades y las conveniencias de la empresa a la hora de proceder a tal ordenación⁸⁵.

Con este planteamiento no se niegan los peligros que conlleva desplazar totalmente la negociación colectiva a la empresa, como, por ejemplo, que el poder sindical o el de la representación unitaria de los trabajadores aparezca muy mermado en contraste con el fortalecimiento del poder decisor del empresario, riesgo no tan probable en los niveles superiores donde las fuerzas negociadoras están más igualadas⁸⁶. Sin embargo, se trata de dos problemáticas distintas. Por un lado, la penetración del sindicato en la pequeña y micro empresa que, sin duda, es un tema pendiente a resolver por el legislador y por los propios sindicatos. Por otro, la capacidad de respuesta al mercado de las empresas a través de la negociación colectiva. A pesar de la íntima conexión entre ambos problemas, desde la perspectiva empresarial se requiere que la negociación colectiva contribuya de forma urgente a la mejora de su competitividad y no ignore el contexto socio-económico que rodea a la empresa.

De hecho, esta parece ser la tendencia en la mayoría de los ordenamientos laborales de los países de nuestro entorno⁸⁷. Aunque la estructura de la negociación colectiva de cada estado miembro difiera, lo cierto es que en los últimos años se observa una preferencia legislativa hacia el nivel empresarial en detrimento de los niveles sectoriales⁸⁸. No es casualidad que las presiones competitivas en el mercado global afecten a la estructura de la negociación colectiva, y aunque no opera en una única dirección, la tendencia, como se ha dicho, en la mayoría de países apunta a una mayor

⁸⁵ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., “Relaciones entre la estructura de la negociación colectiva y el contenido de los convenios”, en José Manuel de Soto Rioja (Coord.), *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva: XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla: Junta de Andalucía, 2009, p. 569.

⁸⁶ CAIRÓS BARRETO, D. M.^a, “La flexibilización de la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 309.

⁸⁷ CRUZ VILLALÓN, J., “Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de ...”, *op. cit.*, p. 17.

⁸⁸ MERCADER UGUINA, J. R., “Análisis factorial y mecanismos de articulación jurídica ...”, *op. cit.*, p. 43.

descentralización⁸⁹. Por tanto, en el ámbito europeo se comprueba que, en términos generales, se busca dotar de una mayor atención a las condiciones específicas de cada empresa, a través de la descentralización de la negociación colectiva, de tal modo que cada empresa pueda afrontar sus necesidades y problemas propios en el terreno de la competencia⁹⁰.

En España, en términos de evolución de la estructura de la negociación colectiva, también se observa esta tendencia, reforzada sobre todo con las reformas legales acometidas en el año 2012. En primer lugar, a través del nuevo régimen de pérdida de vigencia de las reglas de ultraactividad de los convenios colectivos, evitando la petrificación del convenio colectivo vencido y favoreciendo la función adaptativa de la negociación colectiva (86.3 ET)⁹¹. En segundo lugar, gracias al retocado procedimiento de inaplicación o descuelgue del convenio colectivo que se perfecciona incisivamente en términos procedimentales y cualitativos. En tercer lugar, con relación a la estructura propia de la negociación colectiva, se potencia materialmente (aunque no subjetivamente) la negociación colectiva a nivel de empresa mediante la regla de preferencia aplicativa recogida en el art. 84.2 ET.

1.4. La función gubernativa

Como se ha observado hasta ahora, la negociación colectiva es una institución multifuncional que cumple un papel decisivo en los procesos de producción y distribución de la riqueza contribuyendo así a la paz social. En consecuencia, sus actores necesariamente han de tener reconocido el poder suficiente para realizar estas dos funciones⁹². Así, el art. 37 CE conlleva poder ejercer por parte de las

⁸⁹ WINDMULLER, J. P., *Nueva consideración de la negociación colectiva en los países ...* *op. cit.*, p. 135.

⁹⁰ MERCADER UGUINA, J. R., “Análisis factorial y mecanismos de articulación jurídica ...”, *op. cit.*, p. 43.

⁹¹ CRUZ VILLALÓN, J., “Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de ...”, *op. cit.*, p. 19.

⁹² VILLAVICENCIO RÍOS, A., “La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI”, *op. cit.*, p. 210.

organizaciones representativas de los trabajadores y empresarios un poder regulador en materia laboral, con el consiguiente repliegue del intervencionismo estatal⁹³. Pues bien, la función de gobierno por parte de estos sujetos significa que pueden, asimismo, establecer el conjunto de reglas, procedimientos e institutos dirigidos a organizar y poner en marcha su propia actividad normativa⁹⁴. De este modo, esta cuarta función tiene como meta la organización del poder normativo colectivo moldeando la estructura y contenido de la negociación colectiva por parte de sus propios protagonistas⁹⁵.

En la actualidad, esta función gubernativa se recoge expresamente en el art. 83.2 ET, que puede ponerse en relación, a su vez, con el art. 4.2 de la Recomendación 163 de la OIT de 1981 en virtud del cual “en los países en que la negociación colectiva se desarrolle en varios niveles, las partes negociadoras deberían velar por que exista coordinación entre ellos”. Así, de conformidad con el citado precepto, los interlocutores sociales están legitimados para establecer cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva con carácter preferente sobre la regulación estatal recogida en el art. 84 ET, eso sí, con la única excepción de la prevalencia del convenio de empresa en determinadas materias.

En el ejercicio de dicho poder, los sujetos legitimados para ello podrán articular la negociación colectiva de acuerdo a diferentes criterios, que pueden, a su vez, combinarse entre sí⁹⁶. Es posible, por ejemplo, que fijen criterios de

⁹³ *Ibidem*, 207.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ Otros autores entienden que la función de gobierno tiene como finalidad la solución pacífica de cualquier conflicto laboral, como, por ejemplo, se puede negociar todo lo concerniente a la administración e interpretación del propio convenio, así como fórmulas de participación de los representantes de los trabajadores en las decisiones de las empresas y cuestiones relacionadas con el ejercicio de los derechos colectivos. *Vid.* MARRERO SÁNCHEZ, E. M.^a, “El derecho constitucional de negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 186; LAHERA FORTEZA, J., “El derecho constitucional de negociación colectiva”, en Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Madrid La Ley, 2008, pp. 77-81.

⁹⁶ MARTÍN VALVERDE, A., “Concurrencia y articulación de normas laborales”, *Revista de Política Social*, núm. 119, 1978, pp. 5-31; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987; BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *Convenio colectivo versus Ley*, Madrid: La Ley, 2008.

complementariedad, de tal modo que desde un nivel (normalmente el superior) se establezcan los aspectos básicos a complementar por los niveles inferiores. También pueden prever un reparto material o temporal de competencias entre los diferentes niveles; o fijar criterios de suplementariedad, regulando un nivel mínimo mejorable en otros niveles.

A mayor abundamiento, desde una perspectiva histórica, se puede observar que la función gubernativa ha servido para la consecución de distintos fines políticos o sociales concretos. Así, durante una primera fase, que iría desde la instauración de la democracia hasta finales del siglo XX, los interlocutores sociales pretendieron contribuir a la construcción de las bases democráticas de las relaciones laborales. En este sentido, se estableció una estructura racionalizada y centralizada, para cumplir así el objetivo de estabilizar el sistema a favor de la transición del modelo de relaciones laborales franquistas al democrático⁹⁷.

A partir de ahí, la función gubernativa desvió la atención desde el sistema político hacia el económico, por cuanto se centró en lo que se denominada “pactos sobre rentas de trabajo”⁹⁸, esto es, acuerdos generales que fijan la política salarial a escala global, bien a través de fórmulas de crecimiento moderado con carácter transversal⁹⁹, bien previendo la reducción de los salarios en España y la periodicidad de su revisión. De hecho, esta orientación económica de la función política ganó protagonismo a partir del 2002, al concebirse la moderación salarial como el cauce idóneo para hacer frente a tiempos de desaceleración económica, en términos de internalización de la economía española y de la necesidad de mantener la competitividad en el mercado global¹⁰⁰.

⁹⁷ CANALDA CRIADO, S., “Las funciones de los acuerdos interconfederales frente a la situación actual de la negociación colectiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44, 2016, p. 361.

⁹⁸ CARDENAL CARRO, M., “El acuerdo interconfederal para la negociación colectiva 2002”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, p. 294.

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ CANALDA CRIADO, S., “Las funciones de los acuerdos interconfederales...”, *op. cit.*, p. 370.

A pesar de mantenerse en la actualidad como la principal preocupación de la función gubernativa¹⁰¹, se ha ampliado su alcance material, pues se intenta trasladar al sistema de negociación colectiva otras cuestiones más allá de la política de salarios. En este sentido, es posible que la función gubernativa reproduzca los compromisos políticos que se alcancen en la concertación social, tanto nacional como europea, principalmente sobre cuestiones que afecten al buen funcionamiento de las empresas y el mantenimiento y la calidad del empleo. De hecho, la preocupación por el diseño de la estructura de la negociación colectiva, a pesar de dar sentido a esta función gubernativa, ha ido diluyéndose, como regla general, a medida que han pasado los años¹⁰².

Así, con independencia del objetivo concreto que se pretenda en cada momento histórico, el instrumento jurídico empleado para materializar la función gubernativa ha sido principalmente el acuerdo interprofesional, previsto actualmente en el art. 83.2 ET. En este sentido, uno de los motivos por los que la función gubernativa no ha sido eficaz se debe al hecho de que los agentes sociales han dotado a estos acuerdos de naturaleza obligacional, quedando únicamente sus miembros obligados a su cumplimiento bajo la sanción de la disciplina interna de cada organización, contribuyendo de este modo a un cumplimiento relativo e ineficaz¹⁰³.

Por último, en relación con la función gubernativa de la negociación colectiva, cabe significar que, tras la reforma laboral del año 2012, esta recobró atención por parte de algunos autores por cuanto se consideró que se vaciaba la misma. El argumento principal en el que se basaron fue que la fijación de la preferencia aplicativa en favor del convenio de empresa en un conjunto relevante de materias *ex* art. 84.2 ET “vaciaba” la capacidad de ordenación de la estructura de la negociación ya que no se podía establecer un diseño distinto al legal¹⁰⁴. Como resultado de tal previsión normativa, extrajeron la consecuencia de que se vetaba a los agentes sociales más

¹⁰¹ *Idem*.

¹⁰² *Ibidem*, p. 366.

¹⁰³ *Vid.* Capítulo tercero, apartado I, 4.2.

¹⁰⁴ TOMÁS JIMÉNEZ, N., *Los sujetos del convenio colectivo. Partes negociadoras*, Comares, Granada, 2013, p. 132.

representativos de la capacidad de ordenar la negociación colectiva en el ámbito de la empresa¹⁰⁵. En esta línea, se llegó a afirmar que la posibilidad de gobierno de las relaciones laborales se había eliminado directamente¹⁰⁶ porque se impedía a la autonomía colectiva establecer criterios normativos de articulación negocial¹⁰⁷.

Es innegable que la prioridad aplicativa del convenio de empresa *ex art.84.2.g) ET* supone una limitación a la capacidad de ordenación de la estructura de la negociación colectiva por parte de autonomía colectiva. Pese a ello, los acuerdos interprofesionales o convenios colectivos sectoriales sí tienen reconocido un margen importante de actuación en esta materia, al menos, en tres líneas de actuación posibles.

Así, en primer lugar, pueden ampliar las materias que gozan de dicha preferencia aplicativa, pues no se trata de una lista cerrada y se les permite a los interlocutores sociales añadir otras materias a las contempladas expresamente en el listado legal. En efecto, se permite reforzar dicha prioridad aplicativa, aparentemente sin límite alguno, integrando más aspectos de las condiciones de trabajo que los inicialmente establecidos en el art. 84.2.g) ET¹⁰⁸.

En segundo lugar, la función gubernativa puede continuar cumpliendo con la regulación de otros contenidos ya atribuidos, como establecer procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias surgidas en la negociación de los acuerdos de inaplicación, incluyendo la posibilidad¹⁰⁹ de establecer un arbitraje

¹⁰⁵ *Idem*.

¹⁰⁶ ALFONSO MELLADO, C. L., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012...”, *op. cit.*, p. 6.

¹⁰⁷ NAVARRO NIETO, F., “Problemática de la estructura de la negociación colectiva en España”, *Temas Laborales*, vol. II, núm. 100, 2009, p. 638.

¹⁰⁸ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, núm. 115/2012, p. 96.

¹⁰⁹ Así, el art. 86.3 ET establece que: “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”. Por lo que se trataría de un contenido obligatorio, más que una posibilidad.

vinculante a tenor del art. 82.3 ET, de forma análoga a lo previsto en el art. 85.3.e) ET para la solución de las discrepancias producidas dentro de la comisión paritaria del convenio colectivo, aunque tal posibilidad solo esté referida para los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico, y no para los convenios sectoriales.

En tercer lugar, el actual art. 83.2 ET, con carácter prevalente sobre el art. 84 ET (salvo la preferencia aplicable en determinadas materias en el convenio de empresa), posibilita un amplio espacio de ordenación autónoma de la negociación colectiva, de modo que los interlocutores sociales pueden establecer reglas sobre la estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios diferentes a las que resultan de aplicación del art. 84 ET. Como ejemplo, algún autor¹¹⁰ ha señalado que se podría articular la negociación mediante el reparto de materias entre los diferentes niveles concebibles, lo que conllevaría lógicamente la prohibición de negociar ciertas materias en otros niveles. Asimismo, a efectos de resolver los posibles conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito, podría pensarse en un criterio diferente al previsto en el art. 84.1 ET, como es el de no concurrencia, por otros como el de la favorabilidad, modernidad o especialidad¹¹¹. Eso sí, a la hora de ejercer realmente esta función de gobierno de la negociación colectiva, no debería prescindirse de la eficacia normativa de los acuerdos interprofesionales.

Es más, al margen de esta virtualidad de la función política, debe resaltarse que la reforma de 2012 la reforzó por cuanto posibilitó que se ejerciera no solo a través de los acuerdos interprofesionales, sino mediante los convenios colectivos sectoriales. A través de esta novedosa fórmula, se expandió tanto cuantitativa como cualitativamente la capacidad de articular la negociación colectiva. Así, por un lado, se aumentó las posibilidades de negociar acuerdos de ordenación negociadora, puesto que ya no era necesario que se pactaran exclusivamente vía acuerdos interprofesionales. Es decir, el número de sujetos legitimados para llevar a cabo la función gubernativa se amplió considerablemente, beneficiándose también de la flexibilización de las reglas de legitimación negociadora de los arts. 87 y 88 ET introducidas con el RDL 7/2011 que

¹¹⁰ GOERLICH PESET, J. M.^a, “Las unidades de negociación: selección y relación entre ellas”, *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2013, p. 7.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 8.

más adelante se analizarán¹¹². Por otro, el legislador trató de enmendar, en cierta medida, la falta de eficacia de la articulación llevada a cabo hasta el momento por acuerdos meramente obligacionales, permitiendo que dichas cláusulas se recogieran en convenios colectivos estatutarios con clara naturaleza normativa.

Este fortalecimiento también se debió a la eliminación de la posibilidad de que los convenios sectoriales de ámbito inferior al estatal pudieran escapar de las reglas fijadas por el acuerdo interprofesional. Recuérdese a este respecto que el legislador optó por la descentralización de la estructura de la negociación colectiva en la regulación de 1994, privilegiando a los niveles intermedios (autonómicos y provinciales) mediante el reconocimiento de prevalencia a los convenios colectivos de ámbito inferior sobre los de ámbito superior. Para ello, se introdujo en el párrafo segundo del art. 84.2 ET un sistema que restringía las facultades que el art. 83.2 ET había venido concediendo a los convenios colectivos y a los acuerdos interprofesionales estatales. Como consecuencia, en ámbitos inferiores a estos convenios y acuerdos, pero superiores al de empresa, se podían suscribir convenios colectivos que afectaran a los acuerdos interprofesionales, lo que constituía auténticas “vías de escape” a la función gubernativa de la negociación colectiva¹¹³.

Desde esta perspectiva, la regulación previa al RDL 7/2011 podía entenderse que dificultaba la función de gobierno de la negociación colectiva¹¹⁴. En sentido contrario, y reforzando dicha función, el vigente art. 84.3 ET ha hecho perder el carácter prevalente del convenio de ámbito inferior, en el sentido de que solo conservará su prevalencia si un acuerdo interprofesional o convenio colectivo estatal lo prevé. Por ello, aunque la función gubernativa ha podido verse limitada con relación a los

¹¹² *Vid.* capítulo tercero, apartado I. 4.

¹¹³ ALFONSO MELLADO, C. L., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012...”, *op. cit.*, p. 4.

¹¹⁴ En relación con las implicaciones de la normativa anterior, véase STS 26 de enero de 2012 (rec. 185/2010), así como la jurisprudencia citada en ella.

convenios de empresa en algunas materias, se ve potenciada respecto del resto de convenios¹¹⁵.

Por tanto, en la reforma del año 2012, es cierto que el legislador limitó parcialmente la función gubernativa al imponer una regla indisponible para los agentes sociales en forma de prioridad aplicativa del convenio de empresa en algunas materias concretas. No obstante, ello no significó “vaciar” esta función, pues su virtualidad quedó a salvo y, lo que es más importante, fue reforzada en términos cuantitativos y cualitativos, todo sin perjuicio de que la función gubernativa no forma parte del contenido esencial de la negociación colectiva, por lo que el margen de actuación o modulación legislativa es mayor¹¹⁶.

2. ...en un tenso modelo neocorporativista

Analizadas así las funciones de la negociación, puede observarse fácilmente que los sujetos legitimados para llevarlas a cabo no siempre coinciden. Mientras que la función adaptativa está llamada a ser ejecutada, sobre todo, por el empresario con los representantes de los trabajadores en su empresa en un estructura descentralizada, la función gubernativa se asienta sobre un modelo neocorporativista¹¹⁷, en el que unos pocos agentes sociales seleccionados indirectamente por el legislador, capaces de defender intereses no necesariamente homogéneos, asumen la capacidad de regular el diseño de la negociación colectiva en detrimento del Estado¹¹⁸. Esta discordancia subjetiva en el ejercicio de las funciones de la negociación colectiva puede generar anomalías o disfuncionalidades que frenen o limiten la capacidad competitiva.

¹¹⁵ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *op. cit.*, p. 95.

¹¹⁶ *Vid.* Capítulo segundo, apartado I, 2.2.

¹¹⁷ En profundidad, analizando el origen y los múltiples significados del neocorporativismo en la doctrina *vid.* PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Neocorporativismo y pluralismo socio-profesional: bases para una lectura política del Derecho Laboral en crisis”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1989, pp. 361-373.

¹¹⁸ *Vid.* Capítulo tercero, apartado I, 4.1.

Profundizando en esta cuestión, y desde una perspectiva empresarial, debe destacarse que la función política de la negociación colectiva se asienta sobre un sistema neocorporativista, que requiere, por naturaleza, que las empresas estén sometidas al control de pocas organizaciones empresariales de gran dimensión, a efectos de facilitar el proceso de interlocución con el gobierno y entre los propios agentes sociales¹¹⁹. De hecho, el efecto resultante es que se reducen los incentivos para que las empresas busquen libremente a su interlocutor más adecuado y con ello se degrada el principio de pluralismo democrático entre asociaciones empresariales basado en la densidad asociativa.

Asimismo, y ante el riesgo de desafección o salida de las empresas no debidamente representadas, el marco legislativo es clave para que dicha asociación disfrute de inmunidad relativa con respecto a sus miembros y a otras organizaciones¹²⁰. Por ello, las precondiciones legales para el asociacionismo empresarial son determinantes para la función gubernativa¹²¹.

Así, en primer lugar, a efectos de compensar la falta de miembros asociados, se facilita legalmente el acceso a financiación pública a través de la asociación, de tal forma que se incentiva la afiliación y se refuerza el estatus de organización más representativa. En segundo lugar, desde la asociación se ofrecen servicios especiales que protegen a las empresas afiliadas, como por ejemplo ante el riesgo de huelgas¹²². En tercer y último lugar, desde el Estado se protege la condición de representatividad de las organizaciones mediante leyes que faciliten su actuación en monopolio, como, por ejemplo, a través de cláusulas que extiendan eficacia subjetiva *erga omnes* a los acuerdos

¹¹⁹ NONELL, R. y MEDINA, I., “Tensiones organizativas y competición de intereses en el mapa español de organizaciones empresariales”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 151, 2015, p. 104.

¹²⁰ OFFE, C., “La atribución de un status público a los grupos de interés: observaciones sobre el caso de Alemania Occidental”, en Suzanne Berger (Coord.), *La Organización de los Grupos de Interés en Europa Occidental*, Madrid, MTSS, 1988, p. 173.

¹²¹ WAGEMANN, C., “Complex Associations in the Dairy Sector: A comparison of the Development in Four Countries”, en Jürgen R. Grote *et al.* (Eds.), *Organized Business Interests in Changing Environments. The complexity of Adaptation*, Houndmills: Macmillan, 2008, pp. 179-199.

¹²² NONELL, R. y MEDINA, I., “Tensiones organizativas y competición de intereses en el mapa español de organizaciones empresariales”, *op. cit.*, p. 108.

alcanzados, fijando criterios de representatividad exigentes al alcance de pocos, o presumiendo directamente la condición de más representativa al no establecerse medios fehacientes que den cuenta del cumplimiento de los umbrales exigidos¹²³. En este último sentido, como se verá¹²⁴, “nadie controla si efectivamente la asociación empresarial que se autoatribuye la condición de representativa reúne o no efectivamente los requisitos legalmente exigidos”¹²⁵.

En España, en términos históricos, desde su fundación, la CEOE ha pretendido representar a la empresa española en su conjunto en todos los ámbitos económicos y laborales¹²⁶. Y lo ha conseguido mediante un proceso de difusión sectorial y penetración territorial. De esta forma, la CEOE se ha consolidado mediante la integración de asociaciones empresariales sectoriales ya creadas, a la vez que ha dado pie a la formación de asociaciones empresariales territoriales, especialmente por imitación de la estructura territorial del Estado¹²⁷. Muestra de esta mimetización, potenciando el ámbito autonómico en detrimento del provincial, es la reconversión de la Confederación Empresarial Valenciana (CEV) vinculada a la CEOE en una asociación autonómica en el año 2017, tras la desaparición de la Confederación de Organizaciones Empresariales de la Comunidad Valencia (CIERVAL)¹²⁸. Otro

¹²³ Ejemplo paradigmático es el caso de Polonia, en donde las tres asociaciones más representativas lo son directamente porque la ley les dota de dicha condición, debiendo el resto de asociaciones cumplir con estrictos criterios de representatividad. Cfr. SKULIMOWSKA, B., “Poland”, en Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), *Freedom of association of workers and employers in the countries of European Union*, Madrid: MTAS, 2006, p. 558. En el polo opuesto se encuentra Alemania, donde la figura de asociación empresarial representativa no existe. Cfr. ZUMFELDE, M., “Germany”, en Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), *Freedom of association of workers and employers in the countries of European Union*, Madrid: MTAS, 2006, p. 290

¹²⁴ *Vid.* capítulo tercero, apartado I, 5.

¹²⁵ CRUZ VILLALÓN, J., “La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2004, p. 34.

¹²⁶ Para un análisis histórico detenido, *vid.* GARCÍA PIÑEIRO, N. P., *Las asociaciones empresariales en el Derecho Español*, Madrid: CES, 2005.

¹²⁷ NONELL, R. y MEDINA, I., “Tensiones organizativas y competición de intereses en el mapa español de organizaciones empresariales”, *op. cit.*, p. 109.

¹²⁸ <http://www.lasprovincias.es/economia/patronal-20180510203412-nt.html> (consultado 01/07/2018)

ejemplo sería la refundición de la Confederación Regional de Empresas de Aragón como CEOE Aragón en el año 2016.

Es este sentido, la CEOE se basa en un modelo de asociacionismo empresarial altamente complejo y singular que logró resolver con bastante efectividad, en sus primeros años, posibles fracturas organizativas por razones ideológicas, de tamaño de la empresa o por especialización funcional. De hecho, esto contrasta con lo ocurrido en otros países de nuestro entorno. Así, Italia es un claro ejemplo de fragmentación asociativa por razones ideológicas con más de una decena de asociaciones representativas a nivel estatal. En el Reino Unido la fragmentación se produce por razón del tamaño de la empresa. En Austria, Países Bajos y Noruega, por ejemplo, la fragmentación se explica por razones de especialización asociativa¹²⁹.

Si bien es cierto que en España, al igual que en Reino Unido, también ha existido una tensión competitiva en el asociacionismo empresarial por razón del tamaño de la empresa, la CEOE ha llevado a cabo con éxito una estrategia para evitar perder su protagonismo. Además de la absorción de la CEPYME a principios de los años ochenta, se apostó por integrar en su seno también a la Confederación Española de Autónomos (CEAT), para evitar así que otras asociaciones emergentes representativa de autónomos, como la Federación Nacional de Trabajadores Autónomos (ATA), la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES) o la Confederación Intersectorial de Autónomos del Estado Español (CIAE), pudieran poner en riesgo su hegemonía representativa.

Con todo, a pesar de la lucha “monopolística” de la CEOE¹³⁰, se observa una cierta disconformidad con esta forma de llevar a cabo la representación de los intereses empresariales entre las pequeñas y medianas empresas, razón por la cual, a pesar de la absorción de CEPYME, determinados colectivos empresariales independientes se han ido organizando a partir de la década de los años noventa, tanto en la esfera nacional como en la autonómica, por ejemplo, la *Asociación de la Petiteteta, Mitjana i Micro empresa*

¹²⁹ CARLEY, M., *Developments in Social Partner Organisations: Employer Organisations*, Dublin: Eurofound, 2010.

¹³⁰ NONELL, R. y MEDINA, I., “Tensiones organizativas y competición de intereses en el ...”, *op. cit.*, p. 110.

de Catalunya (PIMEC) en Cataluña y la *Confederació de la Petita i Mitjana Empresa de Balears* (PIMEB) en Baleares. Aunque ambas asociaciones sí han conseguido la condición de más representativas a escala autonómica, al tener asociadas a más del 15% de las empresas que ocupan a más de un 15% de trabajadores en dicho ámbito territorial, el resto de asociaciones empresariales que integran a las pequeñas y medianas empresas, como por ejemplo a nivel estatal son CEPES, CIAE, ATA y CEAT, y a nivel autonómico COPYME, no tienen la representatividad requerida.

Por ello, pese al auge de asociaciones de pymes, la CEOE y CEPYME siguen siendo las organizaciones empresariales más representativas. Una explicación posible de esta situación es que en el caso de estas dos asociaciones la afiliación no está restringida por criterios ideológicos, de especialidad o de tamaño de la empresa. Por el contrario, el resto de asociaciones de pequeñas y medianas empresas, así como las de autónomos, establecen una restricción asociativa por razón de tamaño de la empresa, lo que les dificulta, a su vez, tener representatividad legal¹³¹. De hecho, CEPYME plantea su vínculo con la CEOE como el reclamo más atractivo al reportarle representatividad, mientras que el resto de asociaciones de pymes que, actúan principalmente a nivel subestatal, construyen su política de afiliación en torno a la cartera de servicios y a la autonomía que les brinda el hecho de ser una asociación independiente. Es más, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina, cuando se dan circunstancias de divergencias de intereses entre grandes y pequeñas empresas raramente ello se visibiliza en la estructura de la negociación colectiva, pues son muy pocos los sectores -construcción, agricultura o comercio- en los que se existen asociaciones empresariales específicas de este tipo de empresa, siendo en este sentido “la excepción frente a la regla generalizada de la unidad afiliativa con un número relativamente controlable de asociados”¹³².

En definitiva, el riesgo mayor para la CEOE se encuentra en el ámbito de las pymes por ser las más numerosas en el tejido empresarial español. Y para sofocarlo, ha procurado mantener su estatus de actor social a nivel estatal y extenderlo a sus

¹³¹ *Ibidem*, p. 114.

¹³² CRUZ VILLALÓN, J., “La representatividad empresarial: diagnóstico y propuestas de reforma”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2019, p. 149.

asociaciones territoriales y sectoriales a fin de evitar la competencia con organizaciones empresariales de pymes¹³³.

Desde esta perspectiva, no es casualidad que el proceso de descentralización negociadora hacia el nivel de empresa llevado a cabo por el legislador a partir del año 2012 contase con la oposición, no solo de los agentes sindicales, sino también de la CEOE. La razón de ello es que ponía, en cierta medida, en riesgo su papel (y el de las asociaciones empresariales que la integran) de representante legítimo de los intereses de los empleadores. De hecho, aunque la reacción general de la CEOE a la reforma laboral llevada a cabo en el año 2012 por el gobierno fue positiva, la valoración de los cambios en materia de negociación colectiva, en especial, con relación a la preferencia aplicativa del convenio de empresa, no lo fue tanto¹³⁴. En este sentido, la CEOE percibió la descentralización negociadora como un grave riesgo para su protagonismo, por cuanto sus prerrogativas como sujeto legitimado a nivel sectorial se ponían en riesgo¹³⁵. Es más, surgieron tensiones dentro de la organización empresarial al respecto, por cuanto las pequeñas y medianas empresas, como regla general, sí defendían el acercamiento de la negociación colectiva a la empresa¹³⁶.

A este respecto, debe indicarse que la descentralización de la negociación colectiva no es incompatible con la fijación de una estructura parcialmente centralizada, aunque terminológicamente pudiera parecer que sí. El motivo de ello es que el ámbito sectorial y el empresarial se pueden complementar entre sí materialmente, al cumplir cada uno de ellos una función propia. Por un lado, la ordenación común para materias

¹³³ NONELL, R. y MEDINA, I., “Tensiones organizativas y competición de intereses en el ...”, *op. cit.*, p. 119.

¹³⁴ BULFONE, F. y AFONSO, A., “Business Against Markets: Employer Resistance to Collective Bargaining Liberalisation During the Eurozone Crisis”, en *Labour & Welfare Seminar 3 October 2017*.

¹³⁵ *Idem*.

¹³⁶ Esta división interna se manifestó en el hecho que en el año 2014, el líder de CEPYME, el señor Antonio Garamendi, se postulara para la presidencia de la CEOE, en contra del candidato oficial, Juan Rosell https://elpais.com/economia/2014/11/22/actualidad/1416678256_716520.html (consultado 01/07/2018)

coincidentes de las empresas, y, por otro, la regulación específica para el resto de materias en cada empresa.

En este sentido, en el ámbito sectorial podrían regularse aquellas materias en las que la uniformidad es por lo menos “conveniente, cuando no necesaria, para evitar una excesiva dispersión o disparidad normativa a la que podría llegar si se extrema la negociación colectiva realizada en el nivel de empresa”¹³⁷. De hecho, esta práctica de reserva material centralizada ya está presente en nuestro ordenamiento jurídico en el art. 84.4 ET, pues los convenios autonómicos no podrán regular las materias que aparecen en dicho precepto, salvo pacto contrario a nivel estatal. En este sentido, tomando como referencia este artículo, las materias tales como el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales o la clasificación profesional podrían regularse de forma homogénea desde el convenio sectorial. El resto de materias, sobre todo, las más relacionadas con la competitividad de la empresa, el convenio sectorial podría regular de una forma muy general, de carácter mínimo o recomendatorio, y el convenio de empresa podría desarrollarlo o directamente sustituirlo¹³⁸.

En efecto, la negociación colectiva sectorial no supone de forma automática un freno a esta función, pues como se dijo previamente, la función adaptativa es predicable de todos los convenios, también de los supraempresariales. Ahora bien, la uniformización de condiciones de trabajo y la homogenización de costes laborales esconde un peligro para la materialización de esta función. La competencia empresarial no solo tiene lugar en el mercado económico, sino que también invade los procesos de negociación colectiva, y desde este enfoque, el convenio sectorial se convierte en una herramienta eficaz para entorpecer la función adaptativa de las medianas y pequeñas empresas.

¹³⁷ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., “Relaciones entre la estructura de la negociación colectiva y el contenido de los convenios”, *op. cit.*, p. 572.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 570.

Así, sin perjuicio de las razones tecnológicas, económicas y de organización sindical para explicar la centralización de la estructura de la negociación colectiva¹³⁹, también puede deberse a la presión de las grandes empresas para que, a través de la imposición de una homogeneidad de costes laborales, se reduzca la competitividad en el mercado, principalmente, en perjuicio de las pequeñas empresas¹⁴⁰. En esta línea es posible que, como consecuencia de las actuales reglas de legitimación, los sujetos negociadores del lado patronal, es decir, las asociaciones empresariales, no negocien desde una posición de neutralidad competitiva, sino que, atendiendo al tipo de empresas que las forman, hagan servir la negociación para reducir o limitar la competencia en el sector.

De hecho, la preeminencia de las grandes empresas en la representación patronal de la comisión negociadora del convenio de ámbito superior a la empresa ha provocado que las PYMES, que predominan en el tejido productivo español, conciban a los convenios colectivos sectoriales como una carga que distorsiona su competitividad real, provocando todo ello un efecto de expulsión del libre mercado¹⁴¹.

En este sentido, conviene recordar que la configuración legal de la estructura de la negociación colectiva responde a una diversidad de variables¹⁴², entre las cuales, destacan en el caso español razones históricas y organizativas de los actores de la misma negociación colectiva¹⁴³. Su influencia ha contribuido a cristalizar un panorama de “unidades típicas” de negociación y a petrificar, en buena medida, la estructura negocial vigente hasta tiempos recientes, sin tener en cuenta la dimensión y características del tejido productivo, o las características de la competencia empresarial

¹³⁹ VALDÉS DAL-RE, F., *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, Granada: Comares, 2012, p. 133.

¹⁴⁰ *Idem*.

¹⁴¹ FITA ORTEGA, F., “La diversificación de la normativa laboral en función de la dimensión de la empresa: algunas consideraciones en torno al criterio del número de trabajadores”, en Juan García Blasco (coord.), *La Dimensión de la Empresa y la Reforma de la Legislación Laboral, V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Madrid: MTAS, 1994, p. 343.

¹⁴² LÓPEZ TERRADA, E., *La descentralización de la estructura de la negociación colectiva y las posibilidades de su articulación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 26-28.

¹⁴³ NAVARRO NIETO, F., *La estructura de la negociación colectiva: marco jurídico y disciplina contractual*, Albacete: Bomarzo, 2009, p. 9.

y la organización del mercado económico (más o menos abierto a la competencia, por ejemplo)¹⁴⁴.

Por tanto, en la negociación colectiva centralizada se sitúa el problema de la uniformidad de la regulación de las condiciones de trabajo, máxime cuando las partes negociadoras de los convenios sectoriales no toman en consideración las peculiaridades que presentan las PYMES¹⁴⁵. Como resultado, el nivel de empresa se presenta, de nuevo, como la mejor garantía para que la negociación colectiva pueda desarrollar con éxito la función adaptativa.

III. Delimitación del objeto de estudio y estructura

De lo dicho hasta ahora se puede colegir que la negociación colectiva puede constituir, según la regulación legal concreta, una herramienta al servicio de la flexibilidad empresarial que contribuya a mejorar la adaptabilidad al entorno económico y la productividad de la compañía. Este resultado dependerá, principalmente, de cómo la función adaptativa consiga materializarse dentro del marco legal dado.

Por ello, establecido el objetivo de trabajo, esto es, realizar una cartografía jurídica de la institución de la negociación colectiva desde el prisma de la competitividad empresarial, la tesis se organizará en dos grandes bloques. En el primero se estudiará cómo la estructura jurídica “macro” ampara, protege o garantiza la capacidad de competir del empresario, profundizando en cuáles son los derechos fundamentales en juego y la interacción entre ambos, a saber, el derecho a la libertad de empresa y el propio derecho a la negociación colectiva.

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 8.

¹⁴⁵ GONZÁLEZ POSADA, E. “Los convenios colectivos de eficacia general y su aplicación a las PYMES”, en Fernando Valdés Dal-Ré, Fernando Pérez Espinosa Sánchez y Javier Matía Prim (Dirs.), *La Negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid: Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial, 1982, pp. 17-96; FITA ORTEGA, F., “La diversificación de la normativa laboral en función de la dimensión de la empresa...”, *op. cit.*, p. 333.

En este sentido, en el capítulo primero se abordará la naturaleza jurídica y el contenido esencial de la libertad de empresa, tanto desde una perspectiva nacional como comunitaria. Asimismo, e indagando en su dimensión objetiva o institucional, se prestará atención a las posibilidades empresariales que su “imagen maestra” llama a garantizar por parte de los poderes públicos. A través de este doble análisis, se pretende poner de manifiesto la conexión existente entre la competitividad, entendida como facultad subjetiva, y la libertad de empresa. Por ello, resulta esencial realizar una lectura de las coordenadas que configuran el libre mercado desde el punto de vista laboral, en especial, la relativa a la competencia entre empresarios en condiciones de igualdad.

Aunque el Derecho del Trabajo trata de resolver los conflictos surgidos entre trabajadores y empleadores, no debería desatender o despreocuparse de las posibles tensiones competitivas entre estos últimos, derivadas o potenciadas desde la normativa laboral. Así las cosas, los empresarios no solo compiten en el libre mercado, sino que también rivalizan entre sí en el específico mercado de trabajo y lo hacen, principalmente, a través de la negociación colectiva. A este respecto, la idea principal que constituirá el hilo conductor de este trabajo es cómo la regulación laboral, y más específicamente, el tratamiento normativo de la negociación colectiva aborda esta tensión. Por tanto, no se pretende analizar jurídicamente el conflicto entre los derechos fundamentales del trabajador y la libertad de empresa¹⁴⁶, sino que en las siguientes páginas se estudiará como el Derecho del Trabajo trata o resuelve, si es que lo hace, el potencial conflicto que puede sustanciarse en el marco de la negociación colectiva en términos de competencia empresarial.

Por esta razón, en el segundo capítulo se abordará desde una perspectiva ontológica y constitucional el derecho a la negociación colectiva a fin de averiguar su conexión funcional con la libertad de empresa en general, y con la capacidad competitiva de los empresarios en particular. De este modo, tras acercarse al contenido esencial y descubrir la titularidad original de este derecho fundamental, se reforzará la idea de partida de que todo empresario debe de poder ejercer este derecho en condiciones de igualdad. En principio, esto implicaría poder alcanzar acuerdos con la misma naturaleza

¹⁴⁶ En profundidad, *vid.* GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa*, Navarra: Aranzadi, 2013.

jurídica, pues es indudable que no todos los pactos con los representantes de los trabajadores poseen idéntica fuerza en términos de adaptabilidad económica. Para finalizar este capítulo se explorará la interconexión entre la autonomía colectiva y la individual a fin de descubrir la potencialidad de esta última fuente de derecho en la búsqueda de la competitividad. En este sentido, y dada su trascendencia desde el punto de vista de la gestión empresarial, se prestará especial atención a la problemática que rodea a los acuerdos individuales en masa.

En definitiva, estos dos primeros capítulos conforman el primer bloque del presente trabajo y delimitan el marco jurídico de partida que permitirán fijar los dos derechos fundamentales y los presupuestos conceptuales principales sobre los cuales se asienta la idea transversal de este trabajo, es decir, cómo el ordenamiento laboral y, en especial, el tratamiento legal de la negociación colectiva se aproxima a la capacidad de competir de los empresarios.

En el segundo bloque se analizará cómo la ley ordinaria y la jurisprudencia se acomodan al esquema dibujado en la primera parte. En particular, durante los capítulos que componen este segundo bloque se intentará demostrar que la vigente regulación de la negociación colectiva está caracterizada por una desigualdad de trato entre empresas, que genera, a su vez, una dualidad competitiva que perjudica principalmente a las pequeñas empresas.

A propósito de este objetivo, en el capítulo tercero se realizará un análisis pormenorizado de las reglas legales de legitimación, respecto tanto de la negociación colectiva sectorial como de la empresarial. Así, con relación a los sujetos legitimados para celebrar convenios colectivos sectoriales se prestará especial atención al modo en cómo se articula y distribuye legalmente el poder negociador. Al respecto, el concepto de “representatividad”, o, mejor dicho, su configuración legal aparece como la piedra angular que permitirá explicar por qué el actual sistema no ofrece garantías suficientes para afirmar que la mayoría de empresas españolas están debidamente representadas en la negociación sectorial. Por este motivo, resulta necesario detenerse, por un lado, en el estudio de las variables legales y en su respectiva ponderación para entender por qué las asociaciones patronales que aglutinan a grandes empresas se convierten en protagonistas de la negociación sectorial, en detrimento de las pequeñas empresas; y

por otro lado, conviene acercarse al tratamiento jurisprudencial en torno a la representatividad patronal con el fin de comprender el conjunto de presunciones que el TS ha creado y que apuntalan el déficit de representatividad patronal.

Como se señalaba, en este capítulo tercero también se someterá a examen el tratamiento normativo relativo a la legitimación para suscribir convenios de empresas desde el punto de vista de la igualdad competitiva. En este punto, además de poner de manifiesto algunos problemas no resueltos respecto a la legitimación patronal, como es el caso de los grupos de empresas, se abordará principalmente la imposibilidad de negociar un régimen convencional estatutario propio derivado, por un lado, de la ausencia de un interlocutor social válido en el centro de trabajo y, por otro, del principio de correspondencia. Mediante este análisis se podrá comprobar cómo, nuevamente, las pequeñas empresas se encuentran con mayores dificultades jurídicas para defender su competitividad a través de la negociación colectiva. A propósito de ello, se analizarán brevemente los datos relativos al número de convenios de empresas para verificar si la apuesta legislativa del 2012 de convertir la negociación colectiva en un instrumento de mejora de la viabilidad y productividad empresarial se ha materializado en la práctica.

Este capítulo terminará con un análisis jurídico de las dos tensiones competitivas descritas en torno a la negociación colectiva proyectadas a nivel comunitario, con el objetivo de averiguar si los conflictos analizados a nivel nacional se reproducen en dicho ámbito espacial. A tal fin, se estudiará, en primer lugar, cómo se articula la participación y se distribuye el poder negociador de los agentes sociales en este espacio superior; y, en segundo lugar, se dará cuenta de los problemas jurídicos que la negociación colectiva encuentra en el seno de una empresa transnacional y que, indudablemente, afectan a la su capacidad competitiva.

Así, una vez comprobada la situación de cautiverio o sumisión en la que puede quedar el empresario respecto del convenio sectorial, en el capítulo cuarto se examinará la virtualidad de la principal herramienta legal para reaccionar contra el mismo, esto es, la impugnación del convenio colectivo. A este propósito, se desentrañará esta vía de tutela a fin de averiguar si constituye realmente un mecanismo útil en manos del empresario para intentar corregir una eventual ilegalidad o lesividad derivada del

régimen convencional que afectase a su capacidad competitiva. Por tanto, a efectos de verificar si la institución de la impugnación constituye un instrumento de defensa de la competencia, se estudiarán las reglas de legitimación desde el punto de vista empresarial, pues en función de la facilidad procesal para iniciar el correspondiente proceso dependerá, en buena medida, la satisfacción de dicha finalidad.

Por otro lado, se demostrará cómo la impugnación convencional también puede convertirse en un mecanismo para entorpecer, frenar o limitar la capacidad competitiva de aquellas empresas que sí cuentan con un convenio propio, en la medida que el resto de competidores, incluyendo a las asociaciones empresariales, pueden pretender la nulidad de dicho convenio vía judicial.

A continuación, en el capítulo quinto se profundizará en el auténtico potencial competitivo que deriva del convenio de empresa con el objetivo de “desmitificar” su prioridad aplicativa. A tal fin, se pondrán de manifiesto el conjunto de limitaciones, tanto de origen convencional, doctrinal, judicial como jurisprudencial que recaen sobre el mismo. Así, sin olvidar que la regulación vigente de la legitimación del convenio genera una dualidad competitiva, se intentará demostrar que el convenio de empresa, aun constituyendo un avance en la defensa de la competitividad empresarial, no disfruta del alcance que pudiera haber tenido en la medida que no permite escapar fácilmente y por completo a la uniformización proveniente del régimen sectorial.

Se llega así al sexto y último capítulo en el que se indaga sobre la virtualidad competitiva del acuerdo de inaplicación convencional regulado en el art. 82.3 ET, tanto desde la perspectiva de instrumento de negociación colectiva alternativo al convenio de empresa estatutario, si es que lo es, como vía de escape a la imposición de costes laborales desde el convenio sectorial. Con este objetivo, se irán poniendo de relieve las diferencias más importantes entre este tipo de negociación con el convenio de empresa suscrito en el marco del ET.

De este modo, esta tesis aspira a ser un estudio completo sobre cómo afecta el tratamiento legal de la negociación colectiva -tanto sectorial, empresarial y la relativa a la inaplicación convencional- a la rivalidad económica entre los empresarios, generando o favoreciendo una desigualdad competitiva entre ellos. En definitiva, el presente trabajo se enmarca en el referido carácter bidireccional o bifrente del Derecho

del Trabajo, pues el estudio del impacto de la regulación de la negociación colectiva sobre la dimensión del empresario también merece toda nuestra atención.

CAPÍTULO PRIMERO: LA LIBERTAD DE EMPRESA

I. La libertad de empresa como derecho fundamental del empresario

El punto de partida para acercarse al estudio de la libertad de empresa debe ser el relativo a su naturaleza jurídica, pues en función de su consideración como derecho fundamental o garantía institucional las consecuencias jurídicas serán diversas. Así, a pesar de la proximidad de ambos conceptos, se diferencian en varios aspectos¹⁴⁷. En primer término, mientras que el titular de un derecho fundamental es siempre una persona, la garantía institucional carece de titularidad en sentido estricto. En segundo término, el bien jurídico protegido de ambas figuras no es coincidente, pues el derecho fundamental protege facultades subjetivas, en tanto que la garantía institucional ampara instituciones. Esto significa que la primera garantiza un núcleo esencial de facultades jurídicas conferidas a la persona, que se integrarían en su patrimonio jurídico, mientras que la segunda protege una “imagen maestra” constituida por ámbitos objetivos de la realidad, más abierta a la acción del legislador. En tercer y último término, mientras que el derecho fundamental tiene protección jurisdiccional y goza de eficacia directa entre particulares ante los tribunales, la garantía institucional no disfruta de tales características, sin perjuicio del control de constitucionalidad.

Como se decía, y a pesar de estas tres diferencias, son conceptos jurídicos que guardan una estrecha vinculación entre sí mediante una relación de causalidad, pues como resultado del ejercicio del derecho fundamental y de su protección legal, se genera un

¹⁴⁷ BAÑÓN LEÓN, J. M.^a, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, p. 156-179; SOLOZÁBAL, J., “Garantías Institucionales”, en Manuel Aragón Reyes (Coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, tomo 3, Madrid: Civitas, 2001, pp. 110-113; ARAGÓN REYES, M., “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 25.

espacio o realidad que configura la “imagen maestra” a proteger por la garantía institucional.

Así, para determinar si la libertad de empresa es un derecho fundamental o no lo es, debe partirse de la literalidad del art. 38 CE, según el cual “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”.

En la redacción del precepto constitucional se observa la relación de causalidad señalada, en la medida que el primer inciso del art. 38 CE reconoce primero un derecho fundamental, la libertad de empresa, y a continuación se refiere a la institución resultante de ello, cual es la economía de mercado¹⁴⁸. Así, se pone de manifiesto que el libre mercado aparece como el resultado del ejercicio por parte del empresario del conjunto de derechos económicos que integran la libertad de empresa¹⁴⁹. En este sentido, del reconocimiento constitucional de la suma de libertades económicas que formarían “la libertad de empresa”, se generaría un espacio de asignación de recursos que, bajo el nombre de “economía de mercado”, la CE protege como institución social y económica. En sentido contrario, esta relación causal significa que no es la garantía institucional del mercado la que genera derechos o libertades económicas, sino que ocurre justamente al revés¹⁵⁰.

No obstante, durante los primeros años de la democracia actual, el máximo intérprete de la CE mantuvo una doctrina confusa respecto a la naturaleza jurídica de la libertad de empresa. Así, el TC afirmaba, por un lado, que en el art. 38 CE “predominaba de

¹⁴⁸ CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, Madrid: Civitas, 2006, p. 127.

¹⁴⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Descentralización productiva y libertad de empresa”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 184.

¹⁵⁰ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en José Luís Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Moreno Vida (Coords.), *Comentarios a la Constitución socioeconómica de España*, Granada: Comares, 2002, p. 392.

forma patente el carácter de garantía institucional¹⁵¹, pero, por otro lado, mantenía que también se trataba de un derecho fundamental¹⁵². Lo relevante de esta jurisprudencia era la consecuencia que de ella derivaba, ya que cuando se conceptualiza a la libertad de empresa bajo el criterio hermenéutico de garantía institucional, el listón de protección es mucho más bajo que cuando se interpreta como derecho fundamental, en tanto en cuanto se legitimaría *a priori* cualquier injerencia del Estado salvo que pusiera en riesgo su propia existencia¹⁵³.

Frente a esta confusión conceptual por parte del TC, la doctrina autorizada denunciaba el abuso general de la comprensión institucional de los derechos fundamentales, pues se llegaba hasta al punto de provocar una mutación en su naturaleza: pasaban a verse como institutos más que como derechos de los ciudadanos, poniéndose como ejemplo paradigmático, precisamente, lo acaecido con la libertad de empresa¹⁵⁴.

En esta interpretación inicial que minusvaloraba la libertad de empresa como derecho fundamental, el TC contó con el apoyo del TS, que también entendía que el “principio” de libertad de empresa no “prejuzgaba nada”, porque en la CE no existía un modelo de mercado, sino “varios”, recordando que la redacción dada al art. 38 CE por el poder constituyente “fue una fórmula consensuada a la que prestaron su adhesión partidos sociológica e ideológicamente antagónicos, mediante la transacción de incluir en él tanto este principio como el contrapuesto, que defiende las exigencias de la economía general y de la planificación”¹⁵⁵.

Así, ambos tribunales confirmaron en aquel momento que la libertad de empresa no era un derecho fundamental basándose en la ubicación del art. 38 dentro del articulado

¹⁵¹ Entre otras, STC 111/1983 de 2 de diciembre (FJ 10), STC 83/1984 de 24 de julio (FJ 3), STC 87/1985 de 16 de julio (FJ 8) o STC 136/1991 de 20 de junio (FJ 1).

¹⁵² Entre otras, STC 46/1983 de 27 de mayo (FJ 6) o STC 109/2003 de 5 de junio (FJ 15).

¹⁵³ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 38. Libertad de Empresa”, en M.^a Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Dirs.), *Comentarios a la Constitución Española*, Toledo: Fundación Wolkers Kluwer, 2009, p. 992.

¹⁵⁴ Cfr. CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa, op. cit.*, p. 191.

¹⁵⁵ *Vid.* STS de 28 de mayo de 1984 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, ponente Ángel Martín del Burgo).

de la CE. Así, cabe recordar a este respecto que el TC identificó durante algún tiempo la noción de derecho fundamental exclusivamente con la de los derechos protegidos por el recurso de amparo¹⁵⁶, protección jurisdiccional de la que la libertad de empresa no cuenta. También el TS mantuvo esta concepción restrictiva hasta tiempos recientes, afirmando respecto de la libertad de empresa que, al no estar recogida en la Sección primera del capítulo II de la CE (arts. 14-29 CE), presentaba un carácter meramente genérico cuya invocación tenía un alcance puramente instrumental¹⁵⁷.

No obstante, hoy es pacífico en la jurisprudencia del TC¹⁵⁸, al igual que en la doctrina especializada¹⁵⁹, que los derechos fundamentales son todos aquellos que la CE sustrae a la libre decisión del legislador ordinario, al que impone la obligación de respetar su contenido esencial. De este modo, todos los derechos del Capítulo 2º del Título Primero CE tienen esta condición en cuanto que disfrutan de las tres características enunciadas en el art. 53.1 CE y que definen a un derecho como fundamental: en primer lugar, la aplicabilidad directa, lo que significa que dicho derecho vincula a todos los poderes públicos; en segundo lugar, la necesaria reserva de ley para la regulación de su ejercicio; y por último la existencia de un contenido esencial que ha de respetar el legislador.

¹⁵⁶ STC 111/1983 de 2 de diciembre (FJ. 8).

¹⁵⁷ Auto del TS (Sala de lo Civil) de 17 de febrero de 2004 (rec.1426/2003).

¹⁵⁸ *Vid.* STC 37/1987 de 26 de marzo y toda la doctrina posterior.

¹⁵⁹ La consideración de la libertad de empresa como derecho fundamental puede encontrarse en numerosos escritos, entre los que pueden citarse ARAGÓN REYES, M., “Libertad de empresa”, en AA. VV, *Enciclopedia jurídica básica*, vol. 3, Madrid: Civitas, 1995, p. 4029-4032; RUBIO LLORENTE, F., “La libertad de empresa en la Constitución”, en Juan Luis Iglesias Prada (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid: Civitas, vol. 1, 1996, p. 435; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Ensayo sobre la libertad de empresa”, en Antonio Cabanillas Sánchez *et al.* (Coords.), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 5978; MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Madrid: Iustel, vol. 2, 2006, p. 424; RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Granada: Comares, 2010, p. 13; CIDONCHA, A., *Libertad...op. cit.*, pp. 175 y ss.

Así, la libertad de empresa sería un derecho fundamental, por cuanto que el art. 38 está ubicado en la Sección 2ª del Capítulo 2º del Título Primero CE¹⁶⁰ y por tanto la regulación de su ejercicio debe realizarse necesariamente por Ley, que a su vez debe respetar su contenido esencial. En este sentido, tanto el TC como el TS han declarado sin ambages que el art. 38 CE consagra un derecho fundamental¹⁶¹.

A mayor abundamiento, algunos autores han intentado razonar su carácter de derecho fundamental atendiendo, no tanto a su ubicación en el texto constitucional, sino a su propia naturaleza. En este sentido, han resaltado su conexión con el libre desarrollo de la personalidad¹⁶². De este modo, a través del ejercicio de la libertad de empresa se conseguiría la realización del interés individual en una economía de mercado en términos de autodeterminación y autorrealización, pues permite que los ciudadanos proyecten su capacidad personal en la esfera comercial e industrial. En otros términos, la libertad de empresa posibilitaría la manifestación de facultades inherentes al libre desarrollo de la personalidad, tales como la habilidad o la creatividad en el contexto económico¹⁶³.

¹⁶⁰ CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, p. 175; ARAGÓN REYES, M. y LOSADA GONZÁLEZ H., “La libertad de empresa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 108, 2014, p. 17-18.

¹⁶¹ STC 46/1983 de 27 de mayo (FJ 6); STC 109/2003 de 5 de junio (FJ 15); STC 124/2003 de 19 de junio (FJ 12), STC 112/2006 de 5 de abril (FJ 12); STC 16/2011 de 3 de marzo (FJ 9); STC 35/2012 de 19 de junio (FJ 5); STC 96/2013 de 23 de abril (FFJJ 4 y 6).

¹⁶² En el sentido de que: “la noción de derecho fundamental encierra una cierta dosis de iusnaturalismo o de fundamentalidad externa o metajurídica, que llega hasta los textos constitucionales contemporáneos, entendiendo por estos aquellos que corresponden al desarrollo de la dignidad humana, que son esenciales al ser humano, por resultar inherentes al desarrollo de su personalidad”. *Vid.* ALVAREZ CONDE, E., “El sistema constitucional de derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 15, 2004, p. 116.

¹⁶³ ROMAGNOLI, U., “Estructura de la Empresa”, en Lyon-Caen *et al.*, *Los Trabajadores y la Constitución*, Madrid: Sociedad de Estudios Laborales, 1980, p. 75. En sentido similar, MARTÍNEZ VAL, J.M., “El contenido esencial de la libertad de empresa”, *Revista General de Derecho*, núm. 493-94, 1985, p. 3186; PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 38. Libertad de Empresa”, *op. cit.*, p. 980.

En sentido contrario, JUAN ASENJO, O. D., *La Constitución Económica Española*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p. 153: “No forma parte de la estructura de la personalidad humana, pues, si así fuera, resultaría que sólo una ínfima proporción de los habitantes del país estarían gozando de las condiciones adecuadas para el desarrollo de su personalidad”. Frente a esta crítica se ha respondido que dicho autor “está basado en el prejuicio que atribuye mayor dignidad al trabajo

Con todo, debe matizarse que la relación entre la libertad de empresa y el libre desarrollo de la personalidad no es constante en todos los supuestos. La industrialización, primero, y la globalización, después, han llevado aparejado el protagonismo de las grandes sociedades capitalistas, lo que ha difuminado en muchos casos el elemento personal en el ejercicio de este derecho. De este modo, algunos comentaristas proponen “una diversificación del contenido y eficacia del derecho en función de la estructura de la empresa”¹⁶⁴, en el sentido de que la proximidad a la esfera de autorrealización del individuo es mayor cuando el derecho es ejercido por personas físicas o por pequeñas empresas, mientras que, para el caso de grandes corporaciones, el elemento personal de la libertad de empresa queda en un segundo plano¹⁶⁵.

II. El contenido esencial de la libertad de empresa

1. Un breve repaso a las teorías sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales

De partida, para poder dar respuesta a la pregunta sobre cuál es el contenido esencial de libertad de empresa como derecho fundamental, resulta obligatorio hacer previamente un rápido recordatorio sobre las diferentes teorías doctrinales sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales.

El punto de partida de todas ellas es común, pues asumen la ausencia de una definición constitucional sobre dicho contenido en relación con cada derecho fundamental, de tal suerte que le corresponde al TC, como máximo intérprete de la CE, fijarlo caso por

dependiente que al independiente”, *vid.* PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, *op. cit.*, p. 360; GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa ¿un terrible derecho?*, Madrid Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008. pp. 111-114; AGRA VIFORCOS, B., “Libertad de empresa”, en Antonio Baylos Grau, Candy Florencio Thomé, y Rodrigo García Schwarz (Coords.), *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 1309-1315.

¹⁶⁴ GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa ¿un terrible derecho?*, *op. cit.*, p. 102.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 274.

caso. Intentando dar una definición global, en una de sus primeras sentencias, el TC definió el contenido esencial como “aquella parte del contenido de un derecho sin la cual esta pierde su peculiaridad”, “lo que hace que sea reconocible como derecho perteneciente a un determinado tipo” y “aquella parte del contenido que resulta ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga”¹⁶⁶.

Sin embargo, a pesar de dicho intento, el debate doctrinal relativo al entendimiento en abstracto del concepto “contenido esencial” sigue vivo, enfrentándose al menos dos grandes corrientes, a saber, la teoría absoluta y la relativa.

Así, conforme a la primera, el contenido esencial actúa como límite infranqueable en la regulación legal que se haga de los derechos fundamentales, es decir, supondría una barrera jurídica que el legislador no podría traspasar cuando los desarrollase. Desde esta perspectiva, el contenido esencial constituiría el reducto del derecho indisponible para el legislador, siendo una garantía contramayoritaria que haría al derecho fundamental ser tal, esto es, oponible frente a todos los poderes del Estado, incluido el legislativo, pero que, al mismo tiempo, permitiría al legislador modular, respetando este contenido, la regulación del ejercicio de los derechos dando cabida en ellos al pluralismo político¹⁶⁷.

Por otro lado, a tenor de la concepción relativa, no habría un contenido mínimo predeterminable de cada derecho, sino que el contenido esencial sería elástico, lo que permitiría al legislador limitar el derecho fundamental aplicando el principio de proporcionalidad en cada caso¹⁶⁸. Así, este núcleo mínimo sería lo que queda del derecho después de una intervención proporcional del poder público en el mismo.

Pues bien, en nuestra jurisprudencia constitucional prevalece la concepción relativa del contenido esencial¹⁶⁹, que en la práctica lleva a afirmar que el contenido esencial es lo

¹⁶⁶ STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 10).

¹⁶⁷ ARAGÓN REYES, M. y LOSADA GONZÁLEZ H., “La libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 21.

¹⁶⁸ ARAGÓN REYES, M., “El Contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 30.

¹⁶⁹ STC 66/1991 de 22 de marzo (FJ 2), STC 109/2003 de 5 de junio (FJ 15).

que queda tras la ponderación¹⁷⁰. En tal sentido, la aplicación del juicio de proporcionalidad, conducirá a considerar la ley que lo regule como inconstitucional cuando se verifique que no es adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto¹⁷¹.

No obstante, algunos autores han apuntado que el TC debería aplicar dicho canon de constitucionalidad teniendo en cuenta no solo estos criterios en relación con la finalidad legislativa, sino también atendiendo a los efectos reales que la norma produce en la sociedad¹⁷². En este sentido, defienden que se haga una evaluación de la norma en razón a su adecuación para el logro de los objetivos declarados por la misma. Sin embargo, frente a esta posición doctrinal el propio TC ha respondido tajantemente que no corresponde en sede constitucional enjuiciar la oportunidad, idoneidad o eficacia de las medidas legislativas, de tal modo que el juicio de proporcionalidad lo es exclusivamente de validez y no de oportunidad ni de eficacia¹⁷³.

Frente a las críticas a la aplicación de la teoría relativa, que apuntan en definitiva a que bajo esta perspectiva se destruye la noción misma de derecho fundamental, en cuanto que se podría conducir al entero sacrificio del derecho¹⁷⁴, aparece una tercera corriente

¹⁷⁰ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 38. Libertad de Empresa”, *op. cit.*, p. 993.

¹⁷¹ Recuérdese que la idoneidad o adecuación exige que toda intervención en los derechos fundamentales deba ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo; la necesidad o indispensabilidad implica que toda intervención en los derechos fundamentales sea “la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto”; y a tenor de la proporcionalidad en sentido estricto, “las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que esta implica para sus titulares y para la sociedad en general. *Vid.* BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003, pp. 33-36.

¹⁷² APARICIO TOVAR, J., “La continuidad de una política de empleo flexibilizadora en la reforma laboral del 2010”, en Antonio Baylos Grau (Coord.), *Garantías de empleo y derechos laborales en la ley 35/2010 de reforma laboral*, Albacete: Bomarzo, 2011, p. 21; BAYLOS GRAU, A.; “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, *Revista de Derecho Social*, núm. 61, 2013, pp. 36-37.

¹⁷³ STC 341/1993, de 18 de noviembre (FJ 2), STC 237/2012, de 13 de diciembre, (FFJJ 6 y 7), Auto 43/2014 del Tribunal Constitucional de 12 de febrero (FJ 4).

¹⁷⁴ La mayor crítica formulada a esta concepción es que en última instancia se confunde el contenido esencial con el principio de proporcionalidad, *vid.* ARAGÓN REYES, M. y LOSADA GONZÁLEZ H., “La libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 22. En este sentido, se ha señalado que “la constitucionalidad de una limitación no se juzga tomando como base el contenido del derecho fundamental, sino la limitación en sí y la finalidad perseguida con dicha limitación. Esto significa que la libertad de empresa como

doctrinal para encontrar el contenido esencial, bajo el nombre “teoría absoluta relativizada”¹⁷⁵. Según esta visión, debe haber un entendimiento relativo de carácter temporal de lo que es el contenido esencial, gracias al cual pueda determinarse el mismo por cada cultura y tradición jurídica, de tal modo que pueda ir adaptándose al momento, dotándose así de un significado vivo y actual. En particular, dicha tarea de ponderación entre permanencia y cambio estaría en manos del TC. El resultado es que se mantendría un núcleo férreo indisponible para el legislador, pero se encontraría relativizado por la cultura jurídica arraigada y viva, y no por el principio de proporcionalidad. Por ello, el contenido esencial no sería predeterminable *ex ante*, sino que lo determinaría el TC en cada caso.

De hecho, no resulta extraño que el TC emplee en determinadas ocasiones también esta tercera opción para encontrar el contenido esencial de los derechos fundamentales. En este sentido, en la ya temprana STC 11/1981 de 8 de abril (JF 10) se afirmaba que debían ponderarse en la búsqueda del contenido esencial “el momento histórico de que en cada caso se trate y las condiciones inherentes a las sociedades democráticas cuando se trate de derechos fundamentales”¹⁷⁶.

derecho subjetivo sólo existe allí dónde acaba la posibilidad de limitarla, y las posibilidades de limitación son infinitas”. STC 341/1993, de 18 de noviembre (FJ 2), STC 237/2012, de 13 de diciembre, (FFJJ 6 y 7), Auto 43/2014 del Tribunal Constitucional de 12 de febrero (FJ 4).

¹⁷⁵ ARAGÓN REYES, M. y LOSADA GONZÁLEZ H., “La libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 22; JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Madrid: Trotta, 1999, 71-74; ARAGÓN REYES, M., “El Contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 31; CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, p. 297.

¹⁷⁶ También STS núm. 37/1987 de 26 de marzo de 1987 (FJ 2). A mayor abundamiento, el TC en la sentencia 198/2012 de 6 de noviembre (que resolvió la constitucionalidad del matrimonio homosexual) partió del presupuesto inicial de que la Constitución es un “árbol vivo”, de tal forma que a través de una interpretación evolutiva se acomoda a las realidades de la vida moderna como medio para asegurar su propia relevancia y legitimidad. En este sentido, el TC es partidario de realizar una “lectura evolutiva” de la Constitución basada en la cultura jurídica y en la observación de la realidad social, siendo significativo, a estos efectos, el derecho comparado, el internacional, la doctrina científica y los datos estadísticos y demoscópicos. Sin embargo, dicha sentencia recoge varios votos particulares que cuestionan la validez de la interpretación evolutiva de la Constitución, calificándola de “sociologismo jurídico”. En esta línea, estos votos particulares denuncian que a través de la misma el TC se convierta en una especie de poder constituyente. En profundidad, *vid.* MÁRQUEZ LUZARDO, C. M.^a, “Textura abierta del lenguaje, interpretación evolutiva y mutación constitucional”, en Carmen María Márquez Luzardo (Dir.), *Interpretación evolutiva de la Constitución y teorías de la interpretación constitucional*, España: Universidad Católica Andrés Bello, 2014, pp. 107-133.

2. La difícil tarea de concretar el contenido esencial de la libertad de empresa

Así las cosas, en cuanto a la búsqueda del núcleo esencial de la libertad de empresa se refiere, se enfrentan de nuevo las dos teorías principales referidas previamente.

Por un lado, a partir de la concepción absoluta, el TC ha establecido que dicho contenido está formado por un conjunto de facultades que integrarían la libertad de decisión de crear empresas y, en consecuencia, para actuar en el mercado, así como la de establecer los objetivos empresariales y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Todo ello en condiciones de igualdad¹⁷⁷. En última instancia, el TC ha sostenido que debe permanecer en todo caso un espacio de libertad tal que la medida legislativa restrictiva no conlleve a una limitación del derecho a la libertad de empresa de tal entidad que pueda determinar un impedimento práctico de su ejercicio¹⁷⁸. De forma similar, el TS lo define como “el derecho subjetivo que asiste a todo ciudadano de participar libremente, mediante la utilización de recursos privados, en la creación, dirección y administración de organizaciones individuales o societarias encaminadas a la producción de bienes y servicios y a un intercambio en el mercado”¹⁷⁹. Este planteamiento también es el mantenido por algunos comentaristas¹⁸⁰, que identifican este contenido esencial con tres libertades complementarias: creación de empresas y de acceso al mercado; organización y dirección del empresario; y cesación de la actividad.

Sin embargo, por otro lado, y basándose en la teoría relativa, el TC también ha identificado el núcleo mínimo de la libertad de empresa con el principio de

¹⁷⁷ Por todas, STC 109/2003 de 5 de junio.

¹⁷⁸ SSTC 89/2017 de 4 de julio (FJ 14) y 103/2018 de 4 de octubre de 2018 (FJ 8).

¹⁷⁹ *Vid.* SSTS de 9 de abril de 2003 (FJ 2); 31 de marzo de 2004 (FJ 3).

¹⁸⁰ ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A., “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm., 169-170, 1983, pp. 327 y ss. 325-335; ARIÑO ORTIZ, G., *Principios constitucionales de la libertad de empresa: libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 1985, pp. 85 y ss.

proporcionalidad, por cuanto sostiene que las restricciones a las que pueda quedar sometido “son tolerables siempre que sean proporcionadas, de modo que, por adecuadas, contribuyan a la consecución del fin constitucionalmente legítimo al que respondan y por indispensables hayan de ser inevitablemente preferidas a otras que pudieran suponer, para la esfera de libertad pública protegida, un sacrificio menor”¹⁸¹. En esta línea, el TC también ha defendido que “la libertad de empresa es un derecho de textura abierta, porque debe compaginar la apertura económica con el hecho que España se constituye en un Estado social, cláusula que respalda la idea de que el contenido de las libertades económicas viene delimitado por la función social de estos derechos, lo que supone límites y deberes de carácter positivo”¹⁸².

Al hilo de estas últimas consideraciones que descansan sobre la visión relativa de su núcleo esencial, debe admitirse que la libertad de empresa se encuentra sometida a varios límites que configuran, en cierta medida, dicho contenido infranqueable. Así, en relación con aquellos que se recogen expresamente en la norma constitucional se destacan los cuatro que aparecen en el propio art. 38 CE: la economía de mercado¹⁸³, la defensa de la productividad¹⁸⁴, las propias exigencias de la economía general¹⁸⁵ y por

¹⁸¹ STC 109/2003 de 5 de junio (FJ 15).

¹⁸² Y así lo ha afirmado el TC en un caso en que se relacionan derecho de propiedad y libertad de empresa: STC 37/1987, de 26 de marzo de 1987 (FJ 5). Cfr. VIERA ÁLVAREZ, C., “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2010, p. 207.

¹⁸³ El Tribunal Constitucional ha señalado en la STC 88/1986 de 1 de julio (FJ 4) que la economía de mercado y la defensa de la competencia habilita a los poderes públicos para limitar el ejercicio del derecho subjetivo, ya que la economía de mercado “se vería amenazada por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste a efectos de prevenir y en su caso corregir situaciones que afecten a la estructura del mismo”.

¹⁸⁴ En cuanto a la defensa de la productividad también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC 92/1992 de 11 de junio (FJ 3). En particular, como límite al poder de dirección del empresario, ya que entendió que la intervención subsidiaria de la Administración, que limita el poder de dirección del empresario, encuentra su justificación en la defensa de la productividad que el art. 38 encomienda a los poderes públicos. También en la STC 227/1988 de 29 de noviembre (FJ 7).

¹⁸⁵ Sobre las exigencias de la economía general, las mismas constituyen una cláusula genérica que habilita al legislador a fijar una amplia variedad de limitaciones al derecho subjetivo de la libertad de empresa. Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC 127/1994 de 5 de mayo (FJ 6): “la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente el mercado”. En este sentido, en la STC 111/1983 de 2 de diciembre (FJ 5) se reafirma en que: “es la propia Constitución [...] la que

último la planificación¹⁸⁶. También puede estar limitada por otros de carácter implícito que derivan de una manera mediata o indirecta de la necesidad de proteger o preservar otros derechos y bienes constitucionales¹⁸⁷, entre los que destacan los derechos fundamentales de los trabajadores¹⁸⁸, los derechos de los clientes y de los demás empresarios¹⁸⁹, al igual que otros bienes protegidos constitucionalmente como el medio ambiente en el art. 45.2 CE¹⁹⁰. Junto a los derechos fundamentales, parte de la doctrina¹⁹¹ entiende que los principios o valores superiores del sistema político también son límites a la libertad de empresa, tales como la justicia (art. 1.1 CE), la interdicción de la arbitrariedad del empleador (a través de una interpretación amplia del art. 9.3 CE), o la redistribución de la renta. En esta línea, otros autores han apuntado a que todas las materias objeto de la llamada legislación social o tuitiva pueden contemplarse como límites¹⁹².

No obstante, otros comentaristas, desde la visión absoluta de los derechos fundamentales, responden que dichos límites no pueden llegar a tener tal intensidad que permitan al legislador hacer desaparecer, de la mano del criterio de la

condiciona el ejercicio de esta libertad. [...] es lícitamente posible para el legislador la introducción de límites y restricciones al ejercicio de derechos de contenido patrimonial, como son los de propiedad y libertad de empresa, por razones derivadas de su función social”.

¹⁸⁶ Por un lado, se distingue entre planificación general anclada en el art. 131 CE y por otro, la planificación sectorial. Respecto de la primera el Tribunal Constitucional en la STC 37/1981 de 16 de noviembre (FJ 2) se ha limitado a señalar que la libertad de empresa ha de ser compatible con ella. En cuanto a la planificación sectorial, en la STC 109/2003 de 5 de junio (FJ 16) ha entendido que puede constituir constitucionalmente un límite a la libertad de empresa a pesar de su carácter autonómico¹⁸⁶.

¹⁸⁷ STC 11/1981 de 8 de abril (FJ 7).

¹⁸⁸ En profundidad, *vid.* GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa*, Navarra: Aranzadi, 2013.

¹⁸⁹ CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, p. 275.

¹⁹⁰ STC 227/1988 de 29 de noviembre (FJ 7).

¹⁹¹ DEL VALLE VILLAR, J. M., “Los límites a los poderes del empresario en el Estado de Derecho”, en Efrén Borrajo Dacruz, Efrén (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid: Actualidad Editorial, 1993, p. 191; BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., “Aproximación a la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 24, 1998, p. 127.

¹⁹² DIÉGUEZ CUERVO, G., “Poder empresarial: Fundamento, contenido y límites”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 27, 1986, p. 331.

proporcionalidad, el contenido mínimo de la libertad de empresa¹⁹³. Y, en consecuencia, para una mayor protección de esta, insisten en la necesidad de dar contenido específico a las libertades generales de acceso, ejercicio y abandono que, de forma tan general, enuncian el TC y el TS.

En esta labor de delimitar el núcleo esencial, tampoco hay una posición doctrinal unánime dada la redacción tan escueta y confusa del art. 38 CE¹⁹⁴. Por un lado, algún autor ha intentado dotar de contenido propio a estas tres libertades genéricas que configuran la libertad de empresa¹⁹⁵. Así, con relación a la facultad de acceso al mercado, apunta a que el reducto de libertad infranqueable por el legislador probablemente sería mínimo, pues solo alcanzaría a la no prohibición absoluta y no imposición forzosa de la actividad empresarial. En cuanto al abandono, se reduciría sin más a la imposibilidad legal de obligar al empresario a continuar su negocio. Y, por último, respecto al ejercicio, el ámbito absoluto de libertad sería mayor, en tanto que el empresario gozaría de una autonomía de dirección de su empresa sin la cual no sería empresa privada, sino empresa pública. Por ello, dicho autor defiende que el empresario, en todo caso, debe poder elegir los objetivos estratégicos de la empresa y su planificación, al tiempo que gestiona y dirige la actividad productiva. En sentido negativo, los poderes públicos no podrían imponer una meta de producción o unos determinados resultados.

Por otro lado, otros autores identifican, quizá de forma más flexible, hasta diez facultades empresariales que integrarían el contenido esencial de la libertad aquí estudiada¹⁹⁶, las cuales serían: el derecho a la propiedad de bienes que puedan ser

¹⁹³ ARAGÓN REYES, M., “El Contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 55.

¹⁹⁴ BLASCO PELLICER, Á., “La extinción del contrato de trabajo en el sistema constitucional de relaciones laborales”, en Antonio Sempere Navarro (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: MTAS, 2003, p. 456.

¹⁹⁵ ARAGÓN REYES, M., “El Contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 55.

¹⁹⁶ MARTÍNEZ VAL, J.M., “Artículo 38. Libertad de empresa”, en Óscar Alzaga Villaamil, *Comentarios a las leyes políticas, Constitución Española de 1978*, tomo III, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1983, pp. 647 y ss; BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Madrid: Tecnos, 1988, p. 137.

dedicados a la producción; el derecho a la libre adquisición de materias primas, patentes y energías que sean precisas para el proceso productivo, sin más excepción que los recursos esenciales que pueden ser objeto de monopolio, así como las limitaciones reglamentarias por causas de productividad, salubridad, seguridad, interés público, etc.; el derecho al crédito y a vías de financiación en un mercado libre de capitales, en condiciones de igualdad con las empresas públicas y la iniciativa pública; el derecho al beneficio, puesto que su consecución, aparte de ser condición de viabilidad y pervivencia de la empresa privada, hay que reconocerlo como objetivo lícito de su actividad; el derecho a la libre competencia en el mercado; la iniciativa en la organización de los elementos productivos; la libre contratación de trabajadores y la negociación de convenios colectivos; la facultad de dirigir y controlar la forma en la que el trabajador realiza su labor; el derecho al cierre empresarial; el derecho a la libre asociación empresarial; y por último el derecho de los empresarios a participar en organismos y consejos que se constituyan para regular o planear la economía en virtud del art. 23.1 CE.

Al respecto, debe significarse que algunas de estas facultades, en rigor las cinco últimas, están relacionadas directamente con la actuación del empresario en el sistema de relaciones laborales, evidenciando, así, el papel que puede desplegar la libertad de empresa en este campo.

Por último, y desde el punto de vista de la teoría absoluta relativizada, algunos autores ponen de manifiesto que el TC se ha enfrentado a la dificultad de encontrar este contenido esencial mediante las dos teorías tradicionales de derechos fundamentales referidas, por dos motivos principales¹⁹⁷. Por un lado, porque el TC no se ha propuesto configurarlo paulatinamente, como sí ha hecho con otros derechos, esto es, no ha aprovechado cada pronunciamiento en el que la libertad de empresa estaba presente para dotarla de un contorno propio. Por otro, y dada la vaguedad del precepto constitucional, su contenido esencial puede ser interpretado con una gran elasticidad conforme a las valoraciones económicas y sociales de cada momento.

¹⁹⁷ BLASCO PELLICER, Á., “La extinción del contrato de trabajo en el sistema constitucional de relaciones laborales”, *op. cit.*, p. 456.

En consecuencia, desde esta teoría se defiende la necesidad de fijar su contenido esencial por referencia a las necesidades del mercado y del momento¹⁹⁸, en el sentido de que la empresa no actúa en un solo mercado, sino en una pluralidad de ellos, cada uno de los cuales tiene su lógica propia y, desde el punto de vista jurídico, sin duda, características muy específicas. Por ejemplo, en el mercado de trabajo, el empresario busca la adquisición de un recurso productivo que, a diferencia de otros, es objeto de una protección constitucional específica -esto es, el trabajador- de donde resultan unas limitaciones a la libertad del empresario muy distintas de las que a este pueden imponerse en el mercado de capitales, o en el de tecnología¹⁹⁹.

III. El contenido laboral de la libertad de empresa

1. Las facultades empresariales protegidas en el ámbito laboral

Una vez precisado el contenido genérico de la libertad de empresa, y partiendo de la visión absoluta relativizada del núcleo esencial de los derechos fundamentales, cabe plantearse cuál podría ser el contenido específico en el ámbito laboral. Dicho de otro modo, en qué medida se proyectan las libertades de acceso, desarrollo y fin de la actividad económica sobre este concreto ámbito.

De entrada, en relación con la primera libertad, el TC ha incluido dentro de este contenido la facultad de seleccionar a los trabajadores y la libertad de contratación²⁰⁰. Así, el empresario, a los efectos de poder fundar una empresa y acceder al mercado, debe poder adoptar, al menos, cuatro decisiones con trascendencia desde el punto de vista del Derecho del Trabajo²⁰¹. En primer término, el empresario es libre de contar (o no) con trabajadores por cuenta ajena para su proyecto empresarial. Asimismo,

¹⁹⁸ RUBIO LLORENTE, F., “La libertad de empresa en la Constitución”, *op. cit.*, p. 443.

¹⁹⁹ STC 227/1988 de 29 de noviembre (FJ 7).

²⁰⁰ STC 147/1986 de 25 de noviembre (FJ 4), STC 192/2003 de 27 de octubre (FJ 4).

²⁰¹ DURÁN LÓPEZ, F., “Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 59.

puede decidir a cuántos empleados está dispuesto a contratar. También, será libre de seleccionar a los concretos trabajadores, con respeto al principio de no discriminación. Por último, dentro del margen legal, es quien decide bajo qué modalidades contractuales formaliza la relación laboral.

El segundo elemento, esto es, el libre ejercicio de actividades empresariales, también tiene relevancia desde el ámbito laboral porque obliga a reconocer al empresario márgenes más o menos amplios de iniciativa en la combinación de los factores productivos y en la organización del trabajo en la empresa²⁰². En tal sentido, la libertad de organizar y desarrollar los recursos productivos conlleva la facultad del empresario (o persona en quien delegue) de dirigir y organizar las prestaciones de los trabajadores contratados directamente por él. Asimismo, de esta libertad nacen otros poderes empresariales concretos, como la facultad de vigilancia y control o el poder disciplinario²⁰³. Por último, también integraría la facultad de utilización de recursos ajenos puestos a su disposición (contratas y subcontratas, y empresas de trabajo temporal)²⁰⁴. En definitiva, la autonomía organizativa no se agotaría en la contratación, sino que se manifestaría como poder de dirección empresarial durante la relación laboral.

Con relación al tercer y último elemento que integra la libertad de empresa, la libertad de abandonar (total o parcialmente) el mercado equivaldría en el ámbito laboral a la posibilidad de extinguir los contratos laborales de conformidad con las previsiones legales²⁰⁵.

No obstante, este conjunto de facultades con impacto en el ámbito laboral debe completarse y actualizarse con la doctrina elaborada por el TJUE mantiene sobre el contenido esencial de la libertad de empresa en el ámbito comunitario, pues, como a

²⁰² MARTÍN VALVERDE, A., “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Política Social*, núm. 137, 1983, p. 142.

²⁰³ STC 34/1984 de 9 de marzo (FJ 2).

²⁰⁴ MARTÍNEZ VAL, J.M., “El contenido esencial de la libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 3192.

²⁰⁵ DURÁN LÓPEZ, F., “Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 64; CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, p. 270.

continuación se analizará, también incluye otras libertades, entre las que destaca el derecho a la negociación colectiva.

A su vez, estas facultades que integran el núcleo mínimo de la libertad de empresa deben ponerse en conexión con las posibilidades que garantiza la “imagen maestra” del libre mercado. La razón de ello no es otra que, precisamente gracias a esta garantía institucional, todo empresario tiene el derecho legítimo a que dichas coordenadas objetivas en las que ejercer su actividad económica se respeten y se cumplan.

2. La libertad de empresa en el ámbito comunitario

2.1. El artículo 16 de la Carta de Derechos Fundamentales

De partida, debe significarse que en el plano internacional la libertad de empresa no suele reconocerse como un derecho fundamental. Así, no encontramos ninguna referencia a la misma en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ni en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, como tampoco en el Pacto de Derechos Económicos y Sociales o en la Carta Social Europea²⁰⁶.

En contraste con ello, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 sí lo hace, al establecer en su art. 16 que “reconoce la libertad de empresa de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales”. Su inclusión en la Carta implica, a diferencia de lo que ocurre en los otros instrumentos internacionales referidos, la importante posición que ostentan las empresas dentro del ordenamiento comunitario. Eso sí, debe reconocerse que la redacción del precepto ha optado por la versión más tenue en su protección, pues se limita a “reconocer”, en lugar de otra expresión más intensa como “garantizar”²⁰⁷.

²⁰⁶ AGRA VIFORCOS, B., “Libertad de empresa”, *op. cit.*, pp. 1309-1315.

²⁰⁷ MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Artículo 16. Libertad de empresa”, en Aracelo Mangas Martín (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, 2008, 332-339.

Por otro lado, conviene fijarse en la explicación relativa a la libertad de empresa anexa a la propia Carta que, que como se sabe, sirve de criterio orientador para su correcta interpretación y debe ser tenida en cuenta con arreglo al artículo 6 TUE, apartado primero, párrafo tercero, y al artículo 52, apartado 7, de la propia Carta. La correspondiente explicación aclara que el artículo 16 “se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia por la que se ha reconocido la libertad de ejercer una actividad económica o mercantil y la libertad contractual, así como en los apartados 1 y 3 del artículo 119 del TFUE, que reconoce la libre competencia. Este derecho se ejercerá, naturalmente, dentro del respeto del Derecho de la Unión y de las legislaciones nacionales. Podrá someterse a las limitaciones previstas en el apartado 1 del artículo 52 de la Carta”. Así, pues, de conformidad con el citado art. 119 apartado 1, la libertad de empresa se asienta sobre las bases de una economía de mercado abierta y de libre competencia.

En efecto, con anterioridad a la entrada en vigor de la Carta, la jurisprudencia del TJCE ya había conferido a la libertad de empresa un estatus funcional asimilable a un derecho fundamental, principalmente como libertad de ejercer una actividad económica en los asuntos *Nold*²⁰⁸ y *Eridania*²⁰⁹. No obstante, a pesar de que su codificación supuso un salto cualitativo relevante, el art. 16 de la Carta, a la hora de concretar los contenidos, límites y los aspectos funcionales del ejercicio de esta libertad, establece un claro condicionamiento pues, aun reconociéndola, lo hace “de conformidad con el derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales”.

Esta remisión es interpretada por algunos autores como un síntoma de “debilidad”, en el sentido de que la UE no ha querido dar a la libertad de empresa un contenido autónomo o propio más allá de lo que se desprenda de la ordenación precedente, tanto comunitaria como, sobre todo, nacional²¹⁰. Es decir, el reenvío a las legislaciones y

²⁰⁸ STJCE de 14 de mayo de 1974, *J. Nold, Kolben und Baustoffgrosshandlung*, asunto C-4/73 (ECLI:EU:C:1974:51), apartado 14.

²⁰⁹ STJCE de 27 de septiembre de 1979, *SpA Eridania-Zuccherifici nazionali and SpA Società Italiana per l'Industria degli Zuccheri*, asunto C- 230/78 (ECLI: EU: C:1979:216), apartados 20 y 31.

²¹⁰ MOLINA NAVARRETE, C., “Libertades económicas y principios institucionales del mercado de trabajo comunitario”, en Enrique Álvarez Conde y Vicente Garrido Mayol, *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 562.

prácticas nacionales evidenciaría el propósito comunitario de no alterar los sistemas económicos constitucionales de cada Estado miembro.

Sin embargo, y desde una posición notablemente distinta, otros autores entienden que, a pesar de esta remisión a las legislaciones y prácticas nacionales, cualquier eventual restricción a la libertad de empresa que introduzcan los Estados deberá respetar en todo caso los requisitos fijados con carácter general en el art. 52.1 de la propia Carta²¹¹. Esto significa que dichas limitaciones habrán de ser establecidas por Ley y solo cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión, o la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás, respetando el contenido esencial del derecho y las exigencias del principio de proporcionalidad.

2.2. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

En efecto, en el marco del art. 52.1 de la Carta, el TJUE ha continuado realizando, especialmente en los últimos años²¹², una tarea de delimitación y concreción del contenido esencial de la libertad de empresa, construyendo a través de la interpretación del art. 16 de la Carta una jurisprudencia propia relativamente sólida en torno a este derecho. Así, como se verá inmediatamente en las tres sentencias que ha dictado hasta el momento y que abordan esta cuestión, la libertad de empresa conllevaría la libertad de ejercer una actividad económica, la libertad contractual y la libre competencia. A este respecto, debe destacarse que la libertad de empresa incluye la libertad de contratación, entendida como la posibilidad de negociar colectivamente, y en su seno

²¹¹ MERCADO PACHECHO, P., “Libertad económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2012, p. 351; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Artículo 16. Libertad de empresa”, *op. cit.*, pp. 332-339.

²¹² En la medida que la Carta a partir del 1 de diciembre de 2009 pasó a ser jurídicamente vinculante, ya que desde entonces forma parte del Derecho primario de la Unión y, como tal, sirve de parámetro de referencia a la hora de examinar la validez del Derecho derivado y de las medidas nacionales. EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right*, Luxemburgo: FRA, 2015, p. 22.

se integra el derecho del empresario a participar efectivamente en el proceso de negociación colectiva que determine los costes laborales a asumir por este, pues así lo ha interpretado el TJUE.

En primer lugar, aparece la Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2016, caso *AGET Iraklis*²¹³. La cuestión prejudicial elevada por el Consejo de Estado de Grecia planteaba la duda sobre la adecuación al art. 16 de la Carta de una normativa nacional en virtud de la cual una autoridad administrativa tenía reconocida la facultad de oponerse a despidos colectivos después de valorar las condiciones del mercado de trabajo, la situación de la empresa y el interés de la economía nacional.

En su pronunciamiento, el TJUE estableció que la protección conferida por el artículo 16 implicaba la libertad del empresario para ejercer una actividad económica o mercantil, la libertad contractual y la libre competencia²¹⁴. De las tres libertades, el tribunal se detuvo en el análisis de una de ella en particular, la libertad contractual. Así, en lo que respecta a esta, el TJUE consideró que, en el marco de la negociación de convenios colectivos de trabajo, el artículo 16 de la Carta supone que un empresario debe tener la posibilidad de hacer valer de manera eficaz sus intereses en un proceso contractual en el que participe y de negociar los elementos que determinen la evolución de las condiciones laborales de sus trabajadores con vistas a su actividad económica futura. El TJUE concluyó que la normativa nacional vulneraba el derecho fundamental de la libertad de empresa, entre otras razones²¹⁵, por constituir una

²¹³ STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis*, asunto C-201/15 (ECLI:EU:C:2016:972).

²¹⁴ Apartado 67. STJUE de 26 de octubre de 2017, *Finančne riaditeľstvo Slovenskej republiky*, asunto C-534/16, apartado 35.

²¹⁵ Otra razón que fundamenta su decisión es que los empresarios afectados no saben en qué circunstancias concretas y objetivas puede aplicarse el control estatal, ya que las situaciones que permiten ejercerlo son potencialmente numerosas, indeterminadas e indeterminables, y dejan a la autoridad en cuestión un amplio margen de apreciación difícilmente controlable. En este sentido, reitera la doctrina recogida en la Sentencia de 22 de enero de 2013, asunto *Ský Österreich GmbH* (asunto C-283/11 (ECLI:EU:C:2013:28), que respondía a una cuestión prejudicial de carácter administrativo. En esta resolución, además concretó que la libertad contractual “incluye, en particular, la libre elección de clientes y proveedores y, la libertad para determinar el precio de las prestaciones” (apartado 43).

injerencia en el ejercicio de la misma y, en particular, de la libertad contractual de la que gozan los empresarios, en especial frente a los trabajadores a los que emplean²¹⁶.

En segundo lugar, destaca la sentencia dictada el 18 de julio de 2013, asunto *Mark Alemo-Herron y otros*²¹⁷. El TJUE resolvió esta vez una cuestión prejudicial planteada por la Corte Suprema de Reino Unido, en la que se ponía en duda la adecuación al art. 16 de la Carta de una normativa nacional, a tenor de la cual el empleador y el trabajador podían incluir en el contrato una cláusula que estipulara que la remuneración del trabajador estuviera determinada periódicamente por un tercero, como era el caso del *National Joint Council for Local Government Services*, incluso tras el traspaso de la actividad económica a otro empresario, que no formaba parte ni estaba representado en dicho órgano externo²¹⁸.

El TJUE resolvió que la normativa nacional vulneraba la libertad de empresa del art. 16 de la Carta, en lo que respecta a la facultad de contratación, entendida como negociación colectiva, por cuanto el cesionario debe tener la posibilidad de hacer valer de manera eficaz sus intereses en un proceso contractual en el que participe y de negociar los elementos que determinen la evolución de las condiciones laborales de sus trabajadores con vistas a su actividad económica futura²¹⁹. En esta misma línea, recientemente, ante otra cuestión prejudicial similar, el TJUE resolvió en la sentencia de 27 de abril de 2017, caso *Asklepios y otros*²²⁰, que una aplicación dinámica retributiva pactada en convenio, pero cuya determinación dependiese de un tercero, vulneraba la libertad de empresa por la misma razón, esto es, la exclusión del procedimiento

²¹⁶ Apartados 87 y 88.

²¹⁷ STJUE de 18 de julio de 2013, *Mark Alemo-erron and Others*, asunto C-426/11 (ECLI:EU:C:2013:521).

²¹⁸ En concreto, el tribunal nacional planteaba el conflicto entre el art. 16 de la Carta y su legislación nacional, que se limitaba a dar cumplimiento a lo establecido en la Directiva 2001/23/CE de 12 de marzo de 2001, pues en su art. 3.3 fija que “después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo”.

²¹⁹ Apartado 33.

²²⁰ STJUE de 27 de abril, *Asklepios Kliniken Langen-Seligenstadt GmbH y otros*, asuntos C-680/15 y C-681/15 (ECLI:EU:C:2017:317).

negociador del empleador, que se encontraba sin la posibilidad de negociar las condiciones laborales futuras de sus trabajadores.

Por último, el TJUE, en la sentencia de 27 de marzo de 2014, asunto *Le Rayon d'Or SARL*²²¹ a raíz de la cuestión prejudicial de carácter fiscal que se le planteaba, reforzó esta jurisprudencia que vincula libertad de empresa y negociación colectiva, al afirmar que “el derecho a la libertad de empresa incluye en particular el derecho de toda empresa a poder disponer libremente, dentro de los límites de la responsabilidad que asume por sus propios actos, de los recursos económicos, técnicos y financieros de que dispone, entre los que se incluyen a los trabajadores”²²².

En resumen, de las tres facultades que el TJUE identifica como el núcleo esencial de la libertad de empresa, solamente se detiene en la “libertad de contratación”, sin prestar atención ni a la “libertad para ejercer una actividad económica o mercantil” ni a la “libre competencia”. Con todo, interesa destacar aquí que el término “contratación” es interpretado por el TJUE en el ámbito de las relaciones laborales como sinónimo o equivalente a “negociación colectiva”. Razón por la cual, en caso de que se dificulte en exceso o se impida dicha negociación colectiva, la propia libertad de empresa se verá afectada en uno de sus componentes esenciales. Dicho de otro modo, la libertad contractual incluye, según la jurisprudencia comunitaria, la libertad para determinar el precio de las prestaciones que se está dispuesto a abonar²²³, lo cual es plenamente predicable asimismo del mercado laboral en relación con la fijación de los costes laborales vía negociación colectiva.

Dicho esto, podría pensarse que el TJUE, al incluir dentro del contenido esencial de la libertad de empresa la posibilidad real y efectiva de participar por parte de todo empresario en el proceso de negociación colectiva de los costes laborales que debe asumir, estaría poniendo en entredicho la eficacia *erga omnes* de los convenios colectivos estatutarios, por cuanto no han sido negociados directamente por el empresario. Sin embargo, esta lectura sería precipitada y errónea, pues el auténtico alcance de esta

²²¹ STJUE de 27 de marzo de 2014, *Le Rayon d'Or SARL*, asunto C-151/13 (ECLI:EU:C:2014:185).

²²² Apartado 43.

²²³ *Vid.* apartado 50 de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, *Polkomtel sp. Zo.o.*, asunto C-277/16.

jurisprudencia es otro. Así, el TJUE no se está refiriendo exclusivamente a una intervención personal, directa y dirigida por el empresario en el seno de su organización, sino que, por el contrario, pone el acento en la capacidad de “participar” durante el proceso negociador. En consecuencia, un sistema de negociación colectiva que descansa sobre la representación patronal a nivel supraempresarial dotada de eficacia *erga omnes* también puede encontrar acomodo en la jurisprudencia comunitaria, siempre y cuando, y esto es importante, el modelo concreto de representación legal respete y garantice la capacidad de participación de todos los empresarios por igual.

2.3. La distinción y conexión entre la libertad de empresa y otras libertades económicas comunitarias

En este punto, a fin de entender mejor la libertad de empresa en el ámbito comunitario, resulta preciso efectuar un inciso respecto la búsqueda del contenido esencial de esta libertad y detenerse brevemente en el análisis de la compleja relación que mantiene con otras libertades básicas del ordenamiento comunitario, como son la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios.

Dicha complejidad se advierte, sobre todo, de la confusión conceptual que equipara todas estas libertades bajo un término que se ha asentado en parte de la doctrina laboralista cual es “libertades económicas”²²⁴. Como consecuencia de esta equiparación se ha llegado a conclusiones jurídicas cuestionables, como que la libertad de empresa viene protegida exclusivamente en su dimensión internacional, ya que las libertades comunitarias no contemplan actividades cuyos elementos estén contenidos por entero en un solo Estado miembro²²⁵.

La libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios, reconocidas en el art. 15.2 *in fine* de la Carta de Derechos Fundamentales, son libertades fundamentales

²²⁴ Por todos LLOBERA-VILA, M., “Aproximación al proceder hermenéutico del TJUE: Libertad de Empresa, Libre Competencia y Constitución del Trabajo”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 208-229.

²²⁵ *Ibidem*, pp. 221-222.

que se encuentran protegidas a su vez por el TFUE, en particular en los arts. 49 y 56 respectivamente. Ambas libertades tienen como objetivo común la creación y defensa de un mercado único europeo en el que las fronteras nacionales no constituyan barreras económicas al ejercicio de cualquier actividad económica empresarial. En este sentido, contribuyen a la defensa de la igualdad de los operadores económicos europeos dentro del mercado único, pues la nacionalidad de origen no puede suponer un motivo de diferenciación legal. Tales libertades encuentran desarrollo normativo a través de la Directiva de servicios 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, que refuerza la libertad de prestar servicios dentro de la Unión dentro del objetivo de fortalecer el mercado interior, conocida como Directiva *Bolkestein*.

En cuanto a la primera de ellas, en virtud de lo dispuesto en el art. 49 TFUE, están prohibidas “las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado en el territorio de otro Estado miembro”. Esta prohibición se extiende “igualmente a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado Miembro”. Según la jurisprudencia comunitaria²²⁶, el art. 49 TFUE se opone a cualquier medida nacional que, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad, pueda obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio, por parte de los nacionales comunitarios, de la libertad de establecimiento garantizada por el Tratado. Es por ello que se prohíbe toda regla nacional que pueda colocar a los nacionales de los demás Estados miembros en una situación, de hecho, o de derecho, desventajosa en relación con la situación en que se encuentran, en las mismas circunstancias, un nacional del Estado miembro de establecimiento. Así, el objetivo de la libertad de establecimiento es permitir a un nacional de un Estado miembro o una persona jurídica establecida en este crear un establecimiento secundario en otro Estado miembro para ejercer en él sus actividades, de forma “estable”, “continua”, “permanente”, con una “duración indeterminada”, y “efectiva”, favoreciendo de este modo la interpenetración económica y social en el interior de la Unión en el ámbito de las actividades no asalariadas, sin perjuicio de las excepciones y de los requisitos

²²⁶ Por todas, STJCE de 31 de marzo de 1993, *Dieter Kraus*, asunto C-19/92 (ECLI:EU:C:1993:125).

previos²²⁷. En particular, y desde el punto de vista laboral, el ejercicio efectivo de esta libertad implica, según el TJUE²²⁸, que la persona jurídica establecida en otro Estado miembro pueda, en su caso y si la actividad que pretende realizar en él lo exige, contratar trabajadores en ese Estado miembro, determinar el número de ellos necesario para tal fin, así como la libertad de reducir posteriormente dicho volumen.

La diferencia ontológica entre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios recogida a su vez en el art. 56 TFUE estriba en el carácter temporal de la segunda frente al carácter permanente de la primera. Así, el titular de la libertad de prestación de servicios ejerce una actividad económica en un Estado miembro temporalmente, pero está establecido en otro, mientras que el titular de la libertad de establecimiento se instala con carácter estable en un Estado distinto del de origen. Dicho de otro modo, el empresario de un Estado miembro de la Unión Europea puede prestar sus servicios, como regla general, tanto “desde fuera”, es decir, establecido en otro Estado miembro diferente, o sea, ejerciendo la libertad de prestación de servicios, o “desde dentro”, esto es, asentándose a través de un establecimiento en el Estado de acogida en el que inicia una actividad económica, ejerciendo de este modo la libertad de establecimiento. Esta es la principal diferencia entre ambas libertades, sin perjuicio de la diferente lista de servicios, actividades y materias que están incluidas en una y no en otra²²⁹. Es de advertir, no obstante, que el carácter temporal de las actividades no se determina exclusivamente en función de la duración de la prestación, sino que también depende de su frecuencia, periodicidad o continuidad²³⁰.

No obstante, existen otras diferencias jurídicas relevantes entre ambas. Por un lado, mientras que el titular de la libertad de establecimiento está sometido completamente

²²⁷ STJUE de 23 de febrero de 2016, *Comisión/Hungría*, asunto C-179/14, apartado 148 y jurisprudencia citada en ella.

²²⁸ STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis*, asunto C-201/15 (ECLI:EU:C:2016:972), apartado 53; STJCE de 10 de julio de 1986, *Segers*, asunto C-79/85 (ECLI:EU:C:1986:308), apartado 15.

²²⁹ *Vid.* CIDONCHA MARTÍN, A., “El impacto de la Directiva *Bolkestein* sobre la Libertad de empresa”, en Vicente Blanco Dámaso-Javier y Ricardo Rivero Ortega (Dirs.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicio en Castilla y León Colección de Estudios*, España: CES, 2010, pp. 250 y ss.

²³⁰ STJCE de 30 de noviembre de 1995, *Reinhard Gebhard*, asunto C-55/94 (ECLI:EU:C:1995:411).

a la normativa del país de establecimiento, el titular de la libertad de prestación de servicios no lo está²³¹. Por otro lado, aunque los destinatarios de las normas que desarrollan estas dos libertades en la Directiva *Bolkestein* son aquellos empresarios cuya actividad empresarial se desarrolla fuera de sus fronteras nacionales, en el caso de la libertad de establecimiento afecta también a los empresarios residenciados exclusivamente en un Estado.

Así, las normas de la Directiva, en especial, las recogidas en su capítulo III referidas al régimen de autorizaciones, no son solo normas sobre libertad de establecimiento, sino que también regulan la libertad de empresa de los empresarios nacionales, ámbito de regulación hasta ahora dejado en manos exclusivamente de los legisladores nacionales²³². En este sentido, entiende el legislador comunitario que para avanzar en la consecución de un mercado interior eficaz no solo debe lucharse contra las discriminaciones más o menos encubiertas que derivan del proteccionismo estatal, sino que también es competente para combatir las restricciones desproporcionadas nacionales que afecten a la libertad económica misma que la sustenta, cual es la libertad de empresa²³³.

Desde esta perspectiva, resulta innegable que la línea que separa la libertad de empresa y la libertad de establecimiento es muy delgada, pues facilitar la primera supone inevitablemente facilitar la segunda. Por tanto, los órganos legislativos de la UE de forma directa y expresa pueden desarrollar normativamente el derecho a la libertad de empresa, obligando a los estados miembros a acatar y hacer cumplir dicha regulación.

A mayor abundamiento, el TJUE también ha incidido sobre la capacidad de los Estados miembros para regular la libertad de empresa. En efecto, el TJUE mantiene una jurisprudencia constante de la que se desprende que solo puede admitirse una

²³¹ CIDONCHA MARTÍN, A., “El impacto de la Directiva *Bolkestein* sobre la Libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 249.

²³² Así, la Directiva *Bolkestein* restringe la libertad del legislador para configurar la libertad de empresa en el sector incluido en su ámbito de aplicación, porque los regímenes de autorización preventiva quedan prohibidos con carácter general y solo son admisibles excepcionalmente si concurren las condiciones que la norma europea prevé.

²³³ CIDONCHA MARTÍN, A., “El impacto de la Directiva *Bolkestein* sobre la Libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 252.

restricción nacional a la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios si supera el triple test de validez. En primer término, que dicha medida está justificada por razones imperiosas de interés general, entre las que se encuentran la protección de los trabajadores, el fomento del empleo y de la contratación, la lucha contra el desempleo y el mantenimiento de una economía altamente competitiva²³⁴. En segundo término, que además resulte adecuada para garantizar la realización del objetivo de que se trate y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo²³⁵. Y en tercer y último término, que dicha limitación sea conforme al núcleo esencial de los derechos fundamentales recogidos en la Carta y que sirven de presupuesto a ambas libertades²³⁶. Precisamente, es la libertad de empresa la que subyace tanto a la libertad de establecimiento y a la libertad de prestación de servicios.

Así, indirectamente, en virtud de este tercer requisito de validez, el TJUE delimita el núcleo esencial de la libertad de empresa reconocida en el art. 16 de la Carta, para así poder decidir si las dos libertades económicas que nacen de ella están siendo o no respetadas a escala nacional. Ello implica que, si la norma nacional no respeta el contenido esencial de la libertad de empresa, la limitación impuesta a la libertad de establecimiento o prestación de servicios no podrá admitirse por parte del TJUE.

En definitiva, tanto a través de la acción directa del legislador comunitario como indirecta mediante la jurisprudencia comunitaria, se pone de manifiesto que la libertad de empresa constituye por sí misma, en tanto que un derecho fundamental reconocido en la Carta, un valor referencial insoslayable para el conjunto del ordenamiento comunitario y los Estados miembros. Y ello es así con independencia de que a su vez forme parte del sustrato jurídico de apoyo a otras libertades comunitarias. De hecho,

²³⁴ STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis* (apartados 73, 74 y 75 y jurisprudencia citada).

²³⁵ STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis* (apartado 61 y jurisprudencia citada). En cuanto al test de proporcionalidad, el propio TJUE lo resume así: “que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

²³⁶ STJUE de 21 de diciembre de 2016, *Anonymi Geniki Etairia Tsimenton Iraklis* (apartado 63, 65 y jurisprudencia citada).

esta relación de complementariedad o de refortalecimiento jurídico no supone la equiparación y confusión entre las mismas, más bien al contrario, la libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios son manifestaciones concretas de la libertad de empresa. En efecto, para proteger mejor estas dos libertades económicas se garantiza directa e indirectamente el contenido esencial del derecho reconocido en el art. 16 de la Carta.

Como corolario de lo anterior, se puede concluir que mientras la libertad de establecimiento y de prestación de servicios protegen la libertad de movimiento dentro de la Unión Europea con la finalidad de desarrollar una actividad económica, la libertad de empresa no se restringe necesariamente a tal contexto transfronterizo, sino que también engloba y protege todas aquellas situaciones que se enmarcan dentro del ámbito de aplicación del derecho comunitario, tanto si se trata de actividades transfronterizas como nacionales²³⁷.

A pesar de esta diferencia, generalmente son invocadas de forma conjunta en los casos transfronterizos, e incluso con anterioridad a que la Carta tuviera naturaleza jurídica vinculante, el TJUE mantenía una doctrina confusa respecto a que la libertad de empresa era una parte de la libertad de establecimiento²³⁸.

Quizá una explicación posible de esta confusión que relega la libertad de empresa del art. 16 de la Carta a supuestos exclusivamente transfronterizos, confundiéndola con dos de sus manifestaciones concretas, se encuentra en la interpretación del ámbito de aplicación de la propia Carta y por tanto también del art. 16.

A este respecto, el art. 51 de la Carta es el que fija su ámbito aplicativo en el sentido de que sus disposiciones están dirigidas únicamente a las instituciones y órganos de la Unión Europea, así como a los Estados miembros “exclusivamente cuando apliquen el Derecho de la Unión”. Por tanto, según una primera lectura, la Carta, y en concreto, la libertad de empresa recogida en ella e interpretada según el TJUE, solamente resultará vinculante para los Estados miembros cuando apliquen derecho comunitario,

²³⁷ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Freedom to conduct a ... op. cit.*, p. 21.

²³⁸ Cfr. *idem*.

lo que significa que no siempre y en todo caso dicho precepto surtirá efectos en el ámbito nacional, por cuanto que si solamente aplican derecho nacional no estarán obligados a su observancia.

No obstante, conviene traer a colación el art. 3.1 del TFUE, en virtud del cual la UE tiene el poder normativo en exclusiva en relación con la fijación de normas sobre competencia y libre mercado. En este sentido, los Estados miembros cedieron su soberanía en materia de competencia económica, pues se entendió que una regulación homogénea y única al respecto era necesaria para el buen funcionamiento del mercado común y de política comercial común²³⁹.

Por ello, y como se verá más adelante²⁴⁰, según la jurisprudencia del TJUE, la libre competencia forma parte de la libertad de empresa, colocándose la regulación que se haga sobre la misma a escala comunitaria en una posición privilegiada y de primacía sobre el derecho nacional. Es por ello que la doctrina ha mantenido que el art. 16 de la Carta supone un redimensionamiento del art. 38 CE, no tanto como consecuencia de una tipificación de la misma que atribuya a esta un contenido distinto, sino por la necesaria relectura en el contexto del mercado único europeo y la defensa de su competencia²⁴¹. A mayor abundamiento, según la doctrina del TJUE²⁴², la Carta también se aplica cuando las normas o medidas estatales supongan una derogación o excepción a las libertades fundamentales reconocidas en los Tratados.

En resumen, la protección, desarrollo normativo e interpretación de la libertad de empresa desde instancias comunitarias no solo vincula a los Estados miembros en supuestos en los que haya una actividad transfronteriza presente, sino siempre que

²³⁹ GÓMEZ MUÑOZ, J. M., “Principios del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *XXVII Jornadas catalanas de Derecho del Trabajo. In memoriam profesor M. R. Alarcón*, 17 y 18 de marzo de 2016, p. 28 (documento online).

²⁴⁰ *Vid.* capítulo primero, apartado III. 2.2.

²⁴¹ URIARTE TORREALDAY, R., “Propiedad, libre empresa y trabajo: los derechos económicos en la Constitución española y en el proyecto constitucional europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, pp. 9-42.

²⁴² Por todas, STJUE de 20 de mayo de 2003, *OsterreichischeR Rundfunk*, asunto C-465/00 (ECLI:EU:C:2003:294)

exista un vínculo de conexión entre un acto del derecho de la UE y la medida nacional²⁴³. Ello encaja con la conceptualización de lo que es la libertad de empresa en la actualidad, sobre la base de un modelo distinto del que fue diseñado en la CE, habida cuenta de que se despliega en un contexto normativo multinivel, en el que se ha producido en materia económica un trasvase importante de soberanía hacia el nivel comunitario. En este escenario, amén de la acción del legislador comunitario, el TJUE se ha convertido en el instrumento clave para incidir en sus contenidos y de ponderar dicha libertad en una perspectiva funcional con los objetivos del Tratados y los intereses generales de la UE²⁴⁴.

3. Las posibilidades empresariales que la “imagen maestra” del libre mercado garantiza

Ante la dificultad de concretar o determinar el contenido esencial de la libertad de empresa como derecho fundamental, algún autor ha apuntado a que el mismo vendría determinado exclusivamente por la “imagen maestra” de la garantía institucional resultante, esto es, la economía de mercado²⁴⁵. Sin embargo, como se decía al principio, aunque el libre mercado y la libertad de empresa están íntimamente relacionadas, no

²⁴³ STJUE de 19 de abril de 2018, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi SpA*, C-152/17 (ECLI:EU:C:2018:264), apartado 34.

²⁴⁴ MERCADO PACHECHO, P., “Libertad económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2012, p. 362.

²⁴⁵ RODRÍGUEZ PÉREZ, J.A., *El derecho a la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución española: estudios sobre su interpretación y las dificultades para su desarrollo y aplicación*. Tesis. Las Palmas de Gran Canaria: Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2011, p. 317. Asimismo, *vid.* JUAN ASENJO, O. D., *La Constitución Económica Española*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, pp. 161 y ss. Cfr. ROMÁN DE LA TORRE, M. D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid: Ediciones Graphis, 1992, p. 26 que señala que: “de donde parece deducirse que el contenido esencial no radica sino en la tutela del sistema económico mismo, lo que, por otra parte, habrá de ser interpretado conforme a las valoraciones económicas y sociales de cada momento a la vista de que las pautas económicas de la Constitución tampoco se cierran sobre sí mismas”.

deben confundirse entre sí, ni tampoco el contenido esencial de una y la “imagen maestra” de otra²⁴⁶.

Ahora bien, ello no resta relevancia práctica o teórica a la institución resultante en cuestión, pues a través de su garantía se protege y fortalece la efectividad de la libertad de empresa. En este sentido, el TC, refiriéndose a esta realidad bajo el nombre “dimensión objetiva de la libertad de empresa” la define como el conjunto de circunstancias necesarias para que puede ejercitarse la libertad de empresa, es decir, el propio mercado²⁴⁷. A través de esta formulación, el TC pone de manifiesto que el contenido esencial de la libertad de empresa debe conectarse necesariamente con el contexto en el que esta se ejerce y a su vez la CE manda garantizar.

Desde esta perspectiva, puede matizarse que la relación entre el derecho fundamental a la libertad de empresa y el mercado no es exclusivamente unidireccional, en el sentido de que el mercado es solo el resultado del ejercicio de la libertad de empresa, sino que se implican recíprocamente por cuanto la libertad de empresa exige mercado y el mercado exige libertad de empresa²⁴⁸. Es por ello, y de conformidad con el planteamiento referido por el TC, que, en cierto modo, el libre mercado constituye parte de la libertad de empresa, en tanto que los elementos integrantes del mercado son los fundamentos sin los que no se puede ejercer el derecho subjetivo. En consonancia con lo anterior, el empresario también tendrá derecho a que se garanticen y respeten los presupuestos configuradores del libre mercado, ya que lo contrario limitará y afectará negativamente al ejercicio de la libertad de empresa.

Desde este enfoque, es necesario preguntarse sobre cuáles son los elementos que definen el libre mercado en la CE y en el ámbito comunitario. Pero, sobre todo, resulta esencial conectar dichos elementos con el ejercicio del derecho a la libertad de empresa a fin de descubrir su íntima interconexión funcional desde la perspectiva del ámbito laboral.

²⁴⁶ ARAGÓN REYES, M., “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 39.

²⁴⁷ STC núm. 227/1993 de 9 de julio (FJ 4).

²⁴⁸ CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, p. 127.

Así, de forma análoga al contenido esencial de los derechos fundamentales, también es posible encontrar un contenido mínimo que caracteriza a la institución protegida, que, de no estar presentes, la propia imagen del libre mercado desaparecerá. Estas notas definitorias son la libre iniciativa económica privada, el intercambio y la determinación libre de los precios, y la libre competencia en condiciones de igualdad²⁴⁹. La protección de estos tres pilares convierte al libre mercado en parte estructural del orden jurídico-político y en la institución fundamental del orden económico, contribuyendo de esta forma al orden político y a la paz social. A pesar de que no son conceptos jurídicos en sentido estricto, sino más bien de carácter económico, conviene analizarlos todos ellos en profundidad ya que, como se decía, en función de su conceptualización, el derecho del empresario a la libertad de empresa puede ser interpretado y protegido de forma más o menos intensa.

3.1. La libre iniciativa económica privada

De entrada, este presupuesto se identifica con la posibilidad de que todo ciudadano pueda comenzar por voluntad propia una actividad económica y hacerlo con el objetivo específico de poder defender la productividad del proyecto empresarial, concurriendo para ello en condiciones de igualdad en el mercado²⁵⁰. Así, la libre iniciativa económica responde a un interés jurídico particular: la defensa de la productividad empresarial y, por consiguiente, la propia viabilidad de la empresa, que es en definitiva el que anima a los particulares a acometer actividades empresariales y el que mantiene en pie la economía de mercado.

²⁴⁹ De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo referida, el autor Antonio Cidoncha ha desarrollado este planteamiento desde una perspectiva general, véase CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, Madrid: Civitas, 2006, p. 149.

²⁵⁰ CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, *op. cit.*, p. 314.

Desde esta perspectiva, todo empresario, en condiciones de igualdad, ha de tener la posibilidad de que su actividad se desarrolle bajo criterios de productividad, lo que implica que se ejecute de forma eficiente y con el máximo rendimiento posible²⁵¹.

3.1.1. La defensa de la productividad empresarial como elemento estructural del mercado

De conformidad con lo anterior, no es casualidad que el propio art. 38 CE contemple la obligación de los poderes públicos para defender la productividad. Sin embargo, la interpretación de dicho precepto constitucional no es pacífica a nivel doctrinal, principalmente, por dos motivos.

Por un lado, porque se trata de un concepto con diversas acepciones semánticas en el ámbito económico. En términos generales, la productividad en principio sería la relación cuantitativa entre una producción determinada y los factores que intervienen en la misma, pudiéndose referir tanto al trabajo como a cada uno de los restantes factores (materias primas, energías, capital, inversión, etc.)²⁵². Ahora bien, puede estar referida al aspecto interno de una actividad empresarial, que se centraría en la eficiencia resultante de la combinación de los factores de explotación²⁵³, pero también puede hablarse de una productividad general, vinculada al grado de eficiencia de la estructura de producción de una economía en general y se identificaría con la productividad agregada a nivel empresarial.

Por otro lado, desde una perspectiva jurídica, y como resultado de este doble significado, la idea de que la productividad a la que se refiere el art. 38 CE se proyecta sobre el empresario individual es una idea discutida. En este sentido, parte de la doctrina afirma que “la mejora de la productividad ni forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa ni puede ser entendida, *per se*, como un derecho

²⁵¹ BROSA BALLESTEROS, P., “El estatuto de la empresa”, en AA.VV., *La empresa en la Constitución española*, Navarra: Aranzadi, 1989, p. 93.

²⁵² MARTÍNEZ VAL, J.M., “Artículo 38. Libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 658.

²⁵³ BROSA BALLESTEROS, P., “El estatuto de la empresa”, *op. cit.*, p. 93.

fundamental”²⁵⁴. Asimismo, este sector doctrinal mantiene que “en modo alguno podría calificarse la productividad (su defensa) como una manifestación de la libertad de empresa”, sino que debe ser entendido como “un simple principio rector de la política social y económica”²⁵⁵.

Dichos planteamientos se encuentran, a su vez, en el voto particular de la STC núm. 119/2014 de 16 de julio, que analizaba la constitucionalidad de algunos preceptos de la reforma laboral llevada a cabo por la Ley 3/2012, de 6 de julio. Así, el magistrado discrepante²⁵⁶ mantenía que “la defensa de la productividad es un concepto económico que entra en el marco jurídico como concepto indeterminado y de necesaria configuración legal. Esa circunstancia dificulta la atribución al mismo de un contenido subjetivo, cuando menos a falta de definición en la norma constitucional y en ausencia de desarrollo constitucional”.

De hecho, en el propio debate constitucional sobre el modelo económico se planteó precisamente el rechazo a la inclusión, dentro de las potestades empresariales, del establecimiento de condiciones de empleo según criterios de productividad, ya que se entendió que fortalecería extraordinariamente la posición empresarial. En tal sentido, el párrafo 2 del artículo 32 del proyecto constitucional decía: “el empresario tiene derecho a satisfacer las condiciones de empleo de acuerdo con criterios de productividad”. La primera redacción propiciaba una interpretación muy clara, pues la productividad venía estrictamente referida a las facultades del empresario en orden a establecer las condiciones de empleo. Así, se optó por su eliminación para que, de esta forma, la productividad no apareciera como una facultad funcionalmente atribuida al empresario, sino a los poderes públicos²⁵⁷. En este aspecto, la modificación no fue pequeña por cuanto se pretendía cambiar el sujeto titular de las facultades inherentes

²⁵⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Negociación colectiva y mejora de la productividad: sus relaciones en el derecho transnacional”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2016, p. 1038-1039.

²⁵⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Autonomía colectiva y productividad”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2016, pp. 818-819.

²⁵⁶ Fernando Valdés Dal-Ré.

²⁵⁷ RODRÍGUEZ PÉREZ, J.A., *El derecho a la libertad de empresa del artículo ...op. cit.*, 381.

a la defensa de la productividad al tiempo que quedaba separada de la formulación de las condiciones de empleo.

Con todo, otro sector doctrinal mantiene que dicho debate ha sido superado y que el transcurso del tiempo ha puesto de manifiesto que es el empresario el legítimo titular para defender la productividad de su empresa²⁵⁸. Así, la lectura actual del art. 38 CE conlleva el reconocimiento de unas facultades empresariales en defensa de la productividad que, por otro lado, parecen congruentes con las necesidades económicas que la actual situación ha evidenciado. En efecto, al margen de la intención de los redactores de la CE, lo cierto es que la productividad, como elemento constructor del libre mercado debe referirse también al empresario, pues precisamente dentro de cada proyecto empresarial, la libre iniciativa para conseguirla es donde mejor opera: la imaginación creadora, las reformas en la organización y funcionamiento de la empresa, la investigación y aplicación de nuevas tecnologías, la innovación de métodos productivos o de distribución, etc.²⁵⁹

Ello no significa que los poderes públicos no deban velar por la productividad nacional, pues precisamente su defensa constituye a su vez una posible limitación a la libertad de empresa, en el sentido de que la intervención en la economía de cada empresario no puede suponer un peligro o un menoscabo para la productividad general. En este sentido se pronunció Tribunal Constitucional en la STC 92/1992 de 11 de junio (FJ 3), admitiendo la constitucionalidad de la regulación vigente que en ese momento exigía autorización administrativa en caso de no alcanzarse acuerdo con los representantes de los trabajadores para llevar a cabo modificaciones sustanciales *ex art* 41.1 ET. En todo caso, a pesar de que la cláusula del art. 38 CE sobre “la defensa de la productividad” constituye un título hábil para que los poderes públicos puedan limitar la libre actuación de los empresarios en aras, precisamente, de proteger la productividad general, lo cierto es que tal eventualidad no niega ni excluye que el empresario pueda orientar su proyecto empresarial bajo los criterios de productividad que él mismo se dé.

²⁵⁸ RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Granada: Comares, 2010, p. 36.

²⁵⁹ MARTÍNEZ VAL, J.M., “Artículo 38. Libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 659.

3.1.2. El trabajo humano como factor productivo

Pues bien, si admitimos que la “imagen maestra” del libre mercado conlleva que el empresario tiene derecho, en términos generales, a conducir su actividad económica bajo criterios de productividad, surge el interrogante de si tal derecho se proyecta también en el ámbito laboral. Desde esta perspectiva resulta necesario preguntarse si el trabajo humano constituye un factor productivo más en el marco de la productividad empresarial y como tal se presta a ser tratado en términos de eficiencia económica.

Desde una posición iuslaboralista, la idea que el trabajo no es una mercancía constituye un principio paradigmático y así aparece recogido expresamente en la Declaración de Filadelfia de 1944. En efecto, desde el punto de vista de la dignidad humana, el trabajador no debe ser considerado una mercancía, pues no es en sí mismo un simple bien o medio productivo, sino que, a diferencia de las cosas, además de valor y precio, tienen dignidad en el sentido de que constituye un fin en sí mismo²⁶⁰.

Estando de acuerdo con lo dicho, pocos autores se han atrevido a admitir que no cabe duda que, desde el punto de vista empresarial, el trabajo es *de hecho* un factor productivo a gestionar dentro de la organización de la actividad productiva²⁶¹. Mejor dicho, desde la óptica económica, la prestación de trabajo es un factor productivo más que el empresario debe gestionar por cuanto de la misma derivan costes y beneficios económicos. En este sentido, técnicamente debe reconocerse que el trabajo humano tiene en el mercado un valor de uso, de cambio: se paga por él un precio, que en principio está condicionado por reglas de mercado, como, por ejemplo, la mayor o menor demanda de trabajo en un momento y en una sociedad determinados, la mayor

²⁶⁰ KANT, E., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Barcelona: Ariel, 1999, pp. 185 y 187. Edición traducida por José Mardomingo. Título original: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Erlangen: Riga, 1785; DIÉGUEZ CUERVO, G., “Nueva función del trabajo en el orden de la empresa”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 62, 1993, p. 844.

²⁶¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J., “La visión legal del empresario laboral”, en Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco (Coords.), *Crisis, Reforma y Futuro del Derecho del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2010, p. 90; CATANI, E., “Una aproximación conceptual a la dimensión colectiva del Derecho del Trabajo”, *Derechos en Acción*, vol. 7, núm. 7, 2018, p. 163.

o menor cualificación, etc. Por consiguiente, es indiscutible que el trabajo no puede ser tratado como una mera mercancía, pero no se puede negar de forma idealista su relación con el mercado.

Por tanto, el debate no debería situarse en la negación de esta realidad, sino en la necesidad de que dicha dimensión productiva no se imponga sobre la dimensión humana del trabajador, lo que se traduce jurídicamente en la protección de sus derechos fundamentales y en la adecuada ponderación en caso de colisión con otros derechos y bienes constitucionales. En definitiva, en el marco del respeto hacia la dignidad humana de los trabajadores, el empresario podrá organizar todos los recursos disponibles, tanto materiales como personales, para obtener los mejores resultados²⁶².

3.2. La libre competencia

El segundo elemento que define y configura la “imagen maestra” del mercado es la libre competencia. En este sentido, se presenta como un presupuesto estructural de la economía de mercado que permite al empresario ejercer adecuadamente las facultades que integran la libertad de empresa²⁶³.

Así, para analizar el concreto alcance jurídico que ello implica desde la perspectiva empresarial, resulta necesario preguntarse por el significado de la libre competencia. De nuevo se trata de un concepto de naturaleza eminentemente económica que implica, en síntesis, el “ejercicio profesional de la actividad económica libre, por parte de la pluralidad de empresarios, susceptibles de satisfacer las mismas o similares necesidades, con la ulterior finalidad de aumentar cada cual la contratación de los

²⁶² RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, op. cit., p. 14.

²⁶³ RIVAS VAÑO, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., “Relaciones laborales y libertad de empresa: algunas reflexiones”, en M.^a E. Casas Baamonde, Federico Durán López y Jesús Cruz Villalón (Coords.), *Las Transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid: La Ley, 2006, p. 762. Y en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia de febrero de 2005 (Sala de lo Civil, rec. 3625/1998) (FJ 3) afirmando que “la libertad de competencia forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa proclamada constitucionalmente”.

productos o servicios e incrementar el margen de sus ganancias, a costo de los demás competidores”²⁶⁴.

En este caso, no obstante, también disponemos de una definición legal, recogida en el preámbulo de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia: se trata de “la existencia de una competencia efectiva entre las empresas, que disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad”.

En última instancia, la libre competencia conectaría con la idea de rivalidad entre empresas. Sin embargo, para que ello sea posible, resulta necesaria una mínima intervención estatal, pues de modo natural no se dan las condiciones suficientes para que se produzca la libre competencia. Por ello, a través de una regulación estatal no excesiva, se garantiza que los empresarios puedan competir libremente entre sí y todo ello con fundamento en las limitaciones que expresamente aparecen en el art. 38 CE, esto es, la defensa de la productividad nacional, las derivadas de las exigencias de la economía general y por último la planificación estatal.

En suma, tal y como el TC interpreta el art. 38 CE, la defensa de la libertad de empresa exige la protección de los empresarios contra prácticas, acuerdos, conductas o actuaciones atentatorias de la libre competencia²⁶⁵, ya que la defensa de esta resulta necesaria para que la libertad de empresa pueda ser efectiva²⁶⁶.

En este sentido, la libre competencia descansa sobre la idea de la igualdad entre los competidores, pues gracias a esta se permite una efectiva y auténtica rivalidad

²⁶⁴ FONT GALÁN, J. I., *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, Madrid: Tecnos, 1987, p. 51. Además, la libre competencia se basa en la libre toma de decisiones de los consumidores que, en un modelo ideal, dispondrían de la información suficiente sobre las características, calidad y precio de los productos para poder elegir entre las diferentes opciones.

²⁶⁵ STC 71/1981, de 30 de noviembre (FJ 15), ATC 222/2005, de 24 de mayo (FJ 8).

²⁶⁶ STC 88/1986, de 1 de julio (FJ 4).

económica que construye el libre mercado. Desde este prisma, como regla general, ningún empresario podría ser privilegiado por el ordenamiento jurídico en términos de mayores oportunidades o menores limitaciones en el desarrollo de su actividad empresarial.

3.2.1. La igualdad competitiva como presupuesto de la libre competencia

En efecto, en el concepto de libre competencia aparece la igualdad competitiva como sustrato objetivo del libre mercado, en el sentido de que no solo son necesarias las facultades de poder acceder al mercado por parte del empresario, sino que también se requiere, para permanecer en él, la existencia de un grado de igualdad entre los operadores económicos que haga real y efectivo la posibilidad de ejercer una actividad empresarial. En consecuencia, todo empresario tendrá derecho a poder competir en términos de igualdad, pues en caso contrario se estaría dañando la “imagen maestra” del libre mercado.

De hecho, esta interpretación se corresponde con la doctrina del TC al respecto. Así, en primer lugar, el TC entiende que las condiciones básicas de igualdad están constitucionalmente garantizadas en art. 38 CE, cuyo respeto marca los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes públicos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico²⁶⁷. En segundo lugar, el TC señala que la libertad de empresa exige que las distintas empresas de un mismo sector estén sometidas al mismo género de limitaciones básicas en todo el territorio nacional, pues la economía de mercado resulta incompatible con posiciones jurídicas básicamente distintas de los diversos operadores²⁶⁸. Es decir, la libertad de empresa garantiza la

²⁶⁷ STC 37/1981, de 16 de noviembre (FJ 2); STC 4/1990, de 5 de abril (FJ 4); STC 96/2002, de 25 de abril (FJ 11), ATC 222/2005, de 24 de mayo (FJ 8).

²⁶⁸ STC 109/2003, de 5 de junio (FJ 8).

igualdad de oportunidades y limitaciones de la actividad económica para las empresas de una misma clase²⁶⁹.

3.2.2. La igualdad competitiva en el ámbito laboral. La ley como origen diferenciador

De entrada, pudiera parecer que en el ámbito laboral esta igualdad de limitaciones y oportunidades empresariales se cumple, pues a través del Derecho del Trabajo se introduce una uniformidad general de costes que se proyecta, en principio, por igual a todas las empresas. Desde esta perspectiva, el Derecho del Trabajo presentaría un componente de tutela de la posición de las empresas en el mercado, a través del establecimiento de iguales cargas para todas las empresas que compiten en él. De este modo, la libre competencia quedaría garantizada, pues los estándares normativos de protección de los trabajadores, al tener alcance general, provocarían la igualación de los costes laborales de los empresarios que actúan en el mercado²⁷⁰. El objetivo de esta exclusión del factor trabajo como factor de competencia sería evitar que las empresas rivalizasen entre sí reduciendo condiciones de trabajo y bajando salarios, lo cual se alcanzaría principalmente gracias a una legislación laboral estatal y acuerdos y convenios colectivos confederales estatales, que garantizaran la igualdad y uniformidad de las condiciones de trabajo²⁷¹.

Dicho esto, debe significarse que la libre competencia no exige una igualdad absoluta, sino que, de conformidad con la jurisprudencia del TC referida, cabe una diferenciación en el tratamiento legal del tipo empresas, siempre que se trate de una diferencia normativa legítima desde el punto de vista de la finalidad perseguida, que no

²⁶⁹ STC 89/2017 de 4 de julio de 2017 (FJ 15).

²⁷⁰ GOERLICH PESET, J. M.^a (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2011, p. 475; MARTÍNEZ FONS, D., *Libre competencia y Derecho del Trabajo*, Madrid: La Ley, 2006, p. 22.

²⁷¹ RIVAS VAÑO, A. y RODRÍGUEZ-PINERO ROYO, M. C., “Relaciones laborales y libertad de empresa: algunas reflexiones”, *op. cit.*, p. 767.

sería otra que precisamente garantizar el libre ejercicio de la iniciativa económica de todos los empresarios.

A este respecto, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre la igualdad competitiva y las diferencias que la legislación laboral ha introducido entre empresas. Así, en una temprana jurisprudencia²⁷², el TC entendió que era constitucional la norma que establecía una diferente indemnización en función del tamaño de la empresa, pues matizó que la igualdad entre las empresas sólo es violada si esta desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada. Y en este caso, el hecho de que la cuantía indemnizatoria a abonar por las pequeñas y medianas empresas fuese inferior al resto constituía una desigualdad justificada en relación con la finalidad de protección a este tipo de empresas en conexión con sus mayores dificultades económicas en el mercado²⁷³.

Más recientemente, el TC se ha vuelto a pronunciar en este sentido al hilo de una cuestión de inconstitucionalidad planteada por el TSJ del País Vasco respecto al periodo de prueba de 1 año establecido (por el artículo 4.3 de la Ley 3/2012, de 6 de julio) para empresas de menos de 50 trabajadores²⁷⁴. Entre otras razones que pondrían en cuestión la constitucionalidad del precepto según el tribunal autonómico era que “no se adivina qué especificidad pueden tener las empresas de menos de 50 trabajadores hasta el punto de establecer un contrato de estas características que fija la

²⁷² STC 6/1984 de 24 de enero (FJ 4).

²⁷³ Asimismo, el TC se volvió a pronunciar en la STC núm. 53/2014 de 10 de abril sobre la constitucionalidad de una norma que beneficiaba solo a las pequeñas empresas. En esta ocasión se trataba de un impuesto fijado por la Comunidad Autónoma de Asturias que solamente grababa a los grandes establecimientos comerciales. Según el órgano judicial que planteaba la cuestión de inconstitucionalidad, dicha norma vulneraba el derecho fundamental a la libertad de empresa porque imponía un coste adicional a los grandes establecimientos, colocándoles en una situación de desventaja, y en definitiva les perjudicaba como competidores en el mercado, habida cuenta se falseaba de este modo la competencia. En su contestación, el TC parte de la idea que “la libertad de empresa abona la igualdad de limitaciones de la actividad económica” (FJ 7), aunque a continuación, entre otros argumentos (como la protección del medioambiente), entenderá que al no tratarse de operadores económicos que se encuentra en la misma situación, por cuanto les diferencia los “costes y externalidades que pueden generar”, la diferencia legal es constitucional.

²⁷⁴ STC 140/2015 de 22 de junio de 2015.

duración del periodo de prueba en un año”. En este sentido el auto que planteaba la cuestión de inconstitucionalidad añadía que “no brinda la norma explicación acerca de diferencias sustanciales de situación de unas y otras empresas que permitiera entender suficientemente justificada esta diferencia de trato entre las personas que contraten indefinidamente con empresa de menos de 50 trabajadores y las que lo hagan en empresa de plantilla superior”. No obstante, el TC respondió que esta diferenciación legal que favorecía a un determinado tipo de empresa según el número de trabajadores contratados era constitucional porque “se dirige sobre todo a facilitar y promover decisiones de creación de empleo de pequeñas y medianas empresas, reduciendo las incertidumbres propias de todo proyecto de inversión empresarial, favoreciendo además que tales decisiones se orienten hacia la contratación de carácter estable. Atendido el contexto de grave crisis económica y alto desempleo [...] hemos de afirmar que la fijación de un periodo de prueba superior al generalmente previsto para las demás relaciones laborales encuentra justificación; no sólo en la finalidad típica de todo periodo de prueba sino, sobre todo, en la específica y legítima finalidad de potenciar la iniciativa empresarial como instrumento para contribuir, junto con otras medidas de su régimen jurídico, a promover la creación de empleo estable, de conformidad con el mandato que el art. 40.1 CE dirige a los poderes públicos para llevar a cabo una política orientada al pleno empleo²⁷⁵”.

En el ámbito comunitario, también se comparte esta interpretación de la validez de las normas laborales que introducen diferencias en el mercado para favorecer a un determinado tipo de empresas. Así, y con relación a una cuestión similar a la anterior, el TJCE en la sentencia de 30 de noviembre de 1993 (caso *Kirsammer*)²⁷⁶ resolvió que la diferente regulación del despido más beneficioso para las empresas con menos de 5 trabajadores era conforme al derecho comunitario de la competencia por cuanto la finalidad buscada era aligerar el coste de los vínculos laborales que gravan sobre las pequeñas empresas que de otro modo podría obstaculizar su desarrollo.

²⁷⁵ FJ 2. En este sentido, reitera la doctrina asentada en la STC 119/2014 de 16 de julio 2014 (FJ 3).

²⁷⁶ STJCE de 30 de noviembre de 1993, asunto *Petra Kirsammer-Hack v Nurban Sidal*, caso C-189/91 (ECLI:EU:C:1993:907).

En definitiva, cabe afirmar que el ordenamiento jurídico laboral parte de la presunción de que las pequeñas empresas presentan menor resistencia económica que el resto respecto de las vicisitudes del mercado, lo cual habilita al legislador para introducir diferencias normativas que les favorezcan competitivamente. Así, esta presunción general se concreta en una rebaja de los costes jurídico-laborales mediante la previsión de ayudas directas o a través de la exención y/o limitación de ciertas obligaciones laborales en función de la dimensión de la empresa²⁷⁷, referidas a diversas materias: seguridad e higiene, seguridad social, y las relaciones individuales y colectivas²⁷⁸.

3.2.3. La negociación colectiva como germen de la desigualdad

La libre competencia y, en concreto, la igualdad que de ella deriva, también pueden verse afectadas por las desigualdades provenientes de la autonomía colectiva. Así, no solo el legislador es el único sujeto legitimado para introducir diferencias normativas en el ámbito laboral que afecten a la capacidad competitiva de las empresas, sino que también se verán sometidas a las desigualdades que la negociación colectiva pueda introducir.

A este respecto, cabe diferenciar dos vías posibles, una directa y otra indirecta. Por un lado, el convenio colectivo aplicable directa y expresamente puede contemplar en su articulado desigualdades entre las empresas incluidas en su ámbito de aplicación. Por otro, estas diferencias pueden derivar como consecuencia de las múltiples regulaciones convencionales correspondientes a las distintas unidades de negociación.

²⁷⁷ GOERLICH PESET, J. M.^a, “La dimensión de la empresa: pequeñas y medianas empresas ante el Derecho del Trabajo”, en Ángel Blasco Pellicer (coord.), *El empresario laboral, estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 57-72; GOERLICH PESET, J. M.^a (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia...op. cit.*, p. 480.

²⁷⁸ GARCÍA NINET, J. I., “La dimensión de la empresa en la normativa laboral”, en Juan García Blasco (coord.), *La Dimensión de la Empresa y la Reforma de la Legislación Laboral, V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Madrid: MTAS, 1994, pp. 383-564.

A) Desigualdades competitivas entre empresas establecidas en el texto convencional

Al igual que el legislador, los agentes negociadores también pueden introducir diferenciaciones subjetivas en el texto convencional en atención a los distintos destinatarios del mismo. Asimismo, análogamente a lo que ocurría con la norma estatal, dichas desigualdades, en tanto que distorsionan la libre competencia entre empresarios, han de estar justificadas suficientemente por la finalidad que pretenden alcanzar. En este sentido, una cláusula convencional de la que deriven diferentes costes laborales según el tipo de empresario, salvo que sea proporcional a una finalidad legítima, será nula por afectar de forma negativa a la igualdad y a la libre competencia.

En efecto, así lo entendió el TS²⁷⁹ en un supuesto en el que el convenio sectorial aplicable recogía un plus salarial que solo debían abonar aquellas empresas que superasen un determinado volumen de trabajo y contasen con un mínimo número de trabajadores²⁸⁰. La Asociación Gallega de Grandes y Medianas Empresas de Alquiler y Lavado de Ropa, en nombre de las empresas afectadas, impugnó dicha cláusula por considerarla discriminatoria. En este sentido, las razones esgrimidas fueron que dichas empresas debían soportar un gasto mayor sin ningún tipo de justificación razonable y que desde el punto de vista de los trabajadores, los que estuvieran empleados en pequeñas empresas, difícilmente percibirían el complemento en cuestión. No obstante, el Tribunal Supremo determinó que “la norma convencional no es discriminatoria puesto que la diferencia de trato no se produce entre empresas que se encuentran en una misma situación de hecho, sino entre empresas que, aun perteneciendo a la misma actividad, la realizan en condiciones distintas. [...] (Dicha regulación) tiene por objeto la singular carga para el trabajador que trabaja en condiciones ambientales distintas, propias de un proceso industrial mecanizado, que han sido valoradas especialmente

²⁷⁹ STS de 20 de febrero de 2012 (rec. 189/2011).

²⁸⁰ Así, el art. 17 del Convenio Colectivo del Sector de Tintorerías, Lavanderías y Planchado de Ropa de la Provincia de A Coruña establecía que “exclusivamente a los efectos de este plus, se tenderá y considerarán empresas de lavandería y tintorería industriales con volumen superior de trabajo y negocio aquellas en las que se den simultáneamente las siguientes circunstancias: a) que los servicios que presten vayan destinados entre otros a entidades mercantiles; b) que tengan maquinaria de lavandería, con un total de capacidad de carga igual o superior a 600 kgs, aunque no la desarrolle; c) que la media mensual de su plantilla sea superior a 27 trabajadores calculando el promedio en los 12 meses anteriores al pago”.

por los firmantes del convenio”. En cuanto a la eventual discriminación para los trabajadores, el Tribunal concluyó que “los representantes de los trabajadores serían los únicos legitimados para sostener la ilegalidad de tal cláusula por discriminación para los trabajadores, y no la empresa recurrente que solo estaría legitimada para defender sus propios intereses”.

Recientemente, la AN alcanzó la misma conclusión²⁸¹. En este caso, la AN analizaba la legalidad de un convenio sectorial que limitaba el número máximo de contratos formativos que se podían celebrar en la empresa en función del número de trabajadores contratados, de tal modo que a medida que se incrementaba la dimensión de la plantilla se reducía el porcentaje de contratos formativos que se podían celebrar²⁸². La AN entendió que era legal que las partes, a pesar de que el ET no hiciera una remisión explícita al convenio, negociasen los límites de contratación en formación bajo criterios de razonabilidad y proporcionalidad, por cuanto son “quienes conocen mejor que nadie las características del sector”. No obstante, el TS estimó parcialmente el recurso de casación en revisión de doctrina contra este pronunciamiento al matizar que la negociación colectiva no disfruta de una libertad absoluta de contenidos, sino que está limitada por las previsiones legales expresas e indirectas, entendiéndose por estas últimas aquellas que derivan de una política legislativa concreta, como la de corte liberalizador. Por este motivo, al apreciarse que la norma sobre el número de contratos formativos ha sido reformada con el fin concreto de lograr su flexibilización, la autonomía colectiva supraempresarial no puede impedir “las posibilidades de puesta en juego” que la norma legal ofrece²⁸³.

²⁸¹ SAN de 21 de junio de 2017 (proced. 144/2017).

²⁸² Esta opción, en particular, aparecía en el antiguo art. 11.2.b ET en la versión anterior al RDL 10/2011, de 26 de agosto de 2011, que disponía que mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podían establecer, en función del tamaño de la plantilla, el número máximo de contratos a realizar, así como los puestos de trabajo objeto de este contrato. Desde la entrada en vigor de la norma antes dicha, el art. 11.2 ET no impone dicha limitación, aunque la lectura detenida de su exposición de motivos no permite sacar ninguna conclusión puesto que no explica de ningún modo las razones por las que se suprimió dicho párrafo.

²⁸³ STS de 20 de noviembre de 2018 (rec. 221/2017).

Con todo, a efectos de considerar válida la desigualdad introducida por el convenio colectivo, con independencia de la finalidad pretendida, la doctrina ha apuntado a dos razones específicas para entender justificadas las previsiones convencionales que limiten de forma desigual la competencia empresarial²⁸⁴. La primera razón sería la naturaleza voluntaria del proceso negociador. En este sentido, al autoimponerse los empresarios dichas desigualdades, de algún modo, estas gozarían de una presunción de legalidad. El segundo argumento se relacionaría con el carácter temporal que presentan estas desigualdades, pues se verán afectadas por la vigencia del convenio colectivo en el que se recojan.

Ahora bien, estas dos causas de validez de la desigualdad se han condicionado al hecho de que el proceso de negociación del convenio colectivo que las introduce se desarrolle en “condiciones de normalidad”²⁸⁵. En este sentido, si el procedimiento legal para negociar dicho convenio se ha respetado, la conclusión que parece desprenderse de este planteamiento es que la desigualdad competitiva será válida.

Sin embargo, más allá del cumplimiento formal del conjunto de reglas que disciplinan el procedimiento negociador, a mi juicio, deberá analizarse de una forma más profunda si los representantes empresariales han negociado de buena fe la diferencia competitiva, de tal forma que esta desigualdad responda a un interés legítimo en defensa de un colectivo determinado, y no a un ánimo de alterar fraudulentamente la libre competencia. De hecho, tal y como se analizará más adelante²⁸⁶, el ordenamiento jurídico no ofrece las garantías suficientes para que el proceso de negociación se desarrolle en estas condiciones.

²⁸⁴ GOERLICH PESET, J. M.^a, “Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 275.

²⁸⁵ *Idem*.

²⁸⁶ *Vid.* capítulo tercero, apartado I.

B) Desigualdades competitivas derivadas de las distintas unidades de negociación.

Como se advertía anteriormente, la desigualdad competitiva entre las empresas en el ámbito laboral puede aparecer también como consecuencia de las múltiples regulaciones convencionales, correspondientes a distintas unidades de negociación. De esta forma, situaciones de hecho similares son tratadas de forma diferente por las diversas regulaciones convencionales, con la consiguiente aparición de costes laborales distintos en función de la unidad negociadora a la que esté adscrita cada empresa.

En efecto, el trabajo no solo se convierte claramente en un factor de competencia empresarial, sino que además el ordenamiento jurídico permite que un determinado tipo de empresas -las que constituyen por sí mismas una unidad de negociación- aparezcan en el mercado disfrutando de una posición más ventajosa en términos de competitividad que otras.

Ello implica que algunas empresas puedan regular sus propias condiciones laborales mediante una negociación colectiva a nivel de empresa, mientras que otras no tienen tal capacidad de afectación de los costes laborales que deben aplicar. Así, mientras que algunos empresarios pueden utilizar la negociación colectiva como medio de adaptación de las condiciones laborales a la realidad empresarial para mejorar su propia productividad, otras, simplemente, se ven excluidas legalmente de esta posibilidad. Esto provoca, en definitiva, una situación de concurrencia empresarial desequilibrada que casa mal con la exigencia de igualdad que deriva de la libre competencia.

Paradójicamente, tal y como se comprobará más adelante²⁸⁷, esta desigualdad normativa, que provoca una desigualdad competitiva, afecta principalmente a aquellas empresas de las cuales el legislador y la jurisprudencia constitucional habían presumido su peor condición económica para competir en el mercado, es decir, las pequeñas empresas. De tal suerte que, en esta ocasión, no solo no se establece un marco legal desigual para beneficiarlas, sino que, a través de la exclusión legal de la posibilidad de contar con su propio convenio colectivo de empresa estatutario, se les está colocando en una situación competitiva peor.

²⁸⁷ *Vid.* capítulo tercero, apartado I. 6.5.

En su momento, algún autor ya percibió que este tratamiento desigual en perjuicio de las pequeñas empresas podía atentar contra el principio de igualdad y, en consecuencia, contra la libre competencia empresarial²⁸⁸. Sin embargo, dicho autor consiguió justificar razonablemente esta situación de desigualdad gracias a cuatro argumentos principales. En primer término, defendía la idea de una igualdad negociadora general, en el sentido de que la posibilidad de negociar colectivamente está “al alcance de forma igual para todas las empresas puesto que pueden ejercitar sus facultades negociales en sentido similar al de sus competidores”²⁸⁹. En segundo lugar, mantenía que, en última instancia, a través de la institución de la inaplicación salarial, se permitiría a las empresas “adaptar el marco normativo fijado en los niveles de negociación territorial a su propia situación en el mercado”²⁹⁰. En tercer lugar, esgrimía que “la suscripción de específicos convenios de empresa *in peius* no es fácil: no parece razonable partir de la hipótesis de que este tipo de convenio se acepte fácilmente por los representantes de los trabajadores; y si son aceptados, lo serán probablemente a cambio de condiciones más ventajosas en otros terrenos”²⁹¹. Por último, argumentaba sobre la posibilidad de que se condicionase, limitase o cerrase, por parte de convenios sectoriales estatales que articulan la estructura negocial, las unidades de negociación inferiores, afectando por igual a todas las empresas. Además, se ponía de manifiesto el carácter residual del convenio de empresa, pues solo cobraba virtualidad en los huecos que se abrían en el juego de la prohibición de concurrencia *ex* artículo 84 ET²⁹².

No obstante, las consideraciones anteriores tal vez deberían replantearse a la luz de los cambios legislativos producidos con posterioridad. En este sentido, la idea de que toda empresa puede ejercer en términos funcionales y materiales la autonomía negocial en sentido similar al de las empresas competidoras ya no se presenta como cierta. El fortalecimiento de la unidad negocial empresarial se ha traducido en la preferencia

²⁸⁸ GOERLICH PESET, J. M.³ (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia...* *op. cit.*, pp. 485 y ss.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 485.

²⁹⁰ *Ibidem*, p. 481.

²⁹¹ *Ibidem*, p. 487.

²⁹² *Idem*.

aplicativa del convenio de empresa en un conjunto de materias que conectan directamente con la capacidad competitiva de la empresa, sin que dicho fortalecimiento haya ido acompañado de una modificación de las reglas de legitimación que englobe por igual al conjunto de competidores.

En cuanto al segundo argumento esgrimido, debe reconocerse que en la actualidad la institución de la inaplicación parcial del convenio colectivo sectorial se ha consolidado como medio idóneo de adaptabilidad para favorecer la viabilidad y productividad empresarial, tanto en términos material como procedimentales, pues el abanico de materias susceptibles de ser inaplicadas ha aumentado al igual que el procedimiento no impide que la propuesta del empresario acabe materializándose a falta de acuerdo. Sin embargo, como se verá²⁹³, aunque el convenio de empresa y la institución de inaplicación convencional están llamadas a un fin similar, las diferencias que las separa son importantes y se proyectan sobre la capacidad competitiva del empresario.

La tercera razón dada era más de carácter sociológico que legal, en tanto que apuntaba a que los convenios colectivos empresariales por regla general mejorarían las condiciones laborales. Sin entrar en el análisis de si esta consideración sigue siendo cierta, aunque con toda probabilidad durante los años de crisis económica se ha manifestado más bien la tendencia contraria, debe destacarse que la idea de conectar el empeoramiento de las condiciones laborales con una mejora de la capacidad competitiva de la empresa no es acertada, pues también se puede mejorar la productividad de una empresa mejorando las condiciones de empleo de los trabajadores. Dicho de otro modo, la igualdad de poder ejercer el derecho a la negociación colectiva no deja de desquebrajarse por el hecho de que los convenios colectivos mejoren o empeoren condiciones laborales, sino porque, a través de la negociación colectiva, solo algunos empresarios puedan adaptar las condiciones laborales a su realidad económica.

Con relación al cuarto argumento, referido a la limitación o cierre igualitario de unidades negociales desde unidades superiores que diseñan la estructura de la negociación colectiva, actualmente la preferencia aplicativa del art. 84.2 ET permite al

²⁹³ *Vid.* capítulo sexto, apartado IX.

convenio de empresa escapar de estas limitaciones. Asimismo, el elenco de materias que gozan de dicha prioridad no puede considerarse actualmente como residual, sino más bien lo contrario, pues constituyen gran parte de las instituciones capitales del sistema laboral.

Para resumir, y a modo de conclusión, este tratamiento desigual en el ejercicio del derecho de la negociación colectiva, del que son titulares constitucionales todos los empresarios, afecta de forma directa y negativa a la igualdad competitiva entre ellos, alterando así la libre competencia. En este sentido, solo aquellos empresarios que cuenten de forma estable con un número determinado de trabajadores podrán crear su propia unidad negociadora, que les permita desvincularse de la uniformidad y homogeneización de costes laborales del convenio sectorial, y competir, por consiguiente, de forma más ventajosa. Así, bajo este planteamiento, parece que las reglas de legitimación negociadora podrían atentar contra el principio de igualdad y, en general, contra el libre mercado y la libertad de empresa²⁹⁴, ya que son las que introducen, en última instancia, una ventaja competitiva tan solo para un determinado tipo de empresas. A este respecto, debe significarse desde ya que dicha desigualdad competitiva se fija tan solo bajo un único criterio legal, cual es el número de trabajadores en la empresa o centro de trabajo, sin ninguna otra razón que lo pudiera justificar.

En este sentido, salvando las diferencias al referirse a un conflicto transnacional, se pronunció el TJCE en el asunto *Portugaia*²⁹⁵, que analizaba un posible tratamiento discriminatorio derivado de la imposibilidad que empresas de otros países no pudieran inaplicar el convenio sectorial al carecer de estructuras representativas, mientras que las empresas nacionales podían dejar de aplicarlo gracias a que contaban con su convenio de empresa propio. La respuesta del tribunal fue contundente: “el hecho de que un empresario extranjero, a diferencia del empresario del Estado miembro de acogida, no tenga la posibilidad de sustraerse a la obligación de pagar el salario mínimo previsto en el convenio colectivo del sector de actividad de que se trate crea una

²⁹⁴ *Ibidem*, pp. 485 y ss.

²⁹⁵ STJUE de 24 de enero de 2002, asunto *Portugaia Construções Lda*, caso C- 164/99 (ECLI: EU: C:2002:40).

desigualdad de trato contraria al artículo 59 del Tratado²⁹⁶. Y concluía el tribunal subrayando que no se había invocado ninguna justificación contemplada en el Tratado y, en consecuencia, dicha desigualdad competitiva constituiría una restricción injustificada a la libre prestación de servicio y a la libertad de empresa²⁹⁷.

3.3. El intercambio y la libre determinación de los precios

El intercambio y la determinación libre de precios es el último elemento que configura la dimensión objetiva de la libertad de empresa, junto con la libre iniciativa y la competencia. Aunque todos ellos son conceptos que se interrelacionan y que difícilmente tienen sentido de forma aislada, la fijación de precios de los bienes y servicios en una economía de mercado se entiende como el resultado de la oferta y la demanda de los agentes económicos que interactúan de forma libre y voluntaria, de tal modo que el precio final del producto o servicio refleje el valor de utilidad marginal que la sociedad le da, y no el impuesto por una instancia ajena. En este sentido, las leyes de la oferta y la demanda son las que marcan los precios en el sistema económico, siempre y cuando los vendedores y compradores actúen libremente, sin coerción, violencia, etc.²⁹⁸

En el ámbito de las relaciones laborales, también hay una transacción de carácter económico básica: la prestación del servicio del trabajador se intercambia voluntariamente por una contraprestación económica en forma de salario que recibe del empleador. No obstante, como se comentó²⁹⁹, la fijación de precios en este

²⁹⁶ Apartado 34. El antiguo art. 59 TCE se corresponde con el actual art. 66 del TFUE, que establece: “Cuando en circunstancias excepcionales los movimientos de capitales con destino a terceros países o procedentes de ellos causen, o amenacen causar, dificultades graves para el funcionamiento de la unión económica y monetaria, el Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Banco Central Europeo, podrá adoptar respecto a terceros países, por un plazo que no sea superior a seis meses, las medidas de salvaguardia estrictamente necesarias”.

²⁹⁷ Apartado 35.

²⁹⁸ *Vid.* Diccionario de términos económicos y financieros de La Caixa. https://www.caixabank.es/particular/docs/diccionario/A_es.html.

²⁹⁹ *Vid.* Introducción, apartado II, 1.1.

intercambio económico fue asumida por parte de la negociación colectiva a fin de que dicha transacción se hiciera libre y voluntariamente por los trabajadores a través de sus representantes.

Ahora bien, cabe preguntarse si esta función protectora de la negociación colectiva conlleva que sus productos, especialmente los convenios colectivos, escapen totalmente de la lógica competitiva, en el sentido que los precios fijados en estos no puedan en modo alguno escrutarse desde la perspectiva del libre mercado. De aceptarse este planteamiento, los costes laborales que el empresario debería asumir no se regirían por el libre mercado, sino que vendrían marcados exclusivamente por el convenio colectivo aplicable. Y, por tanto, si su capacidad de influir en los precios fuera poca o nula, habría que concluir que la dimensión objetiva de la libertad de empresa se vería seriamente comprometida.

3.3.1. La negociación colectiva sectorial como vía de fijación de precios y su relación con las normas de defensa de la competencia

En consecuencia, la negociación colectiva se presenta como un límite a la libertad de empresa en su manifestación objetiva de intercambio y determinación libre de precios, por cuanto a través de la misma se tiende a la igualación de costes laborales a fin de desconvertir el trabajo en un factor de competencia empresarial. No obstante, a estos efectos, debe diferenciarse entre convenios colectivos supraempresariales y empresariales³⁰⁰, en la medida que la capacidad del empresario de fijar los precios varía en un caso y otro.

Desde el punto de vista de la negociación colectiva sectorial, puede afirmarse que esta efectivamente constituye un auténtico límite, por cuanto que el empresario individual queda “cautivo” de un convenio colectivo que no ha negociado directamente³⁰¹. Dicha

³⁰⁰ STSJ de Islas Canarias, Las Palmas, de 13 de abril de 1999, rec. 1187/1997 (FJ 2).

³⁰¹ BORRAJO DACRUZ, E., “Negociación colectiva y libertad de empresa”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, pp. 358 y 361.

cautividad deriva del hecho que el sujeto negociador por el lado empresarial está formado por una o varias asociaciones representativas que pueden desconocer las necesidades económicas de los empresarios individuales destinatarios del convenio resultante³⁰².

Es más, lejos de un mero desconocimiento provocado por la lejanía y la compleja representación interna en la asociación, tampoco puede descartarse de manera absoluta que las asociaciones empresariales negociadoras diseñen una estrategia común y aprovechen el convenio colectivo sectorial para introducir cláusulas colusorias que afecten negativamente a determinados empresarios del sector³⁰³. De hecho, como se tendrá ocasión de ver³⁰⁴, las reglas legales de legitimación y representatividad negociadora por el lado empresarial pueden fácilmente conducir a que se conculque la libre competencia entre las empresas, y con ello, la libertad de empresa.

Así, esta estrategia puede basarse, por ejemplo, en acordar una eventual elevación de costes laborales a fin de limitar o perjudicar la capacidad competitiva de aquellas empresas cuya posición económica en el mercado es más débil, por ejemplo, mediante cláusulas de empleo que restrinjan las posibilidades de despedir en favor del mantenimiento de los contratos y la estabilidad laboral³⁰⁵. Sin embargo, la variedad de

³⁰² En todo caso, sin perjuicio de lo que se comentará en el último capítulo, algún autor ha mantenido que la capacidad del empresario para resistirse de manera individual a la imposición de un convenio colectivo supraempresarial pasa por dos vías: en primer, debería circunscribirse a su derecho de participación en la toma de decisiones en el seno de la asociación profesional que participa en la negociación. Más allá de este momento, el empresario tendría que asumir como lesión obligatoriamente soportable las decisiones adoptadas en el proceso de negociación colectiva. En segundo lugar, dicho autor pone de manifiesto que, a través de la inaplicación del convenio colectivo supraempresarial o la eventual suscripción de un convenio colectivo propio, el empresario puede intentar hacer reaparecer la autonomía negocial latente a nivel de empresa, *vid.* BORRAJO DACRUZ, E., “Negociación colectiva y libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 329. Sin embargo, adelantando aquí lo que más tarde se verá en el capítulo tercero, apartado I, baste señalar que la primera opción se olvida que la representación patronal puede ser más ficticia que real, y que tampoco hay medios suficientes para acreditarla. En cuanto a la segunda vía, dichas opciones ni son equiparables ni resultan viables en todo caso.

³⁰³ GOERLICH PESET, J. M.³ (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia...op. cit.*, p. 520.

³⁰⁴ *Vid.* capítulo tercero, apartado I.

³⁰⁵ A propósito de ello, la STS de 23 de octubre de 2018 desliza la idea en un *obiter dicta* de que el nivel adecuado para fijar limitaciones al contenido esencial de la libertad de empresa, como la facultad de

posibles escenarios anticompetitivos es mucho más amplia y ha sido estudiada por la doctrina³⁰⁶, destacándose por su frecuencia y relevancia actual las cláusulas convencionales que restringen o prohíben la descentralización productiva, así como las que imponen la subrogación en los contratos de trabajo preexistentes más allá de la normativa sobre transmisión de empresa. Estas cláusulas, a su vez, constituirían barreras que condicionarían el acceso de terceras empresas al mercado³⁰⁷.

A) La no aplicabilidad de la Ley de Defensa de la Competencia

En este sentido, con relación a estos posibles acuerdos empresariales a nivel sectorial que pueden tener como objetivo o efectos restringir la competencia, debe traerse a colación el marco legal que regula y protege la dimensión objetiva de la libertad de empresa, determinado en nuestro ordenamiento jurídico principalmente por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC)³⁰⁸.

En general, la LDC prohíbe aquellos actos o hechos jurídicos llevados a cabo por uno o varios empresarios que por su significado y contenido económico se relacionan de modo directo o indirecto con la situación de libre competencia que debe existir en el mercado, produciendo como resultado una alteración de este³⁰⁹. De entre las conductas

despedir, es el empresarial, pues “la disposición sobre el ejercicio del derecho la realiza su titular y no una asociación empresarial en la que puede estar integrado o no”.

³⁰⁶ GOERLICH PESET, J. M.^a (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia...op. cit.*, pp. 293-383; GOERLICH PESET, J. M.^a, “Negociación colectiva y derecho de la competencia: un complejo panorama”, en Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús R. Mercader Uguina (Dirs.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Lex Nova, 2015, pp. 115-142; SEMPERE NAVARRO, A. V., “Los acuerdos colectivos de trabajo y la libre competencia entre empresa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2013, pp. 163-175; ALVARADO CAYCHO, G. R., “Derecho de la competencia y negociación colectiva: análisis jurisprudencial comunitario y de los tribunales españoles”, pp. 1-19.

³⁰⁷ GOERLICH PESET, J. M.^a (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia...op. cit.*, pp. 294.

³⁰⁸ GÓMEZ MUÑOZ, J. M. “Libertad de empresa, concurrencia mercantil y normas sociales del Mercado Interior Europeo”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, p. 49.

³⁰⁹ ALONSO SOTO, R., “Competencia desleal y defensa de la competencia en España”, *ICE: Revista de economía*, núm. 750, 1996, p. 11.

concretas que la LDC sanciona³¹⁰, interesa aquí hacer mención a las conductas colusorias, pues se identifican con la sustitución de la autonomía de decisión de los operadores empresariales individualmente considerados por la concertación entre algunos de ellos, lesionando como resultado los intereses de los consumidores, el resto de competidores y de la economía general³¹¹.

En concreto, por su cercanía al convenio colectivo, debe destacarse un tipo de práctica colusoria singular, consistente en acuerdos o decisiones colectivas adoptadas por asociaciones o corporaciones, mediante los cuales se comprometen a una conducta que tiene por finalidad o efecto impedir, restringir o falsear la competencia. En este sentido, dicha práctica colusoria es sancionable con independencia de la producción efectiva de un resultado contrario a la competencia, sino que lo que se valora es la aptitud para producir la afectación de la competencia³¹².

De hecho, podría pensarse fácilmente que los convenios colectivos sectoriales encajan en esta definición y, por tanto, son sancionables desde la LDC, por cuanto en última instancia constituyen acuerdos que restringen la competencia entre los empresarios destinatarios de la norma al fijar una regulación común para todos los empresarios, unificando e igualando los costes laborales. En este sentido, debe significarse que no se diferenciarían, en principio, los supuestos en los que los negociadores pactan con propósito de perjudicar a parte de los competidores del sector, de aquellos otros casos en los que dicha negociación realmente responde a un interés conjunto de los representados, sin ánimo de distorsionar la competencia. En todo caso, con independencia del ánimo negociador, podrían calificarse de acuerdos colusorios, pues siempre restringen, de alguna manera, la competencia económica en el sector al fijar

³¹⁰ Estas prohibiciones se corresponden con lo fijado en los art. 101 y 102 del TFUE, salvo la que añade la deslealtad ocasionadora de lesión al interés general.

³¹¹ GÓMEZ MUÑOZ, J. M. “Libertad de empresa, competencia mercantil y normas sociales del Mercado Interior Europeo”, *op. cit.*, p. 53.

³¹² PASCUAL Y VICENTE, J., “Las conductas prohibidas en la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 205, 2000, p. 13.

condiciones de obligado cumplimiento para todos los empresarios que son parte de su ámbito de aplicación³¹³.

Sin embargo, esta conclusión sería en principio prematura, pues desde LDC se contemplan un conjunto de exenciones a tenor de las cuales son válidos determinados pactos colusorios. Así, el art. 4 de la LDC establece un sistema de exención legal que impide la realización de un examen *antitrust* a todo acuerdo restrictivo que tenga su origen en la aplicación de una ley o en las disposiciones reglamentarias dictadas en la aplicación de una ley, de tal modo que la norma imponga, favorezca o refuerce la realización de conductas prohibidas, sin eliminar la facultad de decidir de los infractores³¹⁴.

La pregunta que surge es clara y consiste en determinar si los convenios colectivos pueden disfrutar de esta exención legal y por tanto escapar de la norma de defensa de la competencia. A este respecto, la doctrina se encuentra dividida. Por un lado, algunos comentaristas han respondido en sentido positivo, pues sostienen que los convenios colectivos son reconocidos, permitidos y regulados por una norma, el Estatuto de los Trabajadores³¹⁵. En esta línea, se ha defendido su exención en la medida que la CE reconoce la negociación colectiva y su fuerza vinculante, al tiempo que ordena expresamente su garantía al legislador³¹⁶. Por otro lado, otros autores sostienen que para que el art. 4 LDC resulte operativo, se exige una disposición expresa al respecto, inexistente en nuestro ordenamiento jurídico, pues señalan que el mero reconocimiento de la autonomía negocial no otorga legitimidad a los convenios colectivos para interferir indebidamente en la dinámica del mercado³¹⁷.

³¹³ *Ibidem*, p. 14.

³¹⁴ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del Trabajo y Legislación de Defensa de la Competencia*, Navarra: Aranzadi, 2008, 167.

³¹⁵ OJEDA AVILÉS, A., “National report: Spain”, en Niklas Bruu and Jari Hellsten (Coords.), *Collective Agreements and Competition law in the EU: the report of the COLCOM-project*, Copenhagen: DJOF, 2001, p. 153.

³¹⁶ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del Trabajo y Legislación...op. cit.*, p. 197.

³¹⁷ GOERLICH PESET, J. M.^a (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia...op. cit.*, p. 288.

En medio de este debate doctrinal sobre la aplicación del art. 4 LDC a los convenios o no, me parece acertada la posición intermedia que mantiene la AN en la sentencia de 29 de noviembre de 2013 (proced. 240/2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo). Así, la AN aclara que el convenio colectivo no es que esté exento por aplicación del artículo 4 LDC, pues ello no es posible al encontrarse fuera del ámbito de aplicación del Derecho de Competencia y, por ello, del control de su supervisor, es decir, la Comisión Nacional de la Competencia³¹⁸. En su lugar, la AN señala que los acuerdos celebrados en el marco de la negociación colectiva entre interlocutores no se consideran comprendidos en el ámbito de aplicación de las normas de derecho de competencia puesto que así lo ha fijado el TJUE.

B) La jurisprudencia del TJUE al respecto

En efecto, el 21 de septiembre de 1999 el TJCE se pronunció por primera vez acerca de la compatibilidad entre los convenios colectivos y las normas de la competencia comunitaria, y lo hizo por triplicado, con las sentencias *Albany*³¹⁹, *Brentjens*³²⁰, y *Drijvende Bokken*³²¹. En ellas, el TJCE consideró que, aun cuando las fricciones parecían derivarse

³¹⁸ En este caso, la Comisión Nacional de la Competencia, el 27 de marzo de 2012 (expediente 0197/09) calificó como acuerdo colusorio la cláusula recogida en el Convenio Colectivo Estatal de empresas de Seguridad 2005-2008 que obligaba a la subrogación labora también en los servicios de transporte y manipulado de fondo, atendiendo a la finalidad de las partes, puesto que no servía a la estabilidad del empleo que se pretendía: “en la medida que la empresa que gane el contrato se ve obligada a asumir unos costes laborales no proporcionados al negocio que dicho contrato le genera, es más que probable que antes o después se vea obligada a ajustar plantilla”. Se justificaba también porque la interpretación que las empresas hagan puede traducirse en un uso abusivo de la subrogación ya que se establece el mantenimiento de las condiciones fijadas en los contratos de los trabajadores y no en el propio convenio. Asimismo, la SAN de 30 de septiembre de 2013 (proced. 349/2013) aclara que a tenor del art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, el papel de este organismo administrativo debe limitarse a “impugnar ante la jurisdicción competente las disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”, defendiendo una reserva de jurisdicción a favor del orden social de conformidad con el art. 90 ET y 163 y ss. LRJS.

³¹⁹ STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany International BV*, asunto C-67/96 (ECLI:EU:C:1999:430).

³²⁰ STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Brentjens' Handelsonderneming BV*, asunto C-115/97 to C-177/97 (ECLI:EU:C:1999:434).

³²¹ STJCE de 21 de septiembre de 1999, *Maatschappij Drijvende Bokken BV*, asunto C-219/97 (ECLI:EU:C:1999:437).

de manera ineludible de la propia naturaleza de la negociación colectiva, un convenio colectivo no podía ser calificado como un acuerdo colusorio entre empresas en razón de su naturaleza y su objeto, determinando de este modo los límites de la inmunidad de los convenios³²².

En este sentido, fundamentó su razonamiento en la importancia de la llamada negociación colectiva europea y en la necesidad de mantener la integridad de la política social, cuyos objetivos resultarían gravemente comprometidos, según el tribunal, si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1 (actual art. 105). Además, matizó que tal exclusión se encontraba justificada por la finalidad perseguida por los convenios, al contribuir a los objetivos de la Comunidad Europea, entre otros, a la mejora de las condiciones de vida y de trabajo.

De esta manera, el TJCE estableció lo que parte de la doctrina ha denominado “inmunidad básica” o “limitada”³²³, puesto que reconoce, implícitamente, un espacio en el que el convenio colectivo sí que queda sometido a la normativa de defensa de la competencia. Esto es, el tribunal reconoce la exención que cubre a los convenios colectivos en función de su *objeto, naturaleza y finalidad*, a pesar de que no enumera ni define lo que comprende dichos parámetros. Sin embargo, a fin de entender efectivamente cuándo un convenio colectivo puede ser examinado a la luz de la norma de protección de la competencia, resulta necesario detenerse en el análisis de cada una de estas tres variables.

³²² Debe matizarse que no debe entenderse la doctrina Albany como un subterfugio absoluto de la negociación colectiva frente a la disciplina de mercado. Es necesario advertir al respecto que la misma solo actúa en el terreno del derecho de la competencia: quedan al margen las cuestiones derivadas de las libertades económicas fundamentales. Así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia comunitaria desde mediados de la década anterior³²². Así, en la conocida sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2007, *Internacional Transport Worker's Federation and Finnish Seamen's Union*, C-438/05 (ECLI:EU:C:2007:772), se aclara que la doctrina de Albany “no puede extenderse a las libertades fundamentales establecidas en el título III de dicho Tratado” (apartado 51). Y añade que “el hecho que un acuerdo esté excluido del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado relativas a la libre competencia no entraña que ese acuerdo también esté excluido del ámbito de aplicación de las disposiciones del mismo Tratado relativas a la libre circulación de personas o de servicios, dado que estas disposiciones responden a requisitos de aplicación propios” (apartado 53).

³²³ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del Trabajo y Legislación...op. cit.*, p. 111.

Así, por cuanto se refiere al *objeto* de la negociación colectiva, la normativa de defensa de la competencia no se aplica a los convenios colectivos que circunscriban su contenido a los límites propios del ordenamiento laboral. Así, los “convenios colectivos enriquecidos” no van a beneficiarse de la inmunidad³²⁴, en la medida que regulen materias que vayan más allá de “las condiciones de empleo y de trabajo”, única pista que nos da la jurisprudencia comunitaria³²⁵. De este modo, al asumir materias ajenas a las previstas en los arts. 82.2 y 85.1 ET, los convenios podrán ser censurados y declarados contrarios al derecho *antitrust* si efectivamente restringen la competencia³²⁶. En este punto es preciso recordar que en nuestro ordenamiento jurídico el contenido posible de la negociación colectiva viene marcado por el término “laboral”, empleado en el art. 37.1 CE. A su vez, el ET en los referidos preceptos se refieren a las “condiciones de trabajo y productividad” y las “materias de índole económica, laboral, sindical y en general cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las organizaciones empresariales”.

No obstante, la delimitación de la frontera entre lo “laboral” y lo que va más allá es una tarea que ha ocupado y preocupado a la doctrina y a los tribunales. De este modo, algunos autores han diferenciado cuatro ámbitos de competencia del convenio colectivo³²⁷: a) las condiciones de trabajo individuales, b) las relaciones colectivas de trabajo, c) el ejercicio de los poderes empresariales en la relación laboral, y d) la protección social complementaria. Así, formarían parte de las materias propias del convenio colectivo la regulación de las decisiones económicas que tuvieran incidencia directa sobre el empleo, tales como los sistemas de producción de las empresas. Por el contrario, las decisiones de política de dirección (proyectos financieros, comerciales,

³²⁴ *Ibidem*, p. 112.

³²⁵ GOERLICH PESET, J. M.^a (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia...* *op. cit.*, p. 522.

³²⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Los acuerdos colectivos de trabajo y la libre competencia entre empresa”, *op. cit.*, p. 164.

³²⁷ MARTÍN VALVERDE, A., “Espacio y límites del convenio colectivo de trabajo”, en AA.VV., *Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos. V Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Madrid: MTSS, 1993, p. 61.

de lanzamiento de productos, etc.) no forman parte del contenido laboral, salvo que se probase que afectan directamente al empleo, como, por ejemplo, los planes de reconversión de la empresa³²⁸. En esta línea, se ha defendido un posible contenido amplio típico del convenio de empresa, que incluya la actuación económica empresarial con repercusión en las condiciones de trabajo y en general todas aquellas materias que afecten a la situación social de los trabajadores³²⁹.

Asimismo, el TC y el TS también han contribuido a dibujar el contorno del objeto típico de la negociación colectiva el cual permitiría inmunizar al convenio de la normativa de defensa de la competencia. Así, y bajo una concepción amplia del adjetivo “laboral”, el TC ha establecido que las acciones de saneamiento financiero, la organización de la empresa, los planes de productividad, reestructuración, y de reducción de gastos, así como las actuaciones sobre ingresos y renovación de bienes pueden entenderse como contenido laboral³³⁰. En este sentido el TC advertía que a pesar del “carácter complejo y plural, al mezclarse materias que caen en el ámbito de las decisiones de gestión económica empresarial con otras de contenido típicamente laboral [...] la llamada por la empresa a sujetos colectivos para participar en su conclusión, así como la repercusión socio-laboral de las materias objeto del acuerdo, sirve para modalizar su naturaleza y lo convierte en un típico producto de la negociación colectiva”.

En contraste, el TS parece mantener una concepción más restrictiva del término laboral, pues matiza que aunque la negociación colectiva entre representantes de empresarios y trabajadores puede abarcar un elenco extraordinariamente amplio de materias (económicas, laborales, sindicales, de empleo, protección social, etc.), las conexiones de las medidas de gestión empresarial (como por ejemplo planes de saneamiento financiero o planes de reducción de gastos) con el empleo no transforma la naturaleza de las mismas, por cuanto “tales conexiones no alteran el carácter no

³²⁸ *Ibidem*, p. 64.

³²⁹ ALBIOL MONTESINOS, I., *et al.*, *Derecho del trabajo*, Tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch, 5ª ed., 2003, p. 23.

³³⁰ STC núm. 121/2001 de 4 junio (FJ 5).

laboral de la medida³³¹. Por otro lado, también niega que las ampliaciones del capital social pactadas en el convenio colectivo puedan integrarse como contenido laboral, a pesar de su posible influencia en el empleo en la empresa³³².

En definitiva, la indeterminación de lo que debe entenderse por “laboral” aporta grandes dosis de inseguridad jurídica y económica desde la perspectiva del empresario, situación que se complejiza a tenor de la expansión y reequilibrio de funciones que la negociación colectiva asume en la actualidad. En efecto, la ampliación del contenido de los convenios es una realidad, introduciéndose en ellos cuestiones que afectan más directamente a la competitividad empresarial y que exceden del llamado “núcleo duro” de materias objeto de negociación³³³.

Por otro lado, según el TJUE debe prestarse atención también a la *naturaleza* del acuerdo para poder excluirlo del ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia. En este caso, a diferencia de la variable anterior, el TJUE sí que ha ido aportando algunas ideas clave para su entendimiento a lo largo de los años.

Así, en primer lugar, en la sentencia de 12 de septiembre de 2000, asunto *Pavel Pavlov*³³⁴, el TJUE matizó que la negociación colectiva debía necesariamente desarrollarse entre empresarios y representantes de trabajadores por cuenta ajena, a efectos de quedar excluida de la normativa de competencia. En consecuencia, excluyó de esta inmunidad a los acuerdos colectivos de profesionales liberales destinados a mejorar sus condiciones de empleo y de trabajo celebrados por los miembros de dichas asociaciones.

En segundo lugar, en la sentencia de 21 de septiembre de 2000, asunto *Van der Woude*³³⁵, a diferencia del primer pronunciamiento contenido en *Albany* en el que se

³³¹ STS de 1 de julio de 1996 (rec. 2579/1995).

³³² STS de 14 de abril de 1999 (rec. 3374/1998).

³³³ GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del Trabajo y Legislación...op. cit.*, p. 43.

³³⁴ STJUE de 12 de septiembre de 2000, *Pavel Pavlov y otros*, asunto C-180-98 to 184/98 (ECLI:EU:C:2000:428).

³³⁵ STJUE de 21 de septiembre de 2000, *Hendrik van der Woude*, asunto C-222/98 (ECLI:EU:C:2000:475).

vinculaba la negociación colectiva a los acuerdos alcanzados en el ámbito del diálogo social en genérico, se alude únicamente al “resultado de una negociación colectiva entre asociaciones representativas de los empresarios y las organizaciones representativas de los trabajadores”³³⁶, de tal modo que la naturaleza del acuerdo debe corresponderse con la definición que la legislación de cada Estado miembro confiera a los convenios colectivos. De esta apreciación parecía desprenderse que lo realmente importante a efectos de declarar la inmunidad no era una cuestión material, esto es, qué regulan y su conexión con las condiciones laborales y de empleo, sino más bien la forma o el nombre que recibe el acuerdo, que dependerá de cada Estado.

En tercer y último lugar, en la sentencia de 4 de diciembre de 2014, asunto *FNV Kunsten*³³⁷, el TJUE flexibiliza el criterio de no extender la exclusión a los pactos suscritos por trabajadores por cuenta propia, ya que admitió la posibilidad de que se traten de “falsos autónomos”, es decir, “prestadores que se encuentran en una situación comparable a la de los trabajadores”³³⁸, en cuyo caso también, atendiendo al objeto de la propia negociación, podrá ser considerado el acuerdo suscrito por estos inmune a la normativa de competencia.

El tercer elemento que debe analizarse en un acuerdo colectivo, junto a su objeto y naturaleza, sería la *finalidad* perseguida por el mismo. Recuérdese que en las tres primeras sentencias sobre la materia (*Albany*, *Bretjen's*, y *Drijvende Bokken*) se justificó la exclusión de los frutos de la negociación respecto de la normativa de competencia por su finalidad de *mejora de las condiciones de vida y de trabajo*³³⁹. De hecho, la petición prejudicial que se resuelve en la sentencia de 4 de diciembre de 2014, asunto *FNV*

³³⁵ Apartado 52.

³³⁶ Apartado 52.

³³⁷ STJUE de 4 de diciembre de 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media*, asunto C-413/13 (ECLI:EU:C:2014:2411).

³³⁸ Apartado 31.

³³⁹ CABEZA PEREIRO, J., “Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones laborales”, *Trabajo y Derecho*, núm. 3, 2015, p. 43.

Kunsten, planteaba, entre otras dudas, si el convenio debía contribuir necesariamente a la mejora de las condiciones de empleo de forma directa.

El TJUE no responde expresamente a la cuestión planteada por cuanto concluye que dicho convenio sí contribuye, sin más, a la mejora de las condiciones laborales. No obstante, y esto es importante, para llegar a esta conclusión el TJUE no analiza el conjunto del convenio colectivo, sino tan solo aquellas cláusulas que aparentemente chocarían con el derecho de la competencia. En este sentido, parece deducirse que la finalidad de mejora no debe necesariamente predicarse del conjunto del convenio, sino tan solo de aquellas condiciones laborales que chocarían con las normas de competencia.

Con todo, la finalidad perseguida por los convenios colectivos a efectos de estar excluidos no se limita únicamente a la mejora de las condiciones de trabajo y de empleo, pues, de conformidad con las tres primeras sentencias del TJUE al respecto, dicha exclusión se encontraba justificada por contribuir a los objetivos sociales de la UE, entre los que citaba, como ejemplo dicha mejora. En este sentido, nuestros tribunales han interpretado que también disfrutarían de la inmunidad frente a la normativa de competencia si el objetivo es defender la estabilidad en el empleo de los trabajadores³⁴⁰. En todo caso, a efectos de valorar si contribuyen a la mejora de las condiciones laborales o si comparten objetivos sociales comunitarios habrá que analizar caso por caso.

C) La finalidad de los agentes negociadores como elemento distorsionador de precios

A propósito de la finalidad perseguida por el convenio colectivo, la doctrina defiende que no debería extenderse la inmunidad al mismo cuando, a pesar de cumplir con las tres condiciones referidas -esto es, que regulase aspectos laborales, en forma de convenio por representantes de trabajadores y empresarios, y contribuyese a los

³⁴⁰ Así lo ha entendido la sentencia de 29 de noviembre de 2013 (proced. 240/2012, Sala de lo Contencioso-Administrativo). En sentido contrario, la SAN de 30 de septiembre de 2013 (proced. 349/2013) circunscribe la finalidad exclusivamente a la mejora de las condiciones de trabajo.

objetivos sociales de la UE- comportase, a su vez, efectos distorsionadores, innecesarios y desproporcionados para el libre mercado, yendo más allá de lo requerido para regular la materia laboral³⁴¹. En este sentido, bajo el amparo de la inmunidad dada por el TJUE, el acuerdo colectivo constituiría un medio elusivo de las reglas que disciplinan el mercado imponiendo restricciones abusivas e ilegítimas a determinados empresarios afectados por el convenio del sector³⁴².

De hecho, el Abogado General en los tres primeros asuntos de 21 de septiembre de 1999 ante el TJCE defendió que era necesario analizar y asegurar que los negociadores habían alcanzado el acuerdo de buena fe como requisito para considerar los convenios colectivos fuera del ámbito de aplicación de las normas de la competencia, en el sentido de cerciorarse de que no buscaban distorsionar la competencia en perjuicio de determinados empresarios³⁴³. Tal propuesta relativa al análisis de la intención de las partes negociadoras no fue asumida por el TJCE en su doctrina.

Ahora bien, la realidad ha demostrado que no suelen ser infrecuentes las cláusulas convencionales a nivel sectorial que distorsionan desproporcionalmente la competencia, y en particular, la libre fijación de precios. Así, como se decía, destacan aquellas previsiones que restringen o prohíben la descentralización productiva³⁴⁴, así como las que imponen la subrogación empresarial en los contratos de trabajo preexistentes más allá de la normativa sobre transmisión de empresa.

³⁴¹ SEMPERE NAVARRO, A. V., “Los acuerdos colectivos de trabajo y la libre competencia entre empresa”, *op. cit.*, p. 167.

³⁴² MARTÍNEZ FONTS, D., *Libre competencia y Derecho del Trabajo*, Madrid: La Ley, 2006, p. 196.

³⁴³ Conclusiones 192 y 194.

³⁴⁴ art. 18 del Convenio Colectivo del Sector de Hostelería de Santa Cruz de Tenerife 2015-2019: “Las empresas incluidas en el presente convenio no contratarán o subcontratarán con otras empresas personal para los servicios de restaurantes, bares, cocinas, recepción y pisos”. Idéntica cláusula la encontramos en el Convenio colectivo para las Industrias de Hostelería de Palencia 2017-2019 (art. 36). También en el Convenio Colectivo de Sector de Exhibición cinematográfica de Cataluña 2015-2017, se establece que “no se permite contratar a personal de empresas de servicios integrales o de empresas de servicios para prestar servicios en régimen de dependencia” (art. 11).

-a. Cláusulas que limitan la descentralización productiva

En relación con las primeras, algún autor ha denunciado que la negociación colectiva, cualquiera que sea su nivel, no puede despojar esa prerrogativa empresarial pues atenta contra el derecho constitucional a la libertad de empresa³⁴⁵. No obstante, otros autores mantienen que la firma de todo convenio implica una autolimitación de la libertad de empresa de los actores firmantes y de sus representados, de modo que si tal prohibición o limitación es en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva no puede afirmarse que se vulnera dicha libertad empresarial³⁴⁶. Desde esta perspectiva, se defiende que este tipo de cláusulas deben integrarse en el contenido exento del control antitrust en la medida que pueden favorecer la estabilidad en el empleo de los trabajadores³⁴⁷. Sin embargo, no sería legítimo, a *priori*, un cierre indiscriminado al acceso de empresas prestadoras de servicios o a empresas multiservicios³⁴⁸.

A nivel judicial, los tribunales han venido aceptando sin mucha dificultad la legalidad de las cláusulas que restringen la descentralización productiva. De entrada, el TS reconoce que la facultad de contratar o subcontratar obras o servicios deriva del propio contenido de la libertad de empresa y es una actuación permitida, aun cuando regulada, por el ordenamiento laboral³⁴⁹. Recientemente, en la STS de 20 de diciembre de 2017 (rec. 165/2016) el TS insistía literalmente que “el derecho a la libertad de empresa permite la modificación de las estructuras empresariales para adaptarlas a las cambiantes circunstancias del mercado en la legítima búsqueda de la mayor rentabilidad del negocio, lo que en sí mismo no ha de ser necesariamente perjudicial para los trabajadores, bien al contrario, puede incluso generar nuevas necesidades de empleo”.

³⁴⁵ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Descentralización productiva y libertad de empresa”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, pp. 205-210

³⁴⁶ GOERLICH PESET, J. M.^a (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia...op. cit.*, p. 337

³⁴⁷ *Ibidem*, pp. 346-347.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 337.

³⁴⁹ STS en sentencia de 17 de diciembre de 2010 (rec. 244/2001).

No obstante, la SAN de 7 de noviembre de 2001 (proced. 2/2001) declaró la legalidad de una cláusula convencional que, de algún modo, restringía la posibilidad de descentralización productiva en atención al tipo de empresa contratista. Así, el convenio en cuestión calificaba como “solución no adecuada acudir a las cooperativas de trabajo asociado”, de tal suerte que las empresas del sector no podían subcontratar con estas cooperativas. A pesar de que la AN consideró que la elección entre la contratación de trabajadores o la subcontratación de autónomos “es ejercicio genuino de la libertad de empresa”, no estimó que tal previsión convencional vulnerara esta libertad.

A su vez, el TS ha admitido la legalidad de este tipo de cláusulas en convenios colectivos de empresa, si bien ha introducido algún matiz relevante. Así, en la STS de 12 de abril de 2011 (rec. 852/2010) la empresa y los representantes de los trabajadores pactaron un compromiso de no acudir a la externalización, y a pesar de que el TS valoró que dicho compromiso afectaba a la competencia, admitió su legalidad porque se circunscribiría a la relación con terceros, y no afectaba al resto de las empresas competidoras del sector, sino exclusivamente a la empresa firmante³⁵⁰.

-b. Cláusulas que imponen la subrogación empresarial

En cuanto al segundo tipo de previsiones convencionales señaladas, las cláusulas subrogatorias de origen convencional han generado mayor litigiosidad ante los tribunales respecto de su validez, pues igualmente pueden distorsionar la libre fijación de precios restringiendo y, como efecto, la competencia entre empresarios. Sobre todo, las dudas de legalidad se han planteado desde dos puntos de vista. Por un lado, cuando dicha obligación subrogatoria está impuesta en el convenio propio de la empresa saliente en el marco de una sucesión de contratas. Y por otro, a pesar de que la obligación de subrogarse se contemple en el convenio sectorial y no en el convenio propio, la empresa contratista saliente altera fraudulentamente las condiciones

³⁵⁰ Asimismo, en la STS de 17 de enero de 2006 (rec. 15/2005) se admite la legalidad de estas cláusulas que limitan o prohíben la externalización productiva en convenios o acuerdos de empresa. En todas estas resoluciones planea la idea justificadora de la defensa del interés legítimo del mantenimiento del empleo estable.

laborales en su convenio de empresa para elevar los costes que la empresa entrante debe asumir.

Con relación a este segundo supuesto, la STSJ Navarra de 19 de julio 2005 (rec. 59/2005) reconoció que “pueden producirse actuaciones fraudulentas de gravar al empresario entrante o de dificultar las ofertas competitivas al vencimiento de la concesión o contrata”³⁵¹. En particular, en este caso, la empresa saliente renegó el convenio propio fijando una jornada ordinaria inferior, un plus de antigüedad casi tres veces superiores al marcado en la norma sectorial, reconociendo complementos salariales no previstos en el anterior convenio, fijando el valor de la hora extraordinaria en el doble de las contenidas en el ámbito superior, aumentando las prestaciones reconocidas en materias de mejoras voluntarias o, en fin, transformando en indefinido todos los contratos eventuales. No obstante, el tribunal consideró que el fraude de ley no podía presumirse y que la empresa entrante no había logrado probarlo.

Lo interesante, no obstante, es que el tribunal que conoce del asunto se mostró favorable a aplicar la normativa de competencia teniendo en cuenta para ello, no solo el objeto y la naturaleza del acuerdo, sino también la intencionalidad fraudulenta o no de los negociadores. En esta misma línea se movió la SAN de 30 de septiembre de 2013 (proced. 349/2013) que prestó atención a este elemento subjetivo de los sujetos negociadores para determinar si resultaba aplicable o no la normativa antitrust, exigiendo igualmente que la empresa afectada probase que la intención real de los negociadores era expulsar de mercado a determinadas empresas, y no la mejora de las condiciones.

En definitiva, con relación a este tipo de supuestos, como ha puesto de manifiesto la doctrina³⁵², no resultan infrecuentes en la práctica del sistema jurídico español la existencia de actuaciones fraudulentas tendentes a establecer condiciones de trabajo

³⁵¹ En los hechos probados se advertía que, poco antes de producirse el vencimiento de una concesión, la empresa concesionaria suscribió un convenio de empresa mejorando las condiciones vigentes con anterioridad.

³⁵² FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “Consideraciones en torno a la lesividad para la empresa adquirente del convenio colectivo alcanzado en la cedente en un supuesto de sucesión de concesiones administrativas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5916, 2005, p. 2554.

superiores en fechas cercanas a la finalización de una contrata con la única intención de gravar al empresario entrante con unas condiciones laborales sumamente beneficiosas para los trabajadores transferidos pero no disfrutadas en la cedente, o cuya intención consista en dificultar las ofertas competitivas al vencimiento de la contrata a fin de eliminar adversarios. Como solución, algún autor ha defendido que cuando concurren los elementos anticompetitivos descritos en el convenio de la empresa saliente, así como la proximidad en el tiempo de la celebración del nuevo pacto con la sucesión de contratistas, no se invierta la presunción de fraude, de tal modo que la empresa entrante no deba probar el fraude, sino al revés, que los negociadores hayan de destruir la presunción *iuris tantum* del ánimo fraudulento. Así, sería suficiente con la aportación de indicios de actuaciones abusivas para trasladar a los firmantes del pacto la carga de probar que los cambios acaecidos obedecen verdaderamente a razones objetivas y justificadas³⁵³. Con esta alteración de la carga de la prueba, en los términos indicados, se protegería mejor la libre fijación de precios y la competencia empresarial.

En cuanto a la posibilidad de que directamente el convenio de empresa imponga la obligación subrogatoria, la respuesta en los tribunales es claramente negativa. Así, la STS de 28 de octubre de 1996 (rec. 566/1996)³⁵⁴ determinaba que el convenio colectivo empresarial ni puede contener cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni en su contenido normativo establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación³⁵⁵.

³⁵³ *Ibidem*, p. 2555.

³⁵⁴ En la misma línea se había pronunciado la STS de 12 de marzo de 1996 (rec. 945/1995).

³⁵⁵ Más recientemente, nos encontramos dos casos paradigmáticos en la misma línea. Por un lado, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de noviembre de 2014 (rec. 2238/2014), partía de unos hechos en los que la empresa contratista encargada del servicio de limpieza para el Ayuntamiento de Valencia, al saber que no iba a continuar prestando el servicio por haber asumido la contrata otra empresa, procedió a renegociar su convenio colectivo propio, introduciendo la obligación de subrogarse a la empresa entrante, además de elevar los costes. El tribunal valenciano entendió que este hecho “afectaba de forma directa a la legitimación para intervenir como parte en la negociación colectiva del nuevo convenio” y que la empresa saliente en el momento de renegociar el convenio “actuaba habiendo perdido su condición de empleadora con la única finalidad de lesionar los intereses de las mercantiles entrantes”. Por otro lado, la STJ de Cataluña de 20 de enero de 2017 (rec. 6643/2016) concluye que: “el nivel idóneo de negociación para establecer previsiones en materia de subrogación es el convenio sectorial pues un convenio de ámbito empresarial no podría imponer la obligación de subrogación a un

Doctrinalmente, se ha mantenido la misma solución de negar validez a las cláusulas subrogatorias a nivel de empresa³⁵⁶, y la necesidad que el ámbito funcional de los convenios que pretendan contenerlas este sea necesariamente el sectorial³⁵⁷, si bien algunos autores han apuntado con acierto la validez de estas si están recogidas en el convenio de la empresa entrante³⁵⁸, pues en este caso el empresario libremente se autoimpone unos precios marcados por la empresa anterior.

3.3.2. La negociación colectiva empresarial y su íntima conexión con la libertad de empresa

En claro contraste con lo anterior, cuando el proceso negociador tiene lugar directamente en la empresa entre el empleador y la representación de los trabajadores

empresario no comprendido en su ámbito de aplicación”, pero añade una nueva razón para evitar la aplicación subrogatoria fijada en el convenio colectivo de la empresa saliente: “el art. 84.2 del ET no incluye la subrogación convencional entre las materias en las que tendrá prioridad aplicativa el convenio de empresa sobre el sectorial, resultando de aplicación a la empresa entrante este convenio al tratarse de una empresa que está incluida en su ámbito funcional”.

³⁵⁶ Por todos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., ESTÉVEZ GÓNZALEZ, C., y MENÉNDEZ CALVO, R., “El tratamiento convencional del trabajo en régimen de contrata y subcontratas” en Manuel Álvarez de la Rosa *et al.* (Coords.), *Estudios sobre negociación y convenios colectivos. Homenaje al profesor Alberto Guancho Marrero*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, pp. 225-254, p. 242.

³⁵⁷ A este respecto conviene matizar que los tribunales han interpretado que el convenio colectivo sectorial que puede imponer dicha obligación no necesariamente debe ser el convenio sectorial aplicable a la empresa entrante, sino que en caso de que la contrata consista en una actividad diferente a la desarrollada habitualmente, deberá atenderse a lo previsto en materia subrogatoria por el convenio sectorial de dicha actividad porque la empresa “ha de aplicar a la actividad objeto de la contrata asumida la regulación legal de todo orden (fiscal, administrativa, mercantil, laboral) propia de dicha actividad”, *vid.* STSJ de Aragón de 13 de diciembre de 2017 (rec. 643/2017). Así lo había fijado en casos de centros especiales de empleo el Tribunal Supremo desde la sentencia de 4 de octubre de 2011 (rec. 4597/2010), aunque ya en esta se indicaba que “si la empresa adjudicataria, tenga o no reconocidos los posibles beneficios de centro especial, concurre a una contrata en la que la actividad a desarrollar es otra diferente a que figura en el ámbito funcional de su específico Convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo”. Doctrina consolidada en sentencias posteriores, SSTs de 7 de febrero de 2012 (rec. 1906/2011), de 20 de febrero de 2013 (rec. 3081/2011), de 9 de abril de 2013 (rec. 304/2012).

³⁵⁸ LÓPEZ TERRADA, E. y NORES TORRES, L. E., “Los compromisos de empleo ante la crisis”, en Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco (Coords.), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 1099.

no se puede concebir a la negociación colectiva como un límite a la libertad de empresa en sentido estricto, en la medida que los costes laborales a satisfacer por parte del empresario son el resultado de su propia voluntad y se integran en un convenio colectivo al que el mismo se obliga³⁵⁹. En ese sentido, los convenios colectivos de empresa no pueden contener, por su propia naturaleza, restricciones concertadas entre una pluralidad de empresas, por lo que resultan completamente irrelevantes desde la perspectiva del art. 4 LDC y 101 TFUE³⁶⁰.

Y es que, aunque la lógica de los mercados en libre competencia no es la misma que la lógica dinámica de las relaciones laborales, ambas interactúan simultáneamente en la negociación colectiva empresarial puesto que, en esa unidad de negociación, valores como la productividad, la eficiencia y la viabilidad empresarial son coincidentes por cuanto son imprescindibles recíprocamente³⁶¹. No solo “la negociación colectiva no supone negar virtualidad a la libertad de empresa”³⁶², sino que además se presenta en la actualidad como el medio legal ideal para la adaptación de las condiciones laborales a la realidad de cada unidad productiva, protegiendo de tal forma tanto la productividad y viabilidad del proyecto empresarial, como también el propio empleo de los trabajadores.

En efecto, en la medida en que la productividad forma parte esencial de los elementos que fundamentan el ejercicio de la actividad empresarial, su mejora se integra en la función adaptativa de la propia negociación colectiva como se vio³⁶³. De este modo, cualquier instrumento nacido de la autonomía colectiva, al ordenar el mercado de

³⁵⁹ Sin perjuicio de la interesante relación que puede darse entre la libertad de empresa, en su manifestación de poder de dirección, y la regulación convencional a nivel de empresa que pudiera limitar dicha facultad. *Vid.* DIÉGUEZ CUERVO, G., “Poder empresarial: Fundamento, contenido y límites”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 27, 1986, pp. 325-332; PAUS MORCARDÓ, C., “La legislación laboral como fuente y/o restricción de poder en la empresa”, *RTSS-CEF*, núm. 636, 2013, pp. 193-216.

³⁶⁰ GOERLICH PESET, J. M.^a (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia...op. cit.*, p. 199.

³⁶¹ GÓMEZ MUÑOZ, J. M., *Derecho del Trabajo, Libre Competencia y Ayudas de Estado*, Sevilla: Mergablum, 2007, p. 25.

³⁶² STC 208/1993 de 28 de junio (FJ 4), STS de 15 de septiembre de 2016 (rec. 196/2015).

³⁶³ *Vid.* Introducción, apartado II, 1.3.

trabajo, tenderá a establecer unos costes laborales que resulten, ponderadas las condiciones objetivas concurrentes durante el trato contractual, lo más favorables posibles para el cálculo de la productividad laboral³⁶⁴. En otros términos, gracias a la función adaptativa de la negociación colectiva potenciada en las últimas reformas, la defensa de la productividad se convierte en un fin mismo del proceso negociador, en consonancia con la propia exposición de motivos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, que sucintamente recogía esta idea de la siguiente forma: “la negociación colectiva ha de actuar como un instrumento, y no como un obstáculo, para adaptar las condiciones laborales a las concretas circunstancias de la empresa”.

En suma, la negociación colectiva y la defensa de la productividad se pueden combinar entre sí en aras de defender, garantizar y potenciar la competitividad de la empresa. No cabe duda que es interés de la empresa una adecuada ordenación de sus recursos con vistas a la mejora de la productividad y de su posición competitiva en el mercado. Cabe pensar por ello que la negociación de tales intereses con los representantes de los trabajadores puede ser la vía más recomendable desde todos los puntos de vista, tanto jurídico como de gestión de recursos humanos³⁶⁵.

Respecto de esta relación de complementariedad entre la negociación colectiva y la libertad de empresa, la doctrina ha afirmado que “el derecho a negociar colectivamente es un derecho-libertad que se reconoce de forma individualizada en el texto constitucional sin necesidad de mediaciones representativas, pudiéndose entender también que forma parte del contenido de la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado”³⁶⁶.

³⁶⁴ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Autonomía colectiva y productividad”, *op. cit.*, p. 823.

³⁶⁵ GARCÍA MURCIA, J., “Libertad sindical y libertad de empresa”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 311.

³⁶⁶ RIVERO LAMAS, J., “La legitimación empresarial para la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1992, pp. 423-424.

Por su parte, en defensa de la idea de que la autonomía negocial forma parte del concepto de libertad de empresa³⁶⁷, el TC ya significó que “en un sistema constitucional de relaciones laborales como el español, asentado sobre el pluralismo social, la libertad sindical y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, la satisfacción de una serie de intereses individuales se obtiene por sus titulares a través de la negociación colectiva, la cual no solo no es incompatible con ámbitos de libertad personal, sino que los asegura”³⁶⁸. También es doctrina asentada del TS que el art. 38 CE reconoce y protege el principio de autonomía de la voluntad del empresario para negociar colectivamente³⁶⁹. Asimismo, como se adelantó, el TJUE también integra dentro de la libertad de empresa del art. 16 de la Carta el derecho a la contratación, entendiendo por tal, en el ámbito laboral, la negociación colectiva de las condiciones laborales con los representantes de los trabajadores.

Se alcanza así la conclusión de que la libertad de empresa y la negociación colectiva comparten no solo titularidad, sino finalidad, por cuanto el empresario tratará de optimizar su productividad alcanzando acuerdos con la representación de los trabajadores en la empresa. De ello deriva que cualquier limitación a la negociación colectiva del empresario individual afectará, por un lado, a tal derecho en sí mismo considerado, y, por otro, tendrá un impacto negativo sobre la libertad de empresa, sobre todo, en su dimensión objetiva, puesto que, como se ha observado, la productividad empresarial, la igualdad competitividad y la posibilidad de negociar los costes laborales se presentan, *a priori*, como la “imagen maestra” del libre mercado.

³⁶⁷ ARAGÓN REYES, M., “El Contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, *op. cit.*, p. 39.

³⁶⁸ STC 58/1985, de 30 de abril (FJ 6).

³⁶⁹ SSTS de 18 de septiembre de 2007 (rec. 52/2006); de 5 de noviembre de 2009 (rec. 8/2009); y de 28 de mayo de 2009 (rec. 71/2008).

CAPÍTULO SEGUNDO: LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y SU CONEXIÓN CON EL EMPRESARIO

Tal y como se ha puesto de manifiesto en el capítulo anterior, la libertad de empresa y la negociación colectiva son dos instituciones jurídicas que guardan una relación dual entre sí en función del papel que está última despliega sobre la primera. Así, por un lado, la negociación colectiva de carácter sectorial puede suponer una fuerte limitación a las facultades inherentes a la libertad de empresa, tanto en su dimensión subjetiva como objetiva, al imponer la homogeneización y uniformidad de costes laborales entre los empresarios. Por otro lado, también es posible que guarden una relación de complementariedad, en la medida que la negociación de dichos costes con los representantes de los trabajadores integra el contenido esencial de la libertad de empresa, de tal forma que el empresario pueda velar por sí mismo de forma más adecuada por la defensa de sus intereses.

Por ello, para comprender mejor esta interconexión y el modo que le afecta al empresario, resulta necesario profundizar en el análisis de la negociación colectiva como medio favorecedor o limitador de la libertad de empresa. A través de una lectura del art. 37 CE desde la perspectiva empresarial, se pondrán de manifiesto las tensiones existentes entre los propios empresarios habida cuenta la doble funcionalidad de este derecho. En este sentido, la competencia económica entre ellos penetra también en el seno del sistema laboral, respondiendo la lógica negociadora por parte del lado patronal, en realidad, a múltiples y diversos intereses. Dicho de otro modo, la rivalidad económica se proyecta y afecta también a la negociación colectiva, en la medida que esta constituye un medio útil para su modulación.

I. La naturaleza jurídica de la negociación colectiva

1. La negociación colectiva como garantía institucional

Antes de nada, conviene analizar la naturaleza jurídica de la negociación colectiva, pues al igual que ocurre con la libertad de empresa, puede interpretarse, por un lado, como un derecho fundamental y, por otro, como una garantía institucional.

Si atendemos en primer lugar a su naturaleza de garantía institucional, resulta bastante explicativo, como ha destacado la doctrina³⁷⁰, que las constituciones europeas dictadas tras la época de los regímenes totalitarios del siglo XX empezaran a incorporar a su articulado el derecho a la negociación colectiva, concibiéndolo como un medio de pacificación social con sustantividad propia y no sólo como una singular manifestación del general derecho de actividad que asistía a sindicatos y asociaciones de empresarios en la defensa de los intereses económicos y sociales que les eran propios.

Así, en el caso español, lo que la CE garantiza en el art. 37 es, de un lado, el derecho a la negociación colectiva, entendiendo por tal un ámbito de libertad de organización y acción, y, de otro, la fuerza vinculante del convenio, articulada mediante una especial protección conferida a los efectos del resultado negocial. En consecuencia, el Estado ha de tutelar un espacio propio de autorregulación de los sujetos referidos en el propio art. 37 CE, al tiempo que debe garantizar la fuerza vinculante del convenio colectivo resultante. Si bien se trata de dos garantías que se refuerzan entre sí, no deben confundirse, pues la protección que confiere cada una de ellas se proyecta hacia realidades diferentes.

1.1. La garantía de un espacio autonormativo

De partida, la primera de las garantías contempladas en el art. 37 CE conlleva que el legislador debe asegurar un sistema procedimentalizado a través del cual se pueda llevar

³⁷⁰ MARRERO SÁNCHEZ, E. M.^a, “El derecho constitucional de negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social*, núm. 59, 2012, p. 172.

a cabo la producción de normas autónomas en el marco de la autorregulación. En este sentido, esta garantía no solamente constituye la obligación de delegar la potestad normativa en favor de mecanismos de autorregulación, sino que también supone un esfuerzo desde la propia ley para establecer procedimientos y sanciones con la finalidad de enmarcar o conducir el desarrollo de las negociaciones. Por ello, la fijación de ese marco es una cuestión de orden institucional que no debe quedar sin protección³⁷¹. Desde esta óptica, dicha delegación normativa no es absoluta, sino que más bien sería “reflexiva”, en el sentido de que es una estrategia reguladora alternativa dentro de un marco legal que protege y fomenta su desarrollo³⁷².

Con todo, la institución protegida se identifica con un sistema parcialmente autorregulado de relaciones laborales por parte de sus protagonistas, en el que la libertad de autonormación social puede desplegarse en el marco de esta autonomía colectiva³⁷³, dejando al legislador un papel secundario de protección.

En efecto, el legislador debe garantizar el derecho constitucional a este espacio propio de negociación en un sentido tanto negativo como positivo³⁷⁴. En el primero, ha de protegerlo frente a quienes pudieran atacarlo, minusvalorándolo o haciéndolo desaparecer. Es más, debe tutelarlos también frente al propio Estado, en el sentido de que el art. 37.1 CE obliga a dejar espacios suficientes a la autonomía negociada e impide un modelo normativo excesivamente intervencionista que atraiga, hacia el Estado, en régimen de exclusividad y de imperatividad absoluta todas las materias laborales³⁷⁵.

³⁷¹ BARNARD, C., “Reflexive law, corporate social responsibility and the evolution of labour standards: the case of working time”, *ITEC Research Paper Series*, núm. 4/15, December 2004, p. 4.

³⁷² ROGOWSI, R., *Reflexive Labour Law in the World Society*, SL: Elgar, 2013.

³⁷³ VALDÉS DAL-RÉ, F., “El modelo de negociación colectiva”, en Francisco Pérez de los Cobos y José M.^a Goerlich Peset, (Coords.), *El régimen jurídico de la Negociación Colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 53.

³⁷⁴ SALA FRANCO, T., “El derecho constitucional a la negociación colectiva”, en María Emilia Casas Baamonde, Jesús Cruz Villalón, Federico Durán López (Coords.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Madrid: Wolters Kluwers, 2006, p. 322.

³⁷⁵ LAHERA FORTEZA, J., “Marco constitucional de la negociación colectiva”, en Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Madrid: La Ley, 2008, p. 86.

Ahora bien, como puso de manifestó el TC en una de sus primeras sentencias³⁷⁶, “no existe una bolsa de absoluta y total autonomía dentro de una organización, como el Estado. Más bien parece que ocurre algo similar a lo que acontece con el llamado principio de autonomía en el campo del Derecho privado. Es un principio del derecho que preside la vida jurídica, pero no hay inconveniente para que, en ocasiones, pueda presentar excepciones, siempre que la limitación de la libertad individual que supongan se encuentre justificada. Tal justificación puede hallarse en el daño que el puro juego de las voluntades particulares y las situaciones que de él deriven irroguen a los intereses generales”. En el segundo, significa que el Estado debe asumir un papel activo en la concreción y desarrollo del derecho a la negociación colectiva, en una clara línea de promoción de este³⁷⁷. Esto es, no debe confundirse que el Estado deba respetar la libertad de negociación, sin injerencias que condicionen o limiten ese marco autónomo de ordenación normativa, con el deber de mantener una actitud pasiva frente a esta realidad normativa. Más bien ocurre lo contrario, ha de desempeñar una labor de apoyo y promoción de la negociación colectiva.

1.2. La garantía de la “fuerza vinculante” del convenio

En relación con la segunda garantía institucional que recoge el art. 37 CE, esto es, la fuerza vinculante del convenio colectivo, debe reseñarse que, en consonancia con el espacio propio de autorregulación protegido, es lógico que se dote a los sujetos negociadores de instrumentos eficaces para autonormarse³⁷⁸, lo que correspondería con la idea de la fuerza vinculante de sus resultados.

No obstante, la interpretación del término “fuerza vinculante” es uno de los aspectos más complejos en nuestro particular sistema de relaciones laborales. A pesar de resultar

³⁷⁶ STC de 8 de abril de 1981 (FJ 24).

³⁷⁷ Y así lo ha puesto de manifiesto el propio Tribunal Constitucional. Por todas, STC núm. 80/2000, de 27 de mayo.

³⁷⁸ *Vid.* DÍEZ PICAZO, L. M.^a, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid: Thomson Civitas, 2ª Edición, 2005, p. 496.

pacífico su entendimiento como sinónimo de eficacia jurídica, la doctrina española se encuentra dividida en torno a su equivalencia como eficacia normativa, contractual o real³⁷⁹.

Así, según la primera corriente doctrinal, todos los convenios colectivos sin distinción tendrían eficacia normativa. Esto significaría que, tanto los convenios negociados fuera del ET, como los que han satisfecho las exigencias estatutarias, gozarían por igual de eficacia normativa. Parte del hecho de que la CE no diferencia tipos de convenios y, desde esta perspectiva, se defiende que todos deberían ser considerados como normas jurídicas.

La segunda interpretación doctrinal parte asimismo de la equiparación entre fuerza vinculante y eficacia normativa, pero difiere en la lectura del mandato constitucional contenido en el art. 37 CE, ya que sostiene que la fuerza vinculante solo puede efectuarse por ley. Desde esta lógica, solamente los convenios colectivos estatutarios serían considerados como normas jurídicas, mientras que los negociados al margen del ET solo cabría reconocérseles eficacia contractual.

La tercera corriente, más actual y con influencia de la doctrina italiana, coincide con las dos anteriores en considerar que la CE proclama la fuerza vinculante de todos los convenios y no solo de los regulados por ley. Ahora bien, se matiza que la consecuencia de ello no debería ser que todos los convenios fueran considerados normas jurídicas. Por el contrario, la virtualidad de la fuerza vinculante en el caso de los convenios negociados al margen del ET se traduciría, por un lado, en un efecto automático gracias al cual se impondría directa e inmediatamente a las relaciones individuales, y, por otro, un efecto imperativo, que impediría su derogación peyorativa a través de pactos individuales. Aunque tales consecuencias son las propias de una norma jurídica, dichos

³⁷⁹ Para un análisis profundo sobre cada una de ellas, *vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F., “El modelo de negociación colectiva”, en Francisco Pérez de los Cobos y José M.^a Goerlich Peset (Coords.), *El régimen jurídico de la Negociación Colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 43-81; GARCÍA RUBIO, M.^a A. y GOERLICH PESET, J. M.^a, “Fundamento y naturaleza de los convenios extraestatutarios”, en Francisco Pérez de los Cobos y José M.^a Goerlich (Coords.), *El régimen jurídico de la Negociación Colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 583-620.

convenios fuera del ET se diferenciarían porque ocuparían una posición inferior en la jerarquía normativa y no se regirían por el principio de publicidad.

En todo caso, a nivel jurisprudencial, la tesis que se ha impuesto ha sido la segunda, ya que tanto el TC como el TS entienden que la fuerza vinculante equivale a eficacia normativa en relación exclusivamente a los convenios negociados de conformidad con el ET, mientras que el resto tienen mera eficacia obligacional. Es cierto que tal interpretación no ha sido siempre una cuestión pacífica, tal y como pone de manifiesto la STS de 1 de junio de 2007 (rec. 71/2006) al señalar, con relación a los convenios negociados fuera del ET, que “en principio el artículo 37.1 de la Constitución autoriza la validez de ambas tesis, la que defiende su eficacia normativa o simplemente contractual; la duda también le ha asaltado al Tribunal Constitucional, como puede verse en sus sentencias 177/88, 171/89 y 27/04, pero al igual que la sentencia de esta Sala de 30 de mayo de 1991, se inclina por atribuirle la eficacia propia de los contratos”.

Más recientemente, en la sentencia de 16 de julio de 2014 (rec. 110/2013)³⁸⁰ el TS insiste en que “la Constitución reserva a los convenios colectivos negociados y pactados conforme a la ley la eficacia normativa en cuanto fuente de la relación laboral, creadora de normas jurídicas con fuerza vinculante dentro de su ámbito de aplicación y durante todo el tiempo de su vigencia”. Dicha sentencia matizaba que tal circunstancia ha movido al legislador a sujetar la validez de los convenios estatutarios a unos presupuestos cuya intensidad va más allá de los límites generales a la autonomía negocial del Derecho privado, entre otros, sirve como ejemplo, las normas sobre su legitimación negociadora.

Por último, debe advertirse que esta interpretación doble del concepto de fuerza vinculante, puesto que equivale tanto a eficacia normativa como obligacional en función del tipo de convenio de que se trate, no niega cualquier otro espacio de diálogo colectivo ni la eficacia de sus eventuales frutos. En última instancia, la razón de ser de esta diferenciación, que protegería con mayor intensidad unos convenios que otros, no es otra que la intención del legislador de paliar el riesgo de que los sujetos colectivos

³⁸⁰ Siguiendo las SSTS de 22 de octubre de 2013 (rec. 110/2012) y de 9 de febrero de 2010 (rec. 105/2009).

no dispongan, por sí mismos, de la capacidad suficiente para hacer eficaces los acuerdos adoptados por ellos³⁸¹. En este sentido, el TC ha aclarado que el mandato que el art. 37.1 CE dirige al legislador de garantizar el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios no priva a las garantías contenidas en ese precepto constitucional de eficacia inmediata. De esta forma, la facultad que poseen los representantes de los trabajadores y empresarios de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva no es una facultad derivada de la ley, sino que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional³⁸².

2. La negociación colectiva como derecho fundamental

Para empezar, debe resaltarse que, gracias a que el TC superó su doctrina que restringía la concepción de derechos fundamentales exclusivamente a los tutelados vía recurso de amparo, la negociación colectiva, a pesar de su ubicación en el texto constitucional, constituye un derecho fundamental pues goza de la protección que brinda el art. 53.1 CE. Por ello, su desarrollo normativo se deberá hacer mediante ley, la cual respetará en todo caso el contenido esencial del mismo. A pesar de ello, todavía pueden encontrarse pronunciamientos judiciales que niegan su carácter de derecho fundamental, y lo califican “más bien como una garantía institucional”³⁸³. La razón de estas dudas puede ser que, al igual que ocurría con la libertad de empresa, se confunda el derecho subjetivo con su correspondiente garantía institucional.

Ahora bien, junto a la doble garantía institucional instaurada en el art. 37 CE, la norma constitucional también consagra un derecho fundamental en relación con unos sujetos concretos que son los titulares del mismo, esto es, los representantes de los

³⁸¹ CORREA CARRASCO, M., *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, Madrid: Universidad Carlos III, 1997, p. 263.

³⁸² STC 58/1985 (FJ 3).

³⁸³ *Vid.* STSJ de Castilla-La Mancha, de 8 de febrero de 2011 (rec. 4/2010); STSJ de Castilla-La Mancha de 13 de junio de 2012 (rec. 3/2012); y STSJ de Castilla-La Mancha de 21 de junio de 2017 (rec. 993/2016).

trabajadores y empresarios. Es cierto que, en este caso, la barrera conceptual entre la garantía institucional y el mismo derecho puede ser estrecha, de tal modo que se confundan o incluso se niegue la existencia de este último. No obstante, el derecho a la negociación colectiva goza ontológicamente de sustantividad propia pues está integrado por un conjunto de facultades que configuran su núcleo esencial, infranqueable para el legislador.

No obstante, este derecho fundamental de los representantes de los trabajadores y empresarios generalmente ha sido abordado, tanto a nivel doctrinal como jurisprudencial, desde la perspectiva del trabajador, quizá porque forme parte, a su vez, del contenido esencial de la libertad sindical³⁸⁴. Como consecuencia de este acercamiento funcional, la negociación colectiva aisladamente considerada ha recibido una atención menor³⁸⁵.

Sin embargo, y con independencia de este anclaje jurídico que relaciona la libertad sindical con el derecho a la negociación colectiva, lo cierto es que este último, por cuanto es un derecho fundamental en sí mismo, posee unas líneas propias que dibujan su contenido esencial. Ahora bien, la determinación de la extensión y límites de este núcleo “es una de las cuestiones más delicadas y complejas” de cuantas afectan a su configuración constitucional³⁸⁶, pendiente incluso aún de su interpretación por el TC³⁸⁷.

³⁸⁴ En profundidad sobre esta relación *vid.* CARMONA CONTRERAS, A. M., *La conflictiva relación entre libertad sindical y negociación colectiva: aproximación crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Tecnos, 2000.

³⁸⁵ De hecho, junto con esta circunstancia, y su ubicación de no alcanzar el nivel máximo de protección constitucional *ex art.* 53.2 CE, ha conducido a un debate doctrinal en cuanto a su auténtica naturaleza jurídica, siendo la posición intermedia que la califica como “derecho fundamental no propio” la más acogida. *Vid.* SALA FRANCO, T., “El derecho constitucional a la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 321.

³⁸⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F. “El derecho constitucional a la negociación colectiva”, en María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid: Fundación Wolkers Kluwer, 2009, p. 962.

³⁸⁷ CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de Relaciones Laborales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 32, 2014, pp. 275-309.

Con todo, y en la línea con lo establecido por la doctrina que ha abordado la cuestión³⁸⁸, el TC recientemente se ha pronunciado sobre este contenido esencial en un par de autos en los cuales enumera las facultades que integran el mismo, aunque no las desarrolla³⁸⁹. De esta forma, puede afirmarse, según estas resoluciones, que el núcleo esencial de la negociación colectiva está integrado por las cinco siguientes facultades: negociar, elegir el nivel adecuado para llevar a cabo dicha negociación, seleccionar el contenido negociable, dotar de fuerza vinculante a sus resultados y, por último, administrar lo pactado.

En definitiva, amén de que el Estado deba garantizar que se den las condiciones idóneas en la realidad para poder llevar a cabo el ejercicio de este derecho, sus titulares han de poder realizar el conjunto de estas facultades libremente, pues constituyen el contenido esencial del derecho recogido en el art. 37 CE. Desde esta óptica, para comprender en qué consiste el derecho a negociar colectivamente, y poder valorar si el legislador lo respeta en su desarrollo legislativo, se deben analizar separadamente cada una de estas facultades.

2.1. La facultad de negociar

De entrada, esta facultad debe interpretarse en el sentido más tradicional del término “negociar”, es decir, como la posibilidad de iniciar el trato contractual con la otra parte y de desarrollarlo conforme a las estrategias que los negociadores se hayan marcado.

A este respecto, dicha facultad estaría fuertemente relacionada con la garantía institucional relativa a la protección de un espacio propio autonormativo, pues

³⁸⁸ SALA FRANCO, T., “El derecho constitucional a la negociación colectiva”, *op. cit.*, pp. 323-328; ALBIOL MONTESINOS, I. *et al.*, *Convenios Colectivos y Acuerdos de Empresa*, Valencia: CISS, 2007; PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *La negociación colectiva en la empresa*, Valladolid: Lex Nova, 2014, pp. 28-30; GOERLICH PESET, J. M.^a, “La negociación colectiva en la Constitución: una mirada crítica”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 2018, 2014, pp. 253-274.

³⁸⁹ Auto 85/2011 de 7 de junio (FJ 3) y auto 205/2012 de 30 de octubre (FJ 3). Previamente, la SAN de 10 de mayo de 2010 (proced. 41/2010) y el auto de la AN núm. 63/2010 de 28 de octubre de 2010 (proced. 128/2010) se habían pronunciado en idénticos términos.

implicaría que todos los titulares del derecho recogido en el art. 37 CE serían libres de acceder al dicho espacio. De este modo, conllevaría la libertad de ejercer el poder de autorregulación de los intereses económicos y sociales que les son propios a cada parte³⁹⁰.

Asimismo, este derecho, en sentido negativo, protegería frente a un hipotético deber de negociar, ya que tutela no solo la libertad de iniciar el proceso negociador. No obstante, y matizando esta idea general, la doctrina ha aclarado que ello no es óbice para que, posteriormente el Estado, a fin de garantizar la negociación colectiva, pueda introducir por vía legal el deber de negociar, cosa que efectivamente ha sucedido en el art. 89.1 ET, eso sí, solamente en relación con los convenios estatutarios, dado que el Estado tiene la obligación de establecer una legislación de apoyo y garantía de la efectividad del derecho a la negociación colectiva³⁹¹. Desde esta perspectiva, el deber de negociar en nuestro sistema de negociación colectiva sería una garantía de origen legal y no constitucional³⁹². Es decir, ya no porque lo establezca la Constitución, sino porque lo ha querido el legislador, el derecho a la negociación colectiva no permanece como un mero derecho de libertad, sino que, previo el cumplimiento de determinados requisitos de legitimación y formalismos, se convierte en un derecho a exigir una negociación, pues en tales supuestos sí que se ha dispuesto que ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de buena fe. El resultado es que este derecho deja de ser unidireccional frente al Estado, y se convierte en “prestacional”, pues se ejerce frente a un tercero³⁹³. En este sentido, dicho deber no se traduce en la necesidad de alcanzar un acuerdo, pues debe respetarse un espacio mínimo de disenso, pero sí implica que las partes deban someterse al principio de buena fe. Por ello, habrán de realizar los esfuerzos necesarios para intentar llegar a un acuerdo a través de un

³⁹⁰ RIVERO LAMAS, J., y DE VAL TENA, Á. L., “El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales”, en Rodrigo Martín Jiménez, Antonio Vicente Sempere Navarro (Coords.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, 2003, p. 666.

³⁹¹ SALA FRANCO, T., “El derecho constitucional a la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 325.

³⁹² *Idem*.

³⁹³ *Vid.* SAN de 15 de abril 2009 (proced. 191/2008).

procedimiento de información recíproca y de propuestas y contrapropuestas, pero sin la obligación final de ponerse de acuerdo, es decir, respetando la libertad de convenir.

2.2. La facultad de elegir el nivel en el que se negocia y la facultad de ordenar la estructura de la negociación colectiva

La segunda facultad que integra el contenido esencial de la negociación colectiva es la libertad de elegir el nivel de negociación adecuado. En virtud de esta, corresponde en exclusiva a los titulares de este derecho la consideración y elección final de este nivel, sin que quepa ningún tipo de interferencia de autoridades administrativas o de terceros.

A este respecto, conviene diferenciar dos conceptos muy próximos al término de *nivel*: por un lado, el *ámbito* de la negociación y, por otro, el de *unidad* de negociación. El primero se identifica con el espacio jurídicamente determinado por el ámbito de aplicación (territorial, subjetivo, funcional) de un convenio colectivo. El segundo se corresponde con el marco en el que discurre la negociación colectiva³⁹⁴. En este último sentido es cómo ha de interpretarse la elección del nivel de negociación, por cuanto los empresarios y representantes de los trabajadores son los sujetos que, en principio, decidirán libre y voluntariamente cuál es el marco en el que prefieren entablar negociaciones.

Con todo, se trata de conceptos estrechamente relacionados, en la medida que la unidad o nivel de negociación, al constituir *de facto* un conjunto de relaciones de trabajo preexistentes al propio convenio, que las partes delimitan a su vez como las coordenadas en las que se van a negociar las condiciones de trabajo³⁹⁵, coincidirá posiblemente con el ámbito de aplicación del convenio resultante. Aunque ello sea probable, es perfectamente posible que, una vez elegido el nivel de negociación, se delimite dentro del mismo un ámbito de aplicación que puede ser totalmente

³⁹⁴ LÓPEZ TERRADA, E., *La descentralización de la estructura de la negociación colectiva y las posibilidades de su articulación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 24-26.

³⁹⁵ MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M.^a N., *Manual de Derecho Sindical*, 9^{na} Edición, Granada: Comares, 2014, p. 187.

coincidente con el propio nivel o ser más reducido en lo funcional, territorial o personal.

Como resultado de esta interconexión entre nivel y ámbito de aplicación, la libertad en la determinación de este último también forma parte del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva³⁹⁶. De hecho, el TC se ha pronunciado expresamente en este sentido al afirmar que la determinación del ámbito de aplicación de los convenios es una facultad que pertenece exclusivamente a las partes de la negociación y en la que tampoco es posible ningún tipo de interferencia de autoridades administrativas, ya que vulneraría el derecho constitucional a la negociación colectiva, si bien añade que no es una libertad absoluta al encontrarse limitada por las exigencias de la legitimación y el ámbito natural de la negociación³⁹⁷.

Por tanto, el empresario, titular del derecho a la negociación colectiva, tiene reconocida la libertad de decidir, junto a los representantes de los trabajadores, el nivel en el que desea ejercer la negociación colectiva, sin que el Estado pueda limitar esta decisión, en tanto en cuanto se trata de una facultad que pertenece al núcleo más duro del derecho fundamental.

Ahora bien, debe matizarse que el legislador puede incentivar la negociación en determinados niveles, mediante, por ejemplo, la adopción de reglas que resuelvan la concurrencia conflictiva entre convenios colectivos, aunque nunca podrá prohibir negociaciones u obligar a negociar en un determinado nivel convencional³⁹⁸. Al respecto, cabe traer a colación la doctrina del TC relativa a que el derecho a la negociación colectiva es un derecho esencialmente de configuración legal³⁹⁹, siendo la

³⁹⁶ PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *La negociación colectiva en la empresa*, Valladolid: Lex Nova, 2014, p. 86.

³⁹⁷ STC 17/1986 de 4 de febrero de 1986.

³⁹⁸ *Vid.* SSTC 17/1986 de 4 de febrero de 1986, 119/2014 de 16 de julio de 2014, y 8/2015 de 22 de enero. Para un análisis más profundo sobre si las reglas de concurrencia suponen o no una restricción a la libre elección del nivel de negociación, *vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L., “Ámbitos de los convenios colectivos estatutarios y estructura de la negociación colectiva”, en Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Madrid: La Ley, 2008, pp. 136-167.

³⁹⁹ STC 85/2001 de 26 de marzo de 2001, FJ 5.

ley la que ha de concretar y desarrollar, tanto su contenido como los presupuestos para su ejercicio⁴⁰⁰. Por esta razón, el legislador goza de un amplio margen de libertad para delimitar, como derecho necesario, aspectos de la estructura, contenido, alcance y límites de la negociación colectiva, en razón de la superior posición que ocupa la ley en la jerarquía normativa.

Esto significa, por un lado, que el reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva no conlleva el desapoderamiento normativo del Estado para regular aspectos básicos de su ejercicio, y, de otro, que el principio de autonomía colectiva puede presentar excepciones siempre y cuando la limitación que suponga esté justificada⁴⁰¹. En consecuencia, la Ley puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente, de forma excepcional reservarse para sí determinadas materias que quedan excluidas, por tanto, de la contratación colectiva⁴⁰². De todo ello se deduce la habilitación al legislador estatal para realizar la conceptualización jurídica de la negociación colectiva en cada momento, entre diferentes alternativas, en atención a las circunstancias económicas subyacentes y a las necesidades a las que se pretenda dar cobertura⁴⁰³.

En particular, y en relación con la estructura de la negociación colectiva que, en definitiva, trata de ordenar el conjunto de convenios colectivos bajo criterios de aplicabilidad preferente, debe ponerse de manifiesto, como lo ha hecho el TC, la amplitud del marco constitucional que no ha cerrado ningún tipo de opción al modo en que pueda quedar configurada la fuente colectiva, ni se ha predeterminado el papel de los diferentes protagonistas de esa configuración⁴⁰⁴. Así que le corresponde al legislador ordenar los resultados del proceso de negociación y determinar las reglas de concurrencia y articulación de los convenios, pudiendo, en función de la opción que

⁴⁰⁰ STC 208/1993 de 28 de junio de 1991, FJ 3.

⁴⁰¹ STC 11/1981 de 8 de abril de 1981, FJ 24.

⁴⁰² STC 59/1985 de 30 de abril de 1985, FJ 3.

⁴⁰³ STC 19/2012, de 15 de febrero de 2012, FJ 3.c.

⁴⁰⁴ STC 119/2014 de 16 de julio de 2014 (FJ 3).

en cada momento considere más oportuna, ampliar o restringir el margen de intervención de la autonomía colectiva en la fijación de dichas reglas, pues no deriva del art. 37.1 CE que la ordenación de los frutos de la negociación colectiva deba proceder necesariamente de la propia negociación colectiva⁴⁰⁵.

Por tanto, el texto constitucional admite diversas posibilidades, desde un sistema de negociación colectiva más o menos prefijado por el Estado, hasta un diseño autónomo del mismo por los sujetos colectivos, pasando por soluciones eclécticas que combinen el diferente protagonismo de unos y otros en función de pautas marcadas por las variables de diversa índole que subyacen a las relaciones socioeconómicas⁴⁰⁶.

En este sentido, parte de la doctrina sostiene que, incluso en el caso que eventualmente los agentes sociales perdiesen facultades de incidencia en la ordenación de la negociación colectiva, debe recordarse que esta función no se integra dentro del contenido esencial de la negociación colectiva⁴⁰⁷. Es más, si formase parte de él, todas las organizaciones sindicales y empresariales, con independencia de su

⁴⁰⁵ STC 8/2015 de 22 de enero de 2015 (FJ 12). Asimismo, el TS mantiene esta interpretación, por todas, STS de 13 de marzo de 2018, rec. 54/2017.

⁴⁰⁶ CORREA CARRASCO, MANUEL; *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, Madrid: Universidad Carlos III, 1997, p. 258.

⁴⁰⁷ GOERLICH PESET, J. M.^a, “Las unidades de negociación: selección y relación entre ellas”, *op. cit.*, p. 8; DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad aplicativa del nivel de empresa e inaplicación del convenio colectivo tras la reforma de 2012*, Madrid: MESS, 2016, p. 32.

En contra, GORELLI FERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Granada: Comares, 2013, p. 169: “el derecho a la negociación no solo supondría la posibilidad de que los interlocutores pudieran negociar, sino determinar la ordenación de la negociación colectiva”, si bien matiza que la vigente regulación no es inconstitucional pues deja a las partes posibilidades de actuación”; CRUZ VILLALÓN, J., “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y ...”, *op. cit.*, pp. 24-25; CARRIZOSA PRIETO, E., “El impacto de las normas de concurrencia tras las reformas legales”, *Temas Laborales*, núm. 140, 2017, p. 86: “la ordenación de la negociación colectiva y el reparto de materias entre los distintos ámbitos de negociación constituye una materia propia de la autonomía colectiva en la que solo excepcionalmente debe intervenir el legislador”; FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., “La prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa: límites e incidencia sobre los fenómenos de descentralización productiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018, p. 169: “es razonable entender que tal derecho incluye, son sólo la posibilidad de negociar y fijar condiciones de trabajo, sino también el derecho de las partes a establecer la estructura de dicha negociación. Una limitación excesiva de esa segunda dimensión podría implicar una vulneración del derecho constitucional”.

representatividad, tendrían derecho a ejercerlo en las mismas condiciones. En efecto, el art. 83.2ET reserva la facultad de ordenación de la negociación colectiva a un número limitado de sujetos, de lo que podría deducirse que nos encontramos más bien en el terreno del llamado “contenido adicional” de la negociación colectiva. Y de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, este último es creación de la Ley y, por tanto, queda en manos de la Ley su extensión, modificación o supresión.

A mayor abundamiento, cabe recordar que el Estado debe velar por una regulación de la estructura de la negociación colectiva que responda eficazmente al contexto productivo y tecnológico, y a la composición y dimensión del mercado de trabajo⁴⁰⁸. Desde este enfoque, la estructura de la negociación colectiva es un bien jurídico legítimo y corresponde también y con preferencia al legislador elegir el modo de articulación que considere más adecuado⁴⁰⁹, pues se trata de uno de los pilares de los que depende directamente la capacidad de adaptación y viabilidad de proyecto empresarial. Así se explica la elección del legislador de las materias que gozan de prioridad aplicativa y que se constituyen como excepción a la capacidad gubernativa de los agentes sociales, pues debido a su naturaleza eran las que debían adaptarse de forma más ágil a las exigencias de productividad y de la competitividad.

En efecto, la estructura de la negociación colectiva se presenta como una herramienta clave para su modernización y eficacia, puesto que su debida articulación permite abordar eficazmente, en los ámbitos de negociación adecuados, aquellas materias que contribuyan a la mejora de la competitividad y productividad de las empresas y aseguren las mejores condiciones de trabajo para los trabajadores. Y es que el diseño de la estructura de la negociación colectiva tiene también consecuencias sobre la creación y la destrucción de empleo: la tasa de paro siempre es menor bajo la negociación en el ámbito de la empresa, ya que, en caso de la negociación sectorial, la aplicación de un régimen laboral común para todas las empresas hace que, a medida

⁴⁰⁸ DIMITRIU, R., “The relationship between legislation and the collective agreement in labour law. Some European options”, *Juridical Tribune*, vol. 8, issue 3, December 2018, p. 646.

⁴⁰⁹ SAN de 28 de septiembre de 2016, rec. 211/2016.

que decrece la productividad, los beneficios se reduzcan más rápido que en una estructura descentralizada⁴¹⁰.

De hecho, cabe recordar que, al igual que la reforma legal de 2012, los diferentes acuerdos interprofesionales sobre negociación colectiva, con independencia de su denominación, apostaron desde el año 2009 por una mayor descentralización que acercara la negociación colectiva a nivel de empresa⁴¹¹. Sin embargo, fue un objetivo fracasado, entre otros motivos, por la naturaleza obligacional de los acuerdos, que se limitaban a disponer que las confederaciones firmantes debían dirigirse a las unidades inferiores de negociación para establecer con ellas mecanismos para llevar a efecto lo acordado⁴¹². En este sentido, la eficacia de los acuerdos interprofesionales se demostró “marginal” por cuanto los planteamientos de estructuración fueron “más retórica interconfederal” que maduración desde la dinámica negocial⁴¹³.

Frente a esta ineficacia general, y en particular, como reacción del fracaso de llevar a cabo una descentralización real mediante la función política⁴¹⁴, finalmente fue el Gobierno y el Parlamento de España a través del RDL 3/2012 y la Ley 3/2012,

⁴¹⁰ MERCADER UGUINA, J. R., “Análisis factorial y mecanismos de articulación jurídica ...”, *op. cit.*, p. 19.

⁴¹¹ CAIRÓS BARRETO, D. M.^a, “La flexibilización de la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 339. De significarse que la estructura de nuestra negociación colectiva se inspiraba en el diseño introducido en época franquista y mantenido posteriormente por la inercia de los agentes sociales, cfr. VALDÉS DALRÉ, F., “Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva”, *Revista de Política Social*, núm. 137, 1983, pp. 395-444. Aunque hubo intentos previos de reformas, en 1994 y 1997, las características básicas del sistema de negociación colectiva en España no variaron sustancialmente hasta el año 2012. Así, entre las deficiencias arrastradas se encontraban, la escasa participación y representatividad de las pequeñas y medianas empresas; un nivel muy bajo de descentralización, que limitaba las respuestas de las empresas a las perturbaciones económicas y los cambios técnicos; una estructura atomizada de los convenios sectoriales que impedía la coordinación y distorsionaba notablemente los salarios relativos; y unos mecanismos de fijación salarial insensibles al contexto socio-económico, cfr. MERCADER UGUINA, J. R., “Análisis factorial y mecanismos de articulación jurídica ...”, *op. cit.*, p. 10.

⁴¹² CAIRÓS BARRETO, D. M.^a, “La flexibilización de la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 339.

⁴¹³ BAYLOS GRAU, A. P., “Unidades de negociación y concurrencia de convenios (en torno a los artículos 83 y 84)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, p. 1465.

⁴¹⁴ Para un estudio detenido de los problemas y disfunciones del modelo clásico de negociación colectiva, *vid.* BLASCO PELLICER, Á., “Un nuevo marco legal para la negociación colectiva”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 13, 2013, pp. 167-170.

respectivamente, quienes materializaron muchas de las orientaciones para desarrollar los procesos de negociación colectiva recogidos en el II Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2012, 2013, y 2014, suscrito entre las confederaciones sindicales CCOO y UGT y las asociaciones empresariales CEOE-CEPYME de 25 de enero de 2012, y reguló por la vía de la imposición legal muchas de sus intenciones flexibilizaciones de la negociación colectiva⁴¹⁵.

2.3. La facultad de seleccionar los contenidos negociables

La tercera facultad que se integra dentro del contenido esencial del derecho a la negociación colectiva es la libertad de estipulación, entendida como facultad de las partes de seleccionar las materias y contenidos a negociar.

Ahora bien, el propio art. 37 CE establece un límite claro, al adjetivar esta negociación con el término “laboral”. Sin reiterar lo ya señalado en torno a su significado⁴¹⁶, basta señalar ahora que la doctrina, de conformidad con el marco normativo internacional, sostiene que debe interpretarse de forma amplia, de modo que tal negociación se refiera directa o indirectamente a las relaciones laborales individuales o colectivas⁴¹⁷. En efecto, la Recomendación 91 de 1951 de la OIT, sobre contratos colectivos, señala que el contenido de los acuerdos colectivos son las condiciones de trabajo y empleo. En esta línea, el Convenio 154 de 1981 de la OIT sobre negociación colectiva establece que la finalidad de la negociación colectiva es “fijar las condiciones de trabajo y empleo”, “regular las relaciones entre trabajadores y empleadores y las relaciones entre empleadores o sus organizaciones y una organización o varias organizaciones de trabajadores”⁴¹⁸.

⁴¹⁵ CAIRÓS BARRETO, D. M.^a, “La flexibilización de la negociación colectiva”, *op. cit.*, pp. 334-335.

⁴¹⁶ *Vid.* capítulo primero, apartado 3.3.1.B).

⁴¹⁷ Por todos, SALA FRANCO, T., “El derecho constitucional a la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 327.

⁴¹⁸ Eso sí, en la interpretación de esta normativa, la sentencia del Tribunal Central de Trabajo de 6 de mayo de 1982 (ponente Luís Gil Suárez) aclaró que dichas materias deben ser entendidas poniéndolas

Por otro lado, es evidente, y así lo ha puesto de manifiesto el TC⁴¹⁹, que esta facultad de fijar el contenido del convenio no es absoluta, sino que, por razones justificadas, puede quedar limitada por la ley en cuanto a las materias objeto de negociación. Esto ha llevado a algún autor, desde una posición basada en la teoría absoluta de los derechos fundamentales⁴²⁰, a rechazar que esta libertad forme parte del contenido esencial “porque el Estado tiene la capacidad de ordenar las relaciones laborales con normas imperativas, mínimas, máximas, básicas o indisponibles, conforme a distintas políticas de Derecho que condicionan la negociación”⁴²¹. No obstante, la existencia de una correulación en materia laboral entre el Estado y los titulares de este derecho no conlleva directamente a la conclusión de expulsar esta facultad del contenido esencial. Por el contrario, sí se vulneraría el mismo si el legislador expresa o indirectamente (*v. gr.* a través de una regulación indisponible omnímoda) hiciera imposible la negociación de las materias laborales negociables en su totalidad.

2.4. La facultad de administrar lo pactado

La cuarta facultad que integra el contenido esencial del art. 37 CE es la libertad de administrar el acuerdo alcanzado tras el procedimiento negociador. El término “administración de lo pactado” se ha interpretado doctrinalmente como aquella actividad que consiste en desarrollar o interpretar, de modo auténtico, el contenido del

en relación con el carácter bipartito, dual o sinalagmático que todo convenio tiene. Así, en el caso concreto, no permite que el convenio regule las relaciones entre los trabajadores y los sindicatos, por cuanto pertenece a su régimen interno y “desbordan las facultades y competencias propias de la comisión negociadora de los convenios colectivos”. En esta línea, algunos pronunciamientos judiciales matizan que las “cláusulas referentes al poder de dirección del empresario” y “las cláusulas relacionadas con el pago de gastos del propio convenio” no serían contenido laboral, de tal modo los sujetos negociadores no podrían pactar en convenio colectivos cláusulas relativas a estas materias. *Vid.* STSJ de Castilla-La Mancha, de 23 de octubre de 2000 (rec. 750/2000); STSJ de Castilla-La Mancha, de 6 de abril de 2000 (rec. 77/2000).

⁴¹⁹ STC 199/2014 de 15 de diciembre de 2014 (FJ 3).

⁴²⁰ *Vid.* capítulo primero, apartado II. 2.

⁴²¹ LAHERA FORTEZA, J., “Marco constitucional de la negociación colectiva”, en Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Madrid: La Ley, 2008, p. 87.

pacto alcanzado, sin que a través de ello se pueda modificar de manera sustancial los acuerdos adoptados⁴²². Desde esta perspectiva, los titulares del derecho a la negociación colectiva tienen reconocida la facultad conjunta de interpretar o adaptar las cláusulas del convenio a las peculiares circunstancias de la realidad. Eso sí, esta libertad no permite vía interpretativa la alteración sustancial del convenio ni la creación de reglas nuevas. Así, se trata de una libertad inherente al pacto al estar destinada a clarificar o actualizar la voluntad expresada en él⁴²³. De este modo, las decisiones que se adopten responden a la lógica propia de la negociación respetando el equilibrio que permitió la firma del convenio, al tiempo que abre la posibilidad de adaptarlo al contexto cambiante que puede producirse durante su vigencia⁴²⁴.

2.5. La facultad de dotar de eficacia jurídica al convenio colectivo

Por último, dentro del contenido esencial de la negociación colectiva se incluye la fuerza vinculante del convenio colectivo. A propósito de ello, conviene diferenciar esta facultad subjetiva de la fuerza vinculante como garantía institucional, aunque debe admitirse que se trata de una cuestión de matices. Así, por un lado, la garantía institucional se relaciona con un espacio de autonormación que se encuentra protegido por el legislador a través de una garantía específica que se proyecta sobre los frutos que resulten del mismo. Esta garantía bajo el término “fuerza vinculante” dotaría de eficacia jurídica a dichos convenios, si bien puede ser de intensidad variable al diferenciarse entre eficacia obligacional y normativa.

Por otro lado, en cuanto a la facultad subjetiva, los negociadores no solo tienen el derecho a que los pactos que alcancen tengan eficacia jurídica, accediendo a dicho

⁴²² MORALES ORTEGA, J. M., *La administración del convenio colectivo*, Madrid: Civitas, 1998, p. 126.

⁴²³ Por su claridad argumentativa, *vid.* STS de Aragón de 31 de octubre de 2007, rec. 830/2007. Para un análisis sobre el régimen jurídico de la administración del convenio colectivo, *vid.* RODRÍGUEZ CRESPO, M.ª J., *La Administración del Convenio Colectivo*, Sevilla: CES, 2006.

⁴²⁴ GOERLICH PESET, J. M.ª, “La reforma de la negociación colectiva: procedimiento negociador y eficacia de los convenios”, en AA.VV., *La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, pp. 87.

espacio de autonormación, sino que además han de contar con la posibilidad de acceder a la máxima protección que el ordenamiento jurídico ofrece a dichos acuerdos. Es decir, los titulares del art. 37 CE deben poder alcanzar un acuerdo que goce de eficacia normativa. En consecuencia, en caso de que el legislador en el desarrollo legislativo del precepto constitucional impidiera o limitara sin una justificación razonable esta facultad, se estaría vulnerado el contenido esencial de la negociación colectiva. Es más, si el legislador privara a parte de los sujetos negociadores de la posibilidad real de dotar a sus acuerdos de eficacia normativa sin una justificación constitucional, que respondiera de forma proporcional a la defensa de otros derechos o intereses constitucionalmente protegibles, se afectaría igualmente al contenido esencial de la libertad de empresa en conexión con el principio de igualdad.

Por último, debe significarse que mientras la eficacia normativa, como expresión de un tipo de fuerza vinculante, sí forma parte del núcleo del art. 37 CE, la eficacia personal es algo que se halla fuera del mismo habida cuenta no se desprende de este concepto⁴²⁵. Es decir, con independencia del rango y significación que quiera darse a la expresión “fuerza vinculante”, el que la eficacia personal de un convenio colectivo sea o no general, no deriva del art. 37 CE, sino que es, sencillamente, un plus que el legislador español otorga a los convenios colectivos negociados según las reglas del ET⁴²⁶. En este sentido, al quedar la eficacia personal de los convenios en manos del legislador ordinario, podría haberse decantado por un modelo de eficacia limitada⁴²⁷ sin que ello afectara al contenido esencial de la negociación colectiva.

⁴²⁵ SSTC 73/1984; 108/1989; 58/1985; 98/1985, entre otras. *Vid.* MERINO SEGOVIA, A., *La negociación colectiva tras las reformas de 2012*, Albacete: Bomarzo, 2012.

⁴²⁶ AGÍS DASILVA, M. y BLASCO LAHOZ, J. F., “La eficacia personal de los convenios estatutarios”, en Francisco Pérez de los Cobos y José M.^a Goerlich Peset (Coords.), *El régimen jurídico de la Negociación Colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 448.

⁴²⁷ GALIANA MORENO, J., “La eficacia de los convenios colectivos en el Derecho español del Trabajo”, en AA.VV., *La eficacia de los convenios colectivos. XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid: MTAS, 2003, p. 58.

II. El empresario como titular del derecho a la negociación colectiva

1. La cotitularidad constitucional: asociaciones empresariales y empresarios

De partida, como se ha puesto de manifiesto previamente, la negociación colectiva como derecho fundamental reconoce en favor de sus titulares un conjunto de facultades mínimas que configuran su contenido esencial. A este respecto, podrían diferenciarse aquellas que por naturaleza deben ejercerse conjuntamente y por consenso por ambos titulares del derecho, es decir, el empresario y los representantes de los trabajadores, y aquellas otras en las que el consenso no es una nota tan presente. Así, las primeras se corresponderían con las facultades de elegir el nivel adecuado, los contenidos que integrarán el convenio y la de administrarlo *a posteriori*. Como se aprecia, en todas ellas la facultad protegida consiste en tomar una decisión, que no es posible adoptarla de forma unilateral por ninguno de los sujetos negociadores. Las segundas se identificarían con las facultades de negociar y poder dotar al convenio colectivo de fuerza vinculante. En virtud de estas dos, el empresario, con independencia del grado de consenso que consiguiera con la contraparte, tendría un derecho frente al Estado a poder iniciar el proceso negociador con la expectativa de que el convenio resultante contase con el máximo nivel de protección en forma de eficacia jurídica normativa.

Así, a partir de su naturaleza como derecho fundamental y teniendo presentes el conjunto de facultades mínimas que lo componen, pero especialmente las de iniciar la negociación y poder dotar a convenio de eficacia normativa, resulta esencial preguntarse por el titular constitucional del derecho recogido en el art. 37 CE desde el punto de vista empresarial. A este respecto, aunque algún autor haya calificado la redacción constitucional sobre la titularidad de la negociación colectiva como de “deliberada precisión”⁴²⁸, lo cierto es que su redacción es bastante imprecisa al limitarse

⁴²⁸ RIVERO LAMAS, J., “La legitimación para la negociación colectiva. Asociaciones empresariales legitimadas para negociar. La legitimación en los grupos de empresas”, en AA.VV., *Los límites del convenio colectivo. La legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos*, V Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, Madrid: MTSS, 1993, p. 74-107.

a señalar a “los representantes de los trabajadores y empresarios”⁴²⁹. Fruto de esta vaguedad, la duda principal es si se trata de una titularidad atribuida a los empresarios individualmente considerados, o si se trata de una suerte de cotitularidad que abarque también a los sujetos colectivos que representen sus intereses, o incluso si solo los agentes colectivos van a poder negociar.

A este respecto, debe resaltarse que la titularidad individual del derecho a la negociación colectiva está en su génesis como derecho fundamental, en el sentido de que los empresarios, singularmente considerados, encontraron en la negociación colectiva el cauce idóneo para dotarse de unas reglas uniformes sobre condiciones de trabajo, empleo y productividad, superando así los costes de transacción asociados a la negociación individualizada con cada trabajador⁴³⁰.

No obstante, el art. 37 CE a la hora de identificar a los titulares de este derecho por el lado empresarial emplea el sustantivo en plural “empresarios” y no en singular. El precepto tampoco alude explícitamente a las asociaciones empresariales, a diferencia de lo que prevé para los trabajadores, para los cuales sí contempla que sean sus “representantes”.

Así, la primera cuestión que se deriva de esta redacción es si las asociaciones empresariales son titulares del derecho a negociar colectivamente. La doctrina conviene en responder positivamente por dos argumentos principales⁴³¹. Por un lado, porque el art. 37 CE no las excluye y, en este sentido, puede interpretarse el plural “empresarios” como equivalente a una organización de empresarios. Por otro, porque el art. 7 CE las menciona junto a los sindicatos de los trabajadores, siendo la negociación colectiva uno de los medios de acción típicos para conseguir los fines

⁴²⁹ GARCÍA PIÑEIRO, N. P., *Las asociaciones empresariales en el Derecho Español*, Madrid: CES, 2005, p. 213.

⁴³⁰ RIVERO LAMAS, J., y DE VAL TENA, Á. L., “El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales”, *op. cit.*, p. 656.

⁴³¹ SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “El reconocimiento constitucional del asociacionismo empresarial”, en M.^a Emilia Casas Baamonde, Federico Durán López y Jesús Cruz Villalón (Coords): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid: La Ley, 2006, p. 263; GARCÍA PIÑEIRO, N. P., *Las asociaciones empresariales en el Derecho Español*, Madrid: CES, 2005., p. 213.

contemplados en dicho precepto. Así, según esta interpretación se concluiría que el art. 37 CE sufre una mera elipsis, cuya correcta formulación probablemente hubiera sido “empresarios” y “representantes de los empresarios”.

De hecho, algún autor ha ido más allá y ha defendido que el derecho a la negociación es siempre un derecho de titularidad colectiva⁴³², considerando el empresario individual, a estos efectos, como un sujeto colectivo⁴³³. Sin embargo, quizá no sea preciso para defender su titularidad acudir a esta interpretación⁴³⁴. En su lugar, es posible mantener que tanto los empresarios individuales como las representaciones colectivas de los empresarios son titulares del derecho a la negociación colectiva, eso sí, en función del nivel de negociación.

Esta cotitularidad atiende al nivel elegido para negociar, de tal modo que, si es a nivel de empresa o grupo de empresas, la titularidad del derecho corresponde al empresario individual, mientras que, si la unidad de negociación es supraempresarial, serán las asociaciones empresariales legalmente constituidas al efecto las titulares. Desde esta perspectiva, son dos los titulares de la negociación colectiva reconocida en el art. 37 CE, y además la pueden ejercer de forma paralela.

De hecho, mientras que el carácter colectivo del sujeto negociador por parte del banco social es un presupuesto necesario, en el caso del empresario puede prescindirse de esta exigencia material cuando el ámbito de negociación sea el de la empresa, pudiendo negociar individualmente el empresario⁴³⁵.

⁴³² GOERLICH PESET, J. M.^a, “La negociación colectiva en la Constitución: una mirada crítica”, *op. cit.*, p. 257.

⁴³³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de Derecho del Trabajo*, 4ª Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 862. En sentido similar, SALA FRANCO, T., “El derecho constitucional a la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 325 afirma que “el derecho a la negociación colectiva es de titularidad colectiva”, MONEREO PÉREZ, J. L., “El derecho a la negociación colectiva”, en AA.VV., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, p. 627.

⁴³⁴ RIVERO LAMAS, J. y DE VAL TENA, Á. L., “El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales”, *op. cit.*, p. 658.

⁴³⁵ CRUZ VILLALÓN, J., *Las relaciones laborales en la pequeña empresa*, Sevilla: CARL, 2006, p. 129.

Esta idea de la doble titularidad en función del nivel de negociación responde a la necesidad del lado patronal de organizarse en un sujeto capaz de representarles cuando la negociación trasciende de las fronteras de cada empresa. Por el contrario, si el proceso negociador discurre dentro de las mismas, el empresario individual tiene *per se* capacidad para ser sujeto de la negociación colectiva, porque es por definición el titular de las relaciones colectivas que mantiene con el conjunto de sus trabajadores a ese nivel.

Desde este punto de vista, no se trataría de una “cotitularidad original”, sino más bien “derivada”, por cuanto el auténtico titular es el empresario aisladamente considerado, y solo en la medida que este necesita responder a una negociación en ámbitos más extensos que el de su propia empresa, podría delegar o derivar su titularidad en favor de un sujeto colectivo que le represente. Al respecto, la doctrina ha destacado que “para los empresarios el asociacionismo no es condición *sine qua non* para la satisfacción de sus intereses colectivos”⁴³⁶, puesto que “el derecho a la negociación colectiva de los empresarios es un derecho-libertad que se reconoce individualmente en el artículo 37.1 sin necesidad de mediaciones representativas”⁴³⁷.

Así, las asociaciones empresariales, más que titulares en sentido estricto, serían un instrumento empresarial para poder llevar a cabo la negociación colectiva en niveles superiores. En consecuencia, dicha delegación siempre debería ser respetuosa con la titularidad individual, de tal modo que una representación negocial impuesta al empresario individual o ficticia se apartaría del ejercicio legítimo del derecho a la negociación colectiva⁴³⁸.

Por lo demás, esta idea de la cotitularidad de la negociación colectiva del lado empresarial se corrobora desde una perspectiva internacional a la hora de identificar el

⁴³⁶ GARCÍA PIÑEIRO, N. P., *Las asociaciones empresariales en el Derecho Español*, Madrid: CES, 2005, p. 20.

⁴³⁷ *Ibidem*, p. 217.

⁴³⁸ ESTEVE SEGARRA, A., *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*, Navarra: Aranzadi, 2003; CRUZ VILLALÓN, J., “La representatividad empresarial: diagnóstico y propuestas de reforma”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2019, p. 156.

titular de este derecho. En primer lugar, el Convenio 98 de la OIT⁴³⁹, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva de 1949 se refiere a “empleadores y organizaciones de empleadores”⁴⁴⁰. En segundo lugar, la Recomendación núm. 91 de la OIT sobre contratos colectivos de 1951 recoge la expresión “empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores”⁴⁴¹. En tercer lugar, el Convenio 154 de la OIT sobre negociación colectiva de 1981⁴⁴² reproduce lo previsto en la Recomendación referida. En cuarto lugar, la Carta Social Europea de 1961 del Consejo de Europa⁴⁴³ habla de “empleadores u organizaciones de empleadores”⁴⁴⁴. En quinto y último lugar, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge la expresión “empresarios, o sus organizaciones respectivas”⁴⁴⁵. Como se observa, en el plano internacional, a pesar de referirse por igual a los empresarios y a sus organizaciones representativas, no se precisa cuál es la relación entre sendas titularidades, sin perjuicio de las conjunciones gramaticales empleadas, que varían según el texto legal. Por ello, el marco jurídico internacional, más allá de poner de

⁴³⁹ Ratificado por España el 20 de abril de 1977.

⁴⁴⁰ Art. 4: “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los **empleadores y las organizaciones de empleadores**, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo” (el subrayado el mío).

⁴⁴¹ Art. 2.1: “La expresión contrato colectivo comprende todo acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un **empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores**, por una parte, y, por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores o, en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados” (el subrayado el mío).

⁴⁴² Ratificado por España el 11 de septiembre de 1985.

⁴⁴³ Ratificada por España el 29 de abril de 1980.

⁴⁴⁴ Art. 6.2: “para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva, los Estados se comprometen a promover, cuando ello sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre **empleadores u organizaciones de empleadores**, de una parte, y organizaciones de trabajadores de otra, con objeto de regular las condiciones de empleo por medio de Convenios Colectivos” (el subrayado el mío).

⁴⁴⁵ Art. 28: “Los trabajadores **y los empresarios, o sus organizaciones respectivas**, de conformidad con el Derecho comunitario y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga” (el subrayado el mío).

manifiesto la posible existencia de dos titulares distintos, no aporta ningún otro dato que permita identificar cuál es el titular original de la negociación colectiva del lado empresarial.

2. Los empresarios como (no) titulares de la libertad sindical y sus consecuencias

Estrechamente vinculado a la problemática respecto de la titularidad de la negociación colectiva, debe recordarse que, durante la elaboración de la norma fundamental de 1978, el Congreso de los Diputados descartó pacíficamente la inclusión de los empresarios en el derecho a la libertad sindical y optó por dotarles de fundamentos constitucionales diferentes, mientras que en el Senado sí se propuso incluirles atendiendo a que eran también titulares de la negociación colectiva⁴⁴⁶. En este sentido, en un primer momento el TS aceptó que los empresarios fueran titulares de la libertad sindical recogida en el art. 28.1 CE. Así, en la STS de 31 de enero de 1984 (Sala Tercera) se defendió que la esfera de protección de los derechos de libertad sindical del art. 28.1 CE, al hablar de “todos”, comprendía no sólo a los trabajadores por cuenta ajena, sino también a los empresarios y a los trabajadores autónomos, en contraste con lo previsto para el derecho de huelga, dirigido solo a los trabajadores.

Sin embargo, la interpretación integradora del TS fue corregida de forma inmediata por el auto del TC núm. 113/1984, de 22 de febrero, y confirmada posteriormente en diversas resoluciones⁴⁴⁷. El argumento empleado por el TC para excluir a los

⁴⁴⁶ TOMÁS JIMÉNEZ, N., *Los sujetos del convenio colectivo. Partes negociadoras*, Granada: Comares, 2013, p. 61. En relación al contenido del art. 28.1 de la CE y su cobertura o no del asociacionismo empresarial pueden encontrarse diferentes obras doctrinales, *vid.* CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Las asociaciones empresariales, su exclusión del derecho de libertad sindical y su representatividad. Los diferentes sistemas de medición de la representatividad empresarial y sindical”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 58, 1993, pp. 229-244; VALDÉS DAL-RE, F., “La exclusión de los empresarios del derecho de libertad sindical: el acertado cierre por la jurisprudencia constitucional de una falsa polémica”, en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales. Estudios en homenaje a Don Francisco Tomás y Valiente*, Madrid: La Ley/Actualidad, 1997, pp. 42-51.

⁴⁴⁷ SSTC núm. 52/1992, de 8 de abril; núm. 75/1992, de 14 de mayo; y núm. 92/1994, de 21 de mayo.

empresarios de este derecho fue sumamente escueto: “la libertad sindical es siempre una proyección de la defensa y promoción del interés de los trabajadores”. A partir de ahí, el TS también rechaza la inclusión de los empresarios en el art. 28.1 CE ya que “aunque el art. 28 de la Constitución establezca que todos tienen derecho a sindicarse, en el propio texto constitucional se evidencia que el derecho de sindicación lo ostentan solo los trabajadores, así se deduce del propio párrafo 2 del mismo precepto. El art. 7 CE enumera a los sindicatos de trabajadores y asociaciones empresariales, como entes diferenciados. Por su parte el art. 1 de la LOLS, establece con claridad que todos los trabajadores tienen derecho a sindicarse libremente para la promoción y defensa de sus intereses económicos y sociales”⁴⁴⁸.

A propósito de esta exclusión, debe traerse a colación la STSJ Castilla y León, Valladolid, de 19 de noviembre de 2009 (proced. 6/2008) por cuanto hace un auténtico esfuerzo de fundamentar jurídicamente esta decisión a partir de tres ideas. Así, en primer término, el TSJ señala que por más que la CE les atribuya análoga relevancia a unos y otros, los empresarios no se encuentran tutelados por el específico derecho reconocido en el art. 28.1 CE que se refiere sólo a los sindicatos de trabajadores. Añade, en segundo término, que los empresarios gracias al art. 22 CE gozan de la misma protección constitucional que la que brinda el derecho de libertad sindical contemplado en el art. 28.1 CE. En tercer término, el TSJ afirma que no existe una “necesaria coincidencia de derechos o facultades que integran uno y otro derecho fundamental (refiriéndose al derecho de libertad sindical y de asociación)”, de tal modo que los titulares no pueden ser los mismos. A este respecto la sentencia diferencia, por un lado “los aspectos de la vertiente interna u orgánica” y “los dinámicos o de actuación exterior para la defensa de los intereses colectivos”. Con relación a los primeros, que se refieren al derecho de fundación, de afiliación (positivo y negativo), de formación de confederaciones, etc. según el tribunal sí que se asemejarían. Por el contrario, respecto de los segundos, no habría coincidencia por cuanto los derechos de actuación típicos de los sindicatos, esto es, negociación colectiva, huelga y medidas de presión colectiva, no se integrarían en el derecho genérico de asociación”.

⁴⁴⁸ Así, la STS de 1 de junio de 2009 (rec. 62/2008).

No obstante, la argumentación jurídica realizada por el TSJ puede ser cuestionada con base en cada una de las razones dadas. Así, en relación con la primera, el art. 28 CE, tal y como el TS señaló en la sentencia de 1984 referida previamente, no diferencia entre trabajadores y empresarios, sino que se refiere a “todos” en general, de tal forma que una interpretación literal no puede conllevar en este caso a excluir a los empresarios.

Respecto de la segunda idea, el TSJ se olvida de que, como consecuencia de excluir a los empresarios de la esfera de máxima protección que otorga la libertad sindical⁴⁴⁹, se rebaja el nivel de tutela de estos en el ejercicio de la negociación colectiva, pues se les priva del derecho al recurso de amparo ante el TC y de un procedimiento sumario y preferente ante la jurisdicción ordinaria.

De hecho, en este sentido, recuérdese que la ubicación del art. 37 CE fuera de los protegidos vía 53.1 CE se debió a un intercambio político de última hora que terminó rompiendo la armonía del proyecto inicial⁴⁵⁰. Es más, este déficit de protección general, pues no solo afectaba a los empresarios, condujo a una ingeniosa construcción doctrinal que permitiese, al menos, a los representantes sindicales de los trabajadores alcanzar la máxima tutela en el ejercicio de la negociación colectiva, pues se interpretó que este derecho formaba parte, a su vez, del contenido esencial de la libertad sindical⁴⁵¹. No obstante, esta elaboración doctrinal y jurisprudencial que incluye derechos fundamentales dentro del contenido esencial de otros derechos fundamentales ha incrementado el índice de confusión pues trae como resultado una

⁴⁴⁹ Destacando la “desdichada ubicación del derecho a la negociación colectiva”, claramente “fuera de su órbita natural”, así como las consecuencias que de ello derivan, a la vista de la inexistencia de un cuadro de fuentes sistemáticos en la Constitución, *vid.* ALARCÓN CARACUEL, M. R., “La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, en Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Salvador del Rey Guanter (Coords.), *La reforma de la negociación colectiva*, Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 58.

⁴⁵⁰ No hay que olvidar que en los anteproyectos constitucionales aparecía, junto con el derecho a huelga y la libertad sindical, en el artículo 31. Sobre las razones que llevaron a su configuración final, *vid.* VIDA SORIA, J., “Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978”, en AA.VV., *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid: Tecnos, 1980, p. 249.

⁴⁵¹ CORREA CARRASCO, M., *La negociación colectiva como fuente del... op. cit.*, p. 226.

falta de uniformidad en la protección del derecho a la negociación colectiva⁴⁵². Dicho de otro modo, constituye una “quiebra” de la concepción del juego de las relaciones entre unos y otros interlocutores⁴⁵³.

En efecto, en cuanto a los efectos que produce tal exclusión, debe partirse de la premisa de que si la estructura del derecho a la negociación colectiva requiere por definición que estén presentes dos partes - que a nivel colectivo se identifican por el lado social con los representantes de los trabajadores legales o sindicales y por el lado empresarial con las asociaciones empresariales o empresario- resulta poco entendible, desde una perspectiva constitucional con fundamento en el principio de igualdad, que exclusivamente se proteja vía recurso de amparo el derecho a negociar colectivamente si el titular que lo ejerce es el sindicato, pero no se proteja de mismo modo cuando quien reclama es el otro sujeto negociador, es decir, el empresario o la asociación empresarial.

Esta situación contrasta con lo previsto en los países de nuestro entorno⁴⁵⁴ y en el plano internacional⁴⁵⁵, en donde la OIT contempla al empresario y a las asociaciones empresariales de forma similar que a los representantes de los trabajadores en lo que a protección del derecho a la negociación colectiva se refiere. Así, los Convenios núm. 87, sobre la libertad sindical y el derecho de sindicación⁴⁵⁶ y núm. 98, sobre el derecho de sindicación y la negociación colectiva⁴⁵⁷, no establecen diferencias entre ambos

⁴⁵² *Idem*.

⁴⁵³ GARCÍA FEMENÍA, A. M.^a, *El asociacionismo empresarial en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 243.

⁴⁵⁴ GARCÍA MURCIA, J., “El hecho sindical. La mayor representatividad. Asociacionismo profesional y empresarial. Balance y propuestas de reforma”, *RTSS.CEF*, núm. 429, 2018, pp. 65.

⁴⁵⁵ En profundidad, léase VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), *Freedom of association of workers and employers in the countries of European Union*, Madrid: MTAS, 2006.

⁴⁵⁶ Así, su art. 11 señala que: “todo Miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para **garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación**” (el subrayado el mío).

⁴⁵⁷ Su art. 2 fija que: “**las organizaciones de trabajadores y de empleadores deberán gozar de adecuada protección** contra todo acto de injerencia de unas respecto de las otras, ya se realice

bancos negociadores⁴⁵⁸. La única diferencia apreciable es que, mientras se exige que el banco social tenga un carácter colectivo, es decir, no puede negociar un trabajador individualmente o un grupo de trabajadores informales, al empresario, por la lógica del proceso negociador a nivel de empresa, sí que se le permite que pueda negociar independientemente, sin requerir de una asociación empresarial para ello⁴⁵⁹. Asimismo, la Carta Social Europea dispensa a las “asociaciones empresariales” el mismo nivel de protección que se prevé para las organizaciones sindicales⁴⁶⁰

Por último, en cuanto a la tercera razón dada por el TSJ, precisamente de la comparativa de facultades que integran los derechos de libertad sindical y el de asociación empresarial se pone de manifiesto la necesidad de tutelar la negociación colectiva de los empresarios también vía libertad sindical, por cuanto el general derecho de libre asociacionismo no integra la facultad de negociar colectivamente en su núcleo esencial.

Con todo, comparto la idea de fondo que el TC y el TS sostienen, es decir, que la libertad sindical está configurada para la defensa de los intereses del sindicato y no para el de los empresarios ni asociaciones empresariales. Dicho lo cual, si bien la inclusión de estos en el art. 28 CE para recibir la protección constitucional correspondiente es forzada, lo cierto es que ambos tribunales se olvidan que, aunque los sindicatos y empresarios no son sujetos idénticos, sí resultan equiparables desde el punto de vista de la negociación colectiva, pues ambos son titulares de tal derecho y sin la defensa de

directamente o por medio de sus agentes o miembros, en su constitución, funcionamiento o administración (el subrayado el mío).

⁴⁵⁸ SOTO RIOJA, S., “Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007”, en Sebastián Soto Rioja (Coord.), *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva, XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho Del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009, pp. 23 y ss.

⁴⁵⁹ TOMÁS JIMÉNEZ, N., *Los sujetos del convenio colectivo. Partes negociadoras*, Granada: Comares, 2013, p. 93.

⁴⁶⁰ Así, su art. 5, bajo el título “**Derecho sindical**”, fija que: “para garantizar o promover la **libertad de los trabajadores y empleadores de constituir organizaciones** locales; nacionales, o internacionales para la protección de sus intereses económicos y sociales y de adherirse a esas organizaciones, las Partes Contratantes se comprometen a que la legislación nacional no menoscabe esa libertad, ni se aplique de manera que pueda menoscabarla (el subrayado el mío).

la autonomía colectiva predicable de ambos, el actual sistema de relaciones laborales se vería en peligro.

A este respecto, y como posible solución a la diferente protección que reciben los empresarios en el ejercicio del derecho a la negociación colectiva, los tribunales teóricamente han apuntado a la conexión entre el art. 37 CE y el art 22 CE, que por su ubicación constitucional permitiría a las asociaciones empresariales acceder indirectamente al recurso de amparo en igualdad de condiciones que los sindicatos vía art. 28 CE⁴⁶¹.

Sin embargo, tal posibilidad encierra, al menos, dos problemas importantes. En primer lugar, para que ello fuese posible se debería hacer una interpretación del derecho de asociación del art. 22 CE que integrase, dentro de sus facultades, la negociación colectiva del art. 37, de modo que en caso que esta resultase violada, pudiera la asociación encontrar la protección constitucional vía recurso de amparo. No obstante, la doctrina se encuentra dividida en este sentido. Por un lado, parte de la doctrina sostiene que el derecho de asociación patronal también constituye un instrumento esencial con vistas al desarrollo de la negociación colectiva, al margen de su utilidad para muchos otros fines, como la participación institucional o la intervención en los foros de concertación o diálogo social⁴⁶². Así, a pesar de que la asociación empresarial contemplada en el art. 22 CE no tenga una vocación exclusivamente laboral, tal eventualidad no impediría que, en este ámbito, la asociación se transformase en un agente negociador equivalente al sindicato⁴⁶³. Por ello, desde este sector doctrinal se mantiene que se debería extender la misma tutela legal del derecho a la negociación

⁴⁶¹ STSJ de Aragón, de 28 de abril de 2008 (rec. 189/2008); STSJ Castilla y León, Valladolid, de 19 de noviembre de 2009 (proced. 6/2008).

⁴⁶² GARCÍA MURCIA, J., “Libertad sindical y libertad de empresa”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 339.

⁴⁶³ Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical; la DA 3ª de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical; y el RD 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las asociaciones empresariales.

colectiva en favor de la asociación empresarial laboral⁴⁶⁴. Por otro lado, y en contraste con esta posición, otros comentaristas⁴⁶⁵ han rechazado que del contenido esencial del art. 22 CE pueda derivarse el derecho a la negociación colectiva de las asociaciones empresariales o de los empresarios por cuanto no existe una mención expresa en ese sentido en el precepto constitucional y “porque ello supondría extender a toda asociación un derecho que le es ajeno”.

En segundo lugar, otro problema que deriva de la posible protección de la negociación colectiva vía art. 22 CE sería su alcance limitado, pues solo tutelaría a las organizaciones empresariales, y no a los empresarios individualmente considerados. Esta limitación podría salvarse bajo la ficción de considerar al empresario como sujeto colectivo. Recuérdese en este sentido, que algunos autores mantienen que el empresario individual es por sí mismo sujeto individual y al mismo tiempo colectivo del Derecho de Trabajo: es el titular de los contratos de trabajo (sujeto individual) y la parte frente a la cual se ejerce el poder colectivo de los sindicatos y representantes de los trabajadores (sujeto colectivo)⁴⁶⁶.

Sin embargo, la solución sugerida basada en una ficción jurídica se presenta técnicamente difícil o imposible de mantener, por cuanto el empresario individual no podrá reclamar la tutela derivada del derecho de asociación en la medida que actúa en nombre propio y como sujeto singular, y no como asociación⁴⁶⁷. Es decir, incluso admitiendo que el empresario tenga la consideración de sujeto colectivo en el ejercicio de la negociación colectiva, esta consideración no le transforma de modo alguno en una asociación, que es el único titular del derecho reconocido en el art. 22 CE. Resultado de ello es que el empresario individual no encontraría de ningún modo la

⁴⁶⁴ CAIRÓS BARRETO, D. M.^a, “La representatividad y la mayor representatividad de las asociaciones empresariales”, en Manuel Álvarez de la Rosa *et al.* (Coords.), *Estudios sobre negociación y convenios colectivos. Homenaje al profesor Alberto Guanche Marrero*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 24.

⁴⁶⁵ LAHERA FORTEZA, J., “Marco constitucional de la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 80.

⁴⁶⁶ CAIRÓS BARRETO, D. M.^a, “La representatividad y la mayor representatividad de las asociaciones empresariales”, *op. cit.*, p. 22.

⁴⁶⁷ GARCÍA PIÑEIRO, N. P., *Las asociaciones empresariales en el Derecho Español*, Madrid: CES, 2005, pp. 137-155.

tutela judicial dispensada en favor de su interlocutor social sindical en supuestos de vulneración del derecho a la negociación colectiva del que es también titular constitucional.

Como conclusión se aprecia que, debido a la ubicación de la negociación colectiva en el texto constitucional, la interpretación restrictiva de la titularidad del derecho a la libertad sindical realizada por el TC, y la no coincidencia de sujetos titulares de los arts. 22 y 37 CE, los empresarios individuales, y en menor medida las asociaciones empresariales, reciben un trato desigual en la tutela del ejercicio de la negociación colectiva. Una desigualdad que difícilmente casa con el principio de igualdad constitucional en conexión con el derecho fundamental de la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, pues al tiempo que se facilita y refuerza la protección constitucional de la negociación colectiva cuando es ejercida por los sindicatos, se limita y entorpece cuando quién la ejerce es el interlocutor patronal.

Por ello, a la espera de una eventual reforma constitucional que otorgue, en términos de igualdad, la máxima protección a la negociación colectiva a todos sus titulares, la única vía posible de conseguirla de momento sería integrando vía interpretativa a empresarios y asociaciones empresariales entre los titulares de la libertad sindical del art. 28 CE, todo ello sin perjuicio de la posible protección parcial brindada por el art. 22 CE a favor de estas últimas.

3. La titularidad reducida en el ET

Como se ha visto, el art. 37 CE garantiza una institución democrática y social, que se identifica con un espacio básico de diálogo, al tiempo que establece un derecho subjetivo cuyos titulares el precepto identifica con los representantes de los trabajadores y los empresarios, a fin de que puedan negociar entre ellos y pacten las condiciones laborales a aplicar.

Es sabido que la CE fija así de forma amplia la titularidad de la negociación colectiva, en contraste con las previsiones legales que constriñen dicha titularidad en el ET a tenor de una regulación de la legitimación negocial basada en estrictos umbrales

representativos. Según este planteamiento, y sin ninguna otra matización, la consecuencia sería que la legislación estatutaria transgrediría el art. 37 CE en tanto que limita la negociación colectiva a unos determinados sujetos.

Sin embargo, es necesario insistir en que las previsiones aprobadas por el legislador en el Título III del ET constituyen tan solo un desarrollo parcial del precepto constitucional que “no agota”⁴⁶⁸ la virtualidad del precepto constitucional, sino que configuran un modelo de negociación colectiva concreto entre diversas opciones posibles y permitidas por el amplio reconocimiento del derecho efectuado por el art. 37 CE⁴⁶⁹. Así las cosas, la doctrina entiende que en nuestro ordenamiento jurídico existe un “sistema dual”⁴⁷⁰, formado por una negociación colectiva “legal”, que disfrutaría de la eficacia normativa del convenio resultante, y otra que no seguiría las exigencias estatutarias, con eficacia meramente contractual, pero ambas amparadas en el art. 37 CE⁴⁷¹. Desde esta perspectiva, tal constricción legal no vulneraría, en principio, el art. 37 CE por cuanto el mismo precepto ampara procesos de negociación ajenos a las exigencias del ET y permite respetar el derecho constitucional de todos los empresarios⁴⁷².

⁴⁶⁸ En términos del TC: “un pacto de eficacia limitada no puede prevalecer ni contradecir las disposiciones de un convenio colectivo estatutario, por razones de jerarquía, de modo que carecen de virtualidad en lo que respecta a las cláusulas y condiciones que impliquen, en perjuicio de los trabajadores, posiciones menos favorables que las establecidas en disposiciones de superior rango, legales, reglamentarias o convencionales”, *vid.* STC 73/1984, de 27 de junio.

⁴⁶⁹ Por todos, MERCADER UGUINA, J. R., *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Madrid: Civitas, 1994, p. 339.

⁴⁷⁰ *Vid.* GARCÍA RUBIO, M.^a A. y GOERLICH PESET, J. M.^a, “Fundamento y naturaleza de los convenios extraestatutarios”, *op. cit.*, p. 588.

⁴⁷¹ En contra, por todos GOERLICH PESET, J. M.^a, “Concepto y eficacia del convenio colectivo”, *Revista española de derecho del trabajo*, vol. 1, edición especial del núm. 100: *El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, 2000, pp. 1448-1449. Niega que los convenios extraestatutarios gocen de fundamento constitucional, sino que son “paralegales”, y su “admisibilidad jurídica resulta de la libertad de negociación que rige nuestro ordenamiento jurídico”; GOERLICH PESET, J. M.^a, “La negociación colectiva en la Constitución: una mirada crítica”, *op. cit.*, pp. 269-272.

⁴⁷² GARCÍA RUBIO, M.^a A. y GOERLICH PESET, J. M.^a, “Fundamento y naturaleza de los convenios extraestatutarios”, *op. cit.*, p. 591.

Ahora bien, ello no significa sin más que cualquier regulación legal de la negociación colectiva sea constitucional so pretexto de la existencia de otras posibilidades de negociación fuera o al margen de la norma legal. Máxime si se tienen en cuenta las importantes consecuencias de privar a determinadas empresas de las “ventajas legales” inherentes al convenio colectivo estatutario. Así, en primer lugar, el acuerdo no tendrá eficacia normativa, sino meramente contractual, quedando por tanto en una posición jerárquica inferior⁴⁷³. En segundo lugar, tampoco podrá desplegar efectos *erga omnes*, vinculando y afectando exclusivamente a las partes negociadoras. En tercer y último lugar, tratándose de un convenio de empresa, tampoco disfrutará de la preferencia aplicativa en las materias nucleares para la adaptabilidad y supervivencia económica del mismo proyecto empresarial, sino que, por el contrario, podría quedar sometido materialmente al convenio de ámbito superior en caso de existir en todo lo allí regulado, salvo las cláusulas más beneficiosas que recogiera.

En efecto, las diferencias jurídicas entre ambos tipos de negociación son tan intensas que la virtualidad de la negociación colectiva extraestatutaria es residual⁴⁷⁴. En este sentido, tal exclusión, basada en la regulación sobre legitimación que se hace en los arts. 87 y 88 del ET, debería someterse a un juicio de constitucionalidad a efectos de comprobar si sus previsiones y requisitos respetan el contenido esencial de la negociación colectiva y el resto de exigencias constitucionales⁴⁷⁵.

Así las cosas, del desarrollo legislativo del art. 37 CE se desprende que el actual sistema dual de negociación colectiva es tan dispar en términos cualitativos como cuantitativos que suscita dudas de constitucionalidad desde el punto de vista de aquellos sujetos que no pueden acceder a la negociación estatutaria. No solo porque no disfrutan de las ventajas que derivan de la misma, sino porque la negociación que salvaguardaría la

⁴⁷³ STS de 11 de septiembre de 2003, rec. 144/2002.

⁴⁷⁴ STS de 14 de diciembre de 1996, rec. 3063/1995, STS de 17 de abril de 2000, rec. 1833/1999.

⁴⁷⁵ GOERLICH PESET, J. M.^a, “La negociación colectiva en la Constitución: una mirada crítica”, *op. cit.*, p. 259. En contra, manteniendo que queda totalmente al arbitrio del legislador de turno determinar en cada momento quiénes son estos titulares, *vid.* RUIZ CASTILLO, M.^a M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2013, pp. 66 y 73.

tacha de inconstitucionalidad, la extraestatutaria, no satisface el contenido esencial de este derecho, por lo que tampoco responde de manera eficaz a la función adaptativa que se espera de un proceso negociador en la actualidad.

Aunque algún autor haya entendido que las restricciones de legitimación negociadora en el ET no plantean dudas por cuanto son “razonables”⁴⁷⁶, tal razonabilidad queda en entredicho por cuanto en la práctica se priva a un gran número de empresarios, que se identificarían, a su vez, con las pequeñas y medianas empresas. Dicho de otro modo, dicha limitación se fundamenta exclusivamente en un criterio legal cual es la dimensión de la empresa, pero solamente medida según el número de trabajadores, sin ninguna otra consideración.

En efecto, la regulación de la negociación colectiva estatutaria establece un distinto trato normativo en función de los trabajadores empleados, sin tomar en consideración otros factores relevantes. En este sentido, la referencia exclusiva al nivel de ocupación de la empresa no siempre es un dato que justifique la conveniencia de un trato diferenciado que, en última instancia, permita disponer de un convenio colectivo propio o regirse por el convenio sectorial⁴⁷⁷.

No en vano, se ha planteado por parte de la doctrina la posibilidad de que este trato desigual dispensado a determinadas empresas por este único motivo puede ser contrario a la CE, en particular, desde el punto de vista del derecho a la negociación colectiva y a la libertad de empresa⁴⁷⁸. Con relación al primero, al vedarles de la posibilidad de dotar de eficacia normativa al convenio resultante se estaría vulnerado el contenido esencial de este. En cuanto al segundo, como consecuencia de lo anterior,

⁴⁷⁶ DURÁN LÓPEZ, F., “El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1990, pp. 121-151; GALIANA MORENO, J., “La eficacia de los convenios colectivos en el Derecho español del Trabajo”, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁷⁷ DEL REY GUANTER, S., “La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral”, en Juan García Blasco (coord.), *La Dimensión de la Empresa y la Reforma de la Legislación Laboral, V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Madrid: MTAS, 1994, p. 387.

⁴⁷⁸ Eso sí, desde el punto de vista exclusivamente de la libertad sindical. *Vid.* DEL REY GUANTER, S., “La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral”, *op. cit.*, p. 387.

se estaría privando al empresario de la facultad de competir en un mercado global en igualdad de condiciones que otras empresas con más trabajadores.

Es cierto que no existe ningún derecho absoluto, de tal forma que la ley puede limitarlos en su regulación siempre y cuando dicha intervención sea razonable y proporcional. Desde esta óptica, para dar respuesta sobre su constitucionalidad, resulta necesario preguntarse sobre las causas justificativas de la desigualdad de trato, si las hay. Así, la doctrina ha apuntado, con carácter general, varias causas, entre las que destacan las económicas y las razones de proporcionalidad⁴⁷⁹.

Con relación a las primeras, los comentaristas mantienen que el escaso volumen de actividad de determinadas empresas supondría que, en ocasiones, estas no podrían hacer frente a las cargas pecuniarias derivadas de la atribución a todos o algunos trabajadores de ciertos derechos y garantías para negociar. De este modo, al considerarse el número de trabajadores como índice de su capacidad económica, la legislación laboral trató de reducir los costes asociados a la negociación colectiva para estas empresas, entendiendo que una excesiva onerosidad del derecho laboral podría suponer la desaparición de las mismas, o impulsar su funcionamiento al margen de las reglas legalmente establecidas⁴⁸⁰. Circunstancias, todas ellas que, en efecto, conllevarían la razonabilidad de la limitación.

De hecho, como se vio⁴⁸¹, este argumento de la diferente capacidad económica ha tenido acogida en los tribunales y ha sido empleado por el TC y el TJUE para defender

⁴⁷⁹ VON POTOBOSKY, G., “Pequeñas y medianas empresas y Derecho del Trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 112, núm. 1, 1993, pp. 75-107; BIAGI, M., “El Derecho del Trabajo en pequeñas y medianas empresas: ¿flexibilidad o ajuste? Reseña relativa a las relaciones laborales”, en *Ponencias y Manuscritos del 4º Congreso Regional Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Bruselas, 1993. También se señala a que el fin de esta reducción del número de sujetos legitimados es mejorar la eficacia del método negocial, *vid.* GOERLICH PESET, J. M.^a, “La negociación colectiva en la Constitución: una mirada crítica”, *op. cit.*, p. 260.

⁴⁸⁰ FITA ORTEGA, F., “La diversificación de la normativa laboral en función de la dimensión de la empresa: algunas consideraciones en torno al criterio del número de trabajadores”, en Juan García Blasco (coord.), *La Dimensión de la Empresa y la Reforma de la Legislación Laboral*, V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Madrid: MTAS, 1994, p. 138.

⁴⁸¹ *Vid.* capítulo primero, apartado 3.2.2.

la validez de aquellas normas que imponían menores cargas a las empresas de reducido tamaño al presumirles una mayor dificultad económica⁴⁸².

Es de destacar que tal planteamiento acierta en la consideración de la diferente capacidad económica de las empresas en relación con la asunción de determinados gastos derivados de la acción representativa en el seno de la empresa. Asimismo, debe admitirse que en el origen del Derecho de Trabajo el número de empleados guardaba una relación proporcional directa con la capacidad económica de la empresa, de modo que aquellas empresas cuyas plantillas eran reducidas no contaban con la misma capacidad que aquellas otras que sí empleaban a un número superior de trabajadores.

No obstante, debe hacerse notar que la realidad se ha transformado de tal forma que las empresas ya no tienden a rivalizar por el tamaño de sus fábricas, ni siquiera por el volumen de empleos directos que suministran, sino por otros parámetros, como la presencia internacional, el estilo de gestión o la capacidad de innovación⁴⁸³. En esta línea, la legislación laboral sigue inspirándose en un modelo de estructura orgánica que ya no existe o, mejor dicho, sigue basándose en un mercado de trabajo modelado sobre la gran fábrica⁴⁸⁴. Por ello, el número de trabajadores que prestan servicios en la empresa no es indicativo en la actualidad del potencial económico de esta. Así, no parece que atender única y exclusivamente al criterio del número de trabajadores sea en sí mismo causa suficiente para privar a determinadas empresas de la potencialidad de negociar un convenio colectivo estatutario.

Por otro lado, la proporcionalidad como causa explicativa de esta exclusión exige que la existencia de una relación adecuada entre el número de trabajadores y el número de representantes, de tal modo que para que exista representación es necesario un interés colectivo suficientemente caracterizado. Según este planteamiento, en las empresas

⁴⁸² SSTC 6/1984 de 24 de enero y 140/2015 de 22 de junio; STJCE de 30 de noviembre de 1993, asunto *Petra Kirsammer-Hack v Nurhan Sidal*, caso C-189/91 (ECLI:EU:C:1993:907).

⁴⁸³ MONEREO PÉREZ, J. L., y MORENO VIDA, M.^a N., *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la Constitución Flexible del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, p. 18.

⁴⁸⁴ LÓPEZ GANDÍA, J., “La dimensión de la empresa y el Derecho del Trabajo (Notas para un estudio)”, en AA.VV, *Estudios en homenaje al profesor Sevilla Andrés*, Valencia: Universidad de Valencia, 1983, p. 523.

con reducida plantilla no habría un interés relativamente homogéneo del lado de los trabajadores, por lo que no cabría una representación común a todos ellos.

Es innegable que, a medida que la plantilla crece en una empresa, los intereses comunes entre los trabajadores van tomando forma gracias a la acción de la colectividad. Sin embargo, a pesar de que dicha exigencia de proporcionalidad pueda ser razonable, no implica que en las empresas con un número menor de empleados no exista un interés común ni que este no merezca la misma tutela que en las empresas con plantillas más extensas.

En definitiva, para justificar esta titularidad reducida de la negociación colectiva, que incide tanto en su contenido esencial como en el de la libertad de empresa, la doctrina conviene en denunciar que el criterio del número de trabajadores no es suficiente⁴⁸⁵.

Como alternativas, en primer lugar, se ha propuesto sustituir la aplicación de este único criterio cuantitativo, referido a la dimensión de la plantilla, en favor de un conjunto de criterios cuantitativos y cualitativos⁴⁸⁶. Entre los primeros destacaría el volumen de negocios, el balance y el activo inmovilizado, o el número de trabajadores. Entre los segundos estaría la dependencia o independencia de otra empresa o el sector al que pertenece.

En contra de este planteamiento alternativo multicriterio, se ha criticado su difícil verificación, ya que el tráfico jurídico-laboral requiere soluciones seguras y rápidamente verificables “por lo que la utilización de criterios complementarios al del volumen de empleo solo es posible en supuestos que reúnan aquellas características”⁴⁸⁷.

⁴⁸⁵ DEL REY GUANTER, S., “La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral”, *op. cit.*, p. 38.

⁴⁸⁶ *Idem.* Véase GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La pequeña y mediana empresa en el ámbito comunitario: una definición que debe ser revisada”, en Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco, *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol*, Madrid: Dikynson, 2010, pp. 899-924.

⁴⁸⁷ GOERLICH PESET, J. M.^a, “La dimensión de la empresa: pequeñas y medianas empresas ante el Derecho del Trabajo”, en Ángel Blasco Pellicer (coord.), *El empresario laboral, estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 67.

En segundo lugar, bajo la idea de que el número de trabajadores necesarios para tener convenio colectivo propio es “arbitrario”⁴⁸⁸, otros autores se han planteado la necesidad de rebajar el umbral legal para la celebración de elecciones, dejándolo en un mínimo de 4 o 5 trabajadores, siendo la elección voluntaria, tal y como sucede hoy en día en los centros de entre 6 a 10 trabajadores, y proyectado sobre el conjunto de la empresa y no sobre cada centro, permitiendo a su vez la presencia sindical⁴⁸⁹. En este sentido, con relación al problema de la infrarrepresentación se apuesta por un modelo electoral en torno a la empresa y al grupo de empresa, con un papel marginal de los centros de trabajo, llevando a cabo un cambio en los umbrales de la representación unitaria y de las elecciones sindicales sobre la eventual nueva unidad electoral⁴⁹⁰. En concreto, tomando como referencia el art. 2323-24 del Código de Trabajo francés⁴⁹¹, otros autores apuestan por la representación sindical como solución⁴⁹², otorgando legitimación a uno o varios trabajadores expresamente designados por las organizaciones sindicales más representativas del sector⁴⁹³. De hecho, la propuesta de

⁴⁸⁸ FITA ORTEGA, F., “La diversificación de la normativa laboral en función de la dimensión de la empresa...”, *op. cit.*, p. 141.

⁴⁸⁹ BAUTISTA VIVERO SERRANO, J., “La obsolescencia y los inconvenientes del modelo de representación unitaria de los trabajadores por centros de trabajo. Por un nuevo modelo basado en la empresa, la negociación colectiva y no encorsetado a nivel provincial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, enero 2017, p. 231.

⁴⁹⁰ LAHERA FORTEZA, J., “El modelo español de representantes de los trabajadores en la empresa: funciones y disfunciones”, en Fernando Valdés Dal-Ré y María Luisa Molero Marañón, *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Madrid: MTI, 2010, pp. 33-34

⁴⁹¹ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “La negociación colectiva en España tras las reformas de 2010, 2011 y 2012”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 1, enero-marzo de 2013, p. 8.

⁴⁹² GOERLICH PESET, J. M.^a, “La reforma de la negociación colectiva: procedimiento negociador y eficacia de los convenios”, *op. cit.*, pp. 73-75.

⁴⁹³ En esta línea, SALA FRANCO, T., “La reforma de la negociación colectiva (Real Decreto-Ley 7/2011, de 11 de junio)”, *Actualidad Laboral*, núm. 18, 2011, p. 6, defiende habilitar sujetos negociadores en las microempresas para que negocien convenios de empresas articulados con los de ámbito superior e intensificar los mecanismos legales de modificación sustancial de las condiciones de trabajo de los convenios colectivos estatutarios. También, PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “La reforma de la negociación colectiva (1)”, *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2010, pp. 12-13, apuesta por extender la representación de los trabajadores en las pequeñas y medianas empresas o reconocer por Ley la

reforma del gobierno en el año 2001 iba en esta línea, pues preveía que se añadiera un párrafo al art. 87 ET que posibilitara la negociación por representantes *ad hoc*, aunque exclusivamente en empresas en las que fuera imposible la promoción de elecciones sindicales y en las que no fuera aplicable ningún convenio colectivo⁴⁹⁴.

En último lugar, un tercer sector doctrinal, desde una posición más pragmática, entiende que hasta que no se produzca una transformación económica que provoque un significativo incremento de las dimensiones medias de las empresas españolas, desde el punto de vista del número de trabajadores, no será concebible el incremento de la negociación colectiva empresarial⁴⁹⁵. Desde esta posición, se entiende como razonable el establecimiento de un umbral mínimo de trabajadores a partir del cual se pueda negociar, pues lo contrario sería “forzar artificialmente el régimen legal para introducir mecanismos de representación colectiva allí donde el desarrollo de las

posibilidad de celebrar acuerdos de empresa directamente con los propios trabajadores reunidos en asamblea.

⁴⁹⁴ El Ministerio elaboró un Documento de Reflexión, de 26 de julio de 2001, que presentaba como resumen de las preocupaciones y cuestiones surgidas en la Mesa de Diálogo Social en materia de negociación colectiva, señalando como temas centrales y necesitados de nuevo tratamiento la estructura, articulación y concurrencia de convenios, así como la determinación de las unidades de negociación y la legitimación para negociar y, finalmente, la administración y vigencia de los convenios. A partir de ahí, se elaboraron hasta tres borradores de Anteproyecto de Ley de Reforma del Estatuto de los Trabajadores en materia de negociación colectiva, de 27 de septiembre y 4 y 18 de octubre en los que se propusieron, entre otras, las siguientes reformas: el art. 82.3 ET, para añadir la posibilidad de descuelgue del convenio superior por razones económicas con respecto a todas las materias atribuidas a los convenios de empresa, cláusula que fue suprimida en el tercer borrador; los arts. 83.2 y 3 ET, para reordenar la articulación de la negociación colectiva en el propio texto de la norma, señalando como ámbitos preferentes de regulación el estatal y el de empresa y estableciendo las materias de regulación prevalente en cada uno de ellos; el art. 87.1 ET, para introducir una nueva regla en relación con la legitimación para la negociación de convenios colectivos cuando no existen órganos de representación del personal y no les sea de aplicación ningún convenio: la designación, en asamblea, de la representación sindical implantada que va a negociar. No obstante, las organizaciones sindicales y empresariales rechazaron expresamente los tres borradores de anteproyecto y solicitaron la paralización del proceso de reforma del marco legal de la negociación colectiva. Cfr. CAIRÓS BARRETO, D. M.^a, “La flexibilización de la negociación colectiva”, en Margarita Ramos y Gloria Rojas (Coords.), *Transformaciones del Estado Social y Derecho del Trabajo, Libro Homenaje al Profesor Manuel Álvarez de la Rosa*, Granada: Comares, 2014, pp. 317-318.

⁴⁹⁵ CRUZ VILLALÓN, J., “Impacto de las reformas laborales sobre negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 120, 2013, p. 27.

relaciones laborales se lleva a cabo en clave necesariamente individual”⁴⁹⁶. Por ello, se defiende que la solución no se debe hallar en el terreno normativo, sino que venga de la mano de la potenciación del crecimiento de la empresa⁴⁹⁷.

No es casualidad, desde esta perspectiva, que el Ministerio de Economía elaborase recientemente un informe sobre el crecimiento empresarial en el año 2017⁴⁹⁸ que ponía de manifiesto la necesidad de aumentar la escala de las pymes españolas porque “a mayor tamaño empresarial, mayor nivel de productividad”. Lo interesante de este informe es que destacaba que las regulaciones basadas en umbrales entorpecen dicho crecimiento empresarial en consonancia con lo ya manifestado por la Comisión Europea en su Informe de País de 2016⁴⁹⁹. En este sentido, el Ministerio planteaba varias soluciones posibles. Por un lado, eliminar umbrales cuando la regulación dependiente del tamaño no resultase necesaria o proporcionada. Por otro, sustituir el umbral vinculado al tamaño por otro tipo de variables. También contemplaba la posibilidad de aplicar umbrales de forma progresiva, es decir, que la regulación solo se activase cuando se rebasen los límites durante varios ejercicios consecutivos, lo que se denomina *phase out* en la terminología comunitaria. Incluso se preveía la opción de modificar los topes al alza o a la baja, así como desacoplar los más frecuentes, para suavizar el efecto escalón que producen.

Sin embargo, a pesar de que el Ministerio de Economía era consciente del efecto limitativo que produce la regulación basada en umbrales fijos en términos de crecimiento empresarial, encomendaba al gobierno en dicho informe “a analizar cuáles son las vías más eficaces para acabar con las trabas al crecimiento de nuestras pymes”,

⁴⁹⁶ CRUZ VILLALÓN, J., “Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa”, en Jesús Cruz Villalón, Remedios Menéndez Calvo y Magdalena Nogueira Guastavino (Coords.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*, Albacete: Bomarzo, 2017, p. 153.

⁴⁹⁷ *Idem*.

⁴⁹⁸ Véase, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados (Comisión de Economía, Industria y Competitividad), sesión núm. 14 (extraordinaria), celebrada el jueves, 27 de julio de 2017, p. 6.

⁴⁹⁹ Comisión Europea – Bruselas 26/02/2016. “Documento de trabajo de los servicios de la Comisión – Informe sobre España 2016, con un examen exhaustivo relativo a la prevención y la corrección de los desequilibrios macroeconómicos”. SWD (2016), p. 78.

pero sin implantar de momento ninguna medida concreta para difuminar estos escalones regulatorios.

En definitiva, a pesar de que todos los empresarios gozan de la libertad de negociar colectivamente, bien por la vía legal, bien directamente *ex art. 37 CE*, lo cierto es que la diferencia entre los productos negociales y sus efectos jurídicos correspondientes, en conexión con la limitada legitimación negociadora legal, pone en duda la constitucionalidad de esta desigualdad. Máxime teniendo en cuenta que la misma no encuentra fundamentos constitucionales sólidos y que afecta, a su vez, al contenido esencial de dos derechos fundamentales de los que es titular el empresario, es decir, la negociación colectiva y la libertad de empresa.

Por último, recientemente el TS en la sentencia de 28 de junio de 2017 (rec. 203/2016) aborda la validez de esta desigualdad ante las alegaciones de una empresa que ponía en cuestión que dicha limitación fuera constitucionalmente válida y razonable, pues según la mercantil “tal regulación es discriminatoria habida cuenta del desigual tratamiento en términos de capacidad negociadora cuyo único fundamento es la plantilla en cada centro de trabajo, y ni siguiera en el conjunto de la empresa”. No obstante, el Tribunal Supremo no comparte esta interpretación por cuanto “la CE no garantiza que toda empresa pueda disponer de un convenio colectivo de carácter estatutario. Que la Ley establezca requisitos de legitimación o representatividad y que anude a su cumplimiento el acceso al régimen jurídico de los convenios con eficacia normativa y general resulta del todo compatible con la Ley Fundamental”. Asimismo, el TS matiza que “carece de sustento la posible vulneración de derechos de la empresa ya que la CE no garantiza derechos absolutos y el propio artículo 37.1 se remite a la ley para concretar los términos de lo allí garantizado”.

III. Una breve referencia a la negociación colectiva y su relación con la autonomía individual como medio de defensa de la competitividad. Especial análisis de los acuerdos individuales en masa

Antes de nada, debe significarse que los objetivos de garantizar la viabilidad o mejorar la competitividad empresarial se podrían alcanzar igualmente e, incluso, de forma más ágil y sencilla a través de la autonomía individual, ya que, desde el punto de vista del análisis económico del derecho, los costes de transacción asociados a la autonomía colectiva desaparecerían. En este sentido, puede afirmarse que la facilidad de lograr un acuerdo es mayor en el campo de la autonomía individual que en el de la colectiva, tanto por una cuestión de estrategia negociadora como por el cumplimiento de las formalidades legales. En efecto, los representantes de los trabajadores tenderán a fijar unas posiciones de partida superiores a las del punto de encuentro realmente deseado para así maximizar la potencial ganancia en el acuerdo final, haciendo más costoso, en consecuencia, el acuerdo. Por otro lado, el cumplimiento de los requisitos, presupuestos y plazos legales para la validez del acuerdo con los representantes elevará los costes de transacción, y ello no solo respecto al procedimiento legal de negociación de un convenio colectivo, sino también en relación a los periodos de consultas legalmente previstos, como, por ejemplo, en procesos de modificación sustancial o inaplicación convencional⁵⁰⁰. En particular, y desde el prisma de la defensa de la competitividad, la vía óptima para mejorar la competitividad empresarial sería la que constituye la autonomía individual con dimensión plural, esto es, la posibilidad de negociar directamente con el conjunto de los trabajadores sin necesidad de mediaciones representativas.

No obstante, la negociación directa con los trabajadores puede implicar, por un lado, un empeoramiento de las condiciones laborales habida cuenta de la relación asimétrica entre empresario y trabajadores y, por otro lado, constituir un atentado contra el derecho a la negociación colectiva y, en su caso, a la libertad sindical. Frente a esta posibilidad, la negociación colectiva constituye un medio eficaz -tal vez el mejor inventado en las sociedades democráticas- para la defensa de los derechos de los

⁵⁰⁰ SSAN 15 de febrero 2018 (rec. 361/2017) y de la misma fecha (rec. 274/2014).

trabajadores, pues su principal función social se identifica con permitir un diálogo simétrico entre el empresario y los representantes de los mismos. Como es sabido, dicha simetría deriva de la constitución de órganos de representación colectiva que neutralizan la desigualdad entre el empresario y los trabajadores y, en su lugar, garantizan una auténtica bilateralidad negociadora.

En este sentido, por los graves riesgos que puede implicar una negociación al margen de la representación obrera, el equilibrio entre la autonomía individual y colectiva en el ámbito laboral ha estado influenciado por el carácter tuitivo propio del Derecho del Trabajo, especialmente en relación a la posibilidad de la negociación en masa⁵⁰¹. A tal efecto, como se verá inmediatamente, hay unos límites legales de carácter material - manifestados en los principios de primacía, favorabilidad e irrenunciabilidad- y otros jurisprudenciales de carácter subjetivo -correspondientes a la trascendencia cuantitativa y cualitativa de los acuerdos individuales- que cercenan el ejercicio de la autonomía individual.

Con todo, debe reconocerse la compleja relación entre autonomía colectiva y autonomía individual⁵⁰², pues nunca ha sido estable ni ha sido pacífica doctrinalmente⁵⁰³, quizá por la confusa redacción del art. 3.1 ET⁵⁰⁴. Por ello, no se pretende realizar un exhaustivo análisis de esta relación, sino profundizar en el estudio

⁵⁰¹ Término muy representativo recogido por GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., y que se utiliza en Derecho Civil para caracterizar a los contratos normativos o de adhesión, *vid.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Autonomía individual en masa y antisindicalidad”, *Relaciones Laborales*, Tomo 2, 1989.

⁵⁰² PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1992, p. 373.

⁵⁰³ BLASCO PELLICER, Á., *La individualización de las relaciones laborales*, Madrid: CES, 1995, p. 212. El debate sobre la frontera entre la autonomía individual y la colectiva ha sido estudiado extensamente por la doctrina, un resumen sobre la evolución de las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales puede encontrarse en TOMÁS JIMÉNEZ, N., “Los acuerdos individuales en masa”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2006, pp. 1-7.

⁵⁰⁴ De la Vila Gil considera que la indefinición del art. 3.1 ET convierte la relación entre la autonomía individual y la autonomía colectiva “en un mundo críptico, proclive a las más variadas interpretaciones doctrinales, y lo que es mucho peor, a las encontradas versiones jurisprudenciales, con resultados nada positivos para la seguridad jurídica”, “Prólogo” al libro de García-Perrote Escartín, I., *Ley y autonomía colectiva. Un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid: MTSS, 1987, p. 7.

de los problemas que plantea un aspecto concreto: los límites de los acuerdos individuales plurales en la empresa, no sin antes dibujar someramente las coordenadas del conflicto general.

1. El ejercicio simultáneo y pacífico de la autonomía individual y la colectiva

Conviene empezar aclarando que la relación entre la autonomía individual y la colectiva no siempre resulta tensa, pues pueden ejercerse simultáneamente de modo pacífico sin que ello suponga una interferencia negativa en ninguna de ellas. A este respecto, y proyectando las relaciones que puede darse entre la ley y el convenio⁵⁰⁵, la doctrina ha identificado hasta cinco relaciones no conflictivas, aunque sí complejas, entre ambas autonomías en el marco del art. 3.1 ET, que consagra el predominio convencional⁵⁰⁶.

La primera relación es la de complementariedad, por cuanto el contrato individual podría, en principio, mejorar en términos cuantitativos y cualitativos lo previsto por el convenio colectivo con base en el principio de “mayor favorabilidad” recogido en el art. 3.1.c) ET⁵⁰⁷. En estos casos, la autonomía individual y la colectiva se superponen respecto de la misma materia, pero sin entrar en conflicto, pues el contrato individual resulta más favorable. Sin detenerse en los problemas que puede plantear esta

⁵⁰⁵ MARTÍN VALVERDE, A., “Concurrencia y articulación de normas laborales”, *Revista de Política Social*, núm. 119, 1978, pp. 5-31; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Ley y autonomía colectiva...op. cit.*

⁵⁰⁶ BLASCO PELLICER, Á., *La individualización de las relaciones laborales...op. cit.*, pp. 191 y ss., ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, Madrid: CES, 2000, pp. 47 y ss., ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Relaciones entre autonomía individual y autonomía colectiva en la gestión del cambio empresarial”, en Jesús Cruz Villalón (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid: Ediciones Cinca, 2017, p. 237. Debe advertirse que en los dos primeros estudios referidos, los autores diferencian las relaciones entre ambas autonomías desde el punto de vista de la función reguladora y la función aplicativa del contrato de trabajo.

⁵⁰⁷ CASAS BAAMONDE, M.^a E., “La individualización de las relaciones laborales”, *Relaciones Laborales*, núm. 20-21, 1991, pp. 126 y ss.

relación⁵⁰⁸, baste señalar que la valoración sobre si una condición laboral es más favorable no es siempre cuestión sencilla, especialmente en las de carácter cualitativo. En este sentido, condiciones como la jornada continuada o partida, la época del disfrute de vacaciones, etc. son “difícilmente traducibles en términos económicos o difícilmente objetivables”, por lo que el principio de mayor favorabilidad se debería reservar solo para las condiciones cuantificables⁵⁰⁹, ya que “el trabajador es el único capacitado para decidir lo más favorable para su propio interés”, siempre y cuando preste su consentimiento de forma voluntaria y no viciada⁵¹⁰, máxime teniendo en cuenta las posibles compensaciones retributivas que pueden acompañar a la opción ofrecida por el empresario. No obstante, en el caso típico de conversión de la jornada continua prevista en convenio colectivo a una jornada partida por acuerdo individual, el TC y el TS han aclarado que, de haberse definido el tipo de jornada en el convenio, existirá un conflicto jurídico en el que la autonomía colectiva deberá prevalecer sobre la individual⁵¹¹.

La segunda relación se basaría en la subsidiariedad, de tal suerte que el pacto individual se puede aplicar en defecto de previsión convencional, bien porque la norma estatal así lo fijase, bien porque los acuerdos interprofesionales del art. 83.2 ET, al regular la estructura de la negociación colectiva, lo contemplase. Yendo más allá, aun sin cobertura legal, en caso de vacío normativo convencional, tal y como puso de manifiesto el TC, “la mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva no supone un impedimento para acuerdos contractuales individuales”⁵¹², eso sí, siempre que dicho vacío no obedezca a una razón que pueda determinar la antisindicalidad de la regulación individualizada como más

⁵⁰⁸ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva en...op. cit.*, pp. 85 y ss.

⁵⁰⁹ BLASCO PELLICER, Á., *La individualización de las relaciones laborales...op. cit.*, p. 215 y bibliografía citada.

⁵¹⁰ *Idem.*

⁵¹¹ SSTC 105/1992 de 1 de julio y 238/2005 de 26 de septiembre y STS de 29 de octubre de 2007 (rec. 184/2005).

⁵¹² STC 208/93 de 28 de junio (FJ 4).

adelante se estudiará⁵¹³. Asimismo, es posible que la subsidiariedad se dé en sentido inverso, esto es, que la ley establezca una preferencia en favor de la autonomía individual y, solo en defecto de su concreción, pueda aplicarse la regulación convencional⁵¹⁴.

La tercera relación posible entre ambas autonomías es de complementariedad, de tal modo que el acuerdo individual concreta o aclara lo regulado a nivel colectivo. La cuarta relación se explica por la reserva legal en favor del contrato individual, que asume todo el protagonismo, por ejemplo, en relación a los acuerdos de permanencia (art. 21 ET). Por último, la quinta relación se puede dar en términos de supletoriedad, de forma que el contrato puede entrar a regular aspectos no previstos en el convenio colectivo porque este lo autoriza. En este sentido, dicho acuerdo cobra vigencia por una “delegación de aplicabilidad” prevista en su favor por el propio convenio.

2. La tensión entre ambas autonomías

2.1. El conflicto objetivo o material

Dejando atrás las relaciones pacíficas entre ambas autonomías, se pueden identificar igualmente dos tipos de tensiones conflictivas entre estas, una de carácter objetivo o material y otra subjetiva. La primera tiene lugar cuando lo pactado en el contrato o acuerdo individual no guarda una relación suplementaria, subsidiaria, complementaria, preferente, o supletoria con lo previsto en el convenio aplicable, vulnerando, en definitiva, el principio de jerarquía que conecta la autonomía colectiva y la individual⁵¹⁵

En estos casos de colisión material entre dos fuentes distintas de derecho, la solución legal pasa por la primacía de la autonomía colectiva *ex art. 3.1 ET* y la irrenunciabilidad

⁵¹³ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva en...op. cit.*, p. 103.

⁵¹⁴ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva en...op. cit.*, pp. 107 y ss.

⁵¹⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 76, 2004, p. 166.

de derechos de conformidad con el art. 3.5 ET, de modo que lo colectivo debe primar sobre lo individual⁵¹⁶. Ahora bien, esta regla general ha sido matizada doblemente por la doctrina y por el TC⁵¹⁷.

En primer término, existe un límite general en virtud del cual la autonomía colectiva no puede vaciar el contenido de la autonomía individual, de tal forma que se garantice, por un lado, la diversificación contractual mediante la individualización de condiciones más beneficiosas y, por otro, se evite que la autonomía colectiva asuma en régimen de exclusividad toda la regulación de condiciones laborales⁵¹⁸. En este sentido, debe reconocerse un margen para la autonomía individual insoslayable por el convenio colectivo en función de la naturaleza de la materia que se regule⁵¹⁹, pues en caso contrario se estaría negando “radicalmente toda posibilidad de que los trabajadores pudieran negociar personalmente sobre sus propios intereses, lo que sería incompatible con la afirmación de su dignidad como seres humanos y del libre desarrollo de su personalidad”⁵²⁰. En fin, y a pesar de que la CE no contemple reserva alguna de la regulación en favor de la autonomía individual, lo cierto es que su margen de actuación

⁵¹⁶ En este sentido, la doctrina ha analizado el alcance de cada uno de estos límites por separado y el concepto de irrenunciabilidad *vid.* BLASCO PELLICER, Á., *La individualización de las relaciones laborales...op. cit.*, pp. 286 y ss., RUIZ CASTILLO, M.ª DEL M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2013, p. 92.

⁵¹⁷ SSTC 58/85 de 30 de abril, 95/85 de 29 de julio, 142/93 de 22 de abril, 208/93 de 28 de junio, entre otras; RUIZ CASTILLO, M.ª DEL M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *La negociación y el convenio...op. cit.*, p. 91 y bibliografía allí citada.

⁵¹⁸ Nótese que el supuesto de que el acuerdo individual entre en conflicto con el convenio al regular una misma materia en términos más favorables se encuadraría en una relación pacífica de complementariedad, analizada previamente. *Vid.* BENAVENTE TORRES, M.ª I., “Poder de dirección, autonomía individual y negociación colectiva. A propósito de una revisión salarial unilateral”, *Temas Laborales*, núm. 108, 2011, p. 227.

⁵¹⁹ BLASCO PELLICER, Á., *La individualización de las relaciones laborales...op. cit.*, pp. 226 y 230.

⁵²⁰ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Relaciones entre autonomía individual...”, *op. cit.*, p. 241.

no puede quedar anulado o excesivamente restringido por la regulación proveniente de la autonomía colectiva⁵²¹.

Al respecto, aparece pues la incógnita de fondo sobre quién tiene el derecho legítimo u original de negociar con el empresario en torno a una condición laboral determinada, si el trabajador directa e individualmente considerado o sus representantes electos. La respuesta dependerá, caso por caso, de la naturaleza o trascendencia de la materia en cuestión. Así, en caso de que la condición tenga proyección colectiva primará la autonomía colectiva, y en caso contrario, lo hará la autonomía individual, especialmente en lo que se refiere a los derechos personalísimos, como mecanismo de expresión de las auténticas necesidades vitales de los individuos⁵²². En este sentido, como ejemplo icónico, la explotación económica de la imagen personal de trabajador constituye una materia sobre la cual debe primar la decisión individual frente a la colectiva según la STC 99/1994 de 11 de abril, en la medida que gracias a ello se garantiza el libre ejercicio de un derecho personal.

En segundo término, de la literalidad del precepto se desprende que solo son irrenunciables aquellos derechos que aparecen recogidos como tales en el texto convencional. A este respecto, y a pesar del debate doctrinal suscitado en su momento⁵²³, la jurisprudencia del TS ha confirmado que solo son indisponibles para el contrato individual los derechos que se hayan reconocido como tales en la norma convencional o, en todo caso, cuando esta desarrolle mínimos de derecho necesario configurados en la norma legal⁵²⁴. Por ello, la doctrina ha interpretado que según esta

⁵²¹ A este respecto, SAGARDOY BENGOCHEA, J., “La libertad sindical y los espacios de la autonomía individual”, *Documentación Laboral*, 1988, núm. 25, p. 101; SÁNCHEZ TORRES, E., “Poder regulador y derecho del trabajo: diversificación y expansión juridificadora”, *Relaciones Laborales*, 2002, núm. 2, pp. 259 y ss., STC 208/1993 de 28 de junio.

⁵²² ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva...op. cit.*, p. 120. Eso sí, el autor matiza que lo que no podría regular el convenio colectivo sería el núcleo esencial, pero sí los aspectos accesorios, p. 122.

⁵²³ BLASCO PELLICER, Á., *La individualización...op. cit.*, pp. 306 y ss., ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva...op. cit.*, p. 187.

⁵²⁴ En unificación de doctrina SSTs de 28 de octubre de 1999 (rec. 38/1999) y de 27 de abril de 1999 (rec. 4985/1997). No obstante, el TC había venido entendiendo, con carácter general, la

jurisprudencia se ha ampliado el ámbito tradicional de actuación de la autonomía individual⁵²⁵, pues en caso de no hacer constar el carácter irrenunciable de los derechos y libertades contempladas en el articulado del convenio, podrán verse afectados por la autonomía individual. Como fuere, dicha indisponibilidad impuesta desde el régimen convencional debe poder incluirse según la sentencia referida del TS en “el ámbito de competencias de las comisiones negociadoras”.

2.2. El conflicto subjetivo: los acuerdos individuales en masa

Pues bien, además del conflicto de carácter objetivo descrito, ambas autonomías también pueden entrar en conflicto subjetivamente. Desde este enfoque, el conflicto subjetivo, que podría tener lugar al mismo tiempo que el objetivo o no, se daría cuando el ejercicio de la autonomía individual afectase a un número de trabajadores significativo, pasando de un mero acuerdo individual a una pluralidad de acuerdos individuales idénticos. En este caso, y ya dentro de la lógica de la negociación individual en masa⁵²⁶, la frontera entre ambas autonomías se torna menos nítida si cabe.

Así las cosas, el acuerdo masivo, incluso siendo válido desde el punto de vista objetivo, puede resultar ilegal por una razón subjetiva, consistente en la conducta empresarial de sortear o prescindir del papel de los representantes de los trabajadores como sujetos llamados legalmente a negociar. Desde esta perspectiva, la ilicitud del acuerdo

irrenunciabilidad de los derechos establecidos en convenio colectivo, aunque no se calificasen en el mismo como expresamente indisponibles *vid.* STC de 12 de mayo de 1987 *cf.* BLASCO PELLICER, Á., *La individualización...op. cit.*, p. 308. Criticando el pronunciamiento del TS al considerar que esta solución “horada todo nuestro sistema de negociación colectiva” al ensanchar el espacio de la autonomía individual, *vid.* LAHERA FORTEZA, J., “La disposición condicionada de derechos reconocidos en convenio colectivo: una preocupante actuación del espacio de la autonomía individual”, *Relaciones Laborales*, 1999, núm. 2, pp. 57 y ss.

⁵²⁵ RUIZ CASTILLO, M.^a DEL M., “A propósito de la indisponibilidad de derechos del trabajador”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 52, 1999, pp. 157-174.

⁵²⁶ En profundidad, sobre su tratamiento y evolución jurisprudencial por parte del TC, *vid.* GALIANA MORENO, J. M.^a, “Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo”, *Revista del MTAS*, núm. 68, 2007, pp. 13-24.

individual se explicaría por el intento de desplazar y sustituir a los representantes legitimados para negociar, anulando, en consecuencia, la virtualidad de la negociación colectiva en la regulación de las condiciones de trabajo con trascendencia colectiva. Es más, dicha conducta ilícita tendría lugar con independencia del tipo de sujeto colectivo representativo perjudicado, bien la representación sindical o bien la unitaria, pues en ambos casos habría un interés común afectado, esto es, su derecho o expectativa a la negociación colectiva. Nótese que, en el primer caso, a su vez, la actuación empresarial implicaría una posible vulneración para la libertad sindical⁵²⁷.

Téngase en cuenta que no importa el sentido positivo o negativo del pacto individual masivo, esto es, si mejora o empeora lo fijado a nivel convencional⁵²⁸, pues lo relevante es la anulación del derecho a la negociación colectiva y la marginación de sus protagonistas, sobre la base de la teoría de la lesión objetiva del derecho a la negociación colectiva y, en su caso, de la libertad sindical⁵²⁹.

A este respecto, piénsese, como ejemplo paradigmático de un conflicto netamente subjetivo, en la situación de que, no existiendo convenio colectivo aplicable o no estando la materia objeto de acuerdo individual regulada en el convenio colectivo, se alcanzase un acuerdo individual masivo. De este modo, la expectativa de negociación colectiva de los representantes de los trabajadores derivada de la naturaleza y trascendencia colectiva de la materia se vería anulada. Así, el vacío normativo derivado, precisamente, de la no aceptación por parte de los representantes de los trabajadores

⁵²⁷ STC 74/1996 de 20 de abril.

⁵²⁸ SSTC 225/2001 de 26 de noviembre y 238/2005 de 26 de septiembre. No obstante, esta jurisprudencia no ha permanecido estable, pues las primeras sentencias del TC que abordaron la limitación de la autonomía individual en masa, la STC 105/92 de 1 de julio y STC 208/93 de 28 de junio mantenían la aplicabilidad del principio de mayor favorabilidad también en este terreno. *Vid.* GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Autonomía individual en masa y antisindicalidad”, *Relaciones Laborales*, Tomo 2, 1989, pp. 263 y ss., BORRAJO DACRUZ, E., “Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: balance y perspectivas”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1993, pp. 51-56.

⁵²⁹ CASAS BAAMONDE, M.^a E y BAYLOS GRAU, A., “Organización del trabajo y autonomía individual: la desregulación del convenio colectivo”, *Relaciones Laborales*, 1988, tomo II, pp. 174 y ss., aluden a esta teoría para referirse a la jurisprudencia francesa que sanciona la obstrucción empresarial a la actuación de los derechos de los sindicatos.

durante el procedimiento de negociación de la propuesta empresarial, podría ser utilizado para burlar al sujeto colectivo con el que se estaba negociando vía la adhesión individual de los trabajadores a dicha propuesta *a posteriori*⁵³⁰. La otra situación prototípica de conflicto subjetivo entre ambas autonomías tendría lugar cuando se fijasen condiciones de trabajo más beneficiosas, pero con alcance plural y no meramente de forma aislada o individual, pues dicha conducta empresarial desatendería el derecho legítimo de negociar por los representantes de los trabajadores.

Por tanto, los supuestos donde se materializa el conflicto subjetivo son dos diferentes. Así, por un lado, puede ser que los acuerdos individuales plurales con los trabajadores mejoren las condiciones pactadas previamente con sus representantes, y, por otro, que exista un vacío normativo convencional, bien porque no existe convenio o acuerdo colectivo suscrito, bien porque la materia no se encuentra expresamente regulada.

En este contexto, pudiera pensarse que el bien jurídico que pretende salvaguardarse con la prohibición de los acuerdos individuales en masa, esto es, el protagonismo de los representantes de los trabajadores, ya se encuentra protegido gracias a los límites materiales marcados por el ET. Dicho de otro modo, el convenio o acuerdo colectivo suscrito con la representación de los trabajadores se impondrá sobre todos los acuerdos individuales, anteriores o posteriores, individuales o en masa, que el empresario hubiera podido suscribir directamente con la plantilla. Desde esta perspectiva, como regla general, gracias a la primacía de la regulación colectiva sobre la individual -evidentemente, en el ámbito material que le resulta lícito- el protagonismo de los representantes de los trabajadores quedaría garantizado, pues la posibilidad de que un acuerdo individual se reproduzca significativamente en la empresa no conllevaría la anulación o sustitución de lo fijado en el convenio o acuerdo suscritos por ellos.

No obstante, debe admitirse que no siempre el principio de primacía resuelve todas las situaciones donde la autonomía colectiva esté en riesgo. En el primer caso, en virtud del principio de mayor favorabilidad, sí habría una sustitución de la norma

⁵³⁰ BLASCO PELLICER, Á., *La individualización de las...op. cit.*, p. 228.

convencional por el acuerdo individual. En efecto, dicha sustitución podría tornarse masiva en función del número de acuerdos individuales más beneficiosos. En un escenario más bien de laboratorio que real, podría ocurrir que el régimen convencional fuera íntegramente inaplicable porque se suscribiesen acuerdos individuales con toda la plantilla que mejorasen el conjunto de las condiciones laborales. Pues bien, incluso en esta situación, la anulación aplicativa del régimen convencional en favor de uno más beneficioso de origen contractual no debería ser motivo para prohibir el ejercicio de la autonomía individual, pues no dejan de ser unas condiciones más beneficiosas con alcance plural.

En el segundo caso, de no existir convenio o acuerdo con los representantes, difícilmente puede hablarse de anulación, aunque sí de su eventual marginación. En este sentido, debe advertirse del riesgo consistente en que el empresario rechace y huya de la negociación de los representantes para generar o buscar así un vacío normativo convencional, en el que la autonomía individual pueda desarrollarse sin límites, pues los principios de irrenunciabilidad o mayor favorabilidad resultarían inaplicables al no materializarse ningún conflicto material.

A este respecto cabe diferenciar si el empresario pretende evitar negociar un convenio colectivo o un acuerdo colectivo en el correspondiente periodo de consultas. Así, mientras que empresario difícilmente puede generar un vacío normativo al no negociar un convenio con los representantes de los trabajadores, pues probablemente resulte de aplicación otro de carácter supraempresarial suscrito por sindicatos y asociaciones empresariales, la falta de acuerdo con los representantes durante el periodo de consultas sí producirá, en cierta medida, un vacío en el que la autonomía individual o la decisión unilateral del empresario podría desplegarse⁵³¹. Desde este punto de vista,

⁵³¹ Así, el art. 40.2 ET (**movilidad geográfica**): *Tras la finalización del periodo de consultas el empresario notificará a los trabajadores su decisión sobre el traslado, que se regirá a todos los efectos por lo dispuesto en el apartado 1.*; Art. 41.1 ET (**modificación sustancial**): *La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción*; 41.5 ET (**modificación colectiva**): *La decisión sobre la modificación colectiva de las condiciones de trabajo será notificada por el empresario a los trabajadores una vez finalizado el periodo de consultas sin acuerdo y surtirá efectos en el plazo de los siete días siguientes a su notificación.*, Art. 47.1 ET (**suspensión del contrato**): *Tras la finalización del periodo de consultas el empresario notificará a los trabajadores y a la autoridad laboral su decisión sobre la suspensión de contratos, que surtirá efectos a partir de la fecha de su comunicación a la autoridad laboral, salvo que en ella se contemple una*

cobra especial interés el deber de negociar de buena fe por parte de empresario y la interpretación realizada por los tribunales sobre él en supuestos de posible marginación de los representantes de los trabajadores⁵³².

Con relación al deber de buena fe durante el periodo de consultas, el Tribunal Supremo ha señalado con reiteración que la expresión legal ofrece innegable generalidad, al no hacerse referencia alguna a las obligaciones que el deber comporta y, menos aún, a las conductas que pudieran vulnerarlo⁵³³. A pesar de ello, es posible identificar un conjunto de criterios jurisprudenciales que delimiten conceptual y jurídicamente este deber empresarial⁵³⁴, como, por ejemplo, la efectiva posibilidad de que los representantes legales sean convocados al efecto, conozcan la intención empresarial, y puedan participar en la conformación de la misma, aportando sus propuestas o mostrando su rechazo, todo ello a través de un proceso realmente negociador basado en una dinámica de propuestas y contrapropuestas. Asimismo, le incumbirá a la empresa la carga de la prueba de que ha mantenido tales negociaciones en forma hábil y suficiente para entender cumplimentados los requisitos señalados.

En esta misma línea, algún tribunal de suplicación ha establecido que la buena fe de la empresa en la negociación ha de valorarse esencialmente por dos principios básicos: por el principio de transparencia y por el de razonabilidad⁵³⁵. Para que el primero se cumpla, la empresa no podrá ocultar a la representación de los trabajadores datos ni informes que sean relevantes, sino que deberá proporcionar la información que tenga a su disposición y le sean reclamados durante el periodo de consultas. El segundo

posterior; Art. 51.2 ET (**despido colectivo**): “Transcurrido el periodo de consultas el empresario comunicará a la autoridad laboral el resultado del mismo. Si se hubiera alcanzado acuerdo, trasladará copia íntegra del mismo. En caso contrario, remitirá a los representantes de los trabajadores y a la autoridad laboral la decisión final de despido colectivo que haya adoptado y las condiciones del mismo”. El único supuesto donde la autonomía individual no podría ejecutarse sería tras el fracaso o ausencia del periodo de consultas relativo a la inaplicación convencional *ex* art. 82 ET.

⁵³² STSJ de Asturias de 22 de febrero de 2018 (rec. 2/2018).

⁵³³ STS 26 de marzo de 2014 (rec. 158/2013).

⁵³⁴ STS de 30 de junio de 2011 (173/2010).

⁵³⁵ STSJ de Asturias de 22 de febrero de 2018 (rec. 2/2018).

principio exige que, como demostración de la voluntad de llegar a un acuerdo, el empresario deberá tomar en consideración las propuestas realizadas por los representantes de los trabajadores para su análisis y dar contestación a las mismas, en sentido positivo o negativo, pero de forma razonada. Asimismo, se ha interpretado como conducta contraria a la buena fe el hecho de que el empresario negocie en paralelo directamente con los trabajadores⁵³⁶.

Así las cosas, salvo que se incumpla el deber de negociar -que como se sabe, no implica la obligación de alcanzar un resultado final, y ante la falta de acuerdo con los representantes de los trabajadores, el empresario sí podrá negociar individualmente con los trabajadores o incluso, en determinadas ocasiones, podrá adoptar decisiones unilaterales sobre la base de su poder de dirección y la libertad de empresa. La razón de ello estriba, precisamente, en que el intento fracasado de acordar con los representantes pone de manifiesto el respeto hacia su protagonismo como actor legitimado, de tal forma que no es posible afirmar que los acuerdos individuales supongan una sustitución o marginación de su papel. De este modo, ante el intento infructuoso de negociar con los representantes, se abre paso la posibilidad de que el empresario libremente suscriba tanto acuerdos como quisiera y pudiera con los trabajadores, siempre y cuando no supongan una renuncia de derechos, esto es, respetando las barreras materiales entre la autonomía colectiva y la individual.

En efecto, la licitud de los acuerdos individuales en masa puede variar en función de la conducta de los representantes de los trabajadores durante el ejercicio del derecho a la negociación colectiva. Así, si se aprecia mala fe en el transcurso de las negociaciones por parte de estos, no podrán alegar posteriormente que se ha vulnerado su derecho a la negociación colectiva, siendo, en consecuencia, lícitos los acuerdos individuales en masa que pudieran haberse alcanzado tras el fracaso de las negociaciones previas⁵³⁷. De forma similar, en caso de que los trabajadores decidan voluntariamente no constituir la comisión *ad hoc* del art. 41.4 ET, en todas aquellas cuestiones en las que dicho órgano se alza como el sujeto representativo legitimado para llevar a cabo las negociaciones

⁵³⁶ SAN de 12 de junio de 2014 (proced. 79/2014).

⁵³⁷ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., "Relaciones entre autonomía individual y...", *op. cit.*, p. 251.

oportunas, los acuerdos individuales alcanzados serán igualmente válidos, por cuanto ha habido una renuncia tácita del derecho o expectativa de negociar por parte del ente colectivo legitimado⁵³⁸.

En todo caso, otra incógnita que surge respecto de los acuerdos individuales es su delimitación conceptual. En este sentido, cabe preguntarse si la legalidad de un acuerdo individual, objetivamente válido, depende de “cuán” masivo sea, es decir, del número de trabajadores que han suscrito o se han adherido al mismo, pues en función de esta variable podría predicarse en sentido estricto si ha habido una auténtica suplantación del sujeto negociador de carácter colectivo. A este respecto, la doctrina ha señalado que un acuerdo se tornaría masivo en dos situaciones⁵³⁹. En primer lugar, cuando se suscribiese por la totalidad o un número significativo de la plantilla. En segundo lugar, cuando existiese una circunstancia objetiva que permitiese diferenciar a los trabajadores firmantes del acuerdo, como pudiera ser el caso del grupo profesional, el nivel retributivo o el tipo de jornada. Salvo el claro caso de que toda la plantilla suscriba el pacto, la necesidad de acreditar la afectación genérica se presenta como un elemento que añade mayor complejidad en términos de prueba.

Así las cosas, se percibe una diferencia importante entre la autonomía individual y la “autonomía individual en masa”, pues entre ambas se impone un límite cuantitativo subjetivo -el número de pactos suscritos- que convierte en ilícita la conducta empresarial de mejorar las condiciones de trabajo. En este sentido, de forma aislada e individual, el empresario sí puede mejorar las condiciones de trabajo de sus empleados, previstas en la ley o en el convenio colectivo, pero no cabe que aproveche esta libertad para ignorar su deber de negociación con los representantes de los trabajadores cuando el alcance subjetivo de dichos pactos sea significativo y aborde materias de trascendencia colectiva.

En su delimitación conceptual, además de tener en cuenta el número de trabajadores, deberá atenderse a la naturaleza de la materia regulada, en un doble sentido. Por un

⁵³⁸ SAN de 27 de mayo de 2016 (proced. 226/2016).

⁵³⁹ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Relaciones entre autonomía individual y...”, *op. cit.*, p. 247.

lado, dentro del reducto propio de la autonomía individual, todos los acuerdos individuales en masa serán, en principio, lícitos, ya que no existe expectativa o derecho de negociación colectiva por parte de los representantes de los trabajadores en ese ámbito. Por otro lado, todos los acuerdos individuales de alcance plural que supongan un suplemento, complemento, especificación o adaptación del convenio existente o del que pudiera existir en un futuro serían lícitos, ya que no se pondría en riesgo el papel de actor negociador de los representantes de los trabajadores⁵⁴⁰. Desde este enfoque, cobra vital importancia la cuestión de la proyección colectiva inherente a la materia en cuestión, pues de no disfrutar de esta condición, difícilmente podrá considerarse que ha habido suplantación o marginación de los representantes de los trabajadores.

Ahora bien, establecer en general y en abstracto un criterio al respecto es imposible, por lo que el papel de los tribunales y la casuística cobran un protagonismo mayúsculo⁵⁴¹. Precisamente, en relación a la trascendencia colectiva, la práctica judicial y la jurisprudencia han considerado que no tiene dicha naturaleza la aplicación de incentivos económicos complementarios al salario base y ligados a la productividad⁵⁴², como tampoco la tiene la posibilidad de prorratear las pagas extraordinarias⁵⁴³, ni los pactos de prejubilación con los trabajadores⁵⁴⁴. Por el contrario, sí tiene trascendencia colectiva el ofrecimiento por parte del empresario de un plan de bajas voluntarias⁵⁴⁵.

Por tanto, en caso de que las materias objeto de acuerdos individuales sí gocen de la trascendencia colectiva a juicio de los tribunales, no es posible que el empresario reconozca derechos, sean más beneficiosos o no para sus trabajadores, salvo que el

⁵⁴⁰ BENAVENTE TORRES, M.^a I., “Poder de dirección, autonomía individual...”, *op. cit.*, p. 228.

⁵⁴¹ DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Poderes normativos y fuentes de regulación de la relación de trabajo: una relectura del diseño clásico”, *Revista de derecho social*, núm. 78, 2017, p. 95.

⁵⁴² STC 208/1993 de 28 de junio, STS 15 de septiembre de 2016 (rec. 742/2016).

⁵⁴³ STS 12 de abril de 2011 (rec. 136/2010).

⁵⁴⁴ STSJ Madrid de 10 de marzo de 2008 (rec. 3312/2007).

⁵⁴⁵ STS 11 de octubre de 2016 (rec. 68/2016).

convenio le haya concedido ese derecho de disposición. A este respecto, una condición más beneficiosa lícita de alcance limitado se convertiría en una transgresión de la autonomía colectiva en caso de extenderse a un número de trabajadores significativo⁵⁴⁶. Dicho de otro modo, la validez de los acuerdos en masa dependerá de que no se sustancie ni un conflicto material ni un conflicto subjetivo entre la autonomía individual y la autonomía colectiva. En definitiva, no solo será necesario que este tipo de acuerdos se ajuste a la frontera material entre ambas autonomías, que como se ha visto, no siempre es nítida, sino que también deberá respetar el papel de los representantes de los trabajadores y su expectativa de negociar cuantas cuestiones tengan o pudieran tener trascendencia colectiva.

2.3. Una reflexión final

Se puede concluir que, al margen del intento fraudulento o forzado de buscar un vacío normativo convencional por parte del empresario a fin de marginar o sustituir la acción negociadora de los representantes de los trabajadores, en el resto de supuestos el conflicto subjetivo entre la autonomía colectiva e individual es más artificial que real.

En este sentido, las reglas de irrenunciabilidad y de mayor favorabilidad deberían bastar para resolver todos los casos en los que la autonomía individual entre en conflicto con la colectiva, con independencia, por tanto, del número de acuerdos individuales suscritos. De esta forma se garantizaría el respeto a la primacía de las condiciones laborales fijadas a nivel colectivo, pudiendo la autonomía individual exclusivamente bien mejorarla -en caso de existir- o bien suplirla transitoriamente -en caso de que no exista, ya que de entrar en vigor un acuerdo o convenio colectivo posteriormente, desplazará al acuerdo individual si lo mejora.

Desde este punto de vista, la jurisprudencia del TC ha ido más allá de lo establecido a nivel legal en relación a los límites a la autonomía individual, con la finalidad de proteger el papel de los representantes de los trabajadores. Sin embargo, este exceso

⁵⁴⁶ SAN de 15 de febrero de 2018 (proced. 361/2017).

de tutela hacia un bien jurídico indeterminado se ha hecho a costa, incluso, de una eventual mejora de las condiciones laborales libremente pactada y asumida por el empresario. Es más, la limitación a la autonomía individual con alcance plural no solo puede ir en contra de los intereses y la libertad de los trabajadores, sino que suspende la virtualidad que la misma puede desplegar desde el punto de vista de la gestión empresarial y la defensa de la competitividad. Probablemente por esta razón, y ante el cuasi nulo espacio que ha dejado el TC para que la autonomía individual se despliegue con alcance plural, el legislador, en la reforma operada en el año 2012, potenció la unilateralidad en la adopción de medidas de flexibilidad ante la falta de acuerdo con los representantes durante el periodo de consultas.

Por último, y a la luz de las reflexiones realizadas, sería deseable que la jurisprudencia hasta ahora mantenida por parte del TC respecto a los acuerdos individuales en masa se flexibilizara y permitiese que se articulasen y canalizasen del mismo modo que las relaciones entre la autonomía individual y la colectiva, es decir, a través de una suplementaria, subsidiaria, complementaria, preferente, o supletoria. En este sentido, y sin olvidar el alcance del deber de negociar por parte de empresario, se clarificaría el actual sistema de fuentes de derecho, dotando de mayor seguridad jurídica y económica a los empresarios en la defensa de la productividad.

CAPÍTULO TERCERO: LA REGULACIÓN DE LA LEGITIMACIÓN NEGOCIADORA COMO ELEMENTO ANTICOMPETITIVO

Como se ha visto ahora, la negociación colectiva tiene la virtualidad de limitar o potenciar la libertad de empresa. Esta capacidad no solamente depende de la actuación de los empresarios durante el desarrollo de la negociación del convenio, sino también de cómo el legislador haya configurado la estructura de la negociación. En este sentido, como ya se ha mencionado previamente, el ET priva a buena parte de los empresarios españoles, en particular, a los que no cuentan con una plantilla por encima de los cinco trabajadores, de la posibilidad de acceso a la negociación estatutaria, afectando de este modo al contenido esencial de los arts. 37 y 38 CE. Además de ello, la articulación de la representación patronal en la comisión negociadora de los convenios sectoriales, que precisamente deberán aplicar estos empresarios, no presenta las garantías suficientes para que sus intereses económicos sean respetados por parte los sujetos negociadores.

Desde esta perspectiva, ambas realidades, esto es, la exclusión de la negociación colectiva estatutaria a nivel de empresa y la regulación del sujeto negociador a nivel sectorial, son susceptibles de conllevar la distorsión de la competencia empresarial. Por ello, resulta necesario profundizar en la regulación legal sobre la legitimación negociadora tanto a nivel empresarial como supraempresarial, pues como ha dicho el TC, “la legitimación para negociar un convenio significa más que una representación en sentido propio es un poder *ex lege* de actuar y afectar a las esferas jurídicas de otros”

⁵⁴⁷.

Por último, la competencia entre empresas también se puede encontrar afectada por la regulación comunitaria de la legitimación negociadora, tanto por lo que se refiere a la participación en las políticas sociales, como a la negociación colectiva dentro de la

⁵⁴⁷ *Vid.* STC núm. 57/1989 de 16 de marzo de 1989 (FJ 2).

empresa a nivel europeo. Así, por un lado, a partir de la articulación legal de la representatividad de las organizaciones empresariales, se reproduce la tensión entre estas y las empresas destinatarias de sus acuerdos. Por otro lado, la ausencia en el ordenamiento jurídico comunitario de un interlocutor social legitimado en la empresa transnacional dificulta al empresario poder ejercer la función adaptativa más allá de las fronteras nacionales, al tiempo que favorece que las regulaciones nacionales introduzcan diferencias competitivas en función del Estado miembro en el que se asiente la empresa.

I. La legitimación a nivel sectorial: la tensión empresarial en el convenio sectorial

La regulación de los sujetos legitimados para negociar sectorialmente parte de la idea de la representatividad, de tal modo que las asociaciones empresariales que negocien en nombre de los empresarios son sujetos que deberían ostentar válida y realmente su representación. En este sentido, la normativa descansa sobre la teoría principal-agente, presumiendo que las acciones del agente (asociaciones empresariales) están encaminadas a beneficiar al principal (empresas representadas). El principio básico de esta construcción democrática es que las acciones del agente no deben estar influidas por los intereses privados de este y sus acciones deben servir solo a los intereses del principal⁵⁴⁸.

⁵⁴⁸ Teoría acuñada en la esfera de la acción política o social por MORENO, E., CRISP, F. y SHUGART, M. S., "The accountability deficit in Latin America", en Mainwaring y Welna (Editores), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 79-131. Para un análisis actual, *vid.* GARCÍA OJEDA, M., *Accountability, cumplimiento y política públicas*, Tesis doctoral en la Universidad Autónoma de Barcelona, octubre de 2014, p. 56. El valor explicativo de esta teoría se proyecta sobre todo en el análisis de marcos institucionales como restricciones al conjunto de oportunidades de los individuales, y ha sido aplicada en diversas disciplinas como la ciencia política, la economía de las organizaciones empresariales o la sociología. Esta teoría trata de responder a por qué las condiciones de la relación entre agente y principal producen resultados que perjudican los intereses de este último, especialmente, como consecuencia del margen flexible y discrecional de actuación del agente y su eventual comportamiento oportunista, la inefectividad de los mecanismos de control previos al acuerdo resultante, la asimetría de partida en términos de información disponible en detrimento del principal y la posibilidad de divergencia de intereses entre ambos. A fin de reducir estos efectos perversos sobre el modelo de representación sobre el que se construye, los estudiosos de esta teoría plantean la necesidad

El problema es que la proyección de esta teoría a la negociación colectiva, al menos por el lado patronal, no tiene en cuenta la posibilidad de intereses divergentes entre el agente y el principal. Y al no contemplarse este riesgo, el legislador no ha establecido las garantías necesarias para conjurarlo. Más bien ocurre lo contrario, pues la vigente regulación de la legitimación negociadora a nivel sectorial, como se verá a continuación, no garantiza que el sujeto patronal negociador cuente realmente con el respaldo de la mayoría de los empresarios afectados por el convenio resultante, dotado de naturaleza normativa y eficacia *erga omnes*. De hecho, las reglas de representatividad de las asociaciones empresariales olvidan, en parte, a las pequeñas empresas, generando situaciones en las que los negociadores empresariales pueden limitar su competencia⁵⁴⁹, introducir barreras a la entrada de otras empresas o simplemente expulsar a las existentes del mercado⁵⁵⁰. Por ello, la doctrina ha puesto de manifiesto que la vigente regulación de la representatividad “supone conceder una posición privilegiada a determinadas asociaciones en detrimento de otras, alterando el principio de igualdad y pluralismo asociativo consagrado constitucionalmente”⁵⁵¹.

Así, la representatividad empresarial como presupuesto de la legitimación negociadora de convenios estatutarios sectoriales es el flanco más débil⁵⁵² y problemático⁵⁵³ del modelo legal de negociación. En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto la

de implementar, por un lado, mecanismos de control basados en políticas de rendición de cuentas y transparencia en la toma de decisiones, y por otro, de mejorar los lazos representativos entre agente y principal.

⁵⁴⁹ MERCADER UGUINA, J.R., “Análisis factorial y mecanismos de articulación jurídica de la estructura de la negociación colectiva”, *RTSS-CEF*, núm. 362, 2013, p. 17.

⁵⁵⁰ FALGUEROSO FERNÁNDEZ, F., “Reforma de la Negociación Colectiva: ¿por qué y cómo?”, en José Ignacio Pérez Infante, Santos M. Ruesga Benito y Fernando Valdés Dal-Ré (Dirs.), *Relaciones laborales en la crisis: España 2011*, Madrid: Fundación Ortega-Marañón, 2012, pp. 75-86.

⁵⁵¹ GARCÍA PIÑEIRO, N. P., *Las asociaciones empresariales en el Derecho Español*, Madrid: CES, 2005, p. 199.

⁵⁵² SOLANS LATRE, M. Á., *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, Madrid: MTAS, 2004, p. 175.

⁵⁵³ MUÑOZ RUIZ, A.B., “Legitimación para negociar”, ponencia en el *Seminario sobre reforma de la negociación colectiva*, Observatorio Confederado de la Negociación Colectiva, cuaderno 1, 2011, p. 3.

ausencia de procedimientos claros y directos para justificar la representatividad de las asociaciones empresariales, revelando una “dificultad estructural para alcanzar con un mínimo de previsibilidad y certeza los umbrales que dan paso a la legitimación negocial”⁵⁵⁴. Y ello, a pesar de que el TC la contemple como la garantía de que los intereses de la mayoría de empresarios queden atendidos⁵⁵⁵. Es más, como se verá⁵⁵⁶, el legislador aún no ha decidido solventarlo y queda en manos de una jurisprudencia vacilante que ha terminado por modificar algunas de las pautas legales⁵⁵⁷. No es casualidad que la litigiosidad sobre la representatividad de las asociaciones empresariales se incremente día a día, sobre todo porque existe un mayor interés en negociar desde que el convenio asumió su nuevo papel como instrumento de flexibilización⁵⁵⁸.

Con todo, debe partirse de la idea de que la regulación actual de los sujetos negociadores empresariales favorece ciertas estructuras de intereses en detrimento de otras, pues los esfuerzos legislativos han estado encaminados a potenciar a un determinado tipo de estas representaciones. En este sentido, son dos los criterios legislativos que conducen a este resultado⁵⁵⁹.

El primer criterio se basa en meras razones organizativas. Aunque este criterio no constituya realmente una restricción, sí es cierto que la ley no concede legitimación para negociar a cualquier asociación patronal, sino que, por el contrario, solamente la tendrá aquella que se haya constituido de acuerdo con los requisitos contemplados en

⁵⁵⁴ GARCÍA MURCIA, J., “El hecho sindical. La mayor representatividad. Asociacionismo profesional y empresarial. Balance y propuestas de reforma”, *RTSS.CEF*, núm. 429, 2018, pp. 73.

⁵⁵⁵ STC núm. 73/1984 de 27 de junio de 1984 (FJ 2).

⁵⁵⁶ *Vid.* capítulo tercero, apartado 5.

⁵⁵⁷ RUIZ CASTILLO, M.^a M., “La legitimación empresarial en los convenios colectivos sectoriales”, *Temas Laborales*, núm. 90, 2007, p. 207.

⁵⁵⁸ ESTEVE SEGARRA, A., *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 18-19.

⁵⁵⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F., “La legitimación empresarial para negociar convenios estatutarios”, en Ángel Blasco Pellicer (Coord.), *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruíz con motivo de su jubilación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 482.

una norma preconstitucional, la Ley 19/1977, de 1 de abril, de asociación sindical⁵⁶⁰, no siendo suficiente, en consecuencia, su creación bajo el amparo del genérico derecho de asociación, constitucionalmente consagrado (art. 22 CE). Como consecuencia de esta regulación preconstitucional y, por tanto, “sin haberse sometido a la debida actualización y adaptación tanto al modelo constitucional como a todo el vigente sistema democrático de relaciones laborales”⁵⁶¹, un número elevado de sujetos carecerán de legitimación: las acogidas al régimen general de asociaciones, las coaliciones de asociaciones, las empresas individuales, los colegios profesionales, las organizaciones profesionales, las cámaras de comercio, etc.⁵⁶²

El segundo criterio es la legitimación negocial en sentido propio. A tal efecto, el ET define en tres momentos sucesivos la legitimación empresarial requerida para los convenios sectoriales, lo que la doctrina de la Sala Cuarta del TS ha denominado “triple legitimación”⁵⁶³. Así, en primer término, la legitimación inicial es aquella que permite a una asociación negociar en sentido general. En segundo término, la legitimación complementaria, plena o deliberante es la necesaria para constituir válidamente la mesa negociadora del convenio de eficacia general. En tercer término, se debe contar con la legitimación negociadora para poder adoptar el acuerdo final.

Como se comprobará a continuación, la idea general que se repite en cada una de estas legitimaciones es que no se protege la representatividad real de la asociación

⁵⁶⁰ Dicha norma mantiene su vigencia únicamente en lo referente a las asociaciones empresariales. Baste señalar que tan sólo se ocupa de aspectos orgánicos, sin atender a otros aspectos más delicados, relativos a la actuación externa, como la representatividad, la negociación colectiva, las medidas de presión y solución de conflictos. Lo que evidenciaría la desatención por parte del legislador para la configuración de las asociaciones empresariales. Cfr. ESTEVE SEGARRA, A., “El creciente protagonismo de las asociaciones empresariales”, en Ángel Blasco Pellicer (Coord.), *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 507. Téngase presente también el Real Decreto 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales.

⁵⁶¹ CRUZ VILLALÓN, J., “La representatividad empresarial: diagnóstico y propuestas de reforma”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2019, p. 152.

⁵⁶² ESTEVE SEGARRA, A., *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad...op. cit.*, pp. 482-483. CRUZ VILLALÓN, J., “La representatividad empresarial: diagnóstico y propuestas de reforma”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2019, pp. 147-166.

⁵⁶³ *Vid.* STS 3 de diciembre de 2009 (rec. 84/2009).

empresarial negociadora, sino que, más bien, se favorece a determinados tipos de empresas en detrimento de otros.

1. La legitimación inicial: el poder negociador según el criterio afiliativo u ocupacional

Así las cosas, la legitimación inicial, regulada en el art. 87.3.c ET, exige el cumplimiento de dos requisitos de forma acumulativa. Por un lado, en virtud del criterio *afiliativo*, cada asociación empresarial debe contar con al menos el 10 por ciento de las empresas afiliadas del sector que ocupen trabajadores. Por otro, a tenor del criterio *ocupacional*, las empresas afiliadas a la asociación deben dar, a su vez, ocupación al 10 por ciento de trabajadores afectados por el futuro convenio. Este doble umbral debe superarse por cada asociación empresarial para verificar su legitimación, y la base del cómputo viene referida tanto al territorio de aplicación como al sector o rama de actividad de dicho convenio, ya sea estatal, autonómico, provincial, etc.⁵⁶⁴

En este sentido, resulta extraño que la representatividad de las asociaciones empresariales atienda no solo al número de empresarios, sino también al de trabajadores. Podría pensarse que la asociación estaría llamada a defender los intereses de ambos colectivos, lo que chocaría con la lógica del proceso negociador, ya que son los representantes de los trabajadores los que asumen la tutela de estos. Sin embargo, esta dualidad de criterios es la solución que el legislador ha dado para equilibrar los diferentes intereses de la gran y pequeña empresas. Así, mientras el criterio de la afiliación asegura la negociación de asociaciones que tienen un importante número de

⁵⁶⁴ Como excepción, en la STS de 3 de diciembre de 2009 (rec. 84/2008) se confiere legitimación a una asociación empresarial de ámbito territorial inferior al del convenio con el argumento de que podría suceder que ella cubriera, por sí misma, el diez por ciento de los empresarios del ámbito territorial superior del convenio. *Vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F., “La legitimación...”, *op. cit.*, p. 479; *vid.* nota a pie de página núm. 3 en ROQUETA BUJ, R., “Convenios colectivos supraempresariales: la representación empresarial”, en Ángel Blasco Pellicer (Coord.), en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 532.

empresas, cualquiera que sea su dimensión, el del porcentaje de empleados ocupados por las mismas facilita el cómputo de las grandes empresas⁵⁶⁵.

De este modo se comprueba que el legislador es consciente de que los intereses de un tipo de empresa y otro no son idénticos y pueden estar enfrentados, razón por la cual intenta su equilibrio en términos de poder negociador. En este sentido, es cierto que a nivel teórico la representación de los empleadores en la negociación colectiva debe recoger ambas realidades, pues en la medida que la negociación versará sobre los costes laborales, es razonable que quien se vea más afectado por tener más trabajadores esté debidamente representado.

Sin embargo, según los porcentajes establecidos en la norma, dicha ponderación de intereses podría resultar artificial si no respondiera a la composición real del tejido empresarial. Así, un número reducido de grandes empresas, con plantillas extensas de trabajadores, podría tener el mismo poder que un número amplio de pequeñas empresas con pocos trabajadores. Dicho de otro modo, si este sistema se proyecta sobre la realidad productiva de un país como España, caracterizado por pequeñas empresas⁵⁶⁶, el equilibrio buscado se puede convertir en una sobrerrepresentación a favor de las grandes compañías⁵⁶⁷. Si el legislador pretendiese una auténtica ponderación de intereses entre ambos tipos de empresas -más que una igualación ficticia, y sin renunciar al criterio del número de trabajadores- el criterio del número de empresarios quizá debería tener un valor relativo mayor.

De hecho, la primera versión del art. 87 del ET de 1980 tenía en cuenta exclusivamente el dato de los empresarios integrados en las asociaciones empresariales. No obstante, esta regulación fue criticada por favorecer a las asociaciones que agrupaban a pequeñas

⁵⁶⁵ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Legitimación negocial para convenios sectoriales”, en José María Goerlich Peset, (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 1577.

⁵⁶⁶ *Vid.* capítulo tercero, apartado II, 2.1.

⁵⁶⁷ MIÑARRO YANINI, M., “Representatividad de las asociaciones empresariales: nuevos tiempos, viejos problemas irresueltos”, en Rosa Quesada Segura (Coord.), *Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y restos, XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, núm. 57, SL: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, p. 4.

y medianas empresas, al prescindirse de otros criterios, como el volumen de empleo o el volumen de ventas⁵⁶⁸.

La Ley 32/1984, de 2 de agosto, para corregir esta situación, optó por introducir el criterio ocupacional, extendiendo el doble módulo previsto a los efectos de la representación institucional en la DA 6ª ET. Así, parte de la doctrina entendió que con esta regulación se evitaba un predominio excesivo de las empresas con plantilla reducida sobre las de plantilla amplia, y al revés⁵⁶⁹. En este sentido, la reforma operada en 1984 fue entendida como la “aceptación de un factor de equilibrio” en orden a la consecución de “un positivo perfeccionamiento del criterio empleado para asegurar la representación cualificada”⁵⁷⁰. En última instancia, estos autores sostuvieron que la norma buscaba asociaciones empresariales real o especialmente interesadas en la negociación colectiva de condiciones de trabajo, pues exigía que tuvieran una amplia presencia de empresarios con trabajadores y que estos dieran ocupación igualmente a un amplio número de trabajadores afectados por el futuro convenio⁵⁷¹. De hecho, el TS ha entendido que este doble condicionamiento tenía una justificación razonable pues buscaba lograr un equilibrio entre las empresas del sector, con el objetivo último de que no se diera un predominio excesivo de las empresas de plantilla amplia sobre las de plantilla reducida, ni de estas sobre aquellas⁵⁷².

Sin embargo, otros autores mantuvieron que el cambio real consistió en dar un mayor protagonismo a las asociaciones que aglutinaban grandes empresas que contaban con

⁵⁶⁸ VALDÉS DAL-RÉ, F., “El sistema español de negociación colectiva de condiciones de trabajo”, en AA.VV, *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid: Ministerio de Industria y Energía, 1982, pp. 70 y ss.

⁵⁶⁹ Cfr. GARCÍA MURCIA, J., *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas*, Madrid: MTSS, 1987, p. 133.

⁵⁷⁰ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *Los sujetos de los convenios colectivos de empresa. Representantes unitarios y representaciones sindicales*, Madrid: MTSS, 1985, p. 76.

⁵⁷¹ CAIRÓS BARRETO, D. M.^a, “La representatividad y la mayor representatividad de las asociaciones empresariales”, en Manuel Álvarez de la Rosa *et al.* (Coords.), *Estudios sobre negociación y convenios colectivos. Homenaje al profesor Alberto Guanche Marrero*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 24.

⁵⁷² STS de 15 de febrero de 1993 (rec. 715/1991).

amplias plantillas, y ello a costa de restar fuerza relativa de negociación a las pequeñas empresas que ya entonces eran la mayoría del tejido empresarial⁵⁷³.

En los últimos años, con la reforma operada por el RDL 7/2011, se alteró de nuevo este “equilibrio” de poderes al introducirse una segunda vía que permite prescindir totalmente del criterio afiliativo para alcanzar la legitimación inicial. De este modo, también están legitimadas las asociaciones empresariales que den ocupación al 15 por ciento de los trabajadores en el ámbito geográfico y funcional del convenio. Así, por ejemplo, una asociación empresarial que no llegue al 10% de empresarios afiliados, según las reglas precedentes⁵⁷⁴, podrá estar igualmente legitimada si las pocas (o muchas) empresas que la integran sostienen un volumen de empleo equivalente al 15 por cien de los trabajadores afectados por el convenio. Téngase en cuenta que esta segunda vía no es supletoria de la anterior, sino que el volumen de empleo pasa a ser un criterio en sí mismo suficiente para alcanzar la legitimación⁵⁷⁵.

Sin duda, este segundo criterio legal parece claramente pensando para favorecer la integración de patronales representativas de grandes empresas, que podían encontrar dificultades de legitimación con la versión anterior del art. 87 ET, ya que tras su modificación se prescinde del número de empresas representadas⁵⁷⁶. De esta forma, el legislador intensificó más el poder negociador de esas empresas, en detrimento de las pequeñas, al obviar el número de empresas asociadas para atender solo al volumen de empleo⁵⁷⁷. De hecho, recientemente, la SAN de 15 de marzo de 2017 (proced.

⁵⁷³ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los agentes negociadores en PYME”, en AA.VV., *Jornadas sobre la PYME en España*, Madrid: Ministerio de Industria y Energía, 1983, p. 96.

⁵⁷⁴ Es posible constituir una asociación empresarial con un número de 3 promotores *ex art.* 5.1 del Real Decreto 416/2015, de 29 de mayo, sobre depósito de estatutos de las organizaciones sindicales y empresariales.

⁵⁷⁵ LANTARÓN BARQUÍN, D., *Legitimación negocial en el banco empresarial del convenio colectivo sectorial. ¿Una realidad con aristas insospechadas?*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 18.

⁵⁷⁶ NAVARRO NIETO, F., “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, AA.VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el conflicto de la crisis económica: la reforma laboral de 2012. XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 54.

⁵⁷⁷ SAN de 17 diciembre (proced. 284/2015). *Vid.* VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Legitimación negocial para convenios sectoriales”, *op. cit.*, p. 1577.

349/2016) señaló que, como resultado de esta nueva regulación, “se sobreprima a las asociaciones cuyas empresas tienen un mayor número de trabajadores que de empresas, reclamado por los sindicatos en el borrador del frustrado acuerdo de negociación de 30 de mayo de 2011”.

Pues bien, estas dos vías constituyen la forma ordinaria para contar con legitimación inicial por parte de cualquier asociación empresarial, con independencia de cuál sea la unidad de negociación. Esta regla general se complementa por dos previsiones especiales de legitimación.

En primer lugar, si el convenio es estatal, el art. 87.4 ET añade una legitimación inicial especial para que las asociaciones empresariales autonómicas puedan participar en su negociación. Para ello, es necesario que cumplan los requisitos señalados en la DA 6ª ET, es decir, deben contar con un 15 por ciento de los empresarios y, acumulativamente, otro 15 por ciento de trabajadores, sin que en ningún caso formen parte de federaciones o confederaciones de ámbito estatal.

Podría plantearse la duda sobre en qué ámbito deben proyectarse dichos porcentajes. Si en consonancia con el art. 87.3.c) ET deben referirse al ámbito geográfico y funcional del propio convenio, o, por el contrario, conforme a la DA 6ª ET, dichos umbrales deben alcanzarse dentro de la propia comunidad autónoma⁵⁷⁹ y no en todo el ámbito geográfico del convenio. Tanto por una cuestión de interpretación lógica, ya que difícilmente una asociación empresarial autonómica va a poder cumplir con el requisito afiliativo más allá de la comunidad autónoma diferente en la que se asienta, así, como una interpretación análoga al nuevo criterio del art. 87.3 ET *in fine* cuando se refiere en el ámbito de la comunidad autónoma, la conclusión es que efectivamente los porcentajes están referidos al territorio de la propia comunidad autónoma⁵⁸⁰.

En segundo lugar, el ET prevé una regla subsidiaria para posibilitar la negociación en sectores donde “no existan asociaciones empresariales que cuenten con la suficiente

⁵⁷⁹ *Vid.* sobre el tema CAIRÓS BARRETO, D. M.^a, “La representatividad y la mayor representatividad de las Asociaciones Empresariales”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 118, 2003, pp. 593 y 601-602.

⁵⁸⁰ Así lo entiende la SAN de 28 de septiembre de 2016 (rec. 211/2016).

representatividad” *ex* art. 87.3.c) pár. 2º ET. En estos casos, la legitimación para negociar el convenio sectorial, con independencia del nivel de que se trate, corresponderá a las asociaciones empresariales estatales que cuenten con el 10 por cien de empresas afiliadas o el 10 por ciento de trabajadores a nivel estatal. Esta regla específica prevista para casos de ausencia de asociación legitimada conforme a la regla general o especial anterior, introduce dos novedades que afectan nuevamente a la representatividad del sujeto negociador.

Por un lado, desacumula el requisito afiliativo y el ocupacional exigidos originalmente en el art. 87.3.c) ET, de tal forma que una asociación empresarial estatal puede estar legitimada gracias exclusivamente al número de trabajadores empleados por las empresas afiliadas a la misma. Así, otra vez se desatiende al criterio afiliativo en el reconocimiento de la legitimación negociadora, lo que favorecería a las grandes empresas. Sin embargo, al tratarse de opciones no excluyentes, también puede ocurrir que una asociación empresarial con una tasa de ocupación inferior al 10 por ciento de trabajadores, esté legitimada si está formada por al menos el 10 por ciento de empresas a nivel estatal.

Por otro lado, rebaja el umbral del 15 al 10 por ciento para que una asociación empresarial pueda negociar en virtud exclusivamente del número de trabajadores contratados por las empresas inscritas. Esto es, una asociación ya podía estar legitimada atendiendo solo al criterio ocupacional, siempre y cuando cumplierse con el porcentaje del 15 por cien. Sin embargo, en esta regla especial, la exigencia baja al 10 por ciento. Como resultado, la representatividad final de la asociación empresarial negociadora puede quedar lejos de ser real, por cuanto será suficiente que sus empresas afiliadas, con independencia de cuántas sean, ocupen el 10 por ciento de los trabajadores. De este modo, la voluntad del sujeto patronal legitimado a la hora de negociar el convenio sectorial podrá desatender las necesidades de la mayoría de las empresas afectadas y prestar atención al de las pocas que conforman la asociación.

Como se decía, esta legitimación para negociar un convenio sectorial se otorga a cualquier asociación empresarial estatal que supere alguno de los referidos umbrales en el ámbito estatal con independencia del nivel negociador. Asimismo, el precepto otorga legitimación “a las asociaciones empresariales de comunidad autónoma que cuenten

en esta con un mínimo del 15 por ciento de las empresas o trabajadores”. La duda inmediata que surge es si las asociaciones autonómicas que satisfagan cualquier de los dos requisitos podrán negociar un convenio sectorial en cualquier nivel de negociación, incluido el estatal. Con base en la exigencia de una representatividad real, parece razonable que la legitimación se refiera a niveles sectoriales del ámbito de la comunidad autónoma o inferior, máxime teniendo en cuenta que para acceder a la negociación sectorial estatal las asociaciones autonómicas cuentan con una regulación específica en el art. 87.4 ET⁵⁸¹.

Sin embargo, mediante una interpretación literal del precepto se podría llegar a la conclusión de que, en aquel sector a nivel estatal en el que no exista asociación empresarial (ni estatal ni autonómica) legitimada conforme a la regla general y regla especial anterior, podrá negociar el correspondiente colectivo sectorial estatal una asociación empresarial autonómica que cuente con el 15 por ciento de los trabajadores o el 15 por ciento de las empresas afiliadas del sector dentro de la comunidad autónoma. En este caso, el sujeto negociador patronal, a pesar de sufrir una grave carencia de representatividad real, estaría legalmente legitimado para negociar un convenio colectivo estatutario que afectase al conjunto de empresas del territorio estatal.

En todo caso, esta segunda regla especial descansa sobre el presupuesto de que no exista asociación empresarial en el sector que cuente con la suficiente representatividad de conformidad con la regla general o la primera regla especial. En este sentido, lo más respetuoso con la idea de la representatividad, sería que la asociación interesada acreditara que el presupuesto se cumple, esto es, que no existe ninguna otra asociación que reúna los requisitos para negociar y, por tanto, se pudiera activar en su beneficio esta vía subsidiaria de alcanzar la legitimación. No obstante, como se verá⁵⁸², la acreditación de este hecho es extraordinariamente compleja, razón por la que el TS ha establecido un conjunto de presunciones para hacer el sistema operativo en su

⁵⁸¹ NAVARRO NIETO, F., “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 56.

⁵⁸² *Vid.* capítulo tercero, apartado I, 5.

conjunto. Dentro de esa dinámica, sería pensable que se aplicasen, a estos efectos, dichas presunciones jurisprudenciales, de tal forma que esta vía subsidiaria y en la que la representatividad es discutible, acabe convirtiéndose en un modo ordinario de obtener legitimación.

Como conclusión final respecto de la regulación de la legitimación inicial, parece que está diseñada para favorecer la irradiación de la representatividad patronal desde las confederaciones más representativas a la asociación patronal representativa del sector en el que se inserte la unidad de negociación⁵⁸³. En este sentido, la doctrina ha entendido que la norma vigente potencia, más que nunca, la posición de las empresas de mayor tamaño, pues se prima el criterio del nivel de ocupación, incluso prescindiendo del número de empresas afiliadas⁵⁸⁴.

2. La legitimación plena y la distribución del poder en la mesa negociadora

A pesar de las diferentes vías para alcanzar la legitimación inicial, las asociaciones empresariales deberán estar integradas por empresas que proporcionen empleo a la mayoría de los trabajadores del sector para que el convenio tenga naturaleza estatutaria, puesto que, si no fuera así, no alcanzarían la legitimación plena exigida por el art. 88.2 ET⁵⁸⁵. En este sentido, ninguna de las reformas operadas modificó lo exigido desde siempre en nuestro sistema laboral para que al resultado de la negociación colectiva se le pueda dar la eficacia normativa y *erga omnes*⁵⁸⁶.

⁵⁸³ *Idem*. Se corrobora esta situación en la STS de 15 de diciembre de 2016 (rec. 264/2015). El TS al constatar que las asociaciones empresariales del sector no pudieron acreditar su representatividad según el laudo arbitral al que las mismas se sometieron para determinar la composición de la mesa negociadora, aclara que debe entrar en juego la regla subsidiaria del art. 87.3 ET, siendo las únicas legitimadas CEOE y CEPYME.

⁵⁸⁴ VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Legitimación negocial para convenios sectoriales”, *op. cit.*, p. 1577.

⁵⁸⁵ *Vid.* SAN 17 de diciembre de 2015 (proced. 284/2015).

⁵⁸⁶ *Vid.* STS 4 de junio de 2014 (rec. 111/2013).

Como se observa, el art. 88.2 ET se decanta exclusivamente por el único criterio que favorece a las asociaciones de grandes empresas, esto es, el ocupacional. De este modo, el ET prescinde del doble criterio previsto en la legitimación inicial, y ni siquiera contempla el criterio afiliativo de forma alternativa o subsidiaria. Esto contrasta con la situación previa a la Ley 11/1994, ya que el único parámetro de la representatividad exigida a las asociaciones empresariales a efectos de la legitimación plena era contar con la mayoría de los empresarios afectados por el convenio, lo que favorecía la posición negocial de las asociaciones de pequeñas y medianas empresas⁵⁸⁷. A partir de la entrada en vigor de la mentada ley, cambió el criterio anterior refiriéndolo a “los empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio”, redacción todavía vigente. De este modo, se apuntaló el poder negociador de las asociaciones de grandes empresas en detrimento de las pequeñas⁵⁸⁸.

A continuación, una vez acreditado que el conjunto de asociaciones empresariales integra a empresas que ocupan a la mayoría de trabajadores del sector, el precepto estatutario fija cómo deben repartirse las quince vocalías en la mesa de negociación. Así, el art. 88.2 ET señala que el “reparto de miembros de la comisión negociadora se efectuará en proporción a la representatividad que ostenten en el ámbito territorial de la negociación”

A este respecto, señálese que la distribución de miembros en la mesa se hace con base en la representatividad de la asociación empresarial “en el ámbito del convenio”. Así, nace la disfuncionalidad de que pueda haber asociaciones empresariales legitimadas inicialmente que no tengan representatividad en el ámbito del convenio, sino que la tienen a nivel estatal o autonómico, pues han alcanzado la legitimación de forma subsidiaria vía. 87.3.c) ET.

⁵⁸⁷ ROQUETA BUJ. R., “Convenios colectivos supraempresariales: la representación empresarial”, *op. cit.*, pp. 538-539.

⁵⁸⁸ DEL REY GUANTER, S., *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 89. Como excepción, la STS de 19 de septiembre de 2001 (rec. 4826/2001) reintrodujo el criterio afiliativo e interpretó que “la comisión negociadora quedará válidamente constituida del lado empresarial, cuando las asociaciones empresariales que formen parte de ella representen, como mínimo, a la mayoría absoluta de los empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectado por el convenio”.

Además, surge la duda de cómo debe interpretarse este principio de proporcionalidad representativa en el reparto de los puestos del banco empresarial. La razón de ello es que puede estar referida, por un lado, a la representatividad inicial, debiendo respetarse, como regla general, el doble criterio afiliativo y ocupacional, o, por otro lado, a la representatividad plena, atendiendo exclusivamente al número de trabajadores.

La opción en favor de una u otra fórmula no es neutral, ya que puede ser utilizada como instrumento del fortalecimiento de poder contractual de las asociaciones de grandes empresarios en detrimento de las asociaciones de pequeños y medianos⁵⁸⁹. De hecho, en nuestro sistema de negociación colectiva, la verdadera fuerza contractual depende del modo de distribuir las vocalías en la mesa deliberadora del convenio. En este sentido, de entender que la representatividad a tener en cuenta es la plena, el mayor poder contractual que pudiera corresponder a las asociaciones de pequeños y medianos empresarios se vería ahora contrapesado en razón al volumen de mano de obra de las asociaciones de grandes empresarios⁵⁹⁰.

A este propósito, la doctrina se había mostrado dividida. Por un lado, algunos autores defendían que el legislador cuando se refiere al principio de proporcionalidad para distribuir los puestos de los bancos negociadores está pensando en una distribución proporcional según la representatividad requerida y acumulada para formar parte de la mesa negociadora y no en utilizar criterios diferentes para fijar el umbral mínimo⁵⁹¹. Ahora bien, en este caso, surgía otro interrogante de cómo ponderar cada uno de los criterios de representatividad⁵⁹². Otro sector doctrinal abogaba por que el reparto de puestos de la comisión negociadora, con base en una interpretación literal, debería realizarse ponderando el número de trabajadores representados por las asociaciones

⁵⁸⁹ VALDÉS DAL-RÉ, F., “La legitimación empresarial ...”, *op. cit.*, p. 500.

⁵⁹⁰ *Ibidem*, p. 490.

⁵⁹¹ SOLANS LATRE, M. A., *El ejercicio de la...*, *op. cit.*, p. 200 y ss.

⁵⁹² CAIRÓS BARRETO, D. M.^a, “La representatividad y la mayor representatividad de las Asociaciones Empresariales”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 118, 2003, pp. 616-617.

empresariales⁵⁹³. Como posición intermedia, otros autores apuntaron a que la solución había de quedar deferida a los propios negociadores, los cuales podían válidamente optar por un único criterio, por ambos con un mismo peso ponderativo o atribuir mayor valor ponderativo a uno o a otro módulo⁵⁹⁴.

El TS en la sentencia de 16 de marzo de 2017 (rec. 93/2016) resolvió las dudas interpretativas. La asociación de pequeñas empresas que recurría aducía que la proporcionalidad del art. 88 ET para repartirse las vocalías había de medirse en atención a las empresas que representan o, en su caso, al doble criterio empleado en el art. 87 ET de trabajadores y empresas, ponderando estos dos criterios. En este sentido, la asociación apuntaba a que una cosa es el quórum para constituir la mesa negociadora, que se identifica con el número de trabajadores empleados en las empresas a las que representa la asociación, y otra el modo en que debían repartirse sus vocales. Según la interpretación del recurrente, era “más lógico y justo atender de forma total o parcial al criterio de empresas representadas”. Sin embargo, el TS rechazó este planteamiento y confirmó el criterio de la SAN de 17 de diciembre de 2015 (proced. 284/2015) que había establecido que el modo en el que debían repartirse los miembros solo puede realizarse con base en el número de trabajadores empleados por las asociaciones, “porque si no se hiciese así, sería imposible dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 88.2 ET, que exige que las asociaciones empresariales ocupen a la mayoría de los trabajadores por el ámbito del convenio”. El TS añadió que tampoco cabría que por acuerdos de los negociadores se optara por otro criterio, “por cuanto las reglas de legitimación negocial constituyen normas de derecho necesario absoluto, que no permiten la libre disposición por las partes”⁵⁹⁵.

Así, el TS apuntala el requisito ocupacional en la distribución de los quince miembros de la comisión negociadora, dando un paso más en la falta de representatividad de las pequeñas empresas en el sujeto negociador patronal de los convenios sectoriales. De

⁵⁹³ ROQUETA BUJ. R., “Convenios colectivos supraempresariales: la representación empresarial”, *op. cit.*, p. 541.

⁵⁹⁴ Por todos, VALDÉS DAL-RÉ, F., “La legitimación empresarial...”, *op. cit.*, p. 479.

⁵⁹⁵ Sentencia confirmada por la STS de 16 de marzo de 2017 (rec. 93/2016).

este modo, el criterio del número de trabajadores se impone para la obtención de la legitimación inicial, legitimación plena y para el reparto del poder negociador en la mesa negociadora, privilegiando el poder de las asociaciones de grandes empresas⁵⁹⁶.

En este sentido, la doctrina ha criticado que la representatividad formal se aleje cada vez más de la real y, en consecuencia, el ordenamiento jurídico permita negociar convenios colectivos de eficacia general a sujetos muy poco representativos⁵⁹⁷. De hecho, este resultado no se adecúa a la realidad del sistema negocial español, en el que los convenios sectoriales normalmente establecen las condiciones de trabajo de las pequeñas y medianas empresas, muchas veces sin posibilidad de negociar su propio convenio, mientras que las grandes sí suelen negociar su propio convenio⁵⁹⁸.

3. La legitimación negociadora: el reparto final de poder

Por último, el art. 89.3 ET contempla la legitimación negociadora, que obliga a que los acuerdos se adopten por mayoría de cada una de las dos representaciones de la comisión negociadora, patronal y sindical. A este respecto, aunque en un pasado se discutió sobre si dicho cómputo debía estar referido al número de miembros sentados o al porcentaje de representación de los mismos, el debate fue resuelto por la jurisprudencia del TS a favor del voto proporcional en función del número de trabajadores empleados⁵⁹⁹.

De nuevo, esta interpretación tiende a favorecer a las asociaciones de grandes empresas, puesto que de haberse admitido el voto por cabeza se igualaría el poder negociador de todos los miembros, de tal modo que el voto del vocal perteneciente a

⁵⁹⁶ LANTARÓN BARQUÍN, D., *Legitimación negocial en el banco empresarial ...op. cit.*, p. 70.

⁵⁹⁷ OLARTE ENCABO, S., “Legitimación representativa en la negociación colectiva: reglas legales en el marco del cambio de modelo”, *Temas Laborales*, núm. 120, 2013, p. 504.

⁵⁹⁸ ROQUETA BUJ. R., “Convenios colectivos supraempresariales: la representación empresarial”, *op. cit.*, p. 539.

⁵⁹⁹ STS 3 de junio de 2008 (rec. 3490/2006).

una asociación de pequeñas empresas tendría el mismo peso que el resto de vocales. Por el contrario, a través del voto proporcional, se vuelve a relativizar al alza el poder negociador de las asociaciones de grandes empresas.

4. La legitimación para negociar acuerdos interprofesionales y convenios colectivos sectoriales sobre la estructura de la negociación y acuerdos sobre materias concretas

4.1. Los sujetos legitimados para materializar la función de gobierno

El art. 83 ET prevé las reglas de legitimación para la fijación de las cláusulas que pueden estructurar la negociación, así como para la adopción de acuerdos sobre materias concretas, esto es, para poder ejercer la función gubernativa de la negociación colectiva. La vigente redacción procede de la reforma de 2011, que supuso una ampliación de los sujetos legitimados y del tipo de acuerdo en los que se podían recoger dichas cláusulas.

Así, con anterioridad a la misma, se reconocía esta legitimación exclusivamente a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas de ámbito estatal y autonómico. La redacción vigente del art. 83.2 ET establece reglas de legitimación diferenciadas si se pactan en “acuerdos interprofesionales” o en “convenios o acuerdos colectivos sectoriales de ámbito estatal o autonómico”.

En el primer caso, se mantiene la regla anterior, es decir, las asociaciones empresariales más representativas de acuerdo con la DA 6ª ET. Así, para que una organización ostente tal condición, se exige que cuente con el 10 por ciento o más de empresas y trabajadores en el ámbito estatal o el 15 por ciento si es de ámbito autonómico. Se observa aquí, que el criterio empleado es doble y acumulativo, por lo que necesariamente la asociación debe de cumplir ambos requisitos. De esta forma, se mantiene el “equilibrio” entre el conjunto de grandes y de pequeñas empresas, presumiendo con generosidad que se encuentran en equilibrio en la realidad.

Llama la atención que, a efectos de medir la representatividad de los sujetos legitimados para realizar una función de gobierno basada en un modelo de democracia representativa, la norma incorpore en el lado patronal una variable ajena al número de empresarios, atendiendo también al número de trabajadores contratados por estos. En principio, según la lógica natural de la idea de representatividad, una asociación de empresarios sería representativa en función de cuántos empresarios representara. En este sentido, resultaría extraño que para medir cómo de representativo es un sindicato, se atendiera no solo al número de trabajadores representados, sino también en cuántas empresas tiene presencia el sindicato.

Ahora bien, este doble requisito acumulativo, uno referido al número absoluto de empresas asociadas y otro referenciado al número de trabajadores que emplean estas empresas, está concienzudamente fijado por el legislador. Esta duplicidad se mantiene inalterada desde la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del ET, en un contexto de salida de una larga dictadura, en el que lo relevante era poner en funcionamiento las instituciones democráticas recién creadas con la máxima participación y apoyo de la sociedad civil articulada, en esta ocasión con los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas a fin de iniciar la concertación social en materia laboral. En este sentido, la intención original de esta regulación era lograr un mínimo equilibrio de representatividad entre la gran empresa y la pequeña empresa. Así, la referencia al número absoluto de empresas, garantizaba la representatividad de la asociación entre las pequeñas empresas del sector, mientras que la variable relativa al número de ocupados garantizaba la representatividad de la asociación entre las grandes empresas⁶⁰⁰.

A pesar de ello, hoy en día la representatividad patronal basada en criterios ajenos al número de empresarios quizá debería ser revisada. En este sentido, en la actualidad, una vez satisfecho el objetivo inicial referido, introducir disfuncionalidades en el

⁶⁰⁰ CRUZ VILLALÓN, J., “La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2004, p. 34.

modelo neocorporativista⁶⁰¹ de corte representativo puede poner en cuestión el propio sistema democrático de relaciones laborales, teniendo en cuenta el mapa empresarial español formado por pequeñas empresas. Es más, se asienta sobre unos porcentajes concretos que, de nuevo, hacen cuestionarse el funcionamiento democrático del sistema. La razón de ello es que difícilmente pueda existir pluralismo representativo en el banco patronal si resulta necesario que cada asociación cuente, al mismo tiempo, con el 10% de empresas en general, y no por sector, y que las mismas, en su conjunto, empleen al menos al 10% de trabajadores a nivel nacional, y no en relación con cada sector.

En el segundo caso, y como novedad introducida por la reforma de 2011, el art. 83.2 ET también legitima para establecer cláusulas estructuradoras de la negociación colectiva a los “sindicatos y asociaciones empresariales que cuenten con la legitimación necesaria, de conformidad con lo establecido en la presente ley”, es decir, de acuerdo con lo que establecen los apartados 2 y 4 del artículo 87 ET ya analizados. Conforme a dicha remisión, podrán negociar convenios o acuerdos sectoriales estatales o autonómicos sobre estructura de la negociación colectiva, todas las asociaciones empresariales siempre que satisfagan los umbrales referidos. En este sentido, a través de esta remisión, se mimetiza y se agrava la situación descrita sobre la falta de representatividad patronal, pues en esta ocasión se proyecta sobre el diseño de la estructura de la negociación colectiva. Así, se produce una “rebaja” en lo que a requisitos de legitimación se refiere⁶⁰². Es más, la redacción del precepto en términos alternativos permite que estos sujetos patronales pueden pactar la estructura en las mismas condiciones y no de forma subsidiaria a las asociaciones empresariales más representativas⁶⁰³.

⁶⁰¹ Término acuñado en las relaciones laborales por GARCÍA FEMENÍA, A. M.^a, *El asociacionismo empresarial en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002, p. 246.

⁶⁰² GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Reforma de la negociación colectiva”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2011, p. 2.

⁶⁰³ ESCUDERORODRÍGUEZ, R. “Claves generales de las reformas de la negociación colectiva efectuadas por la Ley 35/2010 y por el Real Decreto-Ley 7/2011”, en Ignacio García-Perrote Escartín

Por tanto, para conocer los sujetos legitimados que pueden materializar la función gubernativa hay que acudir, en el primero caso, a lo previsto en los artículos 6 y 7.1 de la LOLS para el lado sindical, y a la DA 6ª ET para el lado patronal. En el segundo, se estará a lo dispuesto sobre las normas de legitimación de acuerdo con los arts. 87 y 88 ET⁶⁰⁴.

Por último, ante la duda sobre si todas estas organizaciones empresariales pueden suscribir, a su vez, acuerdos sobre materias concretas, debe entenderse que la remisión del art. 83.3 ET se dirige exclusivamente a las reglas de legitimación de los acuerdos interprofesionales, esto es, a los sindicatos y asociaciones empresariales más representativas de carácter estatal o de comunidad autónoma⁶⁰⁵.

4.2. El acuerdo interprofesional como expresión de la función de gobierno

A efectos de conocer cuál es el auténtico alcance de esta función sobre el sistema de relaciones laborales y, en particular, sobre el diseño de la negociación colectiva, resulta necesario analizar la naturaleza jurídica de estos acuerdos.

A este respecto, el art. 83.3 ET parece que determina con claridad que tendrán la misma naturaleza que los convenios colectivos estatutarios. No obstante, los comentaristas y la jurisprudencia, como se verá a continuación, siguen vacilando al respecto.

Por un lado, la doctrina entiende que los acuerdos por los que se materializa la función gubernativa tienen la misma naturaleza jurídica que los convenios colectivos extraestatutarios, porque a pesar de que el ET habilita que dichos instrumentos tengan

y Jesús R. Mercader Uguina (Dirs.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 55.

⁶⁰⁴ *Vid.* capítulo tercero, apartado I.

⁶⁰⁵ OLARTE ENCABO, S., “Legitimación representativa en la negociación colectiva: reglas legales en el marco del cambio de modelo”, *op. cit.*, p. 506.

naturaleza normativa y eficacia *erga omnes*, sus firmantes históricamente han rechazado esta opción y han solido pactar que el contenido tenga exclusivamente carácter obligacional⁶⁰⁶. De este modo, los negociadores pactan el compromiso de dirigirse a sus organizaciones en los sectores o ramas de actividad para dotar de efectividad al acuerdo. Sin embargo, serán sus destinatarios, los que, en última instancia, con base en su autonomía colectiva, asuman dicho acuerdo y ajusten sus comportamientos al mismo⁶⁰⁷.

No obstante, en la práctica suele ser habitual que los acuerdos interprofesionales, además de prever reglas de articulación de la estructura de la negociación colectiva y de las eventuales soluciones ante situaciones de concurrencia conflictiva, contemplen regulaciones específicas de condiciones laborales a tenor de lo previsto en el art. 83.3 ET, es decir, “acuerdos sobre materias concretas”, dando lugar a un acuerdo marco híbrido o mixto. Esta circunstancia obliga a reconsiderar su naturaleza jurídica, y así lo ha hecho el TS. En efecto, a nivel jurisprudencial el TS, desde bien temprano, consideró⁶⁰⁸ que los acuerdos interprofesionales tenían naturaleza contractual en cuanto se configuran como “convenios para convenir”, o “convenios paraguas”, ya que su finalidad no es otra que “servir de pauta a la ulterior negociación colectiva que ha de llevarse a cabo por las distintas unidades de negociación y en los diversos ámbitos sectoriales”.

Con relación a los acuerdos mixtos, en los que confluyen reglas de articulación de la negociación colectiva y acuerdos para materias concretas, el TS señaló también en dicha sentencia que la naturaleza normativa y eficacia *erga omnes* no debe predicarse de todo el acuerdo en su conjunto, sino exclusivamente sobre las materias expresamente reguladas. La razón que el TS dio en aquella sentencia es que la esencia y finalidad del acuerdo interprofesional es la de encuadrar toda la negociación colectiva dentro de unas coordenadas que respeten la libertad negocial de cada unidad y, desde esta

⁶⁰⁶ Por todos, MERINO SEGOVIA, A., *La estructuración legal y convencional de los acuerdos de empresa*, Madrid: Wolkers Kluwer, 2001, p. 107.

⁶⁰⁷ CANALDA CRIADO, S., “Las funciones de los acuerdos interconfederales...”, *op. cit.*, pp. 352-356.

⁶⁰⁸ STS 16 de junio de 1989 (ponente Benigno Varela Aufrán).

perspectiva, no puede pretenderse una directa aplicación de la norma marco a la concreta y particular relación laboral existente, ya que supondría desnaturalizar su propia esencia y, sobre todo, implicaría dotarlo “de unos efectos y de una fuerza vinculante de la que realmente carece, salvo que, excepcionalmente, así resulte, expresa e inequívocamente, de su contexto”. A pesar de esta claridad, el TS reiteró en esta sentencia, por si acaso hubiera alguna duda, que el acuerdo interprofesional “no debe gozar de la eficacia inherente a los convenios colectivos por cuanto su finalidad está referida básicamente a la ordenación de la negociación colectiva, por más que pueda contener cláusulas normativas no susceptibles de negociación en ámbitos inferiores”.

Esta doctrina sobre la naturaleza jurídica de los acuerdos interprofesionales fue completada a tenor de la STS de 5 de marzo de 2008 (rec. 23/2007) que matizó que “su finalidad no es fijar una regulación cerrada de las condiciones de trabajo que no necesite de ningún otro acuerdo que los concrete”, pudiendo, eso sí, “reservar determinadas materias para un ámbito y excluirlas de la negociación de convenios del otro inferior, pero no puede regular directamente dichas materias”.

Sin embargo, la última vez que el TS tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, en la STS de 22 de octubre de 2013 (rec. 110/2012) dio un giro a su anterior doctrina considerando que los acuerdos interprofesionales tienen naturaleza jurídica normativa. Y ello, incluso a pesar de que el acuerdo interprofesional, en este caso de carácter autonómico, expresamente se dotara de carácter meramente obligacional.

En dicha sentencia, el TS estimó que, en la medida que algunas de sus disposiciones perseguían generalidad, en concreto, las referidas a la estructuración de la negociación, su efectiva aplicación exigía dotarlo de eficacia *erga omnes*, añadiendo que “los convenios extraestatutarios tienen un límite que viene impuesto por su propia naturaleza, pues no pueden regular materias que, por su naturaleza tienen un alcance general y requieren un efecto normativo que excede de la capacidad de negociación extraestatutaria”. La consecuencia de desbordar dicho límite sería la nulidad del convenio extraestatutario o, como hace el TS declarar “que su contenido es normativo, por más que la redacción de sus cláusulas aparezca formulada en términos desiderativos, pues ello obedece a la propia naturaleza del acuerdo-marco”, siempre y cuando según la sentencia “se

cumplan las exigencias de los arts. 88.1 y 2 ET respecto a la válida constitución de la comisión negociadora”.

Sin embargo, frente a esta consideración de la naturaleza jurídica de los acuerdos que estructuran la negociación colectiva como necesariamente de acuerdos estatutarios, la realidad es que no sentó doctrina, pues no hay más sentencias posteriores del Alto Tribunal pronunciándose en sentido similar y, en todo caso, su argumentación jurídica es cuestionable desde la perspectiva de la autonomía de la voluntad de las partes. Lo que es indudable es que uno de los motivos por los que la función gubernativa no es eficaz en España se debe al hecho de que los agentes sociales no suelen dotar a los acuerdos interprofesionales del art. 83.2 ET de naturaleza normativa, quedando únicamente sus miembros obligados a su cumplimiento bajo la sanción de la disciplina interna de cada organización.

4.3. Múltiples actores para la misma función ordenadora: la necesidad de coordinación

Como se ha visto hasta ahora, la función gubernativa regulada en el art. 83 ET puede ser ejercida por las asociaciones empresariales más representativas mediante acuerdos interprofesionales, tanto a nivel estatal como autonómico, así como en convenios sectoriales por las asociaciones empresariales legitimadas para ello. Es decir, a pesar de tratarse de una única función, son al menos tres los actores legitimados para ejercerla. Por tanto, a pesar de que el objetivo original de esta función sea la ordenación de la negociación colectiva, la multitud de actores implicados y el ejercicio simultáneo por parte de esta conlleva un serio riesgo para la coherencia del diseño final de la estructura de la negociación colectiva⁶⁰⁹.

Así, en primer lugar, un problema que puede aparecer es el de la situación de concurrencia entre un acuerdo interprofesional y un convenio colectivo sectorial, regulando de forma contradictoria la estructura de la negociación colectiva. La primera

⁶⁰⁹ GOERLICH PESET, J. M.^a, “Las unidades de negociación: selección y relación entre ellas”, *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2013, p. 7.

solución pasaría por atender al posible carácter obligacional dado por sus negociadores al primero, por cuanto de confirmarse que ha renunciado a la eficacia jurídica normativa que podrían tener conforme al ET, la eventualidad de que un convenio colectivo sectorial se separase de sus previsiones no provocaría propiamente un conflicto de concurrencia, pues sencillamente deberán aplicarse estos últimos.

En caso contrario, esto es, si el acuerdo interprofesional efectivamente tuviera naturaleza normativa, bien porque no se hubiera renunciado a la misma, bien porque se aceptase la tesis del TS expuesta previamente de dotarles de esta dada su proyección de generalidad, sí se produciría dicha concurrencia conflictiva con el convenio sectorial.

Para resolverla, al no estar prevista legalmente ninguna regla específica para los escenarios de concurrencia conflictiva entre convenios o acuerdos que estructuren la negociación colectiva, podría atenderse, de forma análoga a lo previsto subsidiariamente en el art. 84 ET para convenios colectivos que regulen materias laborales concretas. Así, al no poderse aplicar las normas previstas por la autonomía colectiva para estructurar la negociación colectiva, ya que se prevén dos reglas incompatibles entre sí, la solución pasaría por el criterio *prior in tempore*⁶¹⁰.

En segundo lugar, otra situación problemática que puede surgir es en caso de entrar en conflicto un convenio estatal y un convenio autonómico que regulen a su vez, de forma contradictoria, la estructura de la negociación colectiva en sus respectivos ámbitos. En este caso particular, la solución se encuentra, en principio, recogida en el art. 84.3 ET pues, expresamente señala que “salvo pacto en contrario negociado según el art. 83.2”, los convenios autonómicos podrán regular en sentido contrario a lo previsto en el convenio sectorial. Por tanto, desde este punto de vista, el convenio autonómico quedaría supeditado al estatal. No obstante, esta conclusión debe ser

⁶¹⁰ La STS de 5 de marzo de 2008 (rec. 23/2007) *obiter dicta* entiende que, de haber efectivamente concurrencia entre dos convenios que regulasen materias concretas, no resultarían de aplicación las propias reglas establecidas en el acuerdo para resolverla, sino que se debería resolver por el principio de la regla “prior in tempore”.

matizada en dos sentidos. Por un lado, esta solución está condicionada a que existe un pacto negociado conforme el art. 83.2 ET que prevea la prevalencia del convenio estatal. En caso contrario, se producirá la concurrencia conflictiva sin que haya prevista una solución específica a tal efecto. En este sentido, al igual que en el caso anterior, quizá resultaría igualmente aplicable el criterio *prior in tempore*. Por otro lado, debe recordarse que los pactos a los que se remite del art. 83.2 ET, pueden ser tanto a nivel estatal como autonómico, de tal forma que se podría reproducir el conflicto entre dichos acuerdos, en caso de que proveyeran reglas de ordenación de la estructura de la negociación colectiva contradictorias.

En tercer lugar, como acaba de apuntarse, también sería posible que el conflicto se diera entre un acuerdo interprofesional estatal con otro de carácter autonómico. El art. 83.2 ET no resuelve esta situación de concurrencia. No obstante, no necesariamente se estará ante una concurrencia conflictiva, pues de nuevo habrá que atender, antes de nada, a la naturaleza jurídica que sus negociadores hayan dotado a estos acuerdos.

Así, en primer término, de haber renunciado ambos a la naturaleza normativa no resultan aplicables las reglas previstas en el art. 84 ET, sino que se resolverá conforme a una interpretación civil de contratos entre partes. En segundo término, de gozar uno de ellos de naturaleza normativa y el otro meramente contractual, es evidente que, a tenor de su posición jerárquica, se aplicará aquel que goce de la consideración de norma, ya sea el sectorial o el acuerdo interprofesional. En tercer término, la auténtica concurrencia conflictiva se daría en caso que ambos estuvieran dotados de naturaleza normativa.

En efecto, en este último caso, el art. 83.2 ET no prioriza entre el ámbito estatal y autonómico, por lo que únicamente se diferencian por sus respectivos ámbitos, de manera que el acuerdo estatal podrá regular la estructura de la negociación colectiva y las reglas de concurrencia a nivel estatal, mientras que el autonómico podrá hacer lo propio en su nivel. El problema es que ambos modelos de ordenación de la negociación colectiva no pueden desplegarse simultáneamente, salvo que se coordinen entre sí, lo cual solo podría hacerse en el ámbito estatal, puesto que los convenios autonómicos no pueden desbordar su propio ámbito, salvo que se autorice por el estatal *ex* art. 84.3 ET.

Como se decía, de no existir dicha coordinación, no hay regla legal que precise de forma clara la primacía de un nivel frente a otro⁶¹¹. En este caso, han sido los tribunales los que han intentado cubrir esta laguna legal. Así, la SAN de 28 de septiembre de 2016 (rec. 211/2016) entiende que la unidad estatal debe ser el espacio lógico para llevar a cabo una articulación de la negociación colectiva, de manera que pueda desplegarse de manera armónica y racional con las unidades de negociación inferiores. En caso contrario, la AN interpreta que la unidad estatal no podría negociar de forma efectiva la estructura de la negociación colectiva y las reglas de solución de conflictos, ni reservarse materias para la negociación, lo que conduciría a anular su función ordenadora de la negociación colectiva⁶¹². Este argumento, según la AN, permite que los acuerdos estatales excluyan los descuelgues autonómicos.

Asimismo, la doctrina mantiene que, de conformidad con el vigente marco normativo, se establece una prevalencia estructuradora de los acuerdos estatales frente a los autonómicos a la hora de definir las reglas de la estructura de la negociación colectiva⁶¹³. A mayor abundamiento, desde un enfoque material, el art. 84.4 ET cierra las materias negociables a nivel autonómico, considerando como no negociables, de nuevo, salvo pacto estatal en contra, *el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica*. Es decir, dichas materias son disponibles por los acuerdos interconfederales y convenios colectivos estatales, en el sentido tanto de aumentar dicha reserva a otras materias como reducir las materias no

⁶¹¹ CRUZ VILLALÓN, J., “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos”, en Jesús Cruz Villalón (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid: Ediciones Cinca, 2017, p. 25.

⁶¹² SAN de 28 de septiembre de 2016, rec. 211/2016. *Vid.* BODAS MARTÍN, R., “Cuestiones jurisprudenciales sobre la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 139, 2017, p. 102.

⁶¹³ GOERLICH PESET, J. M.^a, “Estructuración de la negociación en materia salarial y coordinación entre unidades”, en José María Goerlich Peset (Dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)*, Madrid: MESS, 2018, p. 72; CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Los equívocos de la representatividad para negociar convenios colectivos sectoriales estatales ante la descentralización de la negociación colectiva”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 5, mayo 2018, p. 482.

negociables⁶¹⁴, potenciando sin duda la función de gobierno de la negociación colectiva desde el nivel estatal.

En este sentido, si se negociara un acuerdo estatal que fijase la estructura de la negociación colectiva a nivel estatal y reservara, por ejemplo, la regulación de todas las condiciones laborales para dicho nivel, implicaría que la capacidad autonómica para ejercer su función ordenadora sencillamente no desplegaría efecto alguno⁶¹⁵. En este sentido, de poco puede servir ostentar un poder de decisión respecto a posibles niveles inferiores en el ámbito autonómico si después es la instancia estatal la que puede determinar qué se puede negociar en los mismos⁶¹⁶.

Así, como resultado de esta reserva total a favor del ámbito estatal, se podría bloquear la negociación colectiva más allá de este ámbito, sin que quedasen materias para la negociación en ámbitos inferiores. Frente a ello, los sindicatos autonómicos han planteado la cuestión ante los tribunales en un par de ocasiones⁶¹⁷, denunciado que se dejaría sin contenido negociable a los agentes autonómicos, y ello a pesar de que el art. 83.2 ET reconoce las mismas competencias ordenadoras a los interlocutores sociales más representativos tanto a nivel estatal como autonómico, sin que se prevea expresamente una prioridad respecto del primero.

La primera vez fue resuelta por la citada SAN de 28 de septiembre de 2016. La AN consideró que, desde el punto de vista sindical, no se estaría vulnerado el derecho a la negociación colectiva, ni tampoco la libertad sindical del sindicato autonómico en el caso que de que el acuerdo o convenio de ámbito estatal se reservara para sí todas las materias negociables. La sentencia entendió que no vulneraría tales derechos por la

⁶¹⁴ GOERLICH PESET, J. M.^a, “Las unidades de negociación: selección y relación entre ellas”, *op. cit.*, p. 11.

⁶¹⁵ STSJ Valladolid, de 19 de octubre de 2011 (rec. 1657/2011).

⁶¹⁶ DEL REY GUANTER, S., “Estructura de la negociación colectiva y prioridad del nivel de empresa tras la reforma laboral de 2012”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. extraordinario 2014, p. 205.

⁶¹⁷ Resulta llamativo que no se hayan sumado a esta denuncia las asociaciones empresariales autonómicas.

posible participación del sindicato autonómico en la negociación del acuerdo o convenio estatal.

Se alcanza tal conclusión por una interpretación integradora de los arts. 6.2.b)⁶¹⁸ y 7.1⁶¹⁹ de la LOLS, en relación con lo dispuesto en el art. 87.2.b) ET⁶²⁰. Según la AN, el sindicato autonómico más representativo podría negociar los acuerdos marcos y los convenios sectoriales estatales en “pie de igualdad” con los sindicatos más representativos o representativos de ámbito estatal. A este respecto la sentencia añade dos matices importantes. Por un lado, si se prohibiera la participación de los sindicatos autonómicos más representativos en los acuerdos marco interprofesionales o en los acuerdos o convenios sectoriales estatales, se les estaría vedando injustificadamente el derecho a la negociación colectiva útil. El segundo matiz, en esta línea, sería si las propuestas de articulación de la negociación colectiva, así como sobre reglas de solución de conflictos de concurrencia y sobre reservas de materias concretas, que realizasen los sindicatos autonómicos más representativos en la unidad de negociación estatal fueran desoídas de modo caprichoso o arbitrario por los demás interlocutores, “podría considerarse la concurrencia de indicios de vulneración del principio de

⁶¹⁸ El art. 6.2.b) de la LOLS establece que: “Tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel estatal los sindicatos o entes sindicales, afiliados, federados o condeferados a una organización sindical de ámbito estatal que tenga la consideración de más representativa”.

⁶¹⁹ El art. 7.1 de la LOLS establece que: “Tendrán la consideración de sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma: a) Los sindicatos de dicho ámbito que acrediten en el mismo una especial audiencia expresada en la obtención de, al menos, el 15 por 100 de los delegados de personal y de los representantes de los trabajadores en los comités de empresa, y en los órganos correspondientes de las Administraciones públicas, siempre que cuenten con un mínimo de 1.500 representantes y no estén federados o confederados con organizaciones sindicales de ámbito estatal; b) los sindicatos o entes sindicales afiliados, federados o confederados a una organización sindical de ámbito de Comunidad Autónoma que tenga la consideración de más representativa de acuerdo con lo previsto en la letra a).

Estas organizaciones gozarán de capacidad representativa para ejercer en el ámbito específico de la Comunidad Autónoma las funciones y facultades enumeradas en el número 3 del artículo anterior, así como la capacidad para ostentar representación institucional ante las Administraciones públicas u otras entidades u organismos de carácter estatal”.

⁶²⁰ El art. 87.2.b) ET establece que: “en los convenios sectoriales estarán legitimados para negociar en representación de los trabajadores los sindicatos que tengan la consideración de más representativos a nivel de comunidad autónoma respecto de los convenios que no trasciendan de dicho ámbito territorial, así como, en sus respectivos ámbitos, las organizaciones sindicales afiliadas, federadas o confederadas a los mismos”.

igualdad, lo que obligaría a los demás negociadores a demostrar la existencia de causas objetivas y razonables”.

Con todo, baste señalar que se trata de una interpretación excesivamente voluntarista, ya que, si bien los sindicatos autonómicos podrían participar en la negociación de los acuerdos interprofesionales y convenios sectoriales estatales, no lo harán, como señala la sentencia, en pie de igualdad con los sindicatos más representativos a nivel estatal. La razón de ello es que, en última instancia, será el sindicato más representativo estatal quien fije la estructura de la negociación colectiva, siempre que “respete” la eventual participación de los sindicatos autonómicos -exclusivamente de los confederados- y no “desprecie” de forma arbitraria las propuestas realizadas por estos.

Aunque no se aborde en la sentencia, en este caso, las asociaciones patronales autonómicas se encuentran en la misma situación de “vaciamiento” de la función estructuradora de la negociación colectiva. Es decir, el efecto de una eventual reserva total de materias negociales en el ámbito estatal a través de un acuerdo interprofesional o convenio sectorial de carácter estatal de conformidad con los arts. 83.2, 84.3 y 84.4 ET, supondría que las organizaciones empresariales autonómicas no pudieran ejercer la vertiente funcional de la negociación colectiva de la que son, en principio, cotitulares. A este respecto, resulta llamativo que la interpretación jurídica realizada por la AN para desestimar el recurso de los sindicatos autonómicos no puede extenderse al lado patronal, por cuanto su construcción jurídica descansaba en preceptos de la LOLS, la cual no resultan aplicables a los empresarios. No obstante, podría alcanzarse la misma solución a través de una lectura lógica del art. 87.4 ET y la DA 6ª del ET, que permitiera a las asociaciones empresariales participar en la negociación de los acuerdos o convenios estatales que estructuran la negociación colectiva.

Esta sentencia de la AN ha sido recientemente confirmada por la STS de 13 de marzo de 2018 (rec. 54/2017) que literalmente “asume la argumentación de la sentencia recurrida en todo aquello que no maticemos o contradigamos”, señalando al mismo tiempo que no comparte los razonamientos de la AN sobre la relevancia real que debe ejercer el sindicato autonómico. Esta última idea se reproduce en la STS de 21 de enero de 2019 (rec. 25/2018) al señalar, *obiter dicta*, que el art. 83.2 ET concede a los

negociadores de un convenio marco estatal una suerte de “facultades de restricción a la negociación en el ámbito inferior”⁶²¹.

La segunda vez que los sindicatos autonómicos acudieron a los tribunales ante unos hechos prácticamente iguales, obtuvieron una respuesta notablemente diferente. Así, la STSJ del País Vasco de 26 de octubre de 2017 (rec. 19/2017) ofreció una solución hermenéutica alternativa para resolver la concurrencia entre un convenio marco estatal y otro autonómico del mismo sector. La contradicción entre ambos, en cuanto a la estructura de la negociación se refiere, se derivaba del hecho que el acuerdo estatal establecía la prohibición de crear nuevas unidades de negociación a nivel inferior, mientras que el acuerdo autonómico declaraba la prioridad aplicativa de los convenios colectivos provinciales que pudieran celebrarse. En este caso, el TSJ del País Vasco entendió que los conflictos entre acuerdos interprofesionales deben solucionarse por la regla general del art. 84.1 ET y que se resume en el criterio “*prior in tempore potior in iure*”. De tal forma que es posible la existencia de dos modelos de ordenación de la estructura colectiva, incluso contradictorios e incompatibles, pero para su “coordinación no rigen jerarquías mal entendidas sino criterios de prioridad temporal”.

5. El “epílogo” de la cuestionada representatividad patronal: las presunciones del TS

Un problema que planea sobre todas las cuestiones relacionadas con la legitimación empresarial es el relativo a cómo medir la representatividad que le sirve de presupuesto.

⁶²¹ Esta sentencia confirma en casación ordinaria la STSJ de Madrid de 17 de julio de 2017 (proced. 355/2017) que admitió la legalidad de un convenio marco estatal que contemplaba, por un lado, unas condiciones laborales de carácter mínimo, por ejemplo, la jornada y el tiempo de trabajo, y, por otro lado, la prohibición de negociar ni adaptar otras condiciones laborales en ámbitos inferiores, como por ejemplo, la clasificación profesional o el régimen disciplinario, respetándose expresamente, en todo caso, la prioridad aplicativa del convenio de empresa. A este respecto, el tribunal aprecia que un convenio marco estatal puede conforme al art. 83.3 ET no solo estructurar la negociación colectiva, sino también “bloquear la negociación y/o adaptación de las materias en otros ámbitos convencionales”.

A tal efecto, la jurisprudencia ha elaborado una serie de presunciones que completan las previsiones estatutarias.

Así, con el objetivo de poder medirla, la DF 3ª del ET encargaba al Instituto Nacional de Estadística la elaboración, actualización y publicación de un censo de empresas y de población activa ocupada, de acuerdo con las directrices que estableciese el órgano estatal de mediación, arbitraje y conciliación. Sin embargo, lo cierto es que nunca se elaboró dicho censo. Es más, con la entrada en vigor del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprobó el texto refundido del ET, desapareció definitivamente esta previsión.

A su vez, la DA 1ª.2 LOLS sigue encargando al Gobierno que apruebe unas disposiciones que sean precisas para el desarrollo y aplicación de lo dispuesto en la DA 6ª del ET. No obstante, aún no se han adoptado dichos criterios, y, en consecuencia, se carece de un sistema de medición seguro de los porcentajes relativos al número de empresas y los trabajadores contratados por estas⁶²².

La doctrina ha apuntado que puede que el vacío legal en torno a la acreditación de la representatividad patronal sea intencionado⁶²³, ya que, si se pudiera medir, se pondría de manifiesto la absoluta debilidad e, incluso, la falta de legitimación de determinadas asociaciones empresariales. Como resultado de esta laguna deliberada, la CEOE y CEPYME disfrutaban de una legitimación negocial automática en todos los niveles territoriales y funcionales⁶²⁴. Por ello, estas asociaciones, que históricamente han aglutinado el poder negociador a nivel sectorial, seguramente sean las menos interesadas en que se implemente un sistema legal de acreditación de la

⁶²² Así lo calificaba el TC en la STC núm. 52/1992 de 8 de abril de 1992.

⁶²³ RUIZ CASTILLO, M.ª M., “La legitimación empresarial en los convenios colectivos sectoriales”, *op. cit.*, p. 215. Otros autores defienden que sí se ha cumplido dicho mandato legal con la elaboración y publicación anual del Directorio Central de Empresas (DIRCE). *Vel. LANTARÓN BARQUÍN, D., Legitimación negocial en el banco empresarial ... op. cit.*, pp. 82 y ss.

⁶²⁴ ROQUETA BUJ. R., “Convenios colectivos supraempresariales: la representación empresarial”, *op. cit.*, p. 548.

representatividad, pues supondría un severo entorpecimiento del proceso negociador⁶²⁵.

Así, el legislador refuerza o favorece la representatividad formal de estas asociaciones empresariales como medio de garantizar la aplicación de ciertas soluciones en las pequeñas y medianas empresas, que tienden a quedar al margen, tanto en el ámbito de la representación institucional como, sobre todo, en el de la negociación colectiva⁶²⁶. Por su parte, los sindicatos tampoco tendrían un especial interés en ponerla en cuestión ante el riesgo de quedarse sin interlocutor⁶²⁷.

En todo caso, la realidad es que se carece total y absolutamente de instrumentos o medios de medición de la representatividad del asociacionismo empresarial⁶²⁸, de tal forma que un parámetro inicialmente objetivo puede convertirse en peligrosamente subjetivo⁶²⁹.

Así las cosas, esta inseguridad jurídica ha hecho que se articulen una serie de presunciones que permiten dar estabilidad al proceso negociador y al fruto de este, el convenio. Así lo señalaba recientemente el TS en la sentencia de 7 de marzo de 2018 (rec. 272/2016): “las dificultades para justificar el nivel de representatividad de las asociaciones empresariales -en tanto que no existe un archivo público capaz de ofrecer datos fiables y objetivos sobre la representatividad- han determinado que se haya acudido a la técnica de presumir esa representatividad y de invertir la carga de la prueba,

⁶²⁵ SOLANS LATRE, M. Á., “Partes negociadores de los convenios estatutarios infraempresariales, empresariales y sectoriales”; en Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Madrid: La Ley, 2008, p. 210.

⁶²⁶ ESTEVE SEGARRA, A., “El creciente protagonismo de las asociaciones empresariales”, *op. cit.*, p. 510.

⁶²⁷ RUIZ CASTILLO, M.^a M., “La legitimación empresarial en los convenios colectivos sectoriales”, *op. cit.*, p. 214.

⁶²⁸ Sobre los medios probatorios, *vid.* VALDÉS DAL-RÉ, F., “La legitimación empresarial...”, *op. cit.*, 491-496.

⁶²⁹ ESTEVE SEGARRA, A., “El creciente protagonismo de las asociaciones empresariales”, *op. cit.*, p. 513.

de manera que quien niegue tal cualidad habrá de demostrar que carece de ellas la asociación empresarial de que se trate”.

En particular, el TS ha venido admitiendo dos vías fundamentales que hacen surgir estas presunciones. Por un lado, una presunción inicial en virtud de la cual se entiende que tienen representatividad aquellas asociaciones patronales a quienes sus interlocutores sociales se la reconocen. Por otro lado, otra presunción final que permite que el convenio, tras superar el control de legalidad al que le somete la Administración, tenga presunción de validez.

Respecto a la primera, es doctrina consolidada del TS la que considera que, ante la dificultad de probar el nivel de representatividad de las asociaciones empresariales, se debe presumir que la tienen aquellas cuyos interlocutores sociales se las reconocen, con lo que se invierte la carga de la prueba y se obliga a probar la falta de representatividad a quien la alega⁶³⁰. Se trata de una presunción *iuris tantum* de representatividad de quienes han participado en la negociación y conclusión de un convenio colectivo, de modo que quien lo impugna debe probar la falta de representatividad del sujeto negociador⁶³¹. Es más, algunos tribunales de suplicación exigen de forma acumulativa acreditar la propia condición representativa de la asociación empresarial recurrente por no haber sido tenida en cuenta⁶³², eso sí, referida al momento del inicio de las negociaciones, esto es, cuando se constituye la mesa o comisión negociadora⁶³³. De este modo, no sería suficiente acreditar la falta de representatividad de la asociación empresarial que negoció el convenio, sino que también se debería acreditar que la asociación que impugna sí que ostenta dicha representatividad.

La crítica de la doctrina a esta presunción se hace en un doble sentido. Por un lado, el TS no despeja cómo se puede funcionar con unos medios de prueba que, para

⁶³⁰ por todas, STS de 14 de marzo de 2011 (rec. 189/2009).

⁶³¹ STS de 3 de julio de 2012 (rec. 88/2011).

⁶³² *Vid.* STSJ de Asturias de 7 de junio (rec. 30/2013); SAN de 15 de marzo de 2017 (proced. 349/2016).

⁶³³ SSTTS 23 de noviembre de 2009 (rec. 244/2009) 24 de junio de 2014 (rec. 225/2013).

demandantes y demandados, adolecen de la misma imprecisión y falta de fiabilidad, ya que ninguna de las fuentes existentes ofrece garantías de fiabilidad absoluta, sino que ofrecen cifras aproximativas⁶³⁴. En este sentido, baste señalar que el TS no se ha decantado por la elaboración de un catálogo exhaustivo y cerrado de medios probatorios, ni ha valorado en los mismos términos el valor acreditativo de las cifras ofrecidas por las distintas fuentes⁶³⁵. Como consecuencia, resulta prácticamente imposible probar que una asociación empresarial no tiene la suficiente representatividad⁶³⁶. Siendo en tal sentido una prueba perversa o imposible de demostrar, pues no existen fuentes fiables para acreditar la falta de representatividad de asociaciones empresariales. Por otro lado, esta presunción supone, de facto, otorgar a una de las partes negociadoras, la parte social, la capacidad para determinar quién está legitimado y quién no, concediéndoles facultades que están por encima de la legalidad vigente. Conclusión grave, máxime teniendo en cuenta que está en juego la “legalidad del sistema de negociación colectiva, que atribuye a los convenios colectivos una eficacia general que desborda los ámbitos de la representación asociativa de los sujetos negociadores”⁶³⁷.

Precisamente, a efectos de remediar esta situación, algún autor ha defendido la idea de no invertir la carga de la prueba, esto es, que la acreditación de la representatividad legalmente exigida para la aprobación del convenio le corresponda siempre a quien afirma la eficacia general del convenio y no a quien lo impugna⁶³⁸. Así, en caso de que los negociadores no logren su acreditación, se debería estimar la demanda de

⁶³⁴ CAIRÓS BARRETO, D. M.^a, “La representatividad y la mayor representatividad de las Asociaciones Empresariales”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 118, 2003, pp. 616-617.

⁶³⁵ *Ibidem*, pp. 618-619.

⁶³⁶ ESTEVE SEGARRA, A., “El creciente protagonismo de las asociaciones empresariales”, *op. cit.*, p. 513.

⁶³⁷ STS de 3 de julio de 2012 (rec. 83/2011). En este sentido, *vid.* ESTEVE SEGARRA, A., “El control jurisdiccional de la legitimación negocial de las asociaciones empresariales”, *Aranzadi Social*, núm. 22, 2007, p. 62.

⁶³⁸ SOLANS LATRE, M. Á., “Partes negociadores de los convenios estatutarios infraempresariales, empresariales y sectoriales”, *op. cit.*, p. 210. Así se propuso también en el voto particular a la STS (Sala General) de 5 de octubre de 1995 (rec. 1538/1992), formulado por A. Desdentado Bonete y al que se adhirieron J. A. Somalo Giménez y A. Martín Valverde.

impugnación del convenio colectivo por ilegalidad, al haberse suscrito por sujetos no legitimados.

Respecto a la segunda presunción jurisprudencial, el control de la legalidad del convenio por parte de la Autoridad Laboral activa la presunción *iuris tantum* de legalidad, de modo que deberá destruirla quien impugna el convenio⁶³⁹. Eso sí, en sentido contrario, esto es, en caso que la administración entienda que no se tiene la representatividad suficiente, no le corresponde la prueba de demostrarlo, sino que serán las propias asociaciones empresariales las que deban responder ante los requerimientos de la Autoridad Laboral y probarla⁶⁴⁰. Es más, la primera presunción, relativa al reconocimiento mutuo, no se activa en el caso de que la Autoridad Laboral no dé su visto bueno a la representatividad de las asociaciones empresariales.

Con todo, la doctrina ha puesto de manifiesto que la Autoridad Laboral, en su función de garante de la legalidad, se enfrenta a las mismas dificultades para averiguar la falta de representatividad de las asociaciones empresariales negociadoras, de tal modo que se relativiza el control de velar por el cumplimiento de los requisitos de la legitimación negociadora⁶⁴¹.

Por último, la práctica judicial reciente ha intentado encontrar puntos de fuga a este sistema de presunciones con el objetivo de dotar al sistema de la negociación colectiva de mayor solidez.

En primer término, la SAN de 31 de enero 2014 (proc.437/2013), entendió *obiter dicta* que la presunción de representatividad no se debe activar si queda condicionada a su posterior acreditación en virtud de un acuerdo expreso de los interlocutores. Así, el resto de asociaciones estarían legitimadas, en principio, a excluir a aquella que no la probase. Sin embargo, este criterio es bastante arbitrario, pues tal y como ocurre en el caso, ninguna de las asociaciones empresariales cumplió dicha previsión al no probar

⁶³⁹ STS de 14 de marzo de 2011 (rec.189/2009).

⁶⁴⁰ STS de 3 de julio de 2012 (rec. 83/2011).

⁶⁴¹ ESTEVE SEGARRA, A., "El control jurisdiccional de la legitimación negocial de las asociaciones empresariales", *op. cit.*, pp. 60-61.

su representatividad, aunque solo se expulsó del proceso negociador a una asociación en concreto por parte de las otras, con la excusa de no haber satisfecho esta condición de representatividad. Esta situación no impide, según la AN, que se active la presunción para las otras, correspondiéndole la carga de la prueba a la excluida.

En segundo término, la STSJ de Cataluña de 9 de diciembre de 2013 (proced. 41/2013) para limitar el alcance de las presunciones se basó en el art. 87.5 ET, que determina que “toda asociación empresarial que reúna el requisito de legitimación, tendrá derecho a formar parte de la comisión negociadora”. A este respecto, adelantó el conflicto a la fase inicial de la constitución de la comisión negociadora, momento en el que no resultaría aplicable la doctrina jurisprudencial de presunciones. La razón de ello es que el conflicto es distinto, porque en esta fase previa se discute sobre el derecho o no a formar parte de la mesa negociadora antes de que se adopte el convenio. Eso sí, para que esta vía sea operativa se requiere el conocimiento previo por parte de las asociaciones empresariales disconformes con la representatividad de las otras antes de la publicación del convenio.

Como conclusión, la representatividad de las asociaciones empresariales, como presupuesto de su legitimación negociadora a nivel sectorial, es cuestionable tanto desde el punto de vista de la regulación legal como aplicación jurisprudencial. Así, no solo la ley facilita que los sujetos negociadores por el lado patronal puedan tener una representatividad formal alejada de la real, sino que, además, el TS apuntala esta dudosa legitimidad de origen a través de dos presunciones que acorazan jurídicamente a dichos representantes. El resultado de ello es que la negociación colectiva sectorial puede quedar en manos de sujetos pocos representativos de la mayoría de pequeñas empresas españolas, con el consiguiente riesgo de que se desatiendan sus necesidades o incluso se suscriban convenios de obligado cumplimiento general que les perjudique en su capacidad competitiva.

6. Otras consideraciones en torno a la legitimación negociadora con incidencia en la libertad de empresa y en la negociación colectiva

6.1. El convenio sectorial como régimen laboral no aplicable por las empresas que lo han suscrito

Como se ha visto, las reglas de legitimación y de representatividad del lado patronal tienden a favorecer a las grandes empresas en los procesos de negociación del convenio sectorial. Por otro parte, este tipo de empresas cuenta, a su vez, con la posibilidad de celebrar convenios propios. La combinación de ambas realidades conduce al resultado paradójico de que las grandes empresas que negocian el convenio sectorial pueden escapar de dicha regulación y dejar de aplicarla, puesto que están en condiciones de disfrutar al mismo tiempo de una regulación convencional propia dotada de prioridad aplicativa.

Esto significa que el convenio sectorial, en cuya negociación el ordenamiento jurídico tiende a excluir a las pequeñas y medianas empresas, se dirige principalmente a estas⁶⁴². Así, y desde una perspectiva competitiva, se dan todos los alicientes, al menos a nivel teórico, para que el convenio sectorial pueda emplearse por las grandes compañías como un acuerdo colusorio que afecte negativamente a sus potenciales destinatarios.

En este sentido, gracias a la flexibilidad de las normas de legitimación y las presunciones jurisprudenciales respecto de la representatividad, existe el riesgo de que las asociaciones empresariales negociadoras fijen condiciones difícilmente asumibles por las pequeñas y medianas empresas. No debe olvidarse que los intereses económicos de este tipo de empresas y las grandes no son compartidos, siendo el legislador, como se decía⁶⁴³, consciente de ello. Así, las asociaciones⁶⁴⁴ que aglutinan a las grandes empresas podrían aprovechar el derecho a la negociación colectiva para imponer condiciones más gravosas desde el punto de vista de la competitividad y así perjudicar a la libertad de empresa de sus competidores en el mercado.

⁶⁴² LANTARÓN BARQUÍN, D., *Legitimación negociadora en el banco empresarial ...op. cit.*, p. 70; ESTEVE SEGARRA, A., *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad, op. cit.*, pp. 18-20.

⁶⁴³ *Vid.* capítulo tercero, apartado I. 1.

Como posible solución, podría pensarse en añadir un requisito adicional a la legitimación negociadora consistente en atender al grado de aplicación real del convenio colectivo sectorial en las empresas que integran la asociación empresarial que lo negocia. Es decir, se primaría un criterio afiliativo real y no meramente potencial o teórico, de tal forma que quién negocie realmente lo haga motivado por cuanto las empresas afiliadas lo van a aplicar.

No obstante, y sin perjuicio de una modificación legal que la introdujera, esta posibilidad ha sido rechazada por el TSJ de Madrid en su sentencia de 25 de febrero de 2008 (proced. 18/2007)⁶⁴⁴. La asociación de pequeñas empresas entendía que el número de trabajadores a computar a efectos de medir la representatividad se debía realizar descontando los trabajadores incluidos en el ámbito de los convenios de empresa en vigor en el momento de comenzar la negociación. El tribunal consideró que el grado de aplicación real por parte de las empresas que integraban la asociación negociadora no era relevante para poder medir la representatividad ni para declarar el proceso de negociación nulo. El órgano judicial señaló que la legitimación para negociar se determina única y exclusivamente conforme a las reglas del ET, y que no está prevista legalmente la exclusión de colectivo alguno de empresas o trabajadores para medir la representatividad.

6.2. La (no) correspondencia entre el ámbito funcional del convenio sectorial y la representatividad de la asociación empresarial negociadora

Otro problema que deriva de la actual regulación y que puede afectar a la competencia entre las empresas es el relativo a la correspondencia entre el ámbito funcional del convenio sectorial y la representatividad de la asociación empresarial negociadora. Y es que no necesariamente existe una identidad entre los espacios propios de una

⁶⁴⁴ Sentencia confirmada por el Tribunal Supremo, en sentencia de 11 de noviembre de 2009 (rec. 38/2008).

asociación patronal y el ámbito funcional del convenio colectivo que negocia o pretende negociar.

En tal sentido, es doctrina consolidada del TS⁶⁴⁵ que los convenios colectivos han de tener el ámbito de aplicación que las partes acuerden, pero estas no disponen de una libertad absoluta, sino que están sometida a diversas limitaciones que se relacionan con exigencias de objetividad, estabilidad y con la propia representatividad de las organizaciones pactantes. Por consiguiente, el convenio colectivo no puede contener obligaciones que afecten a quienes no son parte en la negociación, esto es, a empresas de ámbitos diferentes al que se negocia.

Dicho de otro modo, la coincidencia entre el ámbito funcional de la asociación empresarial y el del convenio colectivo sectorial se presenta como un presupuesto básico para el buen funcionamiento de las reglas del mercado. En caso contrario, la legitimación de la asociación patronal obtenida por una representación ficticia o falsa basada en un sector económico que le resulta extraño, le permitiría condicionar los costes laborales de terceras empresas que realmente no representa, afectando así al acceso al mercado de dichas empresas y a su capacidad competitiva.

Por ello, no se puede vincular a colectivos ajenos al ámbito lógico de negociación sobre los cuales las partes negociadoras no tienen representatividad real. Es decir, no puede fijarse el ámbito de negociación de forma “carente de justificación objetiva, irrazonable o desproporcionada”⁶⁴⁶, para incluir en el mismo a sectores económicos de manera artificiosa y forzada, cuando una de las representaciones del órgano negociador, en este caso la empresarial, carece de representatividad sobre ese ámbito⁶⁴⁷. Para analizar su auténtica representatividad, se debe atender a unos requisitos mínimos de homogeneidad y coherencia entre el ámbito anexionado presuntamente de forma artificiosa, con el resto del ámbito de aplicación, para lo cual el órgano judicial deberá

⁶⁴⁵ Por todas, STS de 21 de noviembre de 2010 (rec. 208/2009).

⁶⁴⁶ STS de 21 de diciembre de 2010 (rec. 208/2009).

⁶⁴⁷ SAN de 3 de mayo de 2016 (proced. 69/2016).

comparar y ponderar en cada caso los elementos materiales para determinar si se trata de actividades homogéneas o no⁶⁴⁸.

Así, por ejemplo, en caso de que una asociación empresarial negocie un convenio colectivo en cuyo ámbito funcional no tiene representatividad (*v. gr.* al no tener ninguna empresa de dicha actividad afiliada), el mismo deberá ser declarado nulo en lo que respecta a ese ámbito funcional concreto⁶⁴⁹. Es más, en estos casos, de probarse que la asociación empresarial no tiene ninguna empresa asociada dentro del ámbito funcional del convenio que negocia, no será suficiente el simple reconocimiento de los sindicatos para mantener su legitimación negocial⁶⁵⁰.

Ahora bien, para poder alcanzar la declaración de nulidad del convenio por afectar a sectores ajenos a la representatividad de la asociación negociadora, resulta preciso realizar dos tareas complementarias por parte de quien impugna.

En primer término, deberá acreditar cuál es el auténtico ámbito de actuación estatutaria de dicha asociación. Esto es, discernir dentro de las empresas afiliadas a la asociación empresarial, aquellas cuya actividad coincide con la descrita en el ámbito funcional del

⁶⁴⁸ Por ejemplo, con relación al III Convenio Colectivo Estatal de instalaciones deportivas y gimnasios, se ha entendido que “las características de las instalaciones de campos de golf, los riesgos de la actividad, el mantenimiento de los campos de golf, la comercialización y la formación y el conocimiento para el desarrollo de las actividades, no son definitivas para elevarla a criterio jurídico separador de unidades de negociación colectiva” (SAN de 3 de mayo de 2016, proced. 69/2016). Asimismo, y con relación al mismo convenio colectivo, el mismo tribunal (SAN de 11 de septiembre de 2015, proced. 177/2015) ha indicado que el convenio contiene “una regulación manifiestamente insuficiente” porque no define las funciones de las actividades relacionadas con la navegación y atraques, pero sobre todo porque “deja sin regular el resto de actividades propias de un puerto deportivo o club marítimo, que son significativamente más complejas que las propias de un gimnasio o una instalación deportiva tradicional, lo cual nos permite concluir que no concurren las notas de homogeneidad objetiva, exigidas por la jurisprudencia, para incluir en el ámbito funcional del convenio las actividades deportivas náuticas y de puertos deportivos”. El Tribunal Supremo también ha tenido ocasión de pronunciarse a este respecto sobre el mismo Convenio Colectivo en STS de 27 de abril de 2017 (rec. 174/2016), afirmando que la inclusión de las actividades náutico-deportivas y puertos deportivos no respetaba el principio de homogeneidad por tratarse de actividades “significativamente más complejas”, pero que dicha razón no se da en el caso de las actividades deportivas de campos de golf con relación a las genéricas actividades deportivas.

⁶⁴⁹ En tal sentido, ver la sentencia del Juzgado de lo Social de Bilbao núm. 490/2011 de 23 de diciembre (proced. 757/2011).

⁶⁵⁰ SAN de 11 de septiembre (proced. 177/2015).

convenio colectivo del sector que se trate, de aquellas otras cuya actividad se sitúa al margen de este último⁶⁵¹. Por ello, deberá estudiar con detenimiento tanto su régimen estatutario, así como el de todas aquellas otras asociaciones vinculadas de manera no coyuntural a la misma e incluidas en el cómputo a efectuar. Tarea difícil de realizar, en particular, por la complejidad de acceder a los estatutos de las asociaciones empresariales y normas internas de desarrollo igualmente útiles a estos efectos⁶⁵². Debe indicarse, no obstante, que se ha facilitado el acceso a estos documentos gracias a la creación de una base de datos central de estatutos de las organizaciones empresariales a tenor del art. 22 del RD 416/2015 de 29 de mayo⁶⁵³.

En segundo lugar, durante el procedimiento de impugnación del convenio sectorial por este motivo, deberá probar la falta de representatividad real de la asociación empresarial negociadora atendiendo a la inexistencia de empresas asociadas del sector del que se trate, tarea también complicada por la ausencia de un sistema registral a estos efectos. En este sentido, el TS ha establecido que para determinar la concreta legitimación de los representantes del banco empresarial se ha de computar no solo a aquellos empresarios que ejerzan su actividad en la totalidad del ámbito funcional y geográfico, sino también a cualquier empresario que en el ámbito territorial se dedique a alguna de las actividades que integran el marco funcional del convenio⁶⁵⁴.

A mayor abundamiento, como se verá⁶⁵⁵, la jurisprudencia hasta hoy mantenida tiende a avalar una eventual sobrerepresentación de las asociaciones empresariales negociadoras, en la medida que se niega la legitimación impugnatoria al empresario indebidamente incluido en el convenio que no está auténticamente representado.

⁶⁵¹ LANTARÓN BARQUÍN, D., *Legitimación negocial en el banco empresarial ...op. cit.*, p. 65.

⁶⁵² *Idem*. En este sentido, a pesar de su publicación oficial, se encuentran dispersados en múltiples boletines oficiales provinciales cuyo acceso digital puede resultar limitado en relación con documentos antiguos.

⁶⁵³ <https://explotacion.mtin.gob.es/deose/publico/copiaEstatutos>. No obstante, su alcance es muy limitado en la medida que solo disponen electrónicamente de los estatutos de las asociaciones nacidas a partir de la fecha la creación de este registro.

⁶⁵⁴ SSTs de 21 de noviembre de 2005 (rec. 148/2004) y 3 de diciembre de 2009 (rec. 84/2008).

⁶⁵⁵ *Vid.* capítulo tercero, apartado I, 5.

6.3. El grupo de empresas como sujeto negociador del convenio sectorial

Otra consideración ligada a la anterior, que también puede afectar a la libre competencia entre las empresas, es la relativa a si un grupo de empresas o una unión temporal de empresas puede constituirse en asociación empresarial a efectos de negociar un convenio sectorial. De admitirse su legitimación, y superando los flexibles umbrales de representatividad, podría imponer las condiciones negociadas por y para el grupo concreto al resto del sector a través del convenio sectorial alcanzado.

Dicho de otro modo, la incógnita que se plantea es si el grupo de empresas, constituyéndose en asociación empresarial conforme a la Ley 19/1977, podría obtener la legitimación necesaria para firmar un convenio sectorial pensado y negociado para dichas empresas concretas, pero con efectos sobre el resto del sector. Esto implicaría que un conjunto de empresas unidas estrechamente entre sí pudiera fijar las condiciones laborales al resto de empresas del sector con el exclusivo fin de defender sus intereses. En contra de esta posibilidad, podría entenderse que esta actuación sería fraudulenta, ya que el ámbito funcional y personal del convenio sectorial debería circunscribirse al grupo, o directamente deberían negociar un convenio de grupo de empresas *ex* 87.3.b) ET.

A nivel jurisprudencial, recientemente el TS vino a señalar *obiter dicta* que no existe ningún motivo por el que un grupo de empresas no puede constituirse en una asociación empresarial para la defensa de los intereses comunes del grupo en la negociación colectiva sectorial⁶⁵⁶. El tribunal añadía que, en todo caso, lo que debería hacer quien pudiera salir perjudicado es impugnar los estatutos de la asociación empresarial, competencia también del orden social *ex* art. 2.1) LRJS⁶⁵⁷, antes de que se

⁶⁵⁶ STS de 8 de noviembre de 2016 (rec. 259/2015).

⁶⁵⁷ Eso sí, debe recordarse que para que el orden social sea competente, la asociación empresarial debe contar entre sus finalidades la de promover y defender los intereses de los empresarios en las relaciones laborales (STS de 25 de enero de 1999, rec. 1754/1998).

procediese a la constitución de la comisión negociadora. Para el supuesto de la UTE, la STS de 25 de mayo de 2006 (rec. 20/2005), aplicó las presunciones de representatividad, lo que permitió que no se desvirtuara la legitimación de la asociación firmante. Eso sí, el tribunal matizó, en esta ocasión, que en el caso de que se consiguiera probar la representación ficticia de la asociación empresarial, el convenio devendría nulo.

Así las cosas, dada la facilidad de constituir una asociación empresarial a efectos laborales, pues únicamente se requiere de tres empresas promotoras, y teniendo en cuenta la flexibilidad de los criterios de representatividad, resulta conveniente que el legislador introduzca una limitación para que al menos, los grupos de empresas, uniones temporales de empresas, empresas vinculadas entre sí, etc., no puedan aprovechar la eficacia normativa y *erga omnes* del convenio sectorial para alterar la competencia empresarial en el sector. Bastaría con establecer una exclusión legal en este sentido, de tal forma que los convenios sectoriales no puedan ser negociados por asociaciones empresariales que se confundan con grupos de empresas. Con todo, vía interpretativa también podría sancionarse esta forma de actuar, ya que, a pesar de que la asociación patronal estuviera formalmente legitimada, podría apreciarse el uso fraudulento de la negociación sectorial en lugar de la negociación de empresa.

6.4. Las cláusulas de disciplina empresarial en los estatutos de las asociaciones patronales que limitan o prohíben la negociación colectiva

Otra cuestión interesante relacionada con la legitimación y que puede afectar a la competencia es la existencia de cláusulas de disciplina empresarial recogidas en los estatutos de la asociación empresarial. Las mismas pueden contemplar dos supuestos que vulnerarían el derecho a la libertad de empresa y a la negociación colectiva en particular. Por un lado, en virtud de estas cláusulas, la empresa asociada, en el momento de su afiliación, renunciaría al derecho a negociar un convenio colectivo estatutario propio en beneficio exclusivo de la asociación, asegurándose de este modo un mayor alcance subjetivo del convenio que la asociación hubiera negociado o negociase. Por

otro lado, este tipo de previsiones estatutarias podrían legitimar internamente a la asociación para determinar la estrategia negocial que la empresa miembro, durante el proceso de negociación, debiera seguir, bien directamente, por ejemplo, estableciendo el mandato obligatorio para que la asociación negociara en su nombre, bien indirectamente, esto es, marcando contenidos concretos a negociar por la empresa.

En ambos supuestos, a pesar de tratarse de una decisión voluntaria de la empresa que se afilia a la asociación patronal, constituye una renuncia directa o indirecta del derecho fundamental a la negociación colectiva que puede afectar, a su vez, a su libertad de empresa, por cuanto el empresario individual ve cercenada su capacidad de actuación en el mercado laboral⁶⁵⁸. Por este motivo, a pesar de que un eventual incumplimiento no incidiría en el convenio de empresa resultante, estas cláusulas de marcado carácter anticompetitivo podrían atentar contra la autonomía negocial del empresario, sin perjuicio que puedan afectar indirectamente a la autonomía de los representantes de los trabajadores⁶⁵⁹.

6.5. Consideración final: las pequeñas y medianas empresas frente a la negociación sectorial

Como se ha visto, de la actual regulación de la legitimación negociadora a nivel sectorial se deriva el riesgo de que las pequeñas y medianas empresas no estén debidamente representadas a la hora de negociar el convenio sectorial.

Ello se ha visto agravado por la propia dinámica del asociacionismo empresarial español. A este respecto conviene recordar que la singular génesis de las organizaciones patronales durante la transición política propició un fuerte control desde la cúspide por parte de las grandes empresas. De este modo, el resultado ha sido una fuerte unidad

⁶⁵⁸ ESTEVE SEGARRA, A., *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 68-71.

⁶⁵⁹ Cfr. DE LA VILA GIL, L. E., “El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales”, en Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín (Coords.), *Derecho del Trabajo y Seguridad Social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Vila Gil: homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid: CEF, 2006, pp. 281-340.

del asociacionismo empresarial en torno a la gran confederación, la CEOE, que ha logrado integrar en su seno a todo tipo de empresas, canalizando solo parcialmente las especialidades de las pequeñas empresas por medio de la estructuración de organizaciones paralelas a través de la CEPYME, pero siempre bajo el manto organizativo común de la CEOE.

Ello ha dado lugar a que, en la generalidad de las ocasiones, al empresariado en nuestro país se le haya oído con una sola voz, sin exteriorizarse normalmente exigencias propias en favor de las pequeñas empresas⁶⁶⁰. Así se llega al resultado, dudosamente competitivo, de que la negociación sectorial es la que prevalentemente se dirige a regular las condiciones de trabajo de las empresas de más reducidas dimensiones, en tanto que la negociación empresarial se enfoca a una empresa de tamaño medio o grande⁶⁶¹.

Es decir, quienes se sientan a negociar los convenios colectivos sectoriales representan más a las grandes empresas y, probablemente, miran a sus situaciones internas y necesidades propias, olvidando a las pequeñas empresas, muy importantes en número, pero “sin real representación ni de los trabajadores ni de los empresarios en las mesas negociadores”⁶⁶². Por ello, puede ocurrir que la fijación de costes en el convenio colectivo sectorial resulte difícilmente asumible a estas empresas y beneficie, al mismo tiempo, a los empresarios cuya fortaleza económica es mayor, no solo porque fijan un estándar de precios en el que se encuentran cómodos, sino porque dicha uniformización provoca un debilitamiento competitivo de los demás empresarios del sector, sin perjuicio, como se ha visto, que ni siquiera ellos apliquen dicha estandarización gracias a poder negociar su propio convenio colectivo de empresa.

⁶⁶⁰ CRUZ VILLALÓN, J., *Las relaciones laborales en la pequeña empresa: una aproximación a sus especialidades normativas*, Cádiz: Universidad de Cádiz, 2003, p. 20.

⁶⁶¹ *Ibidem*, p. 40.

⁶⁶² SERRANO ARGÜELLO, N., “La desnaturalización y externalización de la negociación colectiva. Una impropia respuesta legal a la constatación de los fracasos negociadores”, en AA.VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1128.

Así, ante las consecuencias negativas que ello implica para la competitividad empresarial de estas empresas, surge la necesidad de mejorar normativamente el sistema en torno a la representatividad real de los sujetos negociadores. Al respecto, se debería aspirar a que las pequeñas y medianas empresas estuvieran mejor representadas en el interior de las asociaciones empresariales. La razón de ello es que la alternativa, esto es, que constituyeran asociaciones propias, se ha mostrado como una posibilidad difícil por la falta de concienciación de este colectivo para encauzar las cuestiones laborales de forma común, dado el pequeño número de trabajadores que ocupan⁶⁶³. Desde esa perspectiva, está claro que el sector de la pequeña empresa no está tan bien organizado como el sector de la gran empresa, ni puede pretenderse que lo esté⁶⁶⁴.

En todo caso, amén de potenciar el dinamismo y la democracia interna en el asociacionismo empresarial, el legislador debería formular exactamente los límites de la negociación sectorial en atención a estos riesgos para la competencia⁶⁶⁵. Es decir, la solución pasaría por las exigencias propias de toda economía de mercado, en donde la libre competencia en términos de igualdad resulta ser “el instrumento motor del sistema”⁶⁶⁶. Así, además de establecer una regulación de la legitimación empresarial que descansa principalmente en el criterio del número de empresarios, se deberían remover los obstáculos legales y jurisprudenciales para que las pequeñas y medianas empresas puedan estar realmente representadas y participar en pie de igualdad en la negociación sectorial.

⁶⁶³ CRUZ VILLALÓN, J., *Las relaciones laborales en la pequeña empresa...op. cit.*, p. 136.

⁶⁶⁴ BIAGI, M., “El derecho del trabajo en pequeñas y medianas empresas. ¿Flexibilidad o ajuste? Reseñas relativas a las relaciones colectivas”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 63, 1994, pp. 45-70.

⁶⁶⁵ VALDÉS DAL-RE, F., *La negociación empresarial...op. cit.*, p. 125.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 126.

II. La legitimación negociadora a nivel de empresa y la desigual capacidad competitiva

En paralelo a la legitimación a nivel sectorial, también debe prestarse atención a la regulación de la legitimación negociadora en el ámbito empresarial, pues igualmente tiene una repercusión clara en la desigual capacidad competitiva de las empresas. A este respecto, como resultado de la selección de sujetos legitimados por la norma estatutaria, pueden surgir tensiones competitivas dada la dificultad o imposibilidad de celebrar convenios colectivos estatutarios para las pequeñas y medianas empresas, así como para las de estructura compleja. En este sentido, dicha desigualdad normativa genera a su vez una desigualdad económica a la hora de competir en el mercado, poniendo en cuestión que la vigente regulación de la legitimación negociadora sea respetuosa con la libertad de empresa y el derecho a la negociación de todos los empresarios.

1. La legitimación patronal

De entrada, conviene plantearse cuál es la regulación sobre la legitimación patronal, pues históricamente el ET nada establecía al respecto. Sin embargo, con la reforma introducida por el RDL 7/2011, el legislador diferenció en el art. 87.3 ET dos supuestos de legitimación empresarial según el nivel de negociación. De un lado, el empresarial o nivel inferior y, de otro, el de grupo de empresas o red de empresas.

1.1. Nivel de empresa o inferior

En relación con el primer nivel, el precepto estatutario no es muy esclarecedor y se limita a “recordar” que para la negociación de convenios de empresas el legitimado será el “propio empresario”. Este puede negociar por sí mismo, en caso de tratarse de un empresario persona física, o a través de los órganos que expresan la voluntad del ente, si se trata de persona jurídica. Con todo, aunque este sea el sujeto natural legitimado, no debe interpretarse de forma restrictiva, pues cabe la delegación en favor

de un tercero, incluidas las asociaciones empresariales a las que libremente, y de conformidad con el mandato representativo civil, el empresario autorice para negociar el convenio en cuestión⁶⁶⁷.

Por otro lado, el ET también reconoce al “propio empresario” como el sujeto legitimado para negociar los convenios de “ámbito inferior”. Aunque sigue sin ser mencionado, el art. 87.3 ET hace referencia principalmente al centro de trabajo, que se erige como la unidad de negociación típica a partir de la cual se instituyen los órganos de representación unitaria para la defensa de los intereses de los trabajadores. Esto no significa que se agoten en tal supuesto las posibilidades de la negociación de ámbito inferior, ya que las partes pueden optar por otras unidades de negociación infraempresariales, que pueden ser de tipo vertical, como, por ejemplo, el departamento, la división o la sección departamental, o de tipo horizontal, constituida por un colectivo o franja de trabajadores profesionalmente homogéneo dentro de una empresa⁶⁶⁸. En todos estos casos, será el empresario o la persona en quien delegue el legitimado para negociar dichos convenios de ámbito inferior.

En principio, parece poco probable que dentro de una misma empresa se presenten problemas de legitimación patronal, razón por la cual la norma parece presumir que el interés empresarial es único. Con todo, dada la amplitud conceptual del empresario laboral, será necesario atender a la regulación civil o mercantil a los efectos de adopción de acuerdos. Así, por ejemplo, en una comunidad de bienes que pretenda negociar un convenio colectivo propio, la negociación le corresponderá a la comunidad en sí misma considerada, a pesar de no tener personalidad jurídica propia. En este sentido, de conformidad con el art. 398 CC, será obligatorio el acuerdo de la mayoría de los partícipes, siempre y cuando representen la mayor cantidad de los intereses que constituyen el objeto de la comunidad.

⁶⁶⁷ *Ibidem*, p. 479.

⁶⁶⁸ AMAADACHOU KADDUR, F., “La determinación de las partes que conciertan el convenio colectivo de naturaleza estatutaria”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 180, octubre 2015, p. 274.

1.2. Grupo de empresas y empresas red

Uno de los aspectos más novedosos y destacados de la reforma introducida por el RDL 7/2011 afectó a la legitimación para negociar convenios colectivos de grupos de empresas y empresas red. El fin que subyació de fondo era adecuar las reglas de legitimación patronal a las condiciones cambiantes que habían tenido lugar en el modelo de relaciones laborales. En concreto, se dio respuesta a las nuevas realidades empresariales en el marco de los procesos de descentralización productiva, cada vez más presentes en nuestro tejido productivo⁶⁶⁹.

Con anterioridad a esta previsión específica, y ante la laguna legal sobre las reglas de legitimación, tanto del lado patronal como del social, los tribunales venían aplicando el denominado “criterio mixto” o cruzado⁶⁷⁰, que consistía en extender las reglas del convenio de empresa para la representación empresarial y las de los convenios de ámbito supraempresarial para la de los trabajadores. Así, y por lo que aquí interesa, del lado del empresario, la negociación correspondía al propio grupo y a sus órganos de dirección, pues hubiera carecido de lógica conferir la legitimación a las asociaciones empresariales en esta unidad de negociación cuando el grupo empresarial podía estar presente por sí mismo⁶⁷¹.

Pues bien, la reforma del 2011 hizo suya esta jurisprudencia, al señalar que, para los convenios de empresa o red de empresas, la representación corresponde a “dichas empresas”. El legislador entendió con acierto que los intereses de las distintas empresas pertenecen a un agregado, dotado de una indiscutible singularidad y por ello la legitimación empresarial no se podía conferir a una asociación empresarial, sino directamente a las propias empresas, tal y como defendía la doctrina⁶⁷².

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 286.

⁶⁷⁰ Por todas, STS de 10 de junio de 2002 (rec. 1198/2001).

⁶⁷¹ MUÑOZ, A.B., “Legitimación para negociar”, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁷² VALDÉS DAL-RÉ, F., “La legitimación empresarial para negociar convenios estatutarios”, *op. cit.*, p. 479.

Así, la reforma recogió el acervo jurisprudencial y doctrinal favorable a la ampliación de las reglas de legitimación a las nuevas unidades de negociación. De hecho, aunque no constituya una unidad de negociación empresarial en sentido estricto, responde a su vez a la lógica de convertir a la empresa como referente de la negociación colectiva (y, por tanto, también a las nuevas realidades empresariales). Impresión que se confirma por la ubicación de esta nueva unidad de negociación en el ET, pues está incluida en el apartado 1 del art. 87 ET, y no en un apartado diferenciado o en el correspondiente a los convenios colectivos sectoriales⁶⁷³.

Ahora bien, con esta sucinta expresión “dichas empresas”, el legislador establece la legitimación para dos supuestos distintos, sin valorar en profundidad las circunstancias específicas de cada realidad. De nuevo, parece que el ET presume una única voluntad negociadora del lado patronal, incluso cuando se trata de varias empresas distintas.

En efecto, dicha fórmula de legitimación se proyecta, por un lado, a las redes empresariales y, por otro, a los grupos de empresas. Con relación a las primeras, el ET ofrece una definición: “empresas vinculadas por razones organizativas o productividad y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación”⁶⁷⁴. Respecto al grupo de empresas, la doctrina ha entendido que el elemento diferenciador en relación con las redes empresariales está en la finalidad, pues estas tratan de potenciar los objetivos propios de cada empresario y los grupos sirven para prestarse ayuda mutua desde la autonomía de cada empresa, *v. gr.* poniendo en común determinados servicios⁶⁷⁵. Es más, cabría preguntarse si la legitimación prevista en el art. 87 ET se está refiriendo exclusivamente al grupo de empresas mercantil o también al patológico laboral⁶⁷⁶ o

⁶⁷³ OLARTE ENCABO, S., “Legitimación representativa en la negociación colectiva: reglas legales en el marco del cambio de modelo”, *op. cit.*, p. 499.

⁶⁷⁴ Hasta en tres ocasiones el ET repite esta definición, arts. 84.2, 87.1 y 87.3 ET.

⁶⁷⁵ MUÑOZ, A.B., “Legitimación para negociar”, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁷⁶ DEL REY GUANTER, S., “La negociación colectiva a nivel de empresa y, en particular, la prioridad aplicativa del convenio de empresa”, en AA.VV, *Estructura de la negociación colectiva*, Madrid: MESS, 2015, p. 76.

incluso al grupo laboral de empresas “no patológico”⁶⁷⁷. En este sentido, la doctrina ha entendido que el concepto de grupo de empresas recogido en el art. 87.1 ET engloba a todos estos supuestos⁶⁷⁸.

A mayor abundamiento, debe significarse que, dentro de cada una de estas realidades, caben, a su vez, diferentes modalidades de integración empresarial. Por ejemplo, en la red de empresas, encajan supuestos de colaboración interempresarial como la filiación, la subcontratación, la franquicia, etc. Eso sí, cada unidad empresarial mantiene su personalidad jurídica propia y la independencia económica⁶⁷⁹. Por otro lado, dentro del concepto de grupo de empresa pueden darse los formados verticalmente, donde efectivamente existe una dirección única y dominante y varias empresas que, a pesar de conservar la personalidad jurídica, encuentran su autonomía económica y organizativa muy limitada; y los grupos de empresas horizontales, en los que las empresas coordinan sus objetivos en plano de igualdad, conservando un mayor grado de autonomía y sujetas a una única dirección, pero menos intensa⁶⁸⁰.

En este sentido, es criticable que la actual regulación de la legitimación en los grupos de empresas y en las empresas vinculadas entre sí por razones organizativas o productivas no haya establecido reglas precisas atendiendo a la diversidad de realidades que se aglutinan bajo tales categorías. Es decir, el ET no resuelve la incógnita de cómo articular la representación de todas las empresas que pertenecen al grupo o a la red.

⁶⁷⁷ *Vid.* la nueva doctrina del Tribunal Supremo al respecto, SSTTS de 20 de octubre de 2015 (rec. 172/2014), y de 10 de noviembre de 2017 (rec. 3049/2015)

⁶⁷⁸ CASAS BAAMONDE, M.^a E., “La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa”, en Carlos L. Alfonso Mellado *et al.* (Coords.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2016, p. 60. Algún autor ha sostenido que el hecho de firmar un convenio de grupo de empresa puede ser tenido en cuenta como indicio para convertir al grupo en patológico, *vid.* DEL REY GUANTER, S., “La negociación colectiva a nivel de empresa y, en particular, la prioridad aplicativa del convenio de empresa”, en AA.VV., *Estructura de la negociación colectiva*, Madrid: MESS, 2015, p. 76.

⁶⁷⁹ TOMÁS JIMÉNEZ, N., *Los sujetos del convenio colectivo. Partes negociadoras*, Granada: Comares, 2013, p. 205.

⁶⁸⁰ *Idem.*

A propósito de ello, teniendo en cuenta los tipos de grupos, la doctrina ha sostenido que las reglas deberían ser parcialmente diferentes o al menos dotarlas de la suficiencia flexibilidad como para acoger a ambos tipos de grupos⁶⁸¹. En ese sentido, los comentaristas defienden que en los de tipo vertical, se debe admitir una mayor flexibilidad en la representación del conjunto de las empresas, dotando de mayor fuerza negociadora a la empresa dominante, frente a los grupos horizontales en los que la participación de todas las empresas se debería regir por criterios más estrictos de representatividad⁶⁸². Sin embargo, otros autores mantienen que una interpretación literal del art. 87.3.b) ET permite entender que deberá ser una representación que acoja a todas las empresas, ya se trate de un grupo vertical, horizontal o red de empresas⁶⁸³, salvo delegación del resto de las empresas en favor de alguna en particular.

Con todo, la duda de cómo determinar la representación de estas empresas vinculadas o agrupadas permanece, máxime si se tiene en cuenta que el número de miembros en la mesa negociadora es limitado a tenor del art. 88.4 ET. Por ello, se podría pensar en trasladar los criterios de representatividad previstos para la distribución de miembros en la negociación sectorial, esto es, de forma proporcional al número de trabajadores que cada empresa ocupa⁶⁸⁴. Otra opción sería atender al poder de influencia de cada una de las empresas para realizar el reparto proporcional⁶⁸⁵, medido a través del peso

⁶⁸¹ *Ibidem*, p. 206.

⁶⁸² BAZ RODRIGUEZ, J., “Participación y negociación colectiva en los grupos de empresas españoles: Análisis del acuerdo marco de grupo como instrumentos de interacción operativa entre ambas funciones”, AA.VV, *X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999*, Madrid: MTT, 2000, p. 758.

⁶⁸³ MUÑOZ RUIZ, A. B., *Problemas prácticos del convenio colectivo de empresa*, Valladolid: Lex Nova, 2014, p. 52.

⁶⁸⁴ NIETO ROJAS, P., “Estructura transversales de negociación. Descentralización productiva y nuevos ámbitos negociales”, *comunicación presentada en el X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sevilla, 2011, p. 7.

⁶⁸⁵ CRUZ VILLALÓN, J., “La negociación colectiva en los grupos de empresas”, en Luís Collado García y Antonio Pedro Baylos Grau (Coords.), *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Madrid: Trotta, 1994, p. 292.

económico relativo o el dominio de la Junta de accionistas⁶⁸⁶. En todo caso, a pesar de pertenecer a la esfera interna de la red o del grupo, en la medida que puede afectar derechos constitucionales, como el de la libertad de empresa y la negociación colectiva, se debiera observar siempre una especie de principio de representatividad.

2. La imposibilidad de negociar un convenio de empresa estatutario por falta de interlocutor social válido

2.1. La barrera prohibitiva de seis trabajadores y el discreto incremento del número de convenios de empresa

La afectación a la capacidad competitiva de los empresarios no solo deriva de la regulación analizada de la legitimación patronal, sino que está principalmente condicionada por la regulación de los sujetos legitimados por el lado de los trabajadores. En este sentido, la dificultad o imposibilidad para el empresario de encontrar un interlocutor válido en su empresa será determinante para poder ajustar las condiciones laborales a las circunstancias del entorno económico mediante la suscripción de un convenio de empresa.

De acuerdo con el ordenamiento jurídico actual, solo determinados trabajadores van a poder estar representados a nivel de empresa, en función precisamente de la dimensión de la organización empresarial para la que presten servicio. La razón de ello es que se establecen unos umbrales numéricos por debajo de los cuales no puede constituirse dicha representación. Así, *ex art. 62 ET*, no habrá representación de ningún tipo y en ningún caso en empresas con un volumen de plantilla inferior a seis trabajadores⁶⁸⁷. Es llamativo, en este sentido, que la misma reforma laboral de 2012 que pretendía, en la

⁶⁸⁶ MARÍN ALONSO, I., “El empleador complejo: legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios en los grupos y redes empresariales”, *Derecho y Trabajo: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 5, 2017, p. 3.

⁶⁸⁷ CRUZ VILLALÓN, J., *Las relaciones laborales en la pequeña empresa...op. cit.*, p. 111. Así, de conformidad con el art. 62.1 ET, se pueden elegir representantes unitarios en empresas que cuenten entre diez y cincuenta trabajadores, y también en aquellas con menos de diez y más de seis trabajadores, aunque en tal caso será necesario contar con el acuerdo mayoritario de los trabajadores afectados.

línea de las reformas de otros países europeos, fomentar la negociación colectiva de ámbito empresarial, ignorase la construcción legal de una representación unitaria de ámbito empresarial para las pequeñas empresas y para las empresas complejas⁶⁸⁸.

Como consecuencia de esta regulación, puede afirmarse que las empresas que cuentan con plantillas extensas y estables, como regla general⁶⁸⁹, son las que cuentan con la autonomía suficiente para la regulación normativa propia de las relaciones laborales. Así, la configuración y estabilidad de las estructuras representativas de los trabajadores permite a estas empresas consolidarse como unidades de negociación. Y con ello, se pueden proveer de convenios colectivos propios que, al separarse de lo regulado a nivel sectorial, les permite fijar condiciones laborales más competitivas.

En contraste, las pequeñas empresas, que o bien no superan el umbral mínimo de trabajadores, o bien no cuentan con estructuras representativas obreras estables, carecen de convenio propio. Como resultado, sus costes laborales se rigen por lo marcado en el convenio sectorial, en cuya participación y negociación puede que no hayan estado presentes. De este modo, la única vía de escape para poder competir es a través del proceso de inaplicación vía 82.3 ET, aunque con importantes diferencias⁶⁹⁰.

Estadísticamente, a pesar de haberse modificado la regulación de la estructura de la negociación colectiva para, aparentemente, potenciar el convenio de empresa, lo cierto es que no se ha traducido en un incremento significativo de dichos convenios colectivos, dado que las modificaciones legales de las reglas de legitimación en dicho nivel no han sido suficientes⁶⁹¹. Así, la opción legal por el convenio colectivo de

⁶⁸⁸ VIVERO SERRANO, J. V., “La obsolescencia y los inconvenientes del modelo de representación unitaria de los trabajadores por centros de trabajo. Por un nuevo modelo basado en la empresa, la negociación colectiva y no encorsetado a nivel provincial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, enero 2017, p. 210. Añade el autor que la apuesta normativa por el centro de trabajo como unidad electoral para la representación legal de los trabajadores encontraba su fundamento, entre otros motivos, en la cercanía física entre los representantes y los representados, pero que en el mundo digital carece de sentido. También por la finalidad de fragmentar el movimiento obrero desde el franquismo.

⁶⁸⁹ Salvo para las empresas multicentros, *vid.* capítulo tercero, apartado II, 2.1.2.

⁶⁹⁰ *Vid.* capítulo sexto, apartado IX.

⁶⁹¹ SERENA GARRALDA, J., “Legitimación para negociar un convenio colectivo de empresa de prioridad aplicativa”, *Revista de Información Laboral*, núm. 1, 2017, p. 1.

empresa no es “una real elección por la empresa y en favor de esta” ya que solo se les permite a las empresas que cuentan con las necesarias dimensiones dotarse, gestionar y renovar un convenio colectivo⁶⁹².

En este sentido, desde la reforma del 2012, el porcentaje de convenios colectivos de empresa ha sufrido solo un discreto aumento paulatino, permaneciendo estable en torno al 75% del total de convenios vigentes en España⁶⁹³.

Año (efectos económicos)	Núm. de convenios de empresa	% sobre el total de convenios
2008	4.539	75,81 %
2009	4.323	75,98 %
2010	3.802	75,03 %
2011	3.422	74,63 %
2012	3.234	73,90 %
2013	3.395	73,98 %
2014	4.004	77,22 %
2015	4.493	79,63 %
2016	3.855	78,32 %
2017	2675	76,03%

Como se decía, entre las posibles causas de este ligero aumento de convenios colectivos de empresa está la falta de adaptación de las reglas de legitimación a la actual realidad empresarial, en la que predominan las empresas de menos de diez trabajadores⁶⁹⁴. En efecto, el tamaño medio de las empresas en España es inferior al de los principales países de la Unión Europea. Con datos de 2016, el número medio de trabajadores por

⁶⁹² SERRANO ARGÜELLO, N., “La desnaturalización y externalización de la negociación colectiva. Una impropia respuesta legal a la constatación de los fracasos negociadores”, *op. cit.*, p. 1127.

⁶⁹³ *Vid.* Boletín del Observatorio de la Negociación Colectiva, de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, teniéndose en cuenta el total de convenios con efectos económicos conocidos y registrados.
http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/B_Actuaciones/Boletin/BONC_n59_actualizacion.pdf

⁶⁹⁴ La subdirección General de Apoyo a la PYME del Ministerio de Industria, Energía y Turismo apunta en *Retrato de las PYME 2017* otras causas complementarias, *vid.*
<http://www.ipyme.org/Publicaciones/Retrato-PYME-DIRCE-1-enero-2016.pdf>

empresa en nuestro país es 4,7, muy lejos de los 11,7 de Alemania o de los 11 del Reino Unido. De hecho, en torno al 90 del tejido empresarial español está compuesto por microempresas, entendiendo estas como las que tienen entre 1 y 9 trabajadores (descontando a las empresas sin asalariados).

En concreto, sobre el total de empresas, aquellas cuya plantilla oscila entre 6 y 9 trabajadores representan el 8%; las que cuentan entre 3 y 5 trabajadores en torno al 20%, y las empresas con 1 o 2 asalariados suponen más del 61%⁶⁹⁵. Es decir, más del 80% de las empresas españolas tiene menos de 6 trabajadores. Por su parte, las empresas de entre 10 y 250 empleados apenas supone casi el 10% del total, y las grandes corporaciones de más de 250 trabajadores son solo el 0,1%.

Con todo, debe tenerse presente que los datos disponibles se refieren a la empresa en su conjunto y no a cada centro de trabajo. Esta matización es relevante pues a efectos negociales, como se verá, los umbrales de legitimación se proyectan sobre el centro y no sobre la empresa, lo que conduce a la idea de que los datos ofrecidos solo se aproximan a la dificultad de poder negociar un convenio colectivo propio.

En todo caso, en líneas generales, debe indicarse que la fotografía de la estructura dimensional de la empresa española no se ha modificado en los años de crisis y continúa mostrando un predominio de la microempresa (entre 1 y 9 trabajadores)⁶⁹⁶, al igual que su índice de cobertura, esto es, el número de trabajadores contratados por parte de estas, que se mantiene alrededor del 10% del total de asalariados⁶⁹⁷. Esto es, a pesar del que las microempresas suponen el 89% del total de empresas en España, solamente contratan al 10% del total de trabajadores por cuenta ajena. A mayor abundamiento, si se estudia la distribución de los convenios empresariales en función

⁶⁹⁵ DIRCE a 1 de enero de 2016.

⁶⁹⁶ FUNDACIÓN BBVA-IVIE, “Crecimiento económico y tejido empresarial en España”, *Esenciales*, núm. 4, 2016.

⁶⁹⁷ GÓMEZ RUIFIÁN, L., “Tendencias estructurales en el sistema de negociación colectiva tras la reforma de 2012”, *TRSS. CEF*, núm. 394, enero 2016, p. 31.

del número de trabajadores afectados por cada uno de ellos, se descubre que los convenios de empresa parecen seguir alejados de las microempresas⁶⁹⁸.

Por otro lado, además de constar el escaso impacto de la reforma en el número de convenios colectivos de empresa, otra variable a considerar es el nacimiento de unidades convencionales en este ámbito empresarial, ya que la prioridad material y temporal del convenio de empresa pudo generar altas expectativas en este sentido. Los datos oficiales del Ministerio de Trabajo⁶⁹⁹ muestran las siguientes nuevas unidades convencionales a nivel de empresa:

Año	2012	2013	2014	2015	2016	2017
Nuevas unidades de negociación a nivel de empresa	323	625	575	524	472	361

Sin embargo, a pesar de haber emergido nuevas unidades convencionales de empresa, ello no ha cambiado la enorme hegemonía del convenio sectorial de eficacia general en España, medida especialmente a través de su cobertura⁷⁰⁰. Así, por ejemplo, en el año 2013, que es cuando nacen más unidades convencionales de empresa, los 625 nuevos convenios de empresa cubrieron tan solo a 55.303 trabajadores, mientras que las nuevas unidades de negociación de ámbito superior a la empresa, que fueron apenas 37 convenios, afectaron a más de 214.000 trabajadores. Más claramente, mientras que, al comenzar la crisis en el año 2007, el 12,1% de los trabajadores estaba afectado por un convenio de empresa (1.404.704 / 11.606.469), en el año 2016, y a pesar de las sucesivas reformas laborales, esta cifra ha descendido y se sitúa en torno al 9,73% de los asalariados (269.052 / 2.763.417).

⁶⁹⁸ *Ibidem*, pp. 38-39.

⁶⁹⁹ <http://www.empleo.gob.es/estadisticas/cct/welcome.htm>

⁷⁰⁰ LAHERA FORTEZA, J., “La reforma descentralizadora de la negociación colectiva en la empresa: su repercusión en la gestión del cambio y en la conceptualización del modelo español de negociación colectiva”, *Documentación Laboral*, núm. 109, 2017, p. 137. Con idéntica conclusión, a la luz de los datos, GÓMEZ RUFÍAN, L., “Tendencias estructurales en el sistema de negociación colectiva tras la reforma de 2012”, *CEF-Trabajo y Seguridad Social*, 2016, núm. 394, pp. 31-36.

A pesar de todo lo dicho hasta el momento, debe aclararse que la regulación que se hace de la legitimación negocial no es la única causa por la que las empresas no cuentan con un convenio colectivo propio. En este sentido, si acudimos a la última Encuesta Anual Laboral, del año 2015, en la que se preguntaba sobre cuál era el motivo principal para no contar con convenio colectivo de empresa⁷⁰¹, del total de empresas solo el 15,3% señalaba “falta de representación legal de los trabajadores en la empresa”. No obstante, conviene matizar dos cuestiones. Por un lado, solamente se tuvo en cuenta a empresas con más de 5 trabajadores, dejando por tanto el grueso de las pequeñas empresas que realmente alegrarían dicho motivo. Por otro lado, se aprecia que a medida que el tamaño de la empresa descende, el peso de este motivo aumenta. Así, solamente un 4,8% de empresas con más de 499 respondieron que no tenían convenio colectivo propio por no contar con representación legal de los trabajadores, mientras que en las empresas de entre 5 y 9 trabajadores dicho porcentaje aumenta hasta casi el 16%, tendencia que se observa también durante los años 2013 y 2014. Ello no significa que no existan otros motivos que expliquen en otros casos la falta de convenio colectivo propio, por ejemplo, que el convenio colectivo sectorial se adecúe satisfactoriamente a las necesidades de la empresa, la negativa de los representantes de los trabajadores para negociar, la voluntad empresarial de no tener convenio propio porque supone trasladar el conflicto al centro de trabajo, los costes económicos que supone, etc. No obstante, como se acaba de apuntar, en las empresas con menos de 10 de trabajadores, un factor decisivo es la falta de representación legal de los trabajadores en la empresa.

Por último, si observamos el número de inaplicaciones en función del número de trabajadores del año 2016, del total de 1326 inaplicaciones de convenios, 1074 se produjeron en empresas entre 1 y 49 trabajadores⁷⁰² (un 80% del total). Aunque no hay datos disponibles más concretos en función de la plantilla de la empresa, sí sirve para corroborar que la inaplicación de convenios es el instrumento utilizado esencialmente por las pequeñas empresas para la adaptación de las condiciones laborales a su contexto económico. En este sentido, en 2015 la ratio número de inaplicaciones total / número

⁷⁰¹ En la Encuesta Anual Laboral de 2016 desaparece esta cuestión.

⁷⁰² Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo, MESS. Año 2016.

de inaplicaciones en empresas con menos de 50 trabajadores era de 1437 / 1254 (un 87% del total). En 2014 se situó en 2073 / 1831 (un 88% del total). Y en el año 2013, último año del que hay registro, esta cifra alcanzó 2512 / 2179 (un 87% del total).

Así las cosas, a efectos de comprender mejor esta limitación o exclusión de la función adaptativa de la negociación colectiva por motivo de las reglas de legitimación, principalmente con relación a las pequeñas empresas, conviene realizar inmediatamente tres breves apreciaciones sobre la elección de representantes de los trabajadores a nivel de empresa.

2.1.1. El centro de trabajo como unidad electoral

Además del límite analizado que supone la reducida dimensión de nuestras empresas, otro factor que contribuye a la imposibilidad o dificultad de contar con un convenio de empresa es la configuración legal del centro de trabajo como unidad electoral. Como es sabido, esta no es la empresa en su conjunto, sino el centro de trabajo. Así, el legislador parte de una concepción muy simple de empresa, no siendo capaz de dar una respuesta satisfactoria, a estos efectos, a las empresas con múltiples centros de trabajos dispersos por parte o todo el territorio nacional⁷⁰³. Una posible explicación de ello es que la negociación colectiva fue concebida, en términos generales, para desarrollarse en unas relaciones laborales que se desenvolvían en el ámbito de la gran fábrica que daba ocupación a un elevado número de trabajadores⁷⁰⁴. De hecho, esta lejanía entre la negociación colectiva y los pequeños centros de trabajo siempre estuvo presente en los países de la Europa mediterránea habida cuenta de la debilidad del tejido industrial, la pervivencia de la economía artesanal, la lenta y tardía revolución industrial, el fuerte impacto de la institución familiar sobre las iniciativas empresariales, la pervivencia de un asentamiento de la población en núcleos urbanos de pequeñas y

⁷⁰³ NIETO ROJAS, P., “La negociación colectiva de empresa por representantes de base unitaria. El principio de correspondencia como límite jurisprudencial”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 21, enero 2016, p. 308.

⁷⁰⁴ CRUZ VILLALÓN, J., *Las relaciones laborales en la pequeña empresa...op. cit.*, p. 9.

medianas dimensiones, etc.⁷⁰⁵. Así, los procesos de negociación colectiva predominaron entorno a la gran fábrica, por lo que su regulación tomó a esta como referencia, esquema que sigue arrastrándose en la determinación de la unidad electoral.

En este sentido, la doctrina ha mantenido que la falta de adaptación de la regulación legal de los órganos de representación unitaria a las nuevas realidades empresariales constituye un fuerte obstáculo a la promoción legal del convenio colectivo de empresa⁷⁰⁶, restando así capacidad de competir a estas empresas en condiciones de igualdad en un mercado libre.

No parece del todo coherente que la reforma legal del 2012 apostara por la negociación empresarial, y no ampliara la unidad electoral para facilitar la suscripción de convenios colectivos estatutarios⁷⁰⁷. En este sentido, no hay previsión legal de que exista representación unitaria en estas empresas o, mejor dicho, la previsión legal es justamente la contraria, esto es, que no exista⁷⁰⁸. De esta forma, se merma el objetivo de promocionar el convenio colectivo de empresa⁷⁰⁹. Como resultado, se convierte a la negociación a nivel de empresa en una solución “irreal” para la mejora de la competitividad general de las empresas, respondiendo solamente a las necesidades de unas pocas⁷¹⁰.

⁷⁰⁵ *Ibidem*, p. 10.

⁷⁰⁶ SERENA GARRALDA, J., “Legitimación para negociar un convenio colectivo de empresa de prioridad aplicativa”, *op. cit.*, p. 13.

⁷⁰⁷ PERÁN QUESADA, S., “La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa y sus efectos sobre la estructura de la negociación colectiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 33, 2013, p. 141.

⁷⁰⁸ CRUZ VILLALÓN, J., *Las relaciones laborales en la pequeña empresa...op. cit.*, p. 119.

⁷⁰⁹ SERENA GARRALDA, J., “Legitimación para negociar un convenio colectivo de empresa de prioridad aplicativa”, *op. cit.*, p. 10.

⁷¹⁰ En profundidad, *vid.* CRUZ VILLALÓN, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo: un marco legal insuficiente*, Madrid: Trotta, 1992.

Frente a esta rigidez, es posible plantearse dos eventuales puntos de fuga para permitir la negociación en el seno de la empresa⁷¹¹. Así, como primera solución, aparece la posibilidad de acumular trabajadores de los distintos centros de trabajo para alcanzar el número mínimo de seis trabajadores para elegir a un delegado de personal. En este sentido, el art. 62 ET hace referencia a la “empresa o centro de trabajo”, de tal modo que sería posible hacer una interpretación del precepto que favorezca el derecho a la negociación colectiva por analogía con el comité de empresa conjunto.

Sin embargo, el TS en la sentencia dictada en Sala General de 31 de enero de 2001 (rec. 1959/2000)⁷¹² rechazó que por vía interpretativa pudiera alcanzarse esta solución, aunque admitiera que “es ciertamente atractiva en línea de principios y el TS no tendría inconveniente alguno en asumirla si se tratara de un debate de *lege ferenda*, por ser más favorecedora del derecho de representación de los trabajadores en la empresa”. No obstante, el TS añadió que los tribunales no pueden sustituir la regulación elegida por otra, “por más avanzada y tutelar que pueda parecer”. Así, el TS, basándose en una interpretación cuestionable de la conjunción “o”⁷¹³, alcanzó la conclusión que el precepto establece el centro de trabajo como única unidad electoral.

Además, el TS en dicha sentencia entendió que esta desigualdad normativa entre las empresas o centros de trabajos con escasos trabajadores respecto de las que ocupan un mayor número estaba justificada porque “los problemas que puedan surgir en los centros de pequeñas dimensiones pueden resolverse por los propios interesados, y no llegan a alcanzar una problemática tan amplia y general que requiera el soporte de una

⁷¹¹ ALFONSO MELLADO, C. L., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura y la inaplicación de los convenios”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2013, p. 6.

⁷¹² Las sentencias señaladas no conforman un pronunciamiento aislado o singular, sino que se consolida como doctrina en posteriores sentencias, como, por ejemplo, de SSTS de 19 de marzo de 2001 (rec. 2012/2000), de 28 de mayo de 2009 (rec. 127/2008), de 14 de julio de 2011 (rec. 140/2010), de 11 de febrero de 2015 (rec. 2872/2013).

⁷¹³ En este sentido, señaló que la conjunción disyuntiva “o” no debe significarse “alternativa entre dos o más cosas o ideas”, sino que su significado sistemático y lógico es “idea de equivalencia”. De este modo, el centro de trabajo equivale a empresa en empresas de estructura y organización funcional simple porque existe un único centro de trabajo. Por el contrario, “para las empresas de organización compleja o múltiple, donde tal equivalencia no es posible, no opera la disyuntiva y”.

representación de intereses generales”. En este sentido, el TS no estimó que el 14 CE resultase violentado por esta regulación ya que “no son iguales las condiciones de relación social entre empresas y trabajadores, en los centros de trabajo de dimensiones reducidas que en los más amplios”⁷¹⁴.

A este respecto, resulta interesante la conexión que hizo el TS sobre el tamaño de la empresa, el grado de conflictividad y la necesidad de contar con representación legal para justificar su decisión. En este sentido, parece que es una idea compartida por parte de la doctrina, que entiende justificado el umbral de seis trabajadores en la medida que las cuestiones que puedan generarse en estos centros no llegan a alcanzar un nivel de conflictividad y complejidad tan amplio que requiera de la intervención de la representación colectiva ya que “pueden ser resueltas a través de la comunicación directa y fluida entre los trabajadores y empresarios, perdiendo su sentido aquella, en los centros de tan reducidas dimensiones”⁷¹⁵. No obstante, con independencia de este argumento sociológico y poco jurídico, lo cierto es que no se trata exclusivamente de una cuestión de “problemas que puedan surgir” en la empresa, sino de si los trabajadores y también el empresario pueden entablar un auténtico proceso de negociación colectiva que culmine con un convenio colectivo de empresa estatutario.

En una línea similar, también podría defenderse la idea de agrupar los trabajadores de todos los centros de trabajo por aplicación análoga de lo previsto en el art. 63.2 del ET para el comité conjunto. No obstante, esta opción ha sido igualmente rechazada en los tribunales. Así, la SAN de 27 de enero de 2000 (proced. 133/1999)⁷¹⁶ entendió que no se puede aplicar por analogía lo establecido “para la constitución de comités de

⁷¹⁴ El TS añadió matizó que siempre está abierta la representación vía sindical, de tal modo que los sindicatos pueden asumir en todo tipo de empresas la representación de sus afiliados, puesto que siempre tienen abierta la posibilidad de crear secciones sindicales y designar sus propios delegados sindicales. Sin embargo, a efectos de negociación de un convenio colectivo, como más adelante se verá, tal posibilidad exige que haya representación unitaria en, al menos, algún centro. Así, las empresas con un único centro de trabajo por debajo de 6 trabajadores, tampoco resulta viable esta opción.

⁷¹⁵ DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^a L., “La representación de los trabajadores en la Micro y Pequeña Empresa”, en Jesús Cruz Villalón, Remedios Menéndez Calvo y Magdalena Nogueira Guastavino (Coords.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*, Albacete: Bomarzo, 2017, pp. 384-385.

⁷¹⁶ En igual sentido, SAN de 7 de abril de 1999 (proced. 225/1998).

empresa al sistema de delegados de personal, y menos aún que se computen para la designación de estos, centros de trabajo de la misma provincia cuyas plantillas no llegan ni siquiera a alcanzar el número de seis operarios”⁷¹⁷. De ahí que puedan darse situaciones en las que, habiendo una empresa de medianas o grandes dimensiones, la representación de los trabajadores no se corresponda linealmente con este tamaño, pues dependerá del esquema organizativo que la empresa presente. En otras palabras, que la dispersión de una empresa en pequeños centros de trabajo, e incluso en microcentros, plantea la misma situación, a efectos de capacidad negocial, que si de pequeñas empresas se tratara⁷¹⁸.

Una segunda solución que no pasaría por la suma de trabajadores de distintos centros y que podría permitir la negociación a nivel de empresa es la que, precisamente, apuntó el TS en la sentencia de 31 de enero de 2001 (rec. 1959/2000), esto es, “dotar a los trabajadores de la empresa de representantes unitarios por el cauce de una negociación, no por la vía de una imposición unilateral que la ley no permite”. Así, parece que el TS admite la validez de la cláusula convencional que prevea la posibilidad de constituir órganos de representación unitaria en ámbitos de dimensiones reducidas.

Al respecto, la doctrina se encuentra dividida. Por un lado, algunos autores defienden el papel de la negociación colectiva como único elemento capaz de paliar, en cierta medida, los problemas derivados de la infrarrepresentación de los trabajadores⁷¹⁹. De este modo, las normas sobre negociación colectiva, y en particular, las relativas al sistema electoral, tendrían el carácter de derecho necesario relativo mejorable a través del convenio colectivo⁷²⁰. No obstante, por otro lado, otros comentaristas mantienen

⁷¹⁷ Por el contrario, ante una situación idéntica, es decir, cuando en una misma provincia existan dos o más centros de trabajo de una empresa que individualmente no superen los diez trabajadores, pero sí lo hagan en su conjunto, la sentencia del Juzgado de lo Social de Pamplona de 6 de junio de 2001 (proced. 275/2001) responde positivamente a la cuestión en el sentido de que sí se puede designar conjuntamente a un delegado, eso sí, siempre y cuando cada centro supere los seis trabajadores, por aplicación analógica del art. 63.2 referido a los comités de empresa conjunto.

⁷¹⁸ CRUZ VILLALÓN, J., *Las relaciones laborales en la pequeña empresa...op. cit.*, p. 112.

⁷¹⁹ MEJÍAS GARCÍA, A., *El preaviso electoral*, tesis doctoral en la Universidad de Valencia, 2015, p. 170.

⁷²⁰ En este sentido, los procedimientos arbitrales dictados al respecto han entendido en ocasiones que se trata de derecho necesario absoluto y otras relativo, permitiendo por tanto la elección de representación unitaria a nivel de empresa. *Vid.* notas de pie de página 29 y 30 CRUZ VILLALÓN, J.,

que tienen carácter de no disponible por tres motivos⁷²¹. Primero, porque la propia redacción del art. 62.1 ET contiene fórmulas gramaticales imperativas y cerradas, siendo en este sentido cuestiones de orden público⁷²². En segundo lugar, porque en contraste con el sistema de representación unitaria, el sindical prevé expresamente la dispositivación (art. 10.2 de la LOLS), y si el legislador estatutario hubiera pretendido dispositivizar las normas electorales en lo relativo a la determinación de la unidad electoral y al número de representantes a elegir, lo hubiera hecho expresamente⁷²³. En tercer lugar, porque los resultados electorales son utilizados para medir la representación sindical en los términos de los arts. 6 y 7 de la LOLS, tratándose de una cuestión de orden público⁷²⁴.

De forma tangencial, la STS de 27 de septiembre de 2007 (rec. 78/2006) volvía sobre la cuestión, y señalaba que “la mayoría” de las normas del procedimiento electoral tienen la consideración de “derecho necesario”, cuyo “contenido mínimo” puede ser mejorado por la negociación colectiva para potenciar la participación de todos los sujetos implicados, sobre todo en el marco de “la dispersión de centros de trabajo y el reducido número de trabajadores destinados en cada uno”. Por ejemplo, en el caso concreto, se mejoraba la previsión estatutaria por cuanto el convenio sectorial preveía que se facilitase el censo de toda la empresa y no solo el de cada centro.

Al igual que la doctrina, los tribunales de suplicación mantienen criterios dispares. Por un lado, la STSJ de Navarra de 31 de diciembre de 2002 (rec. 374/2002) rechazó la posibilidad de celebrar elecciones en centros de trabajo con menos de seis trabajadores

Las relaciones laborales en la pequeña empresa...op. cit., p. 120. En este sentido, *vid.* TOMÁS JIMÉNEZ, N., *Los sujetos del convenio colectivo...op. cit.*, p. 178.

⁷²¹ DE VAL TERNA, Á. L., “El convenio colectivo de empresa: legitimación para negociar y principio de correspondencia entre la unidad de negociación y la representatividad de los sujetos negociadores”, *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, p. 211.

⁷²² ÁLVAREZ CUESTA, H., *Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad*, Granada: Comares, 2006, pp. 67 y ss.

⁷²³ MEJÍAS GARCÍA, A., *El preaviso electoral*, *op. cit.*, p. 172.

⁷²⁴ ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Madrid: Tecnos, 1990, pp. 140 y ss.

por no estar previsto en el ET. Y añadió que no se puede interpretar como “un olvido de la regulación, sino que la ley no lo permite, posiblemente, por considerarlo innecesario”, remitiéndose a los argumentos pronunciados por el Tribunal Supremo en la sentencia de 31 de enero de 2001 referida. En sentido contrario, la STSJ de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 15 de julio de 2009 (rec. 932/2008) admitió la celebración de elecciones sindicales en una empresa con cinco trabajadores porque el convenio sectorial de aplicación lo autorizaba. El TSJ de las Islas Canarias entendió que se tratan de normas de derecho relativo, pues “al no encontrarnos ante un supuesto de reserva de ley absoluta, sino de derecho necesario relativo, técnicamente nada impide que esta materia pueda ser mejorada en convenio colectivo”. Además, el tribunal tinerfeño enfatizó que, a la hora de interpretar normas que afectan al ejercicio de derechos fundamentales, “hemos de inclinarnos siempre por el criterio interpretativo más favorable a la eficacia práctica del derecho en cuestión”.

Con todo, una interpretación intermedia de la sugerencia realizada por el TS es que, efectivamente, cabe la posibilidad de promover elecciones en centro de trabajo cuya plantilla no alcance los seis trabajadores conforme a las previsiones y con los efectos que el convenio colectivo fije. En consecuencia, será posible la existencia de representantes de los trabajadores con los derechos y garantías que se prevean convencionalmente. Sin embargo, dichos representantes no tienen reconocida legalmente la legitimación negociadora para suscribir un convenio colectivo estatutario al no ser representantes unitarios, condición que deriva exclusivamente del cumplimiento de los requisitos legales y no convencionales. Por ello, aunque existen convenios de eficacia general de ámbito estatal que mantienen en su articulado la posibilidad de convocar y celebrar elecciones en centros de trabajo con plantilla inferior a seis trabajadores⁷²⁵, dichos representantes electos no estarán dotados de legitimación negociadora. Con todo, esta representación de los trabajadores calificada por la doctrina

⁷²⁵ Así lo señala, a pesar de defender la otra posición, MEJÍAS GARCÍA, A., *El preaviso electoral*, *op. cit.*, p. 186.

de “atípica”⁷²⁶ podría, en su caso, celebrar convenios que tendrían el carácter extraestatutario⁷²⁷.

Por tanto, ninguna de las dos soluciones propuestas consigue resolver el problema de la unidad electoral como impedimento a la suscripción de convenios colectivos estatutarios de empresa. De ahí que resulte necesario que el ordenamiento jurídico se adapte a la nueva realidad empresarial, caracterizada por factores tan relevantes como la dispersión a lo largo de un territorio de las unidades de producción de empresas, las situaciones de descentralización productiva o la dimensión del proceso productivo, y abandone el modelo empresarial de origen, concebido exclusivamente para la gran fábrica⁷²⁸.

2.1.2. El principio de correspondencia en empresas multicentros

Estrechamente ligado a los problemas que derivan de la actual unidad electoral, aparecen las limitaciones por la aplicación del principio de correspondencia. Así, ha recuperado actualidad como consecuencia de la reforma de 2012 y en particular, a partir de la STS de 7 de marzo de 2012 (rec. 37/2011). También ha influido en ello el fenómeno de la descentralización productiva, que ha puesto en evidencia que la identificación de la circunscripción electoral con el centro de trabajo resulta inadecuada⁷²⁹, pues, como acaba de decirse, descansa sobre un esquema basado en

⁷²⁶ GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación”, en Esther Carrizosa Prieto y Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez (Coords.), *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Madrid: Tecnos, 2011, p. 139.

⁷²⁷ DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^a L., “La representación de los trabajadores en la Micro y Pequeña Empresa”, *op. cit.*, pp. 386.

⁷²⁸ CRUZ VILLALÓN, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo: un marco legal insuficiente*, Madrid: Trotta, 1992; MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, en Fernando Valdés Dal-Ré y María Luisa Molero Marañón (Coords.), *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, p. 71.

⁷²⁹ FITA ORTEGA, F., “La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa”, *Documentación Laboral*, núm. 107, 2016, p. 39.

centros de producción industriales, o en su caso, establecimientos comerciales de empresas muy pequeñas en los que se venden productos manufacturados⁷³⁰.

Así las cosas, la realidad sobre la que se suele proyectar el principio de correspondencia en materia de negociación colectiva es una empresa que cuenta con varios centros de trabajo, algunos de los cuales sí tienen representación unitaria (Comité de Empresa o delegados de personal) y otros no. En esta situación descrita, el empresario negocia en aquellos centros que sí tienen órganos de representación, pero la eficacia del convenio colectivo estatutario resultante se pretende proyectar a todos los centros, incluyendo a los que no han podido negociar por falta de órganos de representación.

Frente a dicha pretensión de los sujetos negociadores, el principio de correspondencia exige que el ámbito de actuación del órgano de representación de los trabajadores en el convenio de empresa se corresponda estrictamente con el ámbito personal afectado⁷³¹. Y ello con independencia del hecho que los restantes centros de trabajo no tengan representación unitaria, “pues la elección de los órganos de representación unitaria de los centros de trabajo compete solo a los trabajadores de los mismos”⁷³². Ello implica que la representación de los trabajadores de un centro de trabajo no puede negociar en nombre de los trabajadores de otros centros de trabajo que no cuentan representación, no siendo válida la representación por elección asamblearia ni comisiones negociales *ad hoc*.

En otros términos, la inexistencia o imposibilidad de representación unitaria en algunos centros de trabajo no puede producir el efecto de otorgar legitimación a la representación legal de otro centro de trabajo⁷³³, ya que la representación para la que fueron elegidos (art. 60.2ET) no es “extensible, irradiable o ampliable al convenio

⁷³⁰ ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “El centro de trabajo como unidad electoral: un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 188, 2016, p. 20.

⁷³¹ STS de 7 de marzo de 2017 (rec. 58/2016).

⁷³² STS de 22 de marzo de 2017 (rec. 126/2016).

⁷³³ STS de 30 de septiembre de 2008 (rec. 90/2007).

colectivo de trabajadores de la empresa cuya representación no ostentan, aunque los mismos carezcan de representantes electivos”⁷³⁴.

Es más, si con posterioridad a la publicación del convenio colectivo negociado válidamente con todas las representaciones de todos los centros, el empresario abriese un ulterior centro de trabajo al que se le aplicara dicho convenio, se quebraría igualmente el principio de correspondencia, porque según el TS “pone el peligro la participación de los ulteriores trabajadores incorporados a la empresa en centros de trabajo distintos. De ahí que no quepa a las partes negociadoras incluir una regla de imposición futura de un convenio en cuya negociación no pudieron haber intervenido dichos trabajadores”⁷³⁵.

Obsérvese que el principio de correspondencia con proyección de futuro prohíbe dos realidades diferentes, aunque similares en la medida en que no existe el referido centro de trabajo. La primera hace referencia a que el ámbito subjetivo y territorial del convenio colectivo de empresa prevea su aplicación más allá de los centros que lo han negociado, bajo términos como “se aplicará también a otros centros o lugares de trabajo que la empresa pueda tener”. La segunda realidad prohibida se materializa cuando el convenio colectivo, sin referirse expresamente en su articulado a nuevos centros futuros, con posterioridad a su firma se aplique fácticamente a estos⁷³⁶.

Precisamente, con relación a la proyección hacia el futuro del principio de correspondencia, algún autor ha planteado algunas “inconsistencias teóricas”⁷³⁷ desde dos puntos de vista. Por un lado, el principio de correspondencia así aplicado no se adecúa al art. 87.1 ET, ya que este precepto no introduce ninguna distinción en relación con la legitimación para la negociación de empresa en función de que la empresa tenga o pueda tener más centros de trabajo en el futuro. En este sentido, recuérdese que el

⁷³⁴ STS de 7 de marzo de 2012 (rec. 37/2011).

⁷³⁵ STS de 7 de marzo de 2017 (rec. 58/2016), STS de 22 de marzo de 2017 (rec. 126/2016).

⁷³⁶ STSJ de Galicia, de 12 de julio de 2017, rec. 9/2017.

⁷³⁷ GOERLICH PESET, J. M.^a, “Convenio colectivo de empresa negociado por la representación unitaria: ¿tiene límites la aplicación del principio de correspondencia?”, *Revista Trabajo y Derecho*, número 35, noviembre 2017, pp. 103-110.

momento para cumplir las reglas de legitimación es en el momento de constitución de la mesa negociadora, no *a posteriori*. En contra de esta regla, se está aplicando un criterio diferente en el caso que negocie la representación legal de los trabajadores, cual es la verificación permanente del cumplimiento de los requisitos de legitimación.

En esta línea se mueve la STSJ de Madrid de 28 de diciembre de 2015 (proced. 923/2015), que entiende que no se ha vulnerado el principio de correspondencia habida cuenta el momento relevante para evaluar la legitimidad negociadora es en el momento del inicio de las negociaciones y que el posterior aumento de plantilla y ocasional apertura de nuevos centros no deslegitima a los negociadores⁷³⁸.

Por otro lado, el principio de correspondencia proyectado hacia el futuro puede condicionar la apertura de nuevos centros de trabajo distintos a los existentes, afectando así al contenido esencial de la libertad de empresa del art. 38 CE⁷³⁹. Como ya se dijo⁷⁴⁰, la libertad de empresa no solo protege la capacidad de iniciar una actividad económica, sino también de mantenerla, lo que incluye las posteriores decisiones en relación con sus dimensiones. Y afecta negativamente porque en caso de extenderse la actividad económica abriendo nuevos centros de trabajo, la consecuencia será la pérdida de la unidad de negociación empresarial cuando esta ha sido constituida con la representación unitaria, alterando así las condiciones de trabajo aplicables. No obstante, el TS parece que empieza a flexibilizar su aplicación, al señalar expresamente que la proyección hacia el futuro del principio de correspondencia no impone la verificación permanente del cumplimiento de los requisitos para poder negociar por cuanto no impide que los nuevos centros de trabajo que puedan abrirse “se puedan configurar como unidades de negociación y adherirse al mismo durante su vigencia y hasta una nueva negociación”⁷⁴¹.

⁷³⁸ Si bien la sentencia finalmente calificó por otros motivos el convenio en cuestión como convenio de centro y no de empresa. Confirmada por la STS de 9 de mayo de 2017 (rec. 115/2016).

⁷³⁹ En contra, LABORDA FERRER, R. J., “¿Existe el convenio de empresa con prioridad aplicativa?”, *RTSS.CEF*, núm. 425-426, 2018, p. 65.

⁷⁴⁰ *Id.* capítulo primero, apartado III, 1.

⁷⁴¹ STS de 22 de febrero de 2019 (rec. 226/2017).

En resumen, como resultado del principio de correspondencia, en una empresa con múltiples centros en alguno de los cuales no haya representación legal de los trabajadores será imposible la firma de un convenio de empresa con dicha representación, aunque el resto de centros sí cuenten con representantes legales. Al igual que si dicha empresa a pesar de contar con un convenio colectivo válido, abre un nuevo centro de trabajo, ya que se entenderá infringido el principio de correspondencia al proyectarse igualmente hacia el futuro.

A mayor abundamiento, la sanción que fija el TS por el incumplimiento de este principio es trascendental, pues provoca la nulidad absoluta del convenio negociado, perdiendo este todos sus efectos. Es más, se rechaza la posibilidad de subsanación o de corrección, ni siquiera reduciendo su ámbito de aplicación a los centros que efectivamente sí negociaron, “ya que esa no fue la voluntad de las partes ni la finalidad con la que se constituyó la comisión negociadora”⁷⁴².

En contra, y de forma excepcional, se dictó la STS de 23 de marzo de 2017 (rec. 146/2016) que, con base en el principio *favor negotii* y en la doctrina del “equilibrio del convenio”, mantuvo la vigencia del convenio para los centros que lo negociaron, pues se corrigió posteriormente reduciendo su ámbito de aplicación a dichos centros. Sin embargo, el TS en las sentencias inmediatamente posteriores sobre el asunto de 18 de abril de 2017 (rec. 154/2016) y de 3 de mayo de 2017 (rec. 123/2016) rechazó de nuevo esta posibilidad y recuperó su anterior doctrina. Así, el TS insistió en que debe atenderse a la voluntad de las partes para “alcanzar un convenio de empresa dotado de prioridad aplicativa en determinadas materias respecto a lo del ámbito sectorial, por lo que no cabe sustituir esa voluntad transformando el acuerdo alcanzado en un convenio de centro de trabajo”. Y es que, como el propio TS ha señalado, los convenios inferiores al de empresa, *v. gr.* el convenio de centro, no gozan de dicha preferencia aplicativa⁷⁴³.

⁷⁴² En idéntico sentido, STS de 9 de junio de 2015 (rec. 122/2014).

⁷⁴³ STS de 9 mayo de 2017 (rec. 115/2016) y las sentencias citadas.

En contra de esta posición jurisprudencial, y más en la línea de la sentencia de 23 de marzo de 2017 (rec.146/2016), parte de la doctrina entiende que el efecto de la falta de legitimación para negociar no ha de ser la nulidad del convenio, sino la conversión del mismo en uno de carácter extraestatutario, cuya eficacia alcanzaría exclusivamente a los empresarios y a los trabajadores representados en el proceso de negociación⁷⁴⁴.

En otro orden de cosas, como posibles vías de escape al principio de correspondencia a fin de facilitar la suscripción de convenios de empresas, surgen, al menos, cinco posibilidades. Así, la primera opción para sortear este principio sería la adhesión individual al convenio negociado por los trabajadores del centro sin representación. Sin embargo, la sentencia del TSJ de Castilla y León, Valladolid, de 17 de mayo de 2017 (rec. 577/2017) negó que esta opción fuera válida. La razón de ello, es que la adhesión no puede hacerse a título individual y aisladamente por los trabajadores del centro de trabajo que no cuenta con representación al impedirlo el art. 92.1 ET. Según este precepto, *en las respectivas unidades de negociación, las partes legitimadas para negociar podrán adherirse, de común acuerdo, a la totalidad de un convenio colectivo en vigor [...]*. Por tanto, el ordenamiento jurídico español no contempla la adhesión individual, sino que es producto de la autonomía colectiva en manos de las partes legitimadas para negociar un convenio”.

Una segunda posibilidad es que el comité intercentros se alce como sujeto para negociar en empresas con varios centros. No obstante, la norma exige que dicha competencia venga reconocida en el “convenio colectivo en que se hubiera acordado su creación”. Salvo su previsión en el convenio sectorial aplicable, lo normal es que su creación se contemple en el propio convenio de empresa, lo que significa que este debió existir previamente y, por tanto, que todos los centros de trabajo contaron con representación unitaria en algún momento anterior. Por ello, no puede entenderse que esta vía sea real, porque no resuelve el problema de origen, cual es la infrarrepresentación de los trabajadores.

⁷⁴⁴ Por todos, GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La impugnación de convenios colectivos: efectos de la sentencia”, *Nueva Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 202, octubre 2017, pp. 41-42.

Una tercera posibilidad sería la de negociar tantos convenios colectivos estatutarios de centros de trabajo como fueran posibles, que si bien no gozan de preferencia aplicativa a tenor del art. 84.2 ET, por la aplicación general del principio *prior tempore* recogido en el art. 84.1 ET, o en su caso por lo previsto en el acuerdo o convenio sectorial, podrían ser de aplicación preferente en el momento que el supraempresarial perdiera su vigencia. Sin embargo, esta solución no es plenamente satisfactoria por cuanto no se cubre a la empresa en su totalidad, rigiéndose el centro sin representación por unas condiciones ajenas a la negociación empresarial y, sobre todo, porque su aplicabilidad depende de un hecho futuro e incierto.

Una cuarta vía sería no aplicar el principio de correspondencia de forma general a todas las empresas, sino que algún autor ha defendido la necesidad de diferenciar entre empresas multiservicios y empresas industriales de grandes dimensiones que cuentan con delegaciones satélites, las cuales han tenido históricamente un convenio colectivo propio que no ha generado problemas⁷⁴⁵. La razón de esta diferenciación residía en que, en este último caso, los trabajadores de los centros sin representación también se han sentido históricamente debidamente representados. Así, para estas empresas, la interpretación del principio de correspondencia debería ser más laxa, puesto que la aplicación estricta de este no es una solución satisfactoria para el empresario y pone en riesgo, a su vez, el principio de unidad de convenio para el conjunto de trabajadores.

De hecho, la interpretación del principio de correspondencia se agrava en las empresas multiservicios, donde la empresa contratista desplaza a sus trabajadores de forma estable al centro de trabajo de la empresa principal⁷⁴⁶. La doctrina ha defendido que en estos casos se debe equiparar el concepto de “lugar de trabajo” (esto es, el lugar de ejecución) de los trabajadores de la contratista con el concepto de “centro de trabajo”

⁷⁴⁵ BLASCO PELLICER, Á., “Análisis de la negociación colectiva. Estructura de la negociación”, en Congreso de la Asociación Nacional de Laboralistas, noviembre de 2016, (vídeo, minuto 13:10).

⁷⁴⁶ ESTEVE SEGARRA, A., “Empresas multiservicios: cesión ilegal de trabajadores y subcontratación”, en José Luis Monereo Pérez y Salvador Perán Quesada (Dir.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Granada: Comares, 2018, pp. 265-291.

a los efectos de determinar si se ha vulnerado el principio de correspondencia⁷⁴⁷. En este sentido, el convenio de empresa debería ser calificado como nulo de forma sobrevinida bien porque se evidenciaría que no se habría negociado con representantes de todos los “centros/lugares de trabajo” de la misma, bien porque el número de trabajadores de dichos “centros/lugares de trabajo” es insuficiente para la constitución de la representación unitaria.

Este planteamiento se encuentra aplicado por vez primera en la sentencia STSJ de Galicia de 12 de julio de 2017 (rec. 9/2017). Se trataba de un convenio colectivo de empresa multiservicio firmado por la única delegada de personal del único centro del que disponía la empresa, aunque su ámbito de aplicación personal se extendía a los trabajadores cuya actividad se prestara los centros de trabajo de las empresas principales. Así, el tribunal entendió que “la delegada de personal del centro de trabajo no estaba legitimada para negociar un convenio ya que “el ámbito funcional y territorial de aplicación que se establece no se limita al centro de trabajo donde aquella ostenta la condición de delegada de personal, sino que se extiende a otros centros o lugares de trabajo que la empresa multiservicios, en virtud de contratos de arrendamientos, pudiera tener”.

La quinta y última opción, como se verá más adelante, es que negocie la representación sindical y no la unitaria. Así, si el sindicato constituye la sección sindical a nivel de empresa, esa sección tiene representatividad en toda la empresa siempre y cuando cuenten con la mayoría en los órganos de representación. Ahora bien, la jurisprudencia⁷⁴⁸ ha facilitado esta posibilidad de representación, en el sentido de que no es necesario que existan representantes unitarios en todos y cada uno de los centros de trabajo, sino que basta con que esas secciones sindicales tengan mayoría de entre los representantes que hayan sido elegidos en algunos de esos centros de trabajo. Así,

⁷⁴⁷ BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “¿Violación del principio de correspondencia de convenio colectivo de empresa multiservicio si comparte centro de la principal?”, entrada publicada en el Blog online *Una mirada crítica a las relaciones laborales* de 6 de noviembre de 2017.

⁷⁴⁸ Por todas, STS de 27 de septiembre de 2016 (rec. 123/2015).

para que esta opción sea viable, debe existir dicha sección sindical a nivel de empresa y además que cuente con la mayoría.

2.1.3. Un umbral dinámico e inestable

Por otro lado, aunque el umbral mínimo de trabajadores exigido por la norma es estático, pues por debajo de seis trabajadores no se podrá negociar un convenio estatutario de empresa, alcanzarlo, por el contrario, es una cuestión dinámica al estar mediatizada por dos variables que refuerzan, a su vez, el carácter prohibitivo de esta barrera. Por un lado, *ex art. 69.2 ET*, solamente podrán aspirar a tener la condición de representantes aquellos trabajadores que sean mayores de edad y tengan una antigüedad de, al menos, seis meses. Por otro lado, en virtud del art. 72.2 ET, a efectos de determinar el número de representantes a elegir, no todos los trabajadores van a tener el mismo peso específico⁷⁴⁹, pues aquellos contratados bajo una modalidad temporal y los trabajadores fijos-discontinuos no computarán como un trabajador, salvo si la duración del contrato fuera superior a un año. En caso contrario, cada 200 días trabajados o fracción en el periodo de un año anterior a la convocatoria se computará como un trabajador más.

Además de estos dos condicionantes, es necesario preguntarse si una eventual disminución de la plantilla por debajo de los seis trabajadores, una vez firmado el convenio colectivo de empresa, afectaría a la validez del mismo. Respecto a la disminución significativa de empleados, el ET solo contempla en el art. 67.1 ET la acomodación de la representación de estos según lo previsto en el convenio o, en su defecto, por acuerdo con la empresa. De no alcanzarse, la empresa habrá de respetar hasta su finalización el mandato de los representantes mientras no concurra una causa legal de revocación⁷⁵⁰. Análogamente, el convenio de empresa suscrito con anterioridad a la disminución de la plantilla por debajo de seis mantendrá su vigencia hasta agotar la duración prevista.

⁷⁴⁹ CRUZ VILLALÓN, J., *Las relaciones laborales en la pequeña empresa...op. cit.*, p. 111.

⁷⁵⁰ STSJ Comunidad Valenciana, de 26 de marzo de 2012 (rec. 392/2012).

Cuestión diferente es de si la comisión negociadora, previa a la reducción de plantilla por debajo de seis, podría en un futuro volver a negociar el convenio de empresa gracias a un mandato previo que en tal sentido le autorizase. Al respecto, el TS en la sentencia de 1 de junio de 2017 (rec. 183/2016) señaló que la profunda alteración en el banco social y su impacto en la comisión negociadora obligaría a constituir una nueva, no siendo posible el mantenimiento de la ya existente, de tal forma que si la sustancial alteración de la plantilla impide el nombramiento de una nueva comisión negociadora, la anterior no estará legitimada para volver a negociar un convenio colectivo.

2.2. El papel de las secciones sindicales y del sindicato

En efecto, en paralelo a la imposibilidad de negociar convenios colectivos de empresa con la representación legal de los trabajadores, aparece la sección sindical como sujeto legitimado para ello⁷⁵¹. Esta posibilidad cobra especial virtualidad en los casos de empresas multicentros, con uno o varios centros sin representación legal de los trabajadores, pues, como se ha visto previamente, la única vía real⁷⁵² para suscribir un convenio propio es que asuman la negociación las secciones sindicales.

Eso sí, siempre y cuando sean representativas, esto es, que obtengan la mayoría de representantes en la totalidad de la empresa, aunque en algunos centros no acrediten esta mayoría, pues, a diferencia de la representación de base electivas, las instancias sindicales no tienen legalmente predefinido su ámbito de actuación, siendo una decisión interna de los afiliados la opción de constituir la sección sindical a nivel de

⁷⁵¹ NORES TORRES, L. E. y RODRÍGUEZ PASTOR, G., “Las partes contratantes del Convenio Colectivo Estatutario”, en en Francisco Pérez de los Cobos y José María Goerlich Peset (Coords.), *El régimen jurídico de la Negociación Colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 125-133.

⁷⁵² ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Convenios de empresa o ámbito inferior; grupos; empresas vinculadas”, en José María Goerlich Peset, (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 1569-1562.

centro o de empresa⁷⁵³. En este sentido, la STS de 27 de septiembre de 2016 (rec. 123/2015) confirmó esta idea, de modo que las secciones sindicales que acrediten la mayoría de los representantes unitarios tienen legitimación absoluta para negociar un convenio de empresa, fuere cual fuera su implantación en los centros de trabajo de la empresa⁷⁵⁴, pudiendo así incluso afectar este convenio a aquellos centros de trabajo donde no se encuentre constituida la representación unitaria, no sumando ni restando representantes unitarios estos centros para alcanzar la mayoría requerida⁷⁵⁵.

En todo caso, se debería atender a una exigencia mínima de proporcionalidad, de tal modo que, a pesar de que el sindicato ostente la mayoría en el órgano de representación de un centro de trabajo, el número de trabajadores pertenecientes a dicho centro sea proporcionalmente significativo en relación con el resto de centros sin órganos de representación unitaria. De lo contrario, por ejemplo, difícilmente puede defenderse la extensión de la representatividad desde un centro con pocos empleados a la suma de todos los demás, pues no se estaría cumpliendo con las exigencias de representatividad del art. 87.1 ET.

Además de la sección sindical como sujeto legitimado para negociar un convenio en empresas multicentros, otra posibilidad es que negocie directamente el sindicato, siempre y cuando sume los representantes unitarios del resto de centros de trabajo para alcanzar la mayoría requerida. A este respecto, el TS interpretó el término “representaciones sindicales” del art. 87.1 ET anterior al RDL 7/2011 de manera integradora, admitiendo la legitimación directa del sindicato en la negociación de los convenios de empresa⁷⁵⁶. El fundamento de ello, entendió el TS, es que las secciones

⁷⁵³ NIETO ROJAS, P., “La negociación colectiva de empresa por representantes de base unitaria. El principio de correspondencia como límite jurisprudencial”, *op. cit.*, p. 309 y bibliografía allí citada.

⁷⁵⁴ En esta línea encontramos otros pronunciamientos SAN de 27 de enero de 2016 (proced. 328/2015) confirmada por la STS de 27 de septiembre de 2017 (rec. 121/2016), SAN de 9 de julio de 2016 (proced. 151/2015).

⁷⁵⁵ SOLANS LATRE, M. Á., “Partes negociadores de los convenios estatutarios infraempresariales, empresariales y sectoriales”, *op. cit.*, pp. 226-227.

⁷⁵⁶ SSTs de 28 de febrero de 2000 (rec. 2040/1999); de 14 de julio de 2000 (rec. 2723/1999); de 24 de julio de 2008 (rec. 144/2007).

sindicales son meros órganos del sindicato y que a este corresponde originariamente el derecho de negociación colectiva en cuanto que forma parte de la actividad sindical como declara el art. 2.2.d) LOLS en relación con el art. 28 CE. Eso sí, matizó que si existiera conflicto entre el sindicato y la sección sindical sobre su intervención en la negociación se debería solventar a favor de la sección sindical.

Ahora bien, esta doctrina jurisprudencial se construyó a partir del término “representaciones sindicales”, que fue sustituido por la referencia directamente a “secciones sindicales” en el RDL 7/2011. A propósito de este cambio, podría pensarse que el legislador quiso que fueran las secciones sindicales las que tuvieran en exclusiva la capacidad negociadora en el ámbito de la empresa, y no el sindicato⁷⁵⁷. Sin embargo, la práctica judicial ha continuado con la interpretación anterior y permitiendo la negociación directa por parte del sindicato. Así, la SAN de 27 de enero de 2016 (proced. 328/2015) sigue aplicando dicha doctrina incluso en aquellas empresas en las que no existan secciones sindicales constituidas, y lo justifica en cuatro principales razones. En primer término, porque los sindicatos “son los titulares originales del derecho a la negociación colectiva”. En segundo término, porque la aplicación del principio de correspondencia en los términos en los que acabamos de exponerlo, “privaría a aquellas empresas que exploten más de un centro de trabajo – o que aun en el caso de que sean titulares de uno solo pretendan aperturar algún otro” En tercer término, porque las consecuencias del principio de correspondencia “difícilmente casan con la intención del legislador de dar un trato especial al convenio de empresa”. En cuarto término, porque las secciones sindicales son “instrumentos de funcionamiento interno del sindicato que representan al mismo en el seno de la empresa”. Esta doctrina es confirmada por la STS de 27 de septiembre de 2017 (rec. 121/2016).

⁷⁵⁷ En este sentido, CAVAS MARTÍNEZ, F. *et al.*, “Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio”, *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, vol. 4, núm. 5, 2011, p. 12; DE VAL TERNA, Á. L., “El convenio colectivo de empresa: legitimación para negociar y principio de correspondencia entre la unidad de negociación y la representatividad de los sujetos negociadores”, *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, p. 225.

No obstante, respecto de las pequeñas empresas, el papel del sindicato o de la sección sindical como sujeto negociador es más limitado. Es cierto que se pueden constituir secciones sindicales sin que la dimensión de la empresa influya en ello, por cuanto que la norma no establece más requisito que haya algún trabajador afiliado al sindicato en cuestión y que se haga de acuerdo con los Estatutos sindicales. No obstante, por lo que respecta a sus competencias, sí que se va a producir una diferenciación en función de la dimensión de la empresa o del centro de trabajo y, por lo que aquí interesa, en particular en materia de negociación colectiva. Así pues, hace falta tener presencia en el órgano de representación unitaria para tener derecho a la negociación colectiva estatutaria. Y para ello es necesario que dicha representación unitaria exista, hecho este que no se da conforme hemos vistos en muchas empresas de reducidas dimensiones⁷⁵⁸. Por tanto, en las empresas de menos de seis trabajadores no se podrá negociar en ningún caso un convenio colectivo propio⁷⁵⁹.

Esta afirmación general admite dos excepciones a destacar en el ordenamiento jurídico. Por un lado, el legislador sí contempló una solución específica para las empresas de trabajo temporal en el art. 13 de la Ley 14/1994. En este caso, está previsto una alternativa para poder celebrar convenios colectivos ante la dificultad para conformar la representación unitaria dado el régimen rotatorio de sus trabajadores. Así, dicho precepto fija que, en ausencia de órganos de representación legal de los trabajadores, estarán legitimados para negociar los convenios colectivos que afecten a las empresas de trabajo temporal las organizaciones sindicales más representativas, entendiéndose válidamente constituida la representación de los trabajadores en la comisión negociadora cuando de ella formen parte tales organizaciones. Por tanto, el presupuesto es que no exista representación legal en la empresa, siendo irrelevante que concurra o no con secciones sindicales en la misma. Eso sí, si existe esta representación

⁷⁵⁸ CRUZ VILLALÓN, J., *Las relaciones laborales en la pequeña empresa...op. cit.*, p. 125.

⁷⁵⁹ DE VAL TERNA, Á. L., “El convenio colectivo de empresa: legitimación para negociar y principio de correspondencia entre la unidad de negociación y la representatividad de los sujetos negociadores”, *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, p. 216.

legal, en ningún caso podrán negociar los sindicatos más representativos, ni siquiera cuando los órganos unitarios permanezcan en una actitud de pasividad⁷⁶⁰.

Por otro lado, de conformidad con el art. 87.1 ET, en los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimadas para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta, sin que se exija presencia o representación mínima en el Comité de Empresa⁷⁶¹. Conviene aclarar que el término “representados” no se refiere a los afiliados del sindicato exclusivamente, sino a todos los trabajadores del ámbito de aplicación del convenio colectivo franja⁷⁶², siendo preciso, además, que se obtenga la mayoría absoluta de todos estos, y no solo de los que efectivamente voten⁷⁶³. Ahora bien, en este caso, al no tratarse de un convenio de empresa, y a diferencia del supuesto anterior, debe advertirse no gozará de preferencia aplicativa de conformidad con la jurisprudencia del TS⁷⁶⁴, sin perjuicio de gozar de dicha preferencia por las reglas generales de concurrencia del art. 84 ET

Como conclusión, a través de estos dos casos, se comprueba que el número de trabajadores no siempre constituye un límite a la posibilidad de suscribir un convenio. Por el contrario, el legislador en ocasiones, y de forma excepcional, facilita la negociación colectiva legitimando para ello a las secciones sindicales. De esta forma, se da respuesta a la necesidad de suscribir acuerdos dentro de la empresa, al mismo tiempo que se conjuran los riesgos de negociar con representantes unitarios en empresas

⁷⁶⁰ CRUZ VILLALÓN, J. “Peculiaridades de la negociación colectiva en el ámbito de las empresas de trabajo temporal”, en María Luisa Molero Marañón y Fernando Valdés Dal-Ré (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, Madrid: Wolters Kluwer, 2009, pp. 431-478.

⁷⁶¹ BARREIRO GONZÁLEZ, G. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (Dirs.), *Los convenios colectivos extraestatutarios. Contenido y régimen jurídico*, Madrid: MTAS, 2004, p. 35.

⁷⁶² MERINO SEGOVIA, A., *Memento Experto. Reforma de la negociación colectiva*, Madrid: Francis Lefebvre, 2011, p. 58.

⁷⁶³ Al respecto, la STS de 26 de noviembre de 2015 (rec. 317/2014) aclara que los electores serán “los trabajadores que ostenten las condiciones que definen su pertenencia al grupo cuyo perfil determina el ámbito del convenio”.

⁷⁶⁴ SSTs de 22 de septiembre de 2016 (rec. 248/2015); de 9 de mayo de 2017 (rec. 115/2016); y SAN de 22 de junio de 2016 (proced. 147/2016).

de reducida dimensión. Por tanto, sería deseable que el legislador favoreciese la penetración del sindicato en la pequeña empresa como agente interlocutor legitimado para negociar convenios propios. Con ello, desaparecería parcialmente la desigual capacidad competitiva que sufren estas empresas, y se sería más respetuoso con el derecho a la negociación colectiva y a la libertad de empresa de tales sujetos.

2.3. La comisión *ad hoc* del art. 41.4 ET como sujeto no legitimado

El legislador era y sigue siendo plenamente consciente de que la actual regulación sobre la legitimación negociadora afecta especialmente a las pequeñas empresas, limitándoles su capacidad de ajustarse al entorno económico en comparación al resto de competidores. Muestra de ello, en la reforma de 2012 introdujo un nuevo sujeto legitimado para negociar los acuerdos de inaplicación que permitiese a estas empresas ejercer, en cierta medida, la función adaptativa de la negociación colectiva. La comisión *ad hoc*, que más tarde se analizará⁷⁶⁵, fue la solución que el legislador encontró para remediar parcialmente la limitación de origen, esto es, la imposibilidad de negociar convenios colectivos propios en la mayoría de empresas españolas.

En este sentido, a pesar de no haberse modificado las reglas de legitimación del art. 87 ET, era de esperar que los empresarios intentaran negociar un convenio propio con este nuevo órgano. Sin embargo, la jurisprudencia⁷⁶⁶ y la doctrina judicial⁷⁶⁷ han rechazado que el procedimiento de elección de "comisiones *ad hoc*", regulado en el art. 41.4 ET, al que se remiten los arts. 41, 47, 51 y 82.3 ET, sea aplicable a la negociación de convenios colectivos estatutarios.

Según estos pronunciamientos, a tenor de una interpretación literal del art. 87.1 ET no se permite negociar un convenio colectivo de empresa o de ámbito inferior a

⁷⁶⁵ *Vid.* capítulo sexto, apartado III. 3.

⁷⁶⁶ SSTs de 22 de marzo de 2017 (rec. 126/2016) y de 6 de junio de 2017 (rec. 204/2016).

⁷⁶⁷ SSAN de 16 de septiembre de 2012 (proced. 314/2013) y de 26 de abril de 2018 (proced. 46/2018); STSJ Santa Cruz de Tenerife de 2 de junio de 2016 (rec. 3/2016); STSJ de Murcia de 20 de enero de 2014 (proced. 16/2013).

representantes de los trabajadores elegidos *ad hoc*, ya que el precepto no habla de “representantes de los trabajadores” de manera genérica, sino haciendo concreta referencia a quienes según el propio ET son los representantes unitarios o sindicales. Por tanto, no cabría subsanar la ausencia de representación a través de una comisión negociadora *ad hoc*, incluso si hubiera sido elegida por los trabajadores mediante sufragio directo, libre y secreto y con las mismas garantías que en un procedimiento electoral.

La jurisprudencia citada niega la posibilidad de que pueda hacerse una interpretación extensiva del art. 41.4 ET porque el hecho que se reconozca puntualmente legitimación negociadora para ciertas cuestiones a comisiones de trabajadores nombradas *ad hoc* no equivale a que pueda negociar convenios colectivos estatutarios. En este sentido el TS insiste en que, además de que la ley no lo avala, tampoco resultaría lógico: “una estructura estable es distinta a otra efímera; un sistema de elecciones cuidadosamente regulado es bien diverso a la designación democrática pero abierta; tampoco aconsejaría esa homologación la muy diversa conexión sindical que posee la representación legal y la representación *ad hoc*”⁷⁶⁸.

En suma, de la supuesta capacidad para negociar lo “menos” -la suspensión o inaplicación parcial del convenio colectivo estatutario- no se puede colegir una capacidad para negociar lo “más” -el propio convenio estatutario-⁷⁶⁹.

La consecuencia jurídica es que el convenio suscrito por esta comisión *ad hoc* no puede merecer su reconocimiento como convenio colectivo estatutario, sino que, a lo sumo, el resultado de la negociación podría considerarse un acuerdo extraestatutario⁷⁷⁰, aplicable en cuanto mejorara el convenio colectivo sectorial vigente, pero sin que proceda su registro y publicación como verdadero convenio colectivo.

⁷⁶⁸ STS de 28 de junio de 2017 (rec. 203/2016).

⁷⁶⁹ DE VAL TERNA, Á. L., “El convenio colectivo de empresa: legitimación para negociar y principio de correspondencia entre la unidad de negociación y la representatividad de los sujetos negociadores”, *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, p. 215.

⁷⁷⁰ STSJ Tenerife de 28 de junio de 2016 (rec. 2/2016).

Con todo, algún autor ha defendido introducir una fórmula similar a la recogida en el art. 41.4 ET para la negociación de un convenio de empresa, eso sí, de forma “excepcional, coyuntural y condicionada”⁷⁷¹. Según esta propuesta de *lege ferenda*, la comisión *ad hoc* debería estar formada exclusivamente por los sindicatos que estuvieran legitimados para formar parte de la comisión negociadora del convenio sectorial que pretendes inaplicarse. Esta solución se presenta como una alternativa razonable a la inaplicación convencional, de tal modo que las pequeñas empresas también puedan responder de manera rápida, eficaz y provisoria a los cambios económicos a los que están sometidas, reduciendo, al mismo tiempo, el riesgo de que la negociación se convierte en una imposición de condiciones por parte del empresario.

III. La legitimación negociadora en el ámbito comunitario

1. El monopolio de las asociaciones empresariales en la participación de las políticas sociales

Como es sabido, los arts.154 y 155 TFUE prevén la participación de los agentes sociales en el diseño y elaboración de las políticas sociales en la UE. Así, *ex art.* 154 TFUE, la Comisión debe consultar en toda iniciativa legislativa relativa a materia social a los interlocutores sociales europeos a fin de que se pronuncien sobre su conveniencia y viabilidad⁷⁷². Tras esta primera consulta, es posible que haya una segunda si la Comisión entiende que es conveniente iniciar el proceso legislativo. En esta ocasión, los agentes sociales emitirán un nuevo dictamen, pero esta vez, sobre el contenido concreto de la propuesta. Precisamente, en este momento, estos pueden proceder a sustituir la acción de la Comisión por su propia actividad negocial, siempre que informen a esta sobre dicha voluntad. En este caso, la Comisión deberá interrumpir

⁷⁷¹ DE VAL TERNA, Á. L., “El convenio colectivo de empresa: legitimación para negociar y principio de correspondencia entre la unidad de negociación y la representatividad de los sujetos negociadores”, *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, p. 229.

⁷⁷² SANGUINETI RAYMOND, W., “El papel de la autonomía colectiva en la construcción del espacio social europeo”, en Manuel Álvarez de la Rosa *et al.*, *Estudios sobre negociación y convenios colectivos*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 453.

sus labores durante un mínimo de nueve meses a fin de permitir la negociación del acuerdo en cuestión⁷⁷³. De forma paralela, los agentes sociales pueden iniciar, por sí mismos, la iniciativa negociadora *ex art.* 155 TFUE. Así, pueden trasladar el resultado de este proceso al Consejo para que lo ratifique en forma de decisión vinculante con naturaleza normativa y eficacia *erga omnes*, principalmente como Directiva⁷⁷⁴, o bien pueden aplicarlo directamente según los procedimientos y prácticas de cada Estado miembro⁷⁷⁵.

Pues bien, a pesar de estas previsiones sobre la participación, más o menos intensa, de los agentes sociales en las políticas europeas, el TFUE no establece ninguna previsión para poder identificar a estos interlocutores. En este sentido, en el marco de un modelo neocorporativista, estos sujetos cuasilegislativos carecen de la legitimidad democrática

⁷⁷³ Aunque no se contemple la obligatoriedad de proceder a la sustitución automática del acuerdo que se alcance, la doctrina defiende que debe respetarse la voluntad de las partes negociadoras por aplicación del principio de subsidiariedad horizontal Cfr. CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito local”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1993, pp. 49-58; SANGUINETI RAYMOND, W., “El papel de la autonomía colectiva en la construcción del espacio social europeo”, *op. cit.*, p. 454; PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Aporías de la negociación colectiva europea”, en Francisco Pérez de los Cobos y José María Goerlich Peset (Coords.), *El régimen jurídico de la Negociación Colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 18.

⁷⁷⁴ Al igual que en la modalidad anterior, deberá respetarse lo pactado por los interlocutores sociales, de tal modo que la decisión del Consejo de conferir fuerza obligatoria a lo pactado deberá versar sobre la aceptación o denegación de la propuesta en su integridad, sin posibilidad de introducir cambios o correcciones en el texto previamente consensuado por las organizaciones sindicales y empresariales. Otra solución atentaría contra la autonomía colectiva de los interlocutores sociales. *Vid.* SANGUINETI RAYMOND, W., “El papel de la autonomía colectiva en la construcción del espacio social europeo”, *op. cit.*, p. 457; SALA FRANCO, T., “La negociación colectiva en el marco europeo comunitario y el ordenamiento español”, en AA.VV., *La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici*, 2001, Milán: Caruso, p. 99.

⁷⁷⁵ En esta forma aplicativa del acuerdo se encuentra la diferencia más importante con relación a la negociación colectiva que se inicia a partir de la propuesta de la Comisión. En esta ocasión la capacidad de incidencia de la autonomía colectiva alcanza, no solo a las materias para cuya regulación el art. 153 TFUE atribuye competencias a las instituciones comunitarias, sino a cualquiera otras, incluidas aquellas en relación con las cuales el apartado 5 de dicho artículo veta expresamente toda acción de las mismas (remuneraciones, asociación y sindicación, derecho de huelga y cierre patronal). Por el contrario, si los agentes sociales optan por acudir a la Comisión para que proponga al Consejo su aplicación, el acuerdo deberá versar sobre materias incluidas en el ámbito competencial de las instituciones comunitarias, así como se deberá estar a las reglas de mayorías requeridas según la cuestión de la que se trate para su ulterior aprobación.

directa pues no son elegidos en las urnas, de tal modo que su fuente de legitimidad descansa exclusivamente en el grado de representatividad⁷⁷⁶. Sin embargo, tampoco se detallan en el TFUE qué requisitos deben reunir las partes para ser considerados representativas. En efecto, en los Tratados originales no se ha delimitado la representatividad que deben poseer los interlocutores sociales en el ámbito comunitario para participar en las políticas sociales.

En su lugar, mediante un instrumento no normativo en forma de “comunicación”⁷⁷⁷, la Comisión estableció por vez primera las condiciones necesarias para que los interlocutores sociales fueran considerados representativos. Así, en virtud de la comunicación de 14 de diciembre de 1993 (COM (93) 600 final), por lo que se refiere al ámbito empresarial, las organizaciones interprofesionales o sectoriales representativas serán aquellas que cumplan los siguientes seis requisitos: estar organizadas a nivel europeo; estar integradas por organizaciones representativas en los Estados miembros; disponer de estructuras adecuadas que garanticen la participación efectiva de sus miembros; la afiliación ha de ser libre tanto a nivel nacional como europeo; haber recibido de sus afiliados el mandato de representarlos en el marco del diálogo social comunitario; estar en condiciones de probar su representatividad⁷⁷⁸. A partir de ahí, la Comisión elabora periódicamente un listado oficial de aquellos interlocutores que a su juicio reúnen los criterios de representatividad definidos en la comunicación⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ TREIB, O. y FALKNER, G., “Bargaining and Lobbying in EU Social Policy”, en David Coen and Jeremy Richardson (Editores), *Lobbying the European Union: Institution, Actors and Issues*, Oxford: Oxford University, 2009, p. 256.

⁷⁷⁷ A diferencia de lo que sucede en la mayoría de los Estados miembros donde los requisitos de representatividad están recogidos en la ley por ser cuestiones de orden público.

⁷⁷⁸ Estas tres últimas condiciones fueron incluidas a solicitud del Parlamento en la siguiente Comunicación de la Comisión relativa al desarrollo del diálogo social a escala comunitaria de septiembre de 1996 (Documento COM (96) COM 448, final).

⁷⁷⁹ KERCKHOFS, P. *et al.*, *The concept of representativeness at national, international and European level*, Luxemburgo: Eurofound, 2016, p. 4.

En particular, desde el año 2004, el órgano encargado de confeccionar este listado es Eurofound⁷⁸⁰, el cual está formado por representaciones estatales de sindicatos, organizaciones empresariales y gobiernos. Respecto a las organizaciones empresariales, resulta extraño que el Reglamento por el que se regula no especifique qué organizaciones estatales son las competentes para elegir a su representante nacional en el Consejo de Dirección. Es fácilmente imaginable, en este sentido, que serán las organizaciones empresariales con mayor peso las que, por acuerdo entre ellas, propongan al representante en cuestión, dando pie a un claro conflicto de intereses⁷⁸¹.

⁷⁸⁰ <https://www.eurofound.europa.eu/es/faq>. Este organismo europeo, que fue creado por el Reglamento núm. 1365/75 del Consejo de 26 de mayo de 1975, sustituido por el Reglamento (UE) 2019/127 del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea de 16 de enero de 2019 por el que se crea la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo y se deroga el Reglamento 1368/75 del Consejo. Tiene una estructura tripartita, en tanto que, según recoge el art. 6 del Reglamento, su consejo de dirección está compuesto por un miembro en representación del gobierno de cada Estado miembro; un miembro en representación de “las organizaciones de empresarios” de cada Estado miembro; un miembro en representación de “las organizaciones de trabajadores” de cada Estado miembro; y tres miembros en representación de la Comisión Europea. Así, los Estados miembros, las organizaciones de empresarios y las organizaciones de trabajadores presentarán una lista de candidatos para que forme parte del Consejo de Dirección.

⁷⁸¹ Es importante señalar que el Parlamento Europeo y el Consejo presentaron el 23 de agosto de 2016 una propuesta de sustitución del Reglamento del Eurofound de 1975 con el objetivo de ofrecer una clara descripción del papel de este organismo en su función de apoyo a la Comisión y otras instituciones de la UE. *Vid.* COM (2016) 531 (final) 2016/0256 (COD).

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52016PC0531>. En particular, en Parlamento mantiene que sean las organizaciones de empresarios y trabajadores a nivel nacional las que elijan a su representante en el Consejo de Dirección, pero añade una novedad trascendente, y es que se haga “sobre la base de una lista presentada por las organizaciones de interlocutores sociales de la UE Business Europe y CES”, fortaleciendo así expresamente el poder de estas dos asociaciones en el funcionamiento interno de este organismo. Además, aunque la propuesta de un nuevo reglamento estaba motivada por la necesidad de prever una regulación sobre los conflictos de intereses, se le delega al Consejo de Dirección (ahora llamado “Consejo de Administración”) la función de “adoptar normas para la prevención y la gestión de los conflictos de intereses de sus miembros y los expertos independientes”. De este modo, el reglamento propuesto prescinde de imponer un sistema claro y eficaz que permita detectar los eventuales escenarios en los que pueda haber conflictos de intereses, y delega su regulación, precisamente, a aquellos que puedan entrar en dicho conflicto. Sin embargo, la Comisión Europea, en su informe de 28 de julio de 2017 sobre la propuesta presentada, introdujo varias enmiendas, una de ellas relativa a esta cuestión, puesto que prevía que “todos los miembros firmarán una declaración de intereses por escrito en el momento de asumir las funciones y la actualizarán cuando se produzcan cambios en este sentido. La agencia publicará las declaraciones de intereses y las actualizaciones en su página web”. Asimismo, contemplaba que Eurofound “adoptará normas, que incluyan medidas para detectar el potencial de riesgo en una fase temprana, para la prevención y la gestión de los conflictos de intereses”. *Vid.* <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017->

Igual de significativo es que, habiendo sido modificado hasta en tres ocasiones el Reglamento constitutivo de Eurofound (1993, 2003, y 2005), no se prevea en el cuerpo normativo la competencia sobre la elaboración del listado de agentes sociales europeos más representativos. En este sentido, el nuevo Reglamento (UE) 2019/127 del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea de 16 de enero de 2019 por el que se crea la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo y se deroga el Reglamento 1368/75 del Consejo tampoco prevé expresamente esta importantísima competencia entre las tareas que asume de conformidad con el art. 2.

Con todo, dada la generalidad y vaguedad de los criterios empleados para medir la representatividad, un gran número de organizaciones empresariales satisfacen actualmente dichos requisitos⁷⁸². Así, podría pensarse que la representatividad no se convierte en un medio para monopolizar la participación social, sino que la misma está ampliamente abierta a la mayoría de organizaciones empresariales, lo que explicaría que no haya habido quejas formales de grupos no incluidos⁷⁸³.

Sin embargo, esta afirmación es parcialmente cierta, por cuanto solo se refiere al proceso de consultas del art. 154.1 y 3 TFUE. El monopolio en la participación social comunitaria comienza en el momento en el que es posible adoptar acuerdos vinculantes desde la autonomía colectiva *ex* art. 154.4 y 155 TFUE. Así, solo un par de organizaciones empresariales, *BusinesEurope* y *CEEP*⁷⁸⁴, son las que se sientan en la mesa a negociar los acuerdos europeos normativos con eficacia *erga omnes*.

0275+0+DOC+XML+V0//ES. Finalmente, todas estas medidas han sido aprobadas, aunque con cierto retraso, por el Reglamento (UE) 2019/127 del Parlamento y del Consejo de la Unión Europea de 16 de enero de 2019 por el que se crea la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo y se deroga el Reglamento 1368/75 del Consejo.

⁷⁸² En el año 1993 era un total de 29 organizaciones, mientras que, en el año 2016, 87 organizaciones eran consideradas más representativas.

⁷⁸³ TREIB, O. y FALKNER, G., “Bargaining and Lobbying in EU Social Policy”, *op. cit.*, p. 262.

⁷⁸⁴ En efecto, los interlocutores europeos por el lado empresarial se identifican exclusivamente con dos grandes asociaciones empresariales, *BUSINESSEUROPE* (la antigua Unión de Confederaciones de la Industria y de los Empleadores de Europea, UNICE) y la Confederación Europea de Empresas Públicas. Ambas representaciones empresariales europeas suelen encontrarse con problemas de legitimación interna y dificultades de coordinar la diversidad de intereses sectoriales que confluyen en su seno debido a las constantes y rápidas transformaciones que sus miembros sufren en un contexto de

Aunque no hay ninguna previsión formal que garantice que estos dos actores sean los únicos que protagonicen “la participación social fuerte”, tanto la Comisión como el Consejo han confirmado su posición privilegiada en la práctica. Así, por un lado, la Comisión en repetidas ocasiones ha paralizado el proceso legislativo ordinario bajo la solicitud de estos actores y les ha permitido entablar negociaciones. Por otro lado, ambos organismos europeos han satisfecho siempre las solicitudes de estos actores de transformar sus acuerdos colectivos en Directivas europeas vinculantes *ex art.* 155.2 TFUE⁷⁸⁵.

Desde el punto de vista de la defensa de la competitividad empresarial, esta exclusión del resto de asociaciones empresariales ha conducido a que otros colectivos de menor dimensión hayan protestado respecto a esta práctica habitual. En ese sentido, es conocida la acción judicial emprendida por la Asociación Europea de Pequeñas y Medianas Empresas (UEAPME) en contra de la Comisión ante el TJCE. Esta organización de empresarios denunció que la Directiva 96/34/CE de 3 de junio de 1996 relativa al Acuerdo marco sobre el permiso parental no les resultaba de aplicación obligatoria a sus empresas afiliadas por cuanto se les había excluido de su negociación. El argumento de fondo era que las partes firmantes no gozaban de la representatividad suficiente para extender sus acuerdos al resto de empresarios⁷⁸⁶. No obstante, el

una economía global y altamente competitiva. Debe destacarse que ninguna tiene capacidad para negociar acuerdos obligando en su nombre a las organizaciones que la integran, ni tampoco la tiene de iniciativa ni de propuesta, sino que su objetivo es la promoción ante las instituciones comunitarias de los intereses de las empresas adscritas. *Vis.* SERRANO GARCÍA, J. M^a, “Los sindicatos europeos y las representaciones empresariales y la negociación colectiva europea”, UCLen M, 2012, pp. 7-8.

⁷⁸⁵ TREIB, O. y FALKNER, G., “Bargaining and Lobbying in EU Social Policy”, *op. cit.*, p. 279.

⁷⁸⁶ Debe recordarse que la UEAPME sí se encontraba entre las organizaciones representativas reconocidas por la Comisión en el listado oficial y había participado en la doble consulta sobre la posibilidad de una iniciativa comunitaria en materia de permiso parental. Sin embargo, en el momento de proceder a la negociación sustitutoria de la función legislativa de la Comisión, fue excluida, participando exclusivamente UNICE y CEEP. El acuerdo negociado fue finalmente asumido por el Consejo que lo incorporó en la Directiva 96/34/CE. La cuestión jurídica principal que se planteaba era la relación entre el derecho a participar en la doble consulta del art. 154 TFUE y el derecho a iniciar y participar en el eventual proceso de negociación colectiva que puede derivar de dichas consultas. Sin embargo, a raíz del recurso de casación interpuesto por la UEAPME ante la TJCE el 14 de agosto de 1998, solicitando la anulación de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia y de la Directiva 96/34, se alcanzó el Acuerdo de Cooperación interempresarial firmado el 4 de diciembre de 1999 entre la UNICE y la UEAPME. A través de este acuerdo, UEAPME reconoció que UNICE era la única

Tribunal entendió en la sentencia de 17 de junio de 1998, asunto *UEAPME*⁷⁸⁷, que la selección de los interlocutores es una cuestión que depende de la autonomía colectiva de todos los agentes representativos, limitándose la Comisión a vigilar *a posteriori* que el acuerdo adoptado haya sido negociado por agentes suficientemente representativos.

Así, son los propios agentes quienes deciden quién se sienta en la mesa de negociación⁷⁸⁸, concediéndose recíprocamente la condición de interlocutor legitimado⁷⁸⁹. La comisión por su parte, a pesar de que en ningún tratado se establece tal previsión, deberá ejercer un control posterior comprobando que, al menos, tienen el carácter de representativo por estar incluidas en el listado oficial que confecciona⁷⁹⁰, además, evidentemente, de controlar la legalidad de todas las cláusulas del acuerdo conforme al Derecho comunitario⁷⁹¹.

Sin embargo, el control de la representatividad *a posteriori* no se traduce en una auténtica garantía, ya que se entiende como interlocutor social representativo, no aquel que

organización horizontal europea que representa al conjunto de empresas de los diferentes sectores de la economía; y por el otro lado, UNICE reconocía a UEAPME como la principal organización intersectorial que representa los intereses específicos de las pequeñas y medianas empresas a nivel europeo, así como su papel en el diálogo social para la defensa de tales intereses en cooperación con UNICE en las negociaciones con la Comisión Europea. En particular, UNICE se comprometió a consultar a UEAPME antes de adoptar posiciones públicas en nombre de los empresarios en las negociaciones. Este acuerdo fue el resultado, asimismo, de la estrategia de la Comisión para satisfacer a los grupos que presentes en la negociación colectiva, ante el riesgo de poner en peligro la legitimidad del modelo legislativo de corte corporativista. Así, la Comisión alentó a las pequeñas asociaciones de empresarios a que se unieran a las de gran dimensión, a fin de poder ser consultadas dentro del proceso negociador, aunque no se les reconociera la facultad de veto. *Vid.* TREIB, O. y FALKNER, G., “Bargaining and Lobbying in EU Social Policy”, *op. cit.*, p. 263.

⁷⁸⁷ STJCE de 17 de junio de 1998, *UEAPME v Council of the European Union*, asunto T-135/96 (ECLI:EU:T:1998:128).

⁷⁸⁸ Comunicación de la Comisión “Adaptación y fomento del diálogo social a escala comunitaria”, COM (1998) 322 final, p. 13.

⁷⁸⁹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Aporías de la negociación colectiva europea”, *op. cit.*, p. 30.

⁷⁹⁰ Comunicación de la Comisión “Adaptación y fomento del diálogo social a escala comunitaria”, COM (1998) 322 final, p. 17. El TJUE impuso dicha obligación con base en el principio de democracia sobre el que se asienta la Unión Europea.

⁷⁹¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Aporías de la negociación colectiva europea”, *op. cit.*, p. 22.

represente a la mayoría, sino cualquier asociación incluida en un listado muy amplio de asociaciones y reconocida, a su vez, como tal por las organizaciones sindicales⁷⁹². En este sentido, al conjugarse el listado oficial de asociaciones representativas con el reconocimiento mutuo, se dota de una aparente representatividad suficiente a las dos únicas asociaciones empresariales europeas que colegislan en nombre de todas las empresas.

Como resumen, tampoco a nivel europeo hay un sistema fiable que permita medir la representatividad real de las asociaciones empresariales, pese a lo cual se legitima a unas pocas a alcanzar acuerdos vinculantes para todas las empresas. Esto puede generar un contexto de inseguridad jurídica y económica en perjuicio de aquellas empresas que no se sienten debidamente representadas. De este modo, y en contra de las reglas del libre mercado, se ha instaurado un monopolio negociador en la UE, silenciando las necesidades plurales y diversas de todos los empresarios europeos gracias a una apariencia legal de representatividad. Es más, para lograr desvirtuar esta presunción, al igual que ocurre en España, se exige a la asociación disconforme demuestre tener representatividad suficiente en el campo de aplicación material del acuerdo que se ha firmado⁷⁹³, lo que constituye una auténtica prueba diabólica.

2. La negociación colectiva empresarial transnacional y la falta de un interlocutor social legitimado

Además del monopolio negociador descrito, también es posible detectar deficiencias en el engranaje jurídico de la negociación colectiva comunitaria dentro de cada empresa que perjudican, igualmente, su capacidad competitiva. En este sentido, debe significarse que la negociación colectiva empresarial, en paralelo a la

⁷⁹² ARRIGO, G., “Rappresentatività, contratto collettivo e proceso di determinazione delle fonti nel diritto del lavoro comunitario”, *Rivista giuridica del lavoro*, núm. 3, 2000, p. 845.

⁷⁹³ ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los sindicatos en Europa: vías de actuación”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 10, 2009, p. 86. También MOLINA GARCÍA, M., *La negociación colectiva europea. Entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, pp. 90-93.

internacionalización de las empresas y a la consolidación del mercado único europeo, ha rebasado las fronteras nacionales y se ha adaptado a las necesidades globales. De esta forma, desde el punto de vista empresarial, se pretende dar respuesta en el conjunto de la empresa o grupo de empresas a las exigencias del mercado global en términos de competitividad y adaptabilidad, sin que las fronteras de cada estado lo dificulten o impidan⁷⁹⁴.

De hecho, tal y como se desprende de algunos estudios recientes⁷⁹⁵, las empresas y los representantes de los trabajadores están celebrando auténticos convenios colectivos transnacionales. En este sentido, el cauce por el que se está articulando esta negociación colectiva es a través de los Comités de Empresa Europeos (CEEs). Estos órganos han trascendido sus funciones típicas de recepción de información y foro de consultas y, en su lugar, han sido capaces de convertirse en auténticos agentes negociadores⁷⁹⁶. Y lo han hecho no solo desde una perspectiva cuantitativa, sino cualitativa, habida cuenta de la ampliación de temas sobre los que se negocia, ya que abordan, cada vez más, temas de derecho laboral, como las condiciones de trabajo, la formación del trabajador, la seguridad e higiene, gestión y medidas de reestructuración, protección social, etc.⁷⁹⁷.

⁷⁹⁴ WADDINGTON, J., *European Works Councils. A Transnational Industrial Relations Institution in the Making*, UK: Routledge, 2011, pp. 169-176.

⁷⁹⁵ ARROWSMITH, J. y MARGISON, P., “The European Cross-border Dimension to Collective Bargaining in Multinational Companies”, *European Journal of Industrial Relations*, núm. 12(3), 2006, pp. 245-266; MOLL NOGUERA, R., “La negociación colectiva transnacional a nivel de empresa y los comités de empresa europeos”, *CEF. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 419, 2018, pp. 19-47.

⁷⁹⁶ BANYULS, J., HAIPETER, T., y NEUMANN L., “European Works Council at General Motors Europe: bargaining efficiency in regime competition?”, *Industrial Relations Journal*, 2008, núm. 39(6), p. 544. Véase el estudio realizado por el profesor AUGUSTO COSTA, H., *Conselhos de empresa europeus. Um estudo dos setores metalúrgico, químico e financeiro em Portugal*, Coimbra: Universidad de Coimbra, 2014, pp. 144-157.

⁷⁹⁷ ALES, E. y DUFRESNE, A., “Transnational collective bargaining: Another (problematic) fragment of the European multi-level industrial relations system”, *European Journal of Industrial Relations*, núm. 18(2), 2012, p. 99; *Vid.* COMISIÓN DE EMPLEO Y ASUNTOS SOCIALES, *Proyecto de informe sobre las negociaciones colectivas transfronterizas y el diálogo social transnacional* (2012/2292), 2013, p. 9/10.

Aunque la doctrina discute sobre la legalidad de que los CEEs desarrollen funciones negociadoras⁷⁹⁸, lo cierto es que la autonomía colectiva puede dotar de amplios contenidos, incluso negociadores, a las competencias del CEE⁷⁹⁹. En este sentido, las funciones asignadas a estos no representan un techo, sino un estándar mínimo que cumplir, de modo que las partes, que negocian su creación, pueden añadir la competencia negociadora⁸⁰⁰.

⁷⁹⁸ GARRIDO PÉREZ, E., “La reforma de la directiva sobre CEU a la luz de la jurisprudencia del TJCE en relación a la información y consulta en estructuras complejas”, *Revista de Derecho Social*, núm. 49, 2010, p. 139. Señala la autora que la normativa no contempla en ningún caso esta posible función negociadora.

⁷⁹⁹ MONEREO PÉREZ, J. L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid: Civitas, 1992, p. 201.

⁸⁰⁰ En efecto, entre las competencias que se asignan a los CEEs en la Directiva europea no se encuentra la negociadora. En la revisión de la Directiva llevada a cabo en el año 2008, que culminó con la Directiva 2009/38/CE, se propuso ir más allá de los derechos de información y consulta y dotar a los CEEs de competencias en materia de negociación para cuestiones transnacionales, para brindar seguridad jurídica a una práctica extendida que había convertido a los CEEs en auténticos foros de negociación colectiva, aunque finalmente no se materializó. Eso sí, el Parlamento Europeo, mediante Resolución de 12 de septiembre de 2013, sobre las negociaciones colectivas transfronterizas y el dialogo social transnacional, propuso a la Comisión que se promoviera un marco jurídico facultativo para la celebración de negociaciones y convenios colectivos europeos que reconociera la autonomía contractual de las partes a nivel de empresa. Dicho marco se debería basar en la flexibilidad y en la remisión a escala nacional a fin de dar efecto jurídico al convenio colectivo transnacional. En todo caso, el Parlamento Europeo defendía que los CEEs debían ser los órganos competentes para participar en las negociaciones, aunque junto con las asociaciones sindicales europeas cuando procediera. Insistiendo en la cuestión, el Parlamento Europeo en diciembre de 2016 mostró de nuevo su preocupación por la materia, solicitando a la Comisión que evaluase si un marco jurídico europeo facultativo para los convenios colectivos transnacionales europeos resultaba necesario en aras de una mayor seguridad jurídica. La Comisión Europea, en cumplimiento de lo previsto en el art. 15 de la Directiva 2009/38/CE, aunque con dos años de retrasos, el 14 de mayo de 2018 presentó el informe sobre la ejecución de la Directiva y de las medidas oportunas. Sin embargo, y lejos de aprovechar la ocasión para avanzar hacia un modelo de negociación transnacional a nivel de empresa, se limitó a dar cuenta de que los CEEs “han iniciado y apoyado la negociación y celebración de acuerdos de empresas transnacionales acerca de asuntos diversos”, pero matizando que “no tienen ninguna capacidad de negociación formal” ni “son un órgano de negociación”. En cuanto a las medidas presentadas, ninguna está referida a la revisión del marco comunitario para dotar de certeza jurídica y económica a los acuerdos negociados en el seno de los CEEs, siendo la propuesta más destacable la elaboración de una guía sobre cómo crear comités de empresa europeos. *Vid.* HOLM-DETLEV, K., y GONZÁLEZ BEGEGA, S., “¿Hacia un sistema de relaciones industriales europeo? La experiencia de los Comités de Empresa Europeos [CEUs]”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm 22 (1), 2004, pp. 7-36; Informe de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo, Informe sobre la aplicación por parte de los Estados miembros de la Directiva 2009/38 (versión refundida).

Con todo, esta práctica se está desarrollando sin la seguridad jurídica necesaria, en la medida de que no está contemplada en ninguna norma comunitaria. Más bien, se trata de una fórmula que intenta hallar un interlocutor social válido frente al problema del desajuste entre el ámbito de constitución de las instancias representativas y los reales centros de decisión del complejo empresarial⁸⁰¹.

En efecto, como consecuencia del vacío legal al respecto, ninguna norma jurídica reconoce a dichos acuerdos como fuente de derecho, por lo que su efectividad real, en cada uno de los centros de trabajo a nivel nacional, puede quedar en entredicho y con ello el propio proceso de negociación, pues no vería materializado el resultado esperado. En este sentido, el mayor obstáculo para el reconocimiento interno en cada Estado miembro del convenio colectivo de empresa es la legitimación de los sujetos negociadores.

Así, del lado del empleador, en principio, no habría problemas, en la medida que todos los Estados miembros legitiman al empresario individual a negociar y a firmar acuerdos colectivos. En su caso, mayor complejidad presentaría el grupo de empresas, pues quizá no en todos los Estados tienen competencia para negociar y concluir acuerdos colectivos en el nombre del grupo vinculantes para todas las empresas⁸⁰².

La auténtica dificultad se encuentra en la falta de reconocimiento de los CEEs como órganos representativos de los trabajadores en cada Estado miembro. En este sentido, los convenios o acuerdos colectivos transnacionales suscritos por los CEEs no son

<https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2018/ES/COM-2018-292-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF> y <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018SC0187&from=EN> (documento de trabajo en el que se expone más detalladamente los resultados del informe)

⁸⁰¹ MONEREO PÉREZ, J. L., “Los comités de empresa europeos: los derechos sociales de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”, *Tribuna Social*, núm. 98, 1999, p. 34.

⁸⁰² Por ejemplo, en Alemania, para que el grupo pueda negociar en nombre de las empresas que lo integran, requiere la autorización de cada una de ellas. En Eslovenia y Suecia, las empresas individualmente consideradas deben firmar el acuerdo para que su contenido les resulte vinculante. Cfr. JASPERS, T., “Effective transnational collective bargaining. Binding transnational company agreements: a challenging perspective”, in Romuald Jagodzinski *et al.*, *Transnational collective bargaining at company level. A new component of European industrial relations?*, Bruselas: ETUI, 2012, p. 238.

negociados por quienes, en principio, son los sujetos legitimados para alcanzar acuerdos vinculantes dentro cada Estado. Esto significa que, para que la negociación colectiva transnacional pueda responder satisfactoriamente a las necesidades empresariales globales, los negociadores sociales en el CEE necesitarán el respaldo oficial de los sujetos legitimados a nivel nacional⁸⁰³.

Dicho de otro modo, como consecuencia de la falta de reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico comunitario de un sujeto legitimado para negociar acuerdos de empresa transnacionales, los empresarios se encuentran con la necesidad, y la incertidumbre, de tener que negociar con los CEEs. No solo eso, sino que, además, se ven obligados a recabar el apoyo de todos los órganos legitimados dentro de cada Estado miembro para que el acuerdo alcanzado sea efectivo.

Así las cosas, dicho apoyo puede manifestarse de al menos cuatro formas. En primer lugar, haciendo partícipes dentro del proceso negociador a los sujetos legitimados en el ámbito nacional. No obstante, esto aumentaría el número de actores en la negociación y con ello la dificultad de alcanzar acuerdos. En segundo lugar, a través de la nacionalización del acuerdo por los legitimados en el ordenamiento jurídico de cada estado. Ahora bien, de esta forma no se garantizaría su aplicación uniforme, ya que por factores exógenos o endógenos puede no acabar nacionalizándose en uno o varios estados. En tercer lugar, ese apoyo podría consistir, complementariamente, en el mecanismo legal del mandato, de modo que los negociadores en el CEE supieran cuáles son los objetivos y márgenes de la negociación. Y, en cuarto lugar, teniendo en cuenta que se trata de una negociación dentro de la empresa, el propio convenio de empresa nacional podría contemplar qué materias pueden negociarse a nivel comunitario y por quién.

Entre ellas, la alternativa más practicada es transformar el acuerdo transnacional en acuerdos colectivos nacionales firmados por quienes son competentes según las reglas

⁸⁰³ *Ibidem*, p. 239.

propias de cada estado⁸⁰⁴. También suele ser habitual la participación de las asociaciones sindicales europeas conjuntamente al lado del CEE⁸⁰⁵, pues serán, probablemente, las que estén en mejor condición de nacionalizar el acuerdo.

No obstante, este planteamiento sobre la necesidad de una ulterior nacionalización del acuerdo negociado no está exento de riesgos desde el punto de vista empresarial. Por un lado, como se decía, no existe ninguna garantía legal de que el acuerdo negociado vaya a integrarse en los ordenamientos jurídicos internos conforme a los términos pactados. Es decir, puede ocurrir que, en el proceso de conversión del acuerdo transnacional, las partes legitimadas para negociar el convenio de empresa nacional discrepen sobre algunos extremos previamente pactados, ya que no necesariamente coinciden los sujetos negociadores. Por otro lado, dada la no coincidencia de sujetos negociadores en ambos niveles, puede que directamente los representantes nacionales de los trabajadores decidan no implementarlo al considerar que les perjudica. Así, el empresario podría exclusivamente alcanzar acuerdos que no perjudicase a ningún estado concreto, ya que realmente no se encuentra con un único negociador por el lado social, sino tantos como estados integren el CEE. Dicho de otro modo, el acuerdo no goza de ninguna garantía que impida que los trabajadores de cualquier estado puedan ejercer un derecho de veto, restando efectividad al acuerdo y virtualidad al proceso de negociación transnacional.

Al respecto, si pensamos en España, para la designación de los miembros que van a negociar en el CEE es suficiente contar con la mayoría simple de la representación sindical del comité de empresa, mientras que para adoptar un acuerdo de naturaleza estatutaria se requiere la mayoría absoluta de una mesa negociadora que ha sido constituida atendiendo a criterios de proporcionalidad⁸⁰⁶. No obstante, la regla de

⁸⁰⁴ SCHÖMANN, I., “Transnational collective bargaining: towards an internationalisation of industrial relations”, in Romuald Jagodzinski *et al.*, *Transnational collective bargaining at company level. A new component of European industrial relations?*, Bruselas: ETUI, 2012, p. 206.

⁸⁰⁵ ARAGÓN, J., *et al.*, “Los Comités de Empresa Europeos en España”, *Cuadernos de Información Laboral*, Madrid, Fundación 1º de Mayo, 2001, pp. 55-56.

⁸⁰⁶ Así, por un lado, según el artículo 27 de la Ley 10/1997, de 24 de abril, sobre derechos de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria, que traspone la normativa comunitaria, las partes libremente determinarán las reglas de designación del

designación de los miembros del CEE es dispositiva, de tal modo que las partes voluntariamente podrían ponerse de acuerdo para mimetizar las reglas de legitimación estatutarias, forzando de este modo la coincidencia entre la legitimación de la representación de los trabajadores en el CEE y las nacionales.

Con todo, para dotar de mayor seguridad jurídica a la negociación con los CEEs y permitir que las empresas europeas respondan eficazmente a las necesidades globales, se debería contar con una regulación comunitaria clara que reconociese esta negociación y admitiera, en especial, la legitimación negociadora transnacional de los CEEs⁸⁰⁷.

A la espera de esta regulación comunitaria, a la hora de decidir la sede central del CEE, entre otros motivos, las empresas transnacionales buscan aquellos Estados miembros que reconocen internamente la negociación colectiva llevada a cabo con los CEEs,

comité en el acuerdo de constitución. En el supuesto que las partes no hayan dicho nada, los miembros serán elegidos por acuerdo de las representaciones sindicales que en su conjunto sumen mayoría en el CEE (o delegados de personal en su caso). Por otro lado, con relación al ET, hay que fijarse, principalmente, en las reglas de legitimación plena del artículo 88, pues en definitiva determina si la mesa negociadora está válidamente constituida para la negociación de un convenio colectivo estatutario. El art. 88 ET establece que la mesa negociadora deberá formarse respetando la proporción de todos aquellos que tienen legitimidad inicial según las reglas del art. 87, y, por otro lado, que para la válida constitución en su conjunto deberán representar como mínimo la mayoría absoluta de los miembros del comité o delegados de personal. Por último, con relación a la legitimación decisoria será necesario el voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones (art. 89.3 ET).

⁸⁰⁷ Debe dignificarse que Unión Europea sí resulta competente para poder regular un marco normativo en materia de negociación colectiva transnacional a nivel de empresa. Así, por un lado, el art. 115 TFUE, contempla que el Consejo Europeo podrá adoptar directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado interior. Por otro, el art. 153.1.f) del TFUE establece que la Unión apoyará y completará la acción de los Estados miembros en la representación y la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, incluida la cogestión, en tanto en cuanto además el artículo 153.5 no excluye la negociación colectiva. También debe traerse a colación el art. 28 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en virtud del cual, los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar convenios colectivos, en los niveles adecuados. A mayor abundamiento, si nos fijamos en las explicaciones sobre la Carta de los Derechos Fundamentales de 2007 que, si bien por sí mismas no tienen valor jurídico, constituyen un valioso instrumento de interpretación con objeto de aclarar las disposiciones de la Carta. En concreto, se señala que la referencia a “niveles adecuados” remite a los niveles previstos por el Derecho de la Unión o por el Derecho o las prácticas nacionales, lo que puede incluir el nivel europeo cuando la legislación de la Unión lo prevea.

como Alemania y Holanda⁸⁰⁸, en donde existe mayor seguridad jurídica al respecto. Sin perjuicio de otros factores explicativos, como pudiera ser el origen de la empresa líder del grupo, puede observarse una concentración de CEEs en estos dos países, contribuyendo a mantener una economía nacional más competitiva⁸⁰⁹.

Por lo que se refiere a los CEEs con sede en España, el número de ellos es relativamente bajo y es infrecuente, a su vez, que se les atribuyan funciones negociadoras⁸¹⁰. Entre otras razones, es posible que la jurisprudencia del TS respecto de los CEEs explique esta huida⁸¹¹. En efecto, el TS rechazó toda posibilidad de que puedan negociar convenios colectivos a nivel transnacional. En este sentido se pronunció *obiter dicta* por vez primera en la sentencia de 22 de diciembre de 2008 (rec. 143/2007). La decisión del TS se basó en dos razones principales. Por un lado, que tal competencia no se encuentra recogida ni en la Directiva ni en la normativa nacional que la traspone. Por otro lado, que no el acuerdo de constitución por el que se creaba el CEE tampoco había establecido la competencia negociadora.

Respecto de este segundo argumento, parece que el TS hubiera admitido que, de haber estado previsto en el acuerdo de constitución, el CEE podría haber estado legitimado para negociar. Con todo, el TS no contempla la posibilidad de que se reconozca la capacidad negociadora al CEE en el convenio colectivo de empresa.

Un año después, el TS en sentencia de 16 de diciembre de 2009 (rec.139/2008), de nuevo *obiter dicta*, aclaró que, en el ordenamiento jurídico español, el CEE es un órgano representativo para la participación, información y consulta de los trabajadores y no

⁸⁰⁸ DE SPIEGELAERE, S. y JAGODZINSKI, R., *European Works Councils and SE Works Councils in 2015*, Bruselas: ETUI, 2015, p. 26.

⁸⁰⁹ JASPERS, T., “Effective transnational collective bargaining. Binding transnational company agreements: a challenging perspective”, *op. cit.*, p. 239.

⁸¹⁰ DÍAZ, D., PRIETO, J. y DE LA PUEBLA, A., “Los instrumentos de gestión laboral transnacional: una visión desde la perspectiva de las relaciones colectivas”, en AA.VV, *El derecho español de Siglo XXI en una economía globalizada*, Madrid: La Ley, 2015, pp. 635-665; MOLL NOGUERA, R., “La negociación colectiva transnacional a nivel de empresa y los comités de empresa europeos”, *op. cit.*, pp. 19-47.

⁸¹¹ HOLM-DETLEV, K., y GONZÁLEZ BEGEGA, S., “¿Hacia un sistema de relaciones industriales europeo? La experiencia de los Comités de Empresa Europeos [CEUs]”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 22 (1), 2004, pp. 136-137.

un comité para negociar un convenio colectivo europeo. Esta vez, la razón jurídica en la que el TS asentó tal consideración fue solamente la relativa a la ausencia de previsión normativa nacional o europea al respecto. Y aunque el Tribunal recuerda su anterior sentencia sobre este particular, prefiere prescindir del argumento sobre el reconocimiento o no de la capacidad de negociación colectiva en el acuerdo de constitución.

Más recientemente el TS ha vuelto a negar la posibilidad de que el CEE tenga competencias en materia de negociación colectiva en la sentencia de 7 de junio de 2016 (rec. 124/2015), sin introducir ninguna novedad. En tanto en cuanto reitera la doctrina asentada en sus dos anteriores sentencias. Aunque el TS da cuenta del cambio normativo producido en esta sentencia, con la entrada en vigor de la nueva Directiva 2009/28/CE traspuesta por la Ley 10/2011, de 19 de mayo, no entra a considerar si su argumento principal sigue siendo válido. En este sentido, entre las novedades que introduce la Directiva 2009/38/CE está la de que, en caso de aplicarse las disposiciones subsidiarias al acuerdo de constitución del CEE, la dirección central deberá responder motivadamente a cualquier dictamen que los representantes de los trabajadores emitan. Por lo que la afirmación hecha por el Tribunal en su primera sentencia “no hay vestigio alguno de facultades de negociación” quizá requeriría de una mayor justificación.

En conclusión, siendo deseable un marco normativo comunitario que regulase la negociación colectiva transnacional a nivel de empresa, el legislador nacional debería dotar de seguridad jurídica a estos procesos con una regulación que, al menos, los reconociese. De lo contrario, y con la actual interpretación del TS al respecto, posiblemente, como ya está ocurriendo, las sedes centrales de los CEEs se constituyan en Estados miembros donde sí existe un marco de seguridad jurídica y económica.

CAPÍTULO CUARTO: LA IMPUGNACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO Y SU RELACIÓN CON LA COMPETITIVIDAD EMPRESARIAL

Como se ha visto hasta ahora, todo empresario tiene derecho a desarrollar su actividad económica de forma eficiente y en condiciones de igualdad con el resto de sus competidores, lo que permite, a su vez, el mantenimiento del libre mercado. No obstante, en el ámbito laboral, a través de las reglas de legitimación de la negociación colectiva, se coloca a las empresas de gran tamaño en una posición más ventajosa en términos de competitividad. Así, por un lado, el ET y el TS permiten que las asociaciones patronales en las que se integran disfruten de una representatividad sobre el conjunto del sector posiblemente alejada de la real; y por otro, la posibilidad de negociar un convenio de empresa resulta más accesible a estas grandes empresas.

Gracias a esto, y por lo que se refiere al convenio sectorial, la rivalidad empresarial trasciende del libre mercado y penetra fácilmente en los procesos de negociación colectiva a nivel sectorial. De este modo, es necesario recordar que se dan todos los alicientes, al menos, a nivel teórico, para que el convenio se convierta en una herramienta eficaz en manos de las grandes empresas para constreñir la capacidad adaptativa de las pequeñas y medianas empresas compelidas a su aplicación.

Por ello, y ante las consecuencias negativas para la competitividad empresarial que puedan derivar, lo esperable de un ordenamiento jurídico respetuoso con la libertad de empresa y el derecho a la negociación colectiva sería que las empresas afectadas pudieran denunciar el convenio sectorial por ser contrario a derecho o resultarles lesivo para sus intereses. Desde este enfoque, en el caso de que el convenio en cuestión conculcara la legislación en materia de defensa de la competencia⁸¹², cualquier empresario perjudicado debería poder, al menos, impugnarlo. De esta forma, a pesar de que el andamiaje legal y jurisprudencial de la legitimación negociadora implique serios riesgos para la competencia, la impugnación del convenio se presentaría como

⁸¹² *Vid.* capítulo primero, apartado III, 3.2.

un remedio *a posteriori* a efectos de depurar el sistema en beneficio, no solo de las empresas afectadas, sino del libre mercado en su conjunto.

A la luz de estas consideraciones, la impugnación del convenio colectivo puede constituir ontológicamente una herramienta de defensa de la competencia. A este respecto, las reglas de legitimación para impugnar son la pieza clave del éxito de esta función de depuración, pues esta dependerá de la delimitación, más o menos restrictiva, de los sujetos legitimados. Así, la libertad de empresa y el propio derecho a la negociación colectiva pueden verse afectados, no solo por la regulación de la legitimación relativa a negociar un convenio, sino también por las reglas que permiten cuestionar la legalidad o la lesividad de la norma convencional.

Ahora bien, no solo resultan impugnables los convenios sectoriales que limitan o afectan negativamente a la competencia, sino todos, incluyendo aquellos que la potencian, como son los de ámbito empresarial. Desde esta perspectiva, la rivalidad económica también se deja sentir en este sentido, pues con la finalidad de entorpecer o frenar la competitividad derivada de estos últimos convenios, la impugnación se presenta como un medio igualmente útil. De ahí que resulte necesario detenerse y analizar las posibles relaciones de tensión empresarial que pueden derivarse del ejercicio de la impugnación del convenio colectivo en cuestión.

I. El empresario individual frente al convenio sectorial

De partida, debe significarse que la regulación de las reglas de legitimación para impugnar los convenios colectivos es compleja desde un punto de vista técnico. En este sentido, como ha señalado el TS, “se trata de una temática tradicionalmente dificultosa. Ello se debe a que pesan las exigencias contradictorias de la garantía de tutela judicial efectiva y el respeto a la llamada estabilidad de los resultados de la negociación. Y se debe también a que la legislación ordinaria al respecto es deficiente

y confusa”⁸¹³. Así, a pesar de que la regulación destinada al control de los convenios colectivos debería ser una pieza fundamental del engranaje para hacer funcionar el sistema de negociación colectiva, lo cierto es que el legislador constriñe fuertemente las posibilidades de ejercer dicho control.

A este respecto, aunque se trate de una cuestión relevante para el conjunto del sistema de negociación colectiva, máxime desde la perspectiva empresarial, el ordenamiento jurídico laboral ha permanecido prácticamente inalterado por lo que a la legitimación para impugnar se refiere. Por ello, es conveniente analizar esta “evolución” normativa.

La primera vez que se le presta atención a la cuestión de la impugnación del convenio colectivo fue en el art. 90.5 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del ET⁸¹⁴:

Si la **Autoridad Laboral** estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente, o lesiona gravemente el interés de **terceros**, se dirigirá de oficio a la jurisdicción competente, la cual adoptará las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, **previa audiencia de las partes**⁸¹⁵.

Desde el plano procesal, y en consonancia con este precepto, el art. 136 del RDLeg. 1568/1980, de 13 de junio, por el que se aprobaba el texto refundido de la LPL, desarrollaba el procedimiento:

[...] la comunicación de la **Autoridad Laboral** deberá concretar la ley y los extremos de ella que se consideran conculcados por el convenio, así como las razones que fundamenten tal posición; en el caso que se estime lesiona gravemente el interés de **terceros, determinará quiénes sean estos** y, asimismo, el interés que se trate de proteger.[...] Recibida la comunicación con el convenio y las copias, el magistrado señalará día para el juicio y citará al **ministerio fiscal, a las partes intervinientes en el convenio** y, en su caso, a los **terceros interesados**⁸¹⁶.

⁸¹³ Así, ni en la Ley 18/1973, de 19 de diciembre, de Convenios Colectivos Sindicales de Trabajo, ni en el Decreto-ley 5/1975, de 22 de mayo, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo, se encuentra disposición legal alguna al respecto.

⁸¹⁴ STS de 14 de abril de 2000 (rec. 982/1999).

⁸¹⁵ El subrayado el mío.

⁸¹⁶ El subrayado el mío.

Como se observa, en virtud de esta primera regulación, ningún empresario podía impugnar directamente un convenio colectivo, sino que solamente la Autoridad Laboral tenía legitimación para ello. De prosperar esta acción, en el correspondiente proceso judicial, las partes negociadoras eran llamadas como intervinientes, así como los terceros cuyos intereses hubieran sido gravemente lesionados. Estos debían ser nombrados directa y discrecionalmente por la Autoridad Laboral, sin que cupiese ni siquiera la denuncia ante la misma⁸¹⁷.

Sin embargo, frente a esta rigidez, la jurisprudencia del TC amplió la legitimación para impugnar a quien estuviera legitimado para pactar el convenio, esto es, todos aquellos sujetos reconocidos con legitimación por el art. 87 ET/80⁸¹⁸. No obstante, a pesar de esta corrección, se mantuvo el principio básico de que no podía impugnarlo quien no podía pactarlo⁸¹⁹.

Esta interpretación aperturista del TC se reforzó a partir de la aprobación de la LOLS, pues, sin cambiar lo señalado en la ET y LPL sobre la legitimación impugnatoria, se amplió en favor de sindicatos y asociaciones empresariales, a pesar de no contar con la legitimación necesaria para negociar el convenio colectivo. Eso sí, debían tener “implantación suficiente” en el ámbito que se tratase⁸²⁰.

⁸¹⁷ Con relación al “monopolio administrativo en la iniciación del proceso de oficio”, *vid.* PÉREZ YÁÑEZ, R. M.^a, *El control judicial de los pactos colectivos*, Madrid: CES, 1997, pp. 116-120 y bibliografía y jurisprudencia allí citada.

⁸¹⁸ STC núm. 70/1982 de 29 de noviembre. Parte de la doctrina había manifestado la necesidad de esta ampliación en favor de los sujetos colectivos *cfr.* PÉREZ YÁÑEZ, R. M.^a, *El control judicial de los pactos colectivos*, Madrid: CES, 1997, p. 155 (nota a pie de página 89); CAMPOS ALONSO, M. A., “Otras vías de impugnación de convenios colectivos”, en AA.VV., *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral, Madrid, 21, 21 y 22 de octubre de 1983*, Madrid: MTSS, 1985, p. 463. También NORES TORRES, L. E., *El periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial*, Madrid: 2000, p. 303 (nota a pie de página 241).

⁸¹⁹ LÓPEZ CUMBRE, L., *La impugnación del Convenio Colectivo por sujeto firmante*, Madrid: Ediciones Cinca, 2006, p. 95.

⁸²⁰ CAMPOS ALONSO, M. A., “Otras vías de impugnación de convenios colectivos”, en AA.VV., *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral, Madrid, 21, 21 y 22 de octubre de 1983*, Madrid: MTSS, 1985, pp. 472 y ss.

A partir de ahí, debe destacarse que mientras el art. 90.5 ET mantuvo íntegramente la redacción originaria, la norma procesal fue modificada mediante el RDLeg. 521/1990, de 27 de abril, por el que se aprobó el texto articulado de la LPL⁸²¹.

Art. 160.

1. La impugnación de un Convenio Colectivo **de los regulados en el título III del Estatuto de los Trabajadores** por considerar que conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros podrá promoverse **de oficio** ante el Juzgado o Sala competente mediante comunicación remitida por la Autoridad Laboral correspondiente.

2. Si el Convenio Colectivo **no hubiera sido aún registrado**, los representantes legales o sindicales de los trabajadores o **los empresarios que sostuvieran la ilegalidad del mismo** o los **terceros lesionados** que así lo invocaran **deberán solicitar previamente de la Autoridad Laboral que curse al Juzgado o Sala su comunicación de oficio**.

Art. 161.

4. El proceso se seguirá, además de con las representaciones integrantes de la comisión negociadora del Convenio, con los terceros reclamantes, presuntamente lesionados, en su caso, **y, si los hubiere, con los denunciante ante la Autoridad Laboral de la ilegalidad o lesividad del Convenio**.

5. Cuando la impugnación procediera de la Autoridad Laboral **y no hubiera denunciante, también será citado el Abogado del Estado**.

Art. 162.

1. **La legitimación activa para impugnar un Convenio Colectivo, cualquiera que sea su eficacia**, por los trámites del proceso de conflicto colectivo corresponde:

a) Si la impugnación se fundamenta en la **ilegalidad** del Convenio, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, Sindicatos y **Asociaciones empresariales interesadas**.

b) Si el motivo de la impugnación fuera la **lesividad** del Convenio, a los **terceros cuyo interés haya resultado gravemente lesionado**. **No** se tendrán por

⁸²¹ Derogado cinco años más tarde por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril, por el que se aprobó el texto refundido de la LPL, sufriendo la regulación objeto de estudio exclusivamente un cambio formal de ubicación, pasándose a regularse en los art. 161 a 164 (y no en los antiguos art. 160 a 163). El subrayado es mío.

terceros a los trabajadores y **empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del Convenio.**

De esta forma, la LPL de 1990 contempló por primera vez dos vías diferentes para impugnar los convenios colectivos, una de oficio por la Autoridad Laboral (arts. 160 y 161 LPL), y otra a instancia de algunos de los sujetos contemplados en la norma (art. 162 LPL).

Pues bien, la vigente LRJS reproduce casi miméticamente esta regulación⁸²². En efecto, a pesar de los cambios producidos en las reglas de legitimación para negociar convenios estatutarios y las variaciones sufridas en la estructura de la negociación colectiva, las reglas de legitimación de impugnación de convenios colectivos se han manteniendo constantes y solo han experimentado pequeñas alteraciones desde 1990.

Por tanto, la norma actual contempla, por un lado, una impugnación directa, en la que las partes interesadas pueden iniciar el proceso judicial para que se declare la nulidad total o parcial del convenio en cuestión. A su vez, el precepto distingue entre diferentes sujetos legitimados en función de cuál sea la causa de impugnación, ya que puede ser por ilegalidad o por lesividad; por otro lado, prevé la impugnación de oficio por parte de la Autoridad Laboral, en la que los empresarios pueden estar presentes. Con todo, y como se verá a continuación, las posibilidades de impugnación directa por parte del empresario en ambos casos son muy limitadas.

⁸²² Introduce como novedad principal en el art. 163.4 (antiguos 160 y 161): “la falta de impugnación directa de un convenio colectivo de los mencionados en el apartado 1 de este artículo **no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación**, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a Derecho. El juez o tribunal que en dichos procedimientos apreciara la ilegalidad de alguna de las referidas disposiciones **lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal** para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos.

1. El empresario individual y la impugnación directa basada en la ilegalidad del convenio

1.1. El objeto del proceso

Como se decía, la vigente LRJS en su art. 165 contempla una vía directa para impugnar el convenio colectivo con base en dos únicos motivos, la ilegalidad o la lesividad del mismo. Así, por cuanto se refiere a la primera causa, resulta claro que el objeto del proceso es el control de la legalidad de un convenio colectivo. A este respecto, debe entenderse el concepto de “legalidad” en un sentido amplio, pues el control se refiere tanto a normas de derecho necesario de todo el ordenamiento jurídico (por ejemplo, normativa de defensa de la competencia), como a las normas propias de la tramitación convencional (*v. gr.* incumplir las reglas de legitimación negocial)⁸²³. Es más, la expresión “legalidad vigente” del art. 90.5 ET debe interpretarse en sentido amplio, con independencia de su rango legal o reglamentario, incluyéndose, por tanto, los reglamentos administrativos⁸²⁴.

En todo caso, la cuestión problemática es cómo identificar esas normas de derecho necesario y así diferenciarlas de aquellas otras que no lo son, trascendiendo ello el propio ordenamiento jurídico laboral, en la medida en que toda ley resulta de obligado

⁸²³ STS de 30 de septiembre de 2008 (rec. 88/2007). En esta sentencia, el TS afirmaba que no existe ilegalidad si las disposiciones del convenio se oponen a las de otro convenio diferente, ni tampoco cuando la contradicción se da entre distintos artículos o cláusulas de un mismo convenio. Sin embargo, el TS recientemente en las sentencias de 2 y 7 de marzo de 2017 (rec. 82/2016 y rec. 89/2016) entendió que debe tramitarse vía impugnación directa de convenio colectivo por ilegalidad los acuerdos de empresa que modifican el propio convenio colectivo, “pues nos sitúa fuera del marco de la interpretación o armonización entre preceptos de la misma norma y se asienta ante una posible colisión entre diversas fuentes colectivas [Convenio/Acuerdo], a resolver necesariamente por esta modalidad procesal”. Esto implica un cambio en la doctrina del TS, ya que, a partir de este momento, la ilegalidad sobre la que fundar la acción impugnatoria no necesariamente debe asentarse en “normas estatales de derecho necesario, que configuran el orden público laboral” (STS de 20 de diciembre de 2007, rec. 90/2006), sino también podrá referirse a las relaciones entre distintas fuentes de derecho paccionado. Así, el TS interpreta que hay una relación de jerarquía entre convenio y acuerdos de la misma naturaleza, de modo que la legalidad de estos debe medirse con relación a aquellos, que actuarían como una suerte de “derecho necesario negociado superior”.

⁸²⁴ RIVERA SÁNCHEZ, J. R., “Proceso de impugnación de convenios colectivos”, en Ángel Antonio Blasco Pellicer, (Dir.), *El proceso laboral*, vol. 2, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1395.

respeto por el convenio colectivo. En particular, es conveniente citar la normativa sobre competencia ya que “un juzgado o tribunal del orden social al enjuiciar la validez de un convenio debe hacerlo en atención al ordenamiento en su conjunto con inclusión, por tanto, de la legislación de defensa de la competencia”⁸²⁵, como muestra la jurisprudencia a partir de la STS de 15 de marzo de 1993 (rec. 1730/1991) en la que se admitió la posibilidad de que por la vía de la impugnación del convenio colectivo los tribunales de la jurisdicción social pudieran examinar si el convenio infringe la normativa de competencia.

A mayor abundamiento, esta modalidad de impugnación constituye en sí misma una actuación en interés de la ley, por cuanto lo que se pretende es expulsar del ordenamiento jurídico una norma contraria al mismo. Y desde esta perspectiva, lógicamente cabría entender que cualquier ciudadano que tuviera un punto de conexión con el convenio presuntamente ilegal debería contar con legitimación para plantear su impugnación con la sola limitación de su capacidad procesal. Esto conllevaría admitir una especie de “acción popular” con un marco de legitimación casi ilimitado, al igual que está previsto en el art. 19.1.h) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativo (“cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular, en los casos expresamente previstos por las Leyes”). Así, cualquier trabajador o empresario afectado por el convenio podría impugnar el mismo⁸²⁶. Sin embargo, como se verá a continuación, tanto la ley como la jurisprudencia a la hora de interpretar este precepto rechazan tal posibilidad.

1.2. La exclusión del empresario individual y su “justificación”

Conviene empezar recordando que según el art. 165.1.a) LRJS los sujetos legitimados para impugnar por ilegalidad un convenio son “los órganos de representación legal o

⁸²⁵ GOERLICH PESET, J. M.^a, “Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva y derecho de la competencia: resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de marzo de 2012 y sentencia de la Audiencia Nacional (Social) de 13 de julio de 2012”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, abril 2013, p. 194.

⁸²⁶ LÓPEZ CUMBRE, L., *La impugnación del Convenio Colectivo ...op. cit.*, p. 102.

sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales interesadas⁸²⁷. Así, la norma no hace referencia a los empresarios individualmente considerados, por lo que carecerán de legitimación para impugnar el convenio colectivo por causa de su presunta ilegalidad.

La justificación de esta exclusión legal es doble. Por un lado, debe significarse que el precepto solamente contempla a sujetos colectivos, dejando al margen a los individuales, incluidos tanto los trabajadores como los empresarios. En este sentido, el legislador dota de legitimación a sujetos colectivos en la medida que los convenios colectivos han sido negociados por estos a través de un proceso de transacciones recíprocas que culmina con un convenio que materializa el equilibrio alcanzado en dicha negociación⁸²⁸. Desde esta perspectiva, podría entenderse que es precisamente el origen negociado del convenio y el delicado equilibrio de intereses en él reflejado el que hace inviable que el mismo pueda ser impugnado por sujetos individuales. De este modo, “se evita que prevalezca el interés individual sobre el colectivo”⁸²⁹, protegiendo que haya una especie de correspondencia entre la legitimación procesal para poder impugnar el convenio colectivo de forma directa y los intereses colectivos en juego o subyacentes en el proceso de impugnación, amén de los efectos *erga omnes* derivados de la sentencia. A este respecto, es este origen paccionado lo que diferencia la impugnación directa del convenio colectivo de la posible impugnación de las disposiciones generales por parte de los particulares, pues a pesar de compartir la misma naturaleza normativa, se diferencian en que el convenio nace del principio de

⁸²⁷ También se pueden impugnar por la vía directa, entre otros, los laudos arbitrales sustitutivos de los convenios colectivos estatutarios que indica el precepto, los acuerdos sustitutivos del convenio colectivo que compartan su misma naturaleza y eficacia; los acuerdos interprofesionales, los acuerdos marco y los acuerdos sobre materias concretas a que se refieren el art. 83 del ET; y los acuerdos de adhesión a convenios en vigor a tenor del art. 92.1 ET. Sin embargo, no son impugnables los actos de extensión de los convenios colectivos regulados en el art. 92.2 ET (STS Sala Contencioso-Administrativo de 19 de septiembre de 2001, rec. 1514/1996), en este último caso la vía procesal adecuada es la dirigida a impugnar los actos administrativos, a pesar de que materialmente el resultado final es la aplicación de un convenio vigente que pudiera resultar ilegal o lesivo.

⁸²⁸ Para “una visión crítica de la doctrina restrictiva”, con especial atención a la ausencia de previsión legal del empresario individual en las reglas de legitimación activa *vid.* PÉREZ YÁÑEZ, R. M.^a, *El control judicial de los pactos colectivos*, Madrid: CES, 1997, pp. 173-181.

⁸²⁹ LÓPEZ CUMBRE, L., *La impugnación del Convenio Colectivo ...op. cit.*, p. 115.

la autonomía colectiva que concentra un conjunto de contrapartidas de dimensión colectiva y que le hacen diferente de cualquier ley o reglamento⁸³⁰.

En efecto, existe una limitación total de legitimación activa a los sujetos individuales porque se trata de una lista cerrada, hasta el punto que ningún otro sujeto, aunque acreditara interés en ello, podría promover la impugnación por ilegalidad⁸³¹, regulación avalada por el TC⁸³².

A mayor abundamiento, con base en el equilibrio interno del convenio, el legislador ha limitado el número de sujetos legitimados para impugnar por ilegalidad no solo desde una perspectiva cuantitativa, sino también cualitativa. Así, además de la enumeración tasada de partes legitimadas, el precepto añade el adjetivo “interesadas”⁸³³. Esto significa que dichos sujetos colectivos han de invocar y acreditar un interés legítimo para participar en este proceso, de modo que solamente se puede atribuir legitimación activa a quienes fuese innegable su interés⁸³⁴.

En este sentido, debe existir un interés legítimo en el pleito o, lo que es lo mismo, que el órgano de representación colectivo se vea afectado por el convenio que se trata de impugnar, al existir representados que se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del convenio cuestionado⁸³⁵. En particular, respecto de las asociaciones

⁸³⁰ *Ibidem*, p. 116. Así lo expresó el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 124/1988 de 23 de junio (FJ 5).

⁸³¹ STS de 27 de septiembre de 2016 (rec. 203/2015).

⁸³² Por todas, STC 81/1990 de 4 de mayo (rec. 315/1988).

⁸³³ Surge la duda si dicha exigencia se predica de todas las partes o tan solo de las asociaciones empresariales, en tanto en cuanto la norma se refiere a “interesadas”. Si atendemos a una interpretación literal, a tenor de las reglas de concordancia del adjetivo con dos sustantivos de diferente género, según la RAE debe predominar siempre el género masculino, y no el femenino (<http://lema.rae.es/dpd/srv/search?id=XEVeLzVZaD6CG25cW5>). En coherencia, el adjetivo “interesadas” se referiría exclusivamente a las asociaciones empresariales, y no a los órganos de representación de los trabajadores, ya que de ser así debiera haberse empleado el adjetivo “interesados”. Pues bien, a pesar de tratarse de un error gramatical arrastrado en la norma sin corrección por el legislador, la interpretación que finalmente se ha impuesto es la exigencia de un interés a todos las partes, también a los representantes de los trabajadores.

⁸³⁴ *Vid.* STSJ de Galicia de 7 de mayo de 2015 (rec. 13/2015).

⁸³⁵ SSTs de 11 de noviembre de 2009 (rec. 38/2008) y de 27 de septiembre de 2016 (rec. 203/2015).

empresariales, son interesadas aquellas cuyos miembros puedan verse afectados en alguna medida por el convenio colectivo que tratan de impugnar, lo que significa que sus representados quedan incluidos en el campo de aplicación del convenio (aunque no se sepa ni cuántas ni qué empresas) y porque afecta a las posibilidades de negociación estatutaria de la propia asociación⁸³⁶.

Por tanto, el ordenamiento jurídico parte de una premisa inicial, el impugnante tiene que ser titular de un interés paralelo al interés colectivo que se defiende en toda negociación colectiva. Así lo ha declarado el TC en varias ocasiones, pues si la sentencia reviste una eficacia *erga omnes* respecto a un grupo, categoría o clase, “el sujeto impugnante ha de ser portador de un determinado tipo de interés, esto es, un sujeto colectivo, capaz de expresar o representar institucionalmente intereses de grupo, categoría o clase, pues es lógico prever que la defensa de derechos o intereses de tal colectividad se ejercite sólo por quien puede ostentar o representar los mismos”⁸³⁷. En consonancia con ello, el TC aclara que “otra cosa pondría en duda no ya la norma legal que ahora enjuiciamos sino la mera existencia de la negociación colectiva a que se refiere el art. 37.1 CE”, siendo dicha exclusión “proporcionada a los límites que el derecho a la negociación colectiva y el carácter vinculante de los convenios justifica que se impongan a ese acceso impugnatorio”⁸³⁸.

Eso sí, la legitimación corresponde a cualquier sujeto colectivo que tenga interés legítimo en tal impugnación, sin que se exija la misma representatividad para su

⁸³⁶ STS de 3 de abril de 2006 (rec. 81/2004). Un ejemplo de este interés legítimo lo encontramos en la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 25 de enero de 2018 (rec. 1620/2017), en la que el tribunal deniega la legitimación activa de una asociación de empresa de transportes para impugnar el convenio provincial del sector porque la pretendida cláusula de ilegalidad, que regulaba la sucesión de contratos con la administración pública, no le resultaba de aplicación, por cuanto ninguna de las empresas que integraban la asociación impugnante prestaban servicios para la administración pública en el momento de interponer la demanda por ilegalidad. El tribunal entiende que al no estar la asociación afectada carece del interés necesario para impugnar el convenio provincial.

⁸³⁷ Como señala la STC 47/1988 de 21 de marzo (FJ 5).

⁸³⁸ SSTC 12/1996 de 29 de enero (FJ 4); 10/1996 de 29 de enero (FJ 4); y 157/2002 de 16 de septiembre (FJ 3).

negociación⁸³⁹. Razón de ello es que, según una jurisprudencia ya asentada, prevalece el principio de interés en detrimento del principio de correspondencia como criterio de aplicación de las reglas de legitimación en la impugnación del convenio colectivo⁸⁴⁰.

Por último, el concepto “interesadas” implica que, en principio, los firmantes del convenio tampoco tendrían legitimación activa para su impugnación⁸⁴¹, por cuanto quien suscribe y formaliza un convenio colectivo no puede ir contra sus propios actos y atacar la legalidad del mismo⁸⁴², aunque, como se verá, dicha afirmación es susceptible de ser matizada⁸⁴³.

Por otro lado, aunque íntimamente ligada a esta razón del equilibrio interno del acuerdo, la exclusión del empresario individual se explica con base en la estabilidad del convenio. Gracias a esta restricción, se cierran vías que pueden facilitar posturas obstruccionistas a la aplicación de la norma convencional⁸⁴⁴. En tal sentido, el

⁸³⁹ SÁEZ LARA, C., “El control de la legalidad de los Convenios Colectivos”, *Temas Laborales*, núm. 76, 2004, pp. 369-394.

⁸⁴⁰ El TS ha aclarado que es parte interesada en impugnar el convenio aquella asociación empresarial que esté implantada en el sector y cuyos representados se encuentran incluidos en el ámbito del convenio cuestionado (STS de 3 de abril de 2006, rec. 81/2004; y STS de 20 de marzo de 2007, rec. 60/2003; STS de 2 de marzo de 2007, rec. 131/2005), así como por afectar el convenio a las posibilidades de negociación estatutaria de la propia asociación empresarial (STS de 15 de octubre de 1996, rec. 1383/95). Así, el TS diferencia entre la legitimación procesal para impugnar judicialmente un convenio colectivo, y la legitimación de derecho material para intervenir en la negociación del convenio, pedida por el ET en sus arts. 87 y 88. Con ello aclara que es distinta la legitimación para formar parte de la comisión negociadora de la exigida para impugnar el convenio, pues en caso contrario implicaría privar a las asociaciones empresariales que no formasen parte de la mesa negociadora de toda posibilidad de impugnar el convenio, aun cuando tuviesen la cualificación de “interesadas”. Es decir, solamente podrían impugnar el convenio aquellas asociaciones que tuvieran la legitimación inicial y plena para negociar, por cuanto solo ellas estarían legitimadas para formar la mesa negociadora (STS de 14 de abril de 2000, rec. 982/1999)

⁸⁴¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 10. Ed., Madrid: Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, 2002, p. 301. También, GONZÁLEZ CABALLO, P., “La impugnación de convenios colectivos. Legitimación procesa y tramitación adecuada: aspectos controvertidos”, en Manuel Álvarez de la Rosa (Coord.), *Estudios sobre negociación colectiva y convenios colectivos*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 342.

⁸⁴² RIVERA SÁNCHEZ, J. R., “Proceso de impugnación de convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 1415.

⁸⁴³ *Id.* capítulo cuarto, apartado II.1

⁸⁴⁴ STC 47/1988 de 21 de marzo (FJ 5).

legislador entiende que es preferible mantener la apariencia de legalidad del convenio o, en el mejor de los casos, inaplicarlo a instancia de parte y con carácter limitado, que permitir su impugnación y la consiguiente declaración de nulidad, dejando de cumplir su función reguladora⁸⁴⁵. Con ello la norma pretende evitar la litigiosidad incontrolada y la inestabilidad de una norma como es el convenio colectivo⁸⁴⁶, preservando, a su vez, el equilibrio interno del convenio, que se vería resentido ante cualquier actuación que intentase modificar su contenido, por mínima que esta fuera⁸⁴⁷.

Con todo, lo cierto es que la idea de relacionar una mayor facilidad a la hora de impugnar el convenio colectivo con su inestabilidad debe ponerse en cuestión habida cuenta de que no hay una relación tan directa. En efecto, el riesgo que pretende conjurarse a través de esta exclusión solamente se materializaría si el convenio impugnado fuera realmente ilegal, ya que, en caso de ser respetuoso con el ordenamiento jurídico, la posible impugnación no conllevaría su anulación. Dicho de otro modo, la inestabilidad del sistema que pretende evitarse no surge a raíz del número de impugnaciones a las que el convenio colectivo se vea sometido, sino a su éxito o fracaso, lo que dependerá, a su vez, del cumplimiento de la legalidad o no por parte del mismo.

A mayor abundamiento, y como se tendrá ocasión de comprobar más adelante⁸⁴⁸, a través del procedimiento de impugnación de los actos de aplicación del convenio vía art. 163.4 LRJS, la estabilidad que pretende salvaguardarse mediante esta exclusión queda desprotegida en mayor medida. La razón de ello es que la sentencia que estimara la demanda del empresario individual supondría la pérdida real de su eficacia para el

⁸⁴⁵ GONZÁLEZ CABALLO, P., “La impugnación de convenios colectivos. Legitimación procesa y tramitación adecuada: aspectos controvertidos”, *op. cit.*, p. 352.

⁸⁴⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., “El control jurisdiccional de la negociación colectiva”, en Federico Durán López (Coord.), *La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo. VI jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1989, p. 225

⁸⁴⁷ Por todos, OJEDA AVILÉS, A., “La doctrina del equilibrio interno del Convenio. O aporías judiciales entre jerarquía y equivalencia negocial”, *REDT*, núm. 31, 1987, pp. 335-354.

⁸⁴⁸ *Vid.* capítulo cuarto, apartado I, 5.1.

caso concreto, pese a seguir manteniendo dicho convenio la apariencia de legalidad⁸⁴⁹. Sin perjuicio de la acción impugnatoria que el Ministerio Fiscal ejercitase *a posteriori*, el convenio colectivo quedaría al albur de que otros empresarios iniciaran igualmente procedimientos concretos de alcance limitado que, en función del éxito y del número de procesos que pudieran plantearse, harían que el convenio mantuviera una formal apariencia de legalidad, pero sin aplicabilidad real para el sector en cuestión.

Por último, la explicación de esta exclusión no parece del todo razonable cuando se refiere a la impugnación de convenios colectivos extraestatutarios. A este respecto, debe hacerse notar que la reforma legal de 2011 suprimió la expresión “a los convenios colectivos, cualquiera que sea su eficacia”, lo que podría conducir erróneamente a la consideración que ya no se pueden impugnar los convenios colectivos pactados al margen de las previsiones del Título III. No obstante, la eliminación de la coletilla “cualquiera que sea su eficacia” para la descripción del tipo de convenio impugnado por la vía directa, no ha supuesto en la práctica una variación de la tipología de convenios colectivos impugnables mediante la mencionada vía directa⁸⁵⁰.

Pues bien, si la justificación para excluir a los empresarios de la impugnación directa por ilegalidad es, en resumen, la estabilidad del convenio colectivo tanto por su equilibrio interno como por los efectos que despliega al conjunto de sistema de relaciones laborales, no parece que dicha explicación sea útil para excluir a los empresarios también de la impugnación de los convenios extraestatutarios. La razón de ello es que dichos convenios no nacen con una proyección de generalidad por cuanto su eficacia limitada imposibilita, en principio, que desplieguen efectos *erga omnes*⁸⁵¹. En consecuencia, resulta difícilmente comprensible la exclusión del empresario para impugnar este tipo de convenios ya que los riesgos que se pretenden evitar simplemente no se dan.

⁸⁴⁹ GONZÁLEZ CABALLO, P., “La impugnación de convenios colectivos. Legitimación procesa y tramitación adecuada: aspectos controvertidos”, *op. cit.*, p. 352.

⁸⁵⁰ Cfr. RIVERA SÁNCHEZ, J. R., “Proceso de impugnación de convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 1383.

⁸⁵¹ Por todas, STS de 16 de julio de 2014 (rec. 110/2013) y STC 121/2001 de 4 de junio.

2. El empresario y la impugnación directa con motivo de la lesividad del convenio

2.1. El objeto del proceso

De entrada, debe advertirse que la causa que abre esta segunda vía procesal de impugnación directa del convenio colectivo no tiene una frontera clara y nítida respecto de la anterior, ya que la lesión grave requerida aquí supondrá, probablemente, un abuso de derecho o un fraude de ley, que, en definitiva, constituye una vulneración de lo prescrito en los art. 6 y 7.2 del Código Civil⁸⁵². Por ello, es muy difícil la diferenciación entre una acción por lesividad y una acción por ilegalidad⁸⁵³. Con todo, parece acertada la idea de que la acción por lesividad se ha empleado para efectuar un control de legalidad de los convenios colectivos a instancia de sujetos que carecen de legitimación activa para ello, resolviendo, en parte, el déficit de legitimación activa existente en la acción por ilegalidad⁸⁵⁴.

Pues bien, a pesar de que esta segunda vía se presenta como un remedio aperturista respecto a la legitimación limitada de la anterior, el empresario se encuentra igualmente excluido. Eso sí, a diferencia de los sujetos legitimados para impugnar por ilegalidad, aquí la exclusión del empresario no se hace por silencio, sino que el legislador ha preferido excluirlo expresamente. Así, el art. 165.1.b) LRJS al referirse a los sujetos legitimados para impugnar, excluye expresamente al empresario y al trabajador individual, pues les niega la condición de tercero, eso sí, siempre y cuando estén “incluidos en el ámbito de aplicación del convenio”.

⁸⁵² Cfr. RIVERA SÁNCHEZ, J. R., “Proceso de impugnación de convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 1398.

⁸⁵³ STC 81/1990 de 4 de mayo (FJ 4).

⁸⁵⁴ RIVERA SÁNCHEZ, J. R., “Proceso de impugnación de convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 1401.

2.2. El sujeto legitimado para impugnar por lesividad: el concepto de “tercero”

Así, según el art. 165.1.b) LRJS, los únicos legitimados para impugnar el convenio colectivo por resultarles gravemente lesivo son “los terceros”. A estos efectos, con relación al significado y alcance de este concepto la doctrina se encuentra dividida. Por un lado, algunos autores mantienen una concepción no restrictiva en virtud de la cual quien no negocia el convenio colectivo, aunque resulte afectado por el mismo, sería tercero, y por tanto estaría legitimado para impugnar por lesividad⁸⁵⁵. Desde esta perspectiva, no todos los empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio estarían excluidos de poder impugnar, puesto que si el empresario acredita que no negoció personalmente o mediante representación estaría legitimado. Sin embargo, otro sector doctrinal entiende que terceros son exclusivamente los “no representados por los negociadores”⁸⁵⁶, pues lo representados han de aceptar necesariamente el resultado de la negociación.

La ausencia de normas que precisen de manera nítida este concepto ha conllevado a que la jurisprudencia del TS le dote de significado propio. Así, en términos generales, tercero sería aquel al que le resulta ajeno la negociación del convenio que pretende impugnar, bien porque el convenio no le resulta de aplicación, bien porque no ha intervenido en su negociación ni personalmente ni por representación⁸⁵⁷. Como se observa, el concepto de tercero engloba dos casos distintos.

Por un lado, el supuesto que no encierra complejidad es aquel en el que el sujeto es totalmente ajeno al ámbito de aplicación del convenio por no resultarle de aplicación. En este sentido, tal y como prevé el art. 165.1.b) LRJS, los empresarios fuera del ámbito de aplicación del convenio se considerarán terceros. Por otro lado, el segundo caso resulta menos claro, ya que para definir quién debe considerarse tercero, el TS combina

⁸⁵⁵ CABEZA PEREIRO, J., “La impugnación por lesividad de los Convenios Colectivos”, *REDT*, núm. 69, 1995, p. 35.

⁸⁵⁶ DE LA VILLA GIL, L.E. y DESDENTADO BONETE, A., “El peligro de injerencia de la autoridad administrativa en el control de legalidad del Convenio Colectivo”, *REDT*, núm. 9, 1982, p. 661-672.

⁸⁵⁷ *Vid.* STSJ de Navarra de 19 de julio de 2005 (rec. 59/2005).

dos elementos, a saber, estar fuera del campo de aplicación del convenio y ser externo a la unidad de negociación: “el concepto de tercero se limita a quienes no están dentro del campo de aplicación del convenio pues lo decisivo no es tanto el concepto de trabajador o empresa como el de estar incluido en su ámbito de aplicación, de manera que la condición de tercero se limita a quienes son externos a la unidad de negociación por no ser firmantes ni estar por ellos representados”⁸⁵⁸. Dicho de otro modo, “la condición de tercero se limita a quienes son externos a la unidad de negociación por no ser firmantes ni estar por ellos representados; o lo que es igual, a quienes son sujetos ajenos al convenio, pero resulten afectados por el mismo, al invadirles el marco de sus intereses”⁸⁵⁹.

Es de advertir que el TS emplea el conector consecutivo “de manera que” para establecer una secuencia causal entre “no estar dentro del ámbito de aplicación” y “no ser firmantes ni estar representado”; o en otras ocasiones emplea el conector “o lo que es igual” para equiparar ambas situaciones.

No obstante, debe significarse que realmente no existe esta relación de causalidad o de equivalencia, habida cuenta de que un empresario puede estar incluido en el ámbito de aplicación de un convenio sin que lo haya firmado él directamente ni esté representado por ninguna asociación. Piénsese, por ejemplo, en aquellos supuestos de ámbitos funcionales indebidos que sobrepasan el ámbito que representan las asociaciones negociadoras. Como consecuencia, surge la duda sobre si dichos criterios son acumulativos o, por el contrario, es suficiente con que se dé uno de ellos, por ejemplo, que esté dentro del ámbito de aplicación, para negar la legitimación activa del empresario en tanto en cuanto deja de ser tercero, aunque no lo hubiera firmado ni estuviera representado.

Pues bien, si se tiene en cuenta que la primera definición dada por el TS ya englobaba a aquellos sujetos ajenos a la aplicación del convenio -de conformidad con la literalidad del art. 165.1.b) LRJS)- parece razonable entender que en esta ocasión se está refiriendo

⁸⁵⁸ Por todas, STS de 27 de septiembre de 2016 (rec. 203/2015). El subrayado el mío.

⁸⁵⁹ STS de 21 de octubre de 2010 (rec. 59/2009). El subrayado el mío.

a aquellos sujetos que no han sido real y adecuadamente representados, de tal modo que también sean considerados terceros y puedan impugnar el convenio colectivo por resultarles lesivo.

No obstante, y en contra de esta interpretación, el TS en la sentencia de 27 de septiembre de 2016 (rec. 203/2015) señaló que para determinar si un sujeto es tercero “lo relevante es que se encuentre en el ámbito de aplicación del convenio, aunque tal inclusión pudiera ser indebida [...] bien porque considere ilegal su ámbito funcional o porque entienda que su propia unidad de negociación estaba protegida por su convenio de empresa o por cualquier otra razón”⁸⁶⁰. Así las cosas, no puede considerarse ajeno al convenio colectivo aquel empresario que formal o institucionalmente haya estado representado por las partes intervinientes en la negociación, a pesar de que no esté asociado a ninguna de las patronales firmantes, puesto que la eficacia normativa del convenio no requiere que todos los empresarios estén asociados a la patronal de empresarios que los representa, sino que sus asociados sean un porcentaje significativo⁸⁶¹. En esta línea, y con mayor profundidad, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 5 de abril de 2017 (rec. 1414/2016) entendió que si se exigiría una representatividad nominal para la eficacia normativa del convenio colectivo implicaría, en última instancia, que todos los empresarios individuales del sector deberían participar a título individual en su negociación. Con base en esta consideración, niega la legitimación a un empresario autónomo al no considerarlo tercero, puesto que, según el TSJ, bastaría con no constituirse en sociedad para que se pudiera autoexcluir del ámbito de aplicación del convenio, lo que vulneraría el derecho a la negociación colectiva del art. 37 CE y la eficacia normativa de los convenios colectivos.

Sin embargo, en contra de esta posición que constriñe el concepto de tercero, a efectos de resolver si el empresario puede serlo, los tribunales deberían entrar a valorar el ámbito funcional de las asociaciones firmantes en las que no se integra la empresa, al menos a nivel estatutario. La razón de ello es que conforme a la vigente jurisprudencia

⁸⁶⁰ Esta interpretación va en sintonía con la ya mantenida por la STS de 2 de marzo de 2007 (rec. 131/2005), donde se dijo que “es indiferente que interviniera o no en la negociación del convenio colectivo de forma personal o por representación”.

⁸⁶¹ STS 14 de marzo de 2015 (rec. 6/2014).

se está avalando una posible sobrerrepresentación de dichas asociaciones y limitando la tutela judicial efectiva del empresario individual. Por ello, el órgano judicial para negar la condición de tercero, y con ello la capacidad impugnatoria del empresario, debería entrar a conocer del fondo del asunto y dirimir si dicho ámbito funcional es el adecuado o no.

De hecho, se pueden encontrar algún pronunciamiento judicial en esta línea, como la STSJ de Murcia de 25 de febrero de 2013 (rec. 1/2013) en la que se rechazó la excepción procesal de falta de legitimación activa de la empresa recurrente a pesar de estar incluida en el ámbito funcional del convenio. El Tribunal entró efectivamente a valorar el fondo del asunto, decidiendo si el subsector económico en el que se encuadraba la empresa (sector de lectura de contadores) estuvo realmente representado en la negociación colectiva (convenio del metal). Para ello se fijó en el acuerdo estatal del subsector y determinó que no suponía en sí mismo una proyección del sector general del convenio, por lo que el empresario no pudo considerarse representado por las asociaciones empresariales que lo suscribieron⁸⁶².

⁸⁶² En esta línea, debe traerse a colación otro supuesto del que conoció el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en la sentencia de 30 de abril de 2002 (rec. 138/2002). El punto de partida era un pacto entre la empresa -cuya actividad principal se identificaba con la fabricación de colchones- para someterse mediante un acto de adhesión voluntaria a un convenio colectivo que le resultaba en principio extraño, el del comercio del textil. El problema surgió cuando se renegotió dicho convenio y se introdujo una nueva categoría profesional ajena a la actividad de las empresas que se encontraban de forma natural en su ámbito de aplicación y que, curiosamente, dicha nueva categoría sí estaba presente en la empresa que se adhirió. A mayor abundamiento, el convenio fijó una retribución mayor. Es de destacar que en el proceso de negociación intervino un trabajador de la empresa adherente cuya prestación laboral se correspondía con dicha categoría profesional y que, inmediatamente a continuación, interesó la reclasificación profesional. El TSJ entendió acertadamente que las partes negociadoras se extralimitaron al implicar o aludir a un tercero que no participó en dicha negociación, pues era evidente que el destinatario de la aplicación de las condiciones pactadas en las tablas salariales del convenio sectorial era exclusivamente dicha empresa. En este sentido, es indiscutible su condición de tercero y en contra de la doctrina del Tribunal Supremo que rechaza que sea tercero a aquel que le resulta de aplicación el convenio (STS 9 de mayo de 1994, rec. 3745/1994), el TSJ matizó que debía entrar en el fondo pues solo así se podía apreciar que en realidad no se trata de una empresa que estuviera dentro del campo de aplicación del convenio de forma natural y que, en todo caso, no lo ha negociado ni directamente ni mediante representación. Además, el TSJ remarca que se le había causado un daño real a dicha empresa por cuanto se había elevado el coste salarial que debía asumir a través de un uso abusivo del derecho de la negociación colectiva para aprovechar una estructura negocial para favorecer intereses particulares.

Con todo, al igual que ocurría con los sujetos colectivos legitimados por causa de ilegalidad del convenio, la norma limita cualitativamente a los terceros que pueden impugnar por lesividad, pues exige que sean titulares de un interés legítimo digno de tutela jurídica, lo que conlleva un daño efectivo, real y actual, y no meramente hipotético y potencial⁸⁶³. Así, no solo se exige una lesión, sino que la misma sea grave, lo cual implica un daño efectivo de cierta entidad de carácter individualizable y no genérico, es decir, que pueda tener repercusión cierta en una persona o grupo de personas⁸⁶⁴. Tampoco se requiere que sea causado con *animus nocendi*, sino que basta con que afecte a un interés legítimo, bien porque los negociadores manipulan de forma fraudulenta y abusiva el derecho a la negociación colectiva, bien porque contravienen de cualquier otro modo el ordenamiento jurídico⁸⁶⁵.

No obstante, la definición de este interés no es una cuestión resuelta de forma homogénea por los tribunales. En contraste con la posición anterior que, en última instancia, acaba construyendo aún más la noción de tercero, la SAN de 13 de julio de 2012 (núm. 86/2012)⁸⁶⁶ descartó admitir la excepción de falta de legitimación activa de un empresario por motivo de falta de interés porque “la realidad o existencia del derecho o situación jurídica afirmada no forma parte de la legitimación sino de la cuestión de fondo, respecto a la que aquella es de examen previo [...] puesto que la resolución del litigio exigirá determinar necesariamente si dicha mercantil está incluida en el ámbito funcional del convenio”. En el pronunciamiento mencionado, la AN entendió que el interés exigido por la norma constituye una cuestión de fondo y, en consecuencia, debe ser suficiente para conceder la legitimación activa la existencia de un daño objetivo, con independencia de que posteriormente pudiera entenderse que la empresa no ostenta un interés legítimo. Conclusión que se ve reforzada teniendo en

⁸⁶³ STS de 30 de mayo de 2005 (rec. 70/2004).

⁸⁶⁴ STSJ de Galicia de 7 de mayo de 2015 (rec. 13/2015).

⁸⁶⁵ STSJ de Extremadura de 30 de abril de 2002 (rec. 138/2002).

⁸⁶⁶ Confirmada por la STS de 4 de junio de 2014 (rec. 147/2013).

cuenta el principio *pro actione*, pues las limitaciones al ejercicio de la acción deban interpretarse en un sentido restrictivo⁸⁶⁷.

2.3. Algunas iniciativas “originales” de los empresarios para considerarse terceros

Como resultado de la exclusión del empresario en ambos casos, el legislador ha relativizado el interés y la funcionalidad de esta vía de impugnación directa del convenio, siendo escasos los supuestos de utilización en la práctica, ya que “excluye a todos aquellos que potencialmente están más en peligro de sufrir las consecuencias negativas de un exceso en el ejercicio de las facultades normativas de los negociadores”⁸⁶⁸.

Frente a esta restricción, algunas empresas han reaccionado y han intentado valerse de “originales”, aunque tal vez extravagantes, interpretaciones del art. 165.1.b) LRJS para defender su legitimación activa y poder impugnar así el convenio colectivo, al menos por lesividad. En este sentido, la práctica judicial permite identificar, al menos, dos tipos.

Así, en primer término, en el caso resuelto por la STS de 22 de diciembre de 2015 (rec. 53/2015) la empresa defendía su condición de tercero atendiendo al momento de interposición de la demanda, con anterioridad al registro, depósito y publicación del convenio en cuestión. De este modo, la empresa sostenía que en la medida en que el convenio colectivo no gozaba de todos los requisitos para poder ser calificado como estatutario, se trataba en realidad de un convenio extraestatutario respecto del cual

⁸⁶⁷ Esta posición se reitera en posteriores sentencias, *v. gr.* en la SAN de 2 de noviembre de 2012 (proced. 178/2012), en la que la AN reiteró que “basta con la afirmación de la titularidad de un derecho o situación jurídico coherente con el resultado jurídico pretendido en el suplico de la demanda. La realidad o existencia del derecho o situación jurídica afirmada no forma parte de la legitimación sino de la cuestión de fondo, respecto a la que aquella es de examen previo”. Sentencia confirmada por la STS de 8 de abril de 2014 (rec. 218/2013).

⁸⁶⁸ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., “El control jurisdiccional de la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 235.

contaba con la condición de tercero, pues no lo había suscrito. No obstante, en el pronunciamiento citado, el TS rechazó esta interpretación por dos razones. Por un lado, porque los negociadores habían solicitado el correspondiente registro, depósito y publicación antes de que se interpusiera la demanda. Por otro lado, porque la situación en la que se encontraba el convenio, esto es, a la espera de la publicación, no transformaba la naturaleza del mismo. Por tanto, ni siquiera en el caso de que la interposición de la demanda fuera previa a la publicación del convenio convertiría al empresario recurrente en tercero respecto de dicho convenio, pues la naturaleza del mismo no varía en función de los plazos para su publicación.

En segundo término, otro ejemplo de esta estrategia empresarial para conseguir legitimación activa con base en su condición de tercero se encuentra en la STS de 10 de febrero de 1992 (rec. 1048/1991). En este caso la empresa desarrollaba dos actividades diferentes susceptibles de ser incluidas en el ámbito funcional de dos convenios colectivos, si bien la empresa aplicaba solamente uno de ellos por corresponderse con el de la actividad principal. Así, defendía su condición de tercero respecto de aquel convenio que no aplicaba. Sin embargo, en la sentencia referida el TS rechazó tal hipótesis por una cuestión de prueba, ya que la empresa no acreditó cuál era realmente su actividad principal y cuál la secundaria.

No obstante, precisamente sobre la base del principio de unidad de empresa, y conforme a la doctrina del propio Tribunal⁸⁶⁹, lo relevante y decisorio para determinar el convenio aplicable es la actividad real preponderante, a cuyo efecto habrá de valorarse, principalmente, la actividad organizativa, productiva y económica de la empresa, conforme a la distribución funcional de la plantilla⁸⁷⁰. Por ello, de probarse tal extremo, una empresa incluida en el ámbito de aplicación de un convenio colectivo podría impugnar el mismo en su condición de tercero si prueba que existe otro convenio colectivo igualmente aplicable y que su actividad principal quedaría integrada en este último. No obstante, la virtualidad práctica de esta vía es muy débil pues extrañamente una empresa que no aplica un convenio tendrá interés directo en

⁸⁶⁹ Por todas, STS 10 de julio de 2000 (rec. 4315/1999).

⁸⁷⁰ STSJ de Madrid de 30 de enero de 2017 (rec. 950/2016).

impugnarlo. Dicho de otro modo, no resuelve el problema de partida, la exclusión de la posibilidad de impugnar el convenio por parte de aquellos que están llamados a aplicarlos.

3. El empresario y la impugnación del laudo arbitral sustitutivo del convenio colectivo

En paralelo a la vía de impugnación directa por parte del empresario individual del convenio colectivo, que, como acaba de verse, se encuentra excluido en todo caso aquel que está dentro de su campo de aplicación, existe otra posibilidad de impugnación directa, si bien no contra el convenio colectivo en sí mismo considerado, pero sí contra el laudo que pueda dictarse al amparo de lo establecido en el art. 91 ET. En este sentido, el empresario podrá impugnar los laudos que se dicten en el marco de los procedimientos establecidos por la negociación colectiva para la aplicación e interpretación de los convenios colectivos.

Así, esta vía amplía la legitimación de impugnación en favor de los empresarios individuales en la medida que añade nuevas causas a las ya analizadas en el art. 165 LRJS, es decir, lesividad o ilegalidad. Además de estas razones, el art. 91 ET prevé que estos laudos puedan ser impugnados “en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidas al efecto, o cuando el laudo hubiese resuelto sobre puntos no sometidos a su decisión”. Por ello, las reglas de legitimación para impugnar por este motivo no se identifican con las previstas en el art. 165 LRJS para los supuestos de ilegalidad o lesividad, sino que deberá atenderse, en su caso, a lo previsto específicamente a tal efecto.

En este sentido, a diferencia de lo establecido para la impugnación de oficio por la Autoridad Laboral conforme el art. 163 LRJS -que sí contempla expresamente la impugnación de “convenios colectivos estatutarios o laudos arbitrales sustitutivos de estos”-, el art. 165 LRJS se refiere exclusivamente a convenios colectivos, sin hacer mención a los laudos arbitrales. Por ello, no se pueden extender las reglas de

legitimación previstas en dicho artículo para el supuesto que se esté impugnando un laudo.

Dentro de esta lógica de diferenciar las reglas de legitimación según se impugne directamente un convenio o un laudo se han pronunciado los tribunales. Así, según la SAN de 2 de noviembre de 2012 (rec. 178/2012) el art. 91 ET franquea la impugnación del laudo por *ultra vires* y por vicios *in procedendo*, por añadidura a las reglas del art. 165 LRJS, como se deriva del inciso citado del art. 91 ET, de su inclusión también en el art. 65.4 LRJS e, igualmente, en el art. 41.1 de la Ley 60/2003, de Arbitraje, que, aunque no resulta aplicable en el ámbito laboral, puede considerarse norma supletoria. Asimismo, la STSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de octubre de 2008 (rec. 4398/2007) fijó que a los motivos de impugnación allí previstos (ilegalidad y lesividad para terceros) se añaden dos más previstos específicamente para los laudos, la infracción de los requisitos y formalidades establecidas para el procedimiento arbitral.

A partir de ahí, concluyen ambas sentencias que debe permitirse a quien ostenta un interés legítimo (art. 17.1 LRJS) impugnar el laudo por vicios procedimentales y *ultra vires*, escapando así a los estrictos límites de legitimación activa derivados del art. 165 LRJS. No obstante, a pesar de esta ampliación de la legitimación, tampoco el empresario individual pueda impugnar por motivo de su ilegalidad o la lesividad que derive del laudo, sino exclusivamente por los motivos tasados, de tal modo que la virtualidad de dicho reducto de impugnación es muy limitada.

4. El papel del empresario en la impugnación de oficio por parte de la Autoridad Laboral

Como acaba de verse, aunque la impugnación del convenio colectivo se presente *a priori* como un medio útil para la defensa de la competencia empresarial por cuanto permite examinar el convenio colectivo sectorial desde el punto de vista de su legalidad o lesividad, las reglas de legitimación constriñen esta función de depuración en la medida que excluyen al principal interesado, esto es, el empresario individual que debe

aplicarlo. Así, esta limitación procesal del empresario⁸⁷¹ se traduce en una debilidad competitiva en el mercado, ya que ni siquiera puede cuestionar el convenio colectivo que le resulta de aplicación y en cuya negociación no ha estado, quizás, adecuadamente representado.

Esta conclusión debe relativizarse, pues a pesar de tener cerrada la vía de la impugnación directa, el empresario puede reaccionar frente a un convenio ilegal o lesivo a través del procedimiento de oficio. En este sentido, como punto de fuga, esta posibilidad le permitiría, en principio, impugnar el convenio colectivo de forma indirecta y ser parte en el proceso de conflicto colectivo iniciado por la Autoridad Laboral. Así las cosas, esta vía resultaría útil tanto para los casos de ilegalidad del convenio a tenor del art. 164.1 LRJS, como para los supuestos de lesividad *ex* art. 164.2 LRJS, aunque dicha afirmación es matizable como se verá a continuación.

A este respecto debe significarse que el procedimiento de impugnación del convenio colectivo iniciado mediante comunicación de la Autoridad Laboral puede promoverse de oficio por la propia Autoridad Laboral o bien a instancia de parte, siempre y cuando la denuncia al respecto se realice con anterioridad al registro del convenio colectivo. En este sentido, el art. 163.2 LRJS reconoce capacidad para denunciar el convenio no registrado ante la Autoridad Laboral a los “empresarios que sostuvieran la ilegalidad del convenio o los terceros lesionados que la invocaran” con la finalidad de que la Autoridad Laboral inicie el procedimiento de impugnación de convenios. En caso que efectivamente se dé trámite a la denuncia y se inicie el correspondiente procedimiento judicial, en virtud del art. 164.4 y 6 LRJS este seguirá además de con las representaciones integrantes de la comisión negociadora y el Ministerio Fiscal, “con los denunciados o terceros presuntamente lesionados”⁸⁷². De este modo, y aunque con las diferencias señaladas respecto de la vía de impugnación directa, el empresario individual puede alcanzar la legitimación procesal para impugnar el convenio colectivo.

⁸⁷¹ LÓPEZ CUMBRE, L., *La impugnación del Convenio Colectivo ...op. cit.*, p. 124.

⁸⁷² Si no hubiera denunciados, será citada la representación legal de la autoridad laboral *ex* art. 164.5 LRJS.

No obstante, la redacción de la norma encierra algunos interrogantes que pueden afectar o limitar esta libertad del empresario individual. Así, en primer término, el art. 163.2 LRJS diferencia, por un lado, a los *terceros* presuntamente lesionados que invocan la ilegalidad del convenio y, por otro, a los *empresarios* que sostienen la ilegalidad⁸⁷³. En este sentido, el art. 164.4 LRJS enfatiza esta diferenciación al referirse a “denunciantes” y “terceros presuntamente lesionados”. La incógnita que se desprende de esta redacción es cuál debe ser el significado del concepto tercero en este caso y si el empresario puede estar incluido en él. Así, cabe preguntarse si debe interpretarse conforme a la extensa jurisprudencia restrictiva en los procesos de impugnación directa por lesividad en virtud del art. 165.1.b) LRJS y, por tanto, el empresario al que le resultase de aplicación el convenio no tendría dicha condición. Sin embargo, frente a esta lectura, puede entenderse que se trata de categorías diferentes por cuanto la primera se refiere a un procedimiento administrativo de denuncia y la segunda se relaciona con las reglas de legitimación procesal⁸⁷⁴. Por ello, todos los empresarios, con independencia de si están dentro o fuera del ámbito de aplicación del futuro convenio, podrán ser denunciantes. Es más, parece que el precepto reserva el concepto de tercero

⁸⁷³ Aunque precepto se refiera a “empresarios”, a través de una interpretación sistemática del Capítulo IX LRJS, y teniendo en cuenta la máxima de que quien puede negociar un convenio colectivo puede asimismo impugnarlo -Cfr. SALA FRANCO, T., “Comentarios a los arts. 82 a 92 del Estatuto de los Trabajadores, en AA.VV., *Comentarios al ET*, Madrid: Edersa, 1981, p. 566- debe llegarse a la conclusión de que el uso del plural “empresarios” facilita la legitimación también a las asociaciones empresariales. Es más, y negando la legitimación para denunciar a los empresarios individuales, la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1992 (rec. 1048/1991) señaló que tampoco estarían legitimados para denunciar. Razón de ello es que si bien la expresión “representantes legal o sindical de los trabajadores” parece no ir unida a la de “empresarios”, con lo cual no debería plantearse que la alegación de representantes se hace tanto para trabajadores como para empresarios, la correcta interpretación, a juicio del Tribunal Supremo, es que la legitimación para impugnar es la misma que en la impugnación directa porque se trata de los mismos sujetos, regulando el art. 164.4 LRJS (antiguo 160.2 LPL) una vía previa cuando el convenio no ha sido registrado, pero no amplía la legitimación en tanto no se refiere en ningún caso al “empresario individual”. No obstante, no se mantuvo dicha interpretación y en la actualidad el Tribunal Supremo entiende que “cualquier interesado (y las empresas individualmente consideradas también) podría solicitar de la Autoridad Laboral que pusiese en marcha la impugnación de oficio del convenio en cuestión” (STS de 27 de septiembre de 2017, rec. 203/2015).

⁸⁷⁴ En todo caso, un argumento a favor de la tesis que defiende la equiparación de conceptos, sería que, si bien se trata en principio de una legitimación para denunciar de carácter meramente administrativo, el art. 164.4 LRJS parece dotar a los terceros presuntamente lesionados de legitimación procesal, por lo que debiera imponerse una interpretación única e integradora de tal concepto.

precisamente a sujetos distintos a los empresarios, en la medida que reconoce expresamente la capacidad de denuncia a estos sin ningún tipo de distinción.

En segundo término, a diferencia de la impugnación directa en la que es posible impugnar por ilegalidad o lesividad el convenio en cuestión, en esta ocasión la segunda va necesaria y legalmente unida a la primera, sin que quepa, por tanto, articular la denuncia del convenio por lesividad desligada a una eventual ilegalidad. Así parece desprenderse de la literalidad del art. 163.2 LRJS, por cuanto los terceros lesionados deben invocar la ilegalidad del convenio de la cual deriva la lesividad. En este sentido, el legislador, mediante el recurso literario de la anáfora, sustituye el sustantivo que aparece de forma inmediata y previamente de “la ilegalidad” por el pronombre personal “la”.

A este respecto, debe recordarse que, aunque es frecuente que la lesividad tenga su razón de ser en una infracción del ordenamiento jurídico, no necesariamente siempre es así. De este modo, se estaría limitando el alcance práctico de la denuncia del convenio ante la Autoridad Laboral, pues no toda lesividad podrá activar la impugnación judicial de oficio. Sin embargo, debe rechazarse tal interpretación, pues el propio art. 164.2 LRJS, con relación a los datos que deben constar en la comunicación de oficio que sostenga la lesividad, no se refiere a la posible ilegalidad, sino al “interés de los mismos que se trata de proteger”.

En tercer término, y como corolario de las dos ideas anteriores, los empresarios, como sujetos diferenciados de los terceros, por lo que a la denuncia se refiere, solamente podrán impugnar por ilegalidad, y en ningún caso por una lesividad que no constituya a su vez una infracción del ordenamiento jurídico. Y es que los arts. 163.2 y 164.2 LRJS limitan la causa de impugnación para los empresarios al supuesto de ilegalidad, mientras que la amplían a los casos de lesividad para los terceros. En efecto, esta diferencia se ve marcada de nuevo por el hecho de que la Autoridad Laboral solo podrá iniciar el procedimiento de impugnación de oficio por lesividad cuando se le hubiera instando a ello por los “terceros reclamantes”. En este sentido, el art. 164.2 LRJS, al señalar los requisitos de la comunicación de oficio por causa de la lesividad del convenio, exige que la misma contenga necesariamente quién ha sido el “tercero reclamante”. De ahí que, a diferencia del procedimiento de impugnación de oficio por

motivo de ilegalidad regulado en el art. 164.1 LRJS, en el que la Autoridad Laboral puede iniciarlo sin esperar a la denuncia por parte de los sujetos habilitados a tal efecto, si la impugnación se fundamenta en la lesividad, será requisito previo y necesario la reclamación de un tercero para poder instar el procedimiento impugnatorio ante el juez.

Por último, cabe preguntarse si los denunciadores ante la Autoridad Laboral, ya sean los empresarios que sostienen la ilegalidad del convenio o sean terceros lesionados, pueden ser considerados sujetos con legitimación procesal para impugnar, a continuación, el convenio en el proceso judicial, puesto que la norma simplemente se limita a señalar que el proceso seguirá con ellos, sin precisar cuál debe ser su posición procesal. Parece lógico mantener que quien denuncia pueda impugnar con posterioridad, sobre todo si se hace una lectura integradora de la norma⁸⁷⁵. En tal sentido, el art. 164.4 LRJS fija en primer lugar los sujetos quienes ostentarán la legitimación pasiva, esto es, las representaciones integrantes de la comisión o mesa negociadora del convenio. En segundo lugar, el precepto añade, inmediatamente después, que también “deberán estar presentes” los denunciadores o terceros presuntamente lesionados, por lo que cabría entender que, aunque no lo menciona expresamente, está haciendo referencia a la legitimación activa. A mayor abundamiento, el art. 164.5 LRJS prevé la intervención de la representación legal de la Autoridad Laboral, solo en los casos que no hubiera denunciadores, de tal modo que puede entenderse que la legitimación activa de dicha Autoridad Laboral deriva a favor de los propios denunciadores cuando estos sí estén presentes⁸⁷⁶.

Con todo, a pesar de que el empresario individual puede encontrar en esta modalidad de impugnación un subterfugio legal para la defensa de su competitividad empresarial, debe recordarse que se trata de una vía indirecta y no exenta de dificultades. Uno,

⁸⁷⁵ En contra de que lleguen a asumir la condición de parte procesal sujetos que no están legitimados para iniciar por sí mismos el proceso de impugnación directa vid. PÉREZ YÁÑEZ, R. M.^a, *El control judicial de los pactos colectivos*, Madrid: CES, 1997, p. 134.

⁸⁷⁶ En sintonía con esta interpretación, la SAN de 1 de junio de 2009 (proced. 1/2009) declaró que si la empresa individual denunciara el convenio ante la autoridad laboral estaría legitimada para ser parte en el procedimiento de impugnación.

porque el ámbito objetivo de la denuncia se limita a los convenios estatutarios, rechazándose la posibilidad de que pueda denunciar los convenios de otra naturaleza. Dos, por una limitación temporal de la propia denuncia, ya que la misma debe necesariamente interponerse previamente al registro del convenio ante la oficina pública, esto es, no cabe optar por esa vía indirecta para impugnar el convenio si ya ha sido registrado⁸⁷⁷. Tres, por la limitación en las causas de la denuncia, ya que como se ha visto, solo puede denunciar por ilegalidad y nunca por lesividad. Cuatro, para que el empresario pueda finalmente intervenir en el proceso judicial, su denuncia debe ser acogida por la Autoridad Laboral, quién es la única legitimada para iniciar el proceso judicial de impugnación del convenio. Y quinto, porque la literalidad de la norma no asegura que pueda tener la condición de parte en el proceso.

5. Otras posibles vías de reacción del empresario frente al convenio sectorial

5.1. La impugnación de los actos de aplicación en el proceso ordinario y proceso colectivo

Tal y como acaba de comprobarse, las posibilidades que el ordenamiento jurídico ofrece al empresario individual para reaccionar frente al convenio sectorial son muy limitadas. No obstante, la validez de su exclusión del proceso de impugnación directa, además de por las razones ya expuestas, se ha justificado por el TC⁸⁷⁸ basándose en que, en última instancia, el interés particular de los incluidos en el ámbito del convenio puede verse protegido por otras vías procesales que no impliquen la impugnación

⁸⁷⁷ Es de advertir, sin embargo, que la acción por parte de la autoridad laboral puede ejercitarse tanto antes como después de los trámites administrativos de registro y publicación del convenio colectivo impugnado, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo. *Vid.* STS 2 de noviembre de 1993 (rec.4152/92), STS de 19 de noviembre de 2006 (rec. 6/2006). Esto no significa que el empresario puede denunciar con posterioridad al registro, como ha indicado acertadamente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 28 de enero de 2002 (rec. 10/2001).

⁸⁷⁸ Por todas, STC 56/2000 de 28 de febrero.

directa de la norma pactada, sino los meros actos de aplicación de la misma⁸⁷⁹. Esto significa que el ordenamiento jurídico no impide a los sujetos individuales acudir al procedimiento ordinario o al de conflicto colectivo para conseguir la inaplicación de la cláusula considerada ilegal o lesiva. De hecho, esta jurisprudencia forma parte del cuerpo normativo de la LRJS, ya que el art. 163.4 LRJS recoge que “la falta de impugnación directa de un convenio colectivo de los mencionados en el apartado 1 de este artículo no impide la impugnación de los actos que se produzcan en su aplicación, a través de los conflictos colectivos o individuales posteriores que pudieran promoverse por los legitimados para ello, fundada en que las disposiciones contenidas en los mismos no son conformes a derecho”.

Respecto del objeto de estas modalidades procesales, debe significar que, en ambos casos, tanto para el procedimiento ordinario como para el colectivo, el objeto del conflicto estará delimitado exclusivamente por la inaplicación del convenio colectivo y, en consecuencia, no se podrá cuestionar directamente la legalidad del mismo en abstracto. Así, aunque la controversia sea colectiva, la sentencia que la resuelva no podrá declarar la nulidad *erga omnes* del convenio en estos casos, entre otras razones, porque los sujetos legitimados activa y pasivamente no coinciden necesariamente con los previstos en el art. 165 LRJS⁸⁸⁰. En efecto, el empresario solo puede aspirar a la inaplicación del convenio, total o parcialmente, pero no la anulación de la norma con efectos *erga omnes*.

A efectos aclaratorios, debe matizarse que será a través del proceso ordinario como los trabajadores van a poder impugnar a título individual las decisiones concretas que el empresario vaya adoptando en aplicación del controvertido convenio⁸⁸¹, tratándose de

⁸⁷⁹ SALA FRANCO, T., “Control de legalidad de los Convenios Colectivos, prohibición legal de concurrencia y lesión de intereses de terceros”, *Poder Judicial*, núm. 13, 1989, pp. 155-162.

⁸⁸⁰ STS de 27 de septiembre de 2016 (rec. 203/2015).

⁸⁸¹ Cfr. GONZÁLEZ CABALLO, P., “La impugnación de convenios colectivos. Legitimación procesa y tramitación adecuada: aspectos controvertidos”, *op. cit.*, p. 342.

una impugnación indirecta, mientras que el empresario deberá tramitar la acción de inaplicación en un proceso de conflicto colectivo⁸⁸².

Con todo, conviene recordar que la razón principal por la que se deniega al empresario individual la legitimación activa para impugnar el convenio es dotar de estabilidad al sistema convencional. Sin embargo, esta justificación resulta de difícil comprensión si se atiende a lo dispuesto en art. 163.4 *in fine* de la LRJS: “el juez o tribunal que en dichos procedimientos (de inaplicación) apreciara la ilegalidad de alguna de las referidas disposiciones lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal para que, en su caso, pueda plantear su ilegalidad a través de la modalidad procesal de impugnación de convenios colectivos”.

Así, si dicha exclusión tiene su fundamento en evitar, en definitiva, una anulación *erga omnes* del convenio colectivo, carece de sentido que el Ministerio Fiscal se vea compelido por mandato legal a iniciar el procedimiento de impugnación por ilegalidad del convenio a resultas de un procedimiento anterior de inaplicación convencional, pues la finalidad del art. 163.4 LRJS es contraria al resultado que pretende evitarse con la exclusión del empresario de la impugnación directa. En otros términos, siempre que el juez, en el marco de un procedimiento ordinario o colectivo que busca la inaplicación del convenio por causa de ilegalidad, estimara que efectivamente el convenio adolece, en todo o en parte, de ilegalidad, cabría esperar su anulación, pues si bien el empresario carece de legitimación directa para ello, el Ministerio Fiscal debería iniciar, a su vez, otro procedimiento judicial para tal fin. Precisamente, este esquema de dobles procesos por motivo de la ilegalidad del convenio, hace insostenible desde el punto de vista jurídico la exclusión del empresario de la legitimación activa por ilegalidad.

Es más, la aplicación práctica pone de manifiesto que la estabilidad del convenio colectivo se violenta más con el control indirecto o de inaplicación, planteado por cada empresario o trabajador de forma individual, que permitiendo promover la impugnación individual del convenio directamente, ya que “cuando una sentencia declara la inaplicación de un convenio o parte del mismo por ser ilegal, esta circunstancia puede conducir a la pérdida real de su eficacia, pese a seguir manteniendo

⁸⁸² *Vid.* STSJ de Asturias de 6 de julio de 2007 (rec. 482/2007).

dicho convenio la apariencia de legalidad y, sobre todo, cuando esa sentencia se hubiese dictado en un proceso de conflicto colectivo”⁸⁸³.

5.2. La legitimación del empresario y la impugnación de oficio por el Ministerio Fiscal ex art. 163.4 LRJS a resultas de un proceso de inaplicación

Como acaba de verse, a tenor de lo previsto en el art. 163.4 LRJS, el Ministerio Fiscal deberá iniciar un proceso de impugnación por ilegalidad si durante el desarrollo del proceso judicial instado por el empresario para la concreta inaplicación del convenio colectivo entendiera que el mismo contiene alguna cláusula ilegal⁸⁸⁴.

En este sentido, la cuestión a determinar es si el empresario accionante en el proceso de conflicto colectivo puede ser parte activa en este procedimiento, entre otros motivos, porque tiene un interés mayor que la mera inaplicación parcial del convenio y pretende su nulidad porque afecta de forma general al mercado económico.

A favor de esta posición, cabría aplicar por analogía lo dicho para el proceso de oficio instado por la Autoridad Laboral, en el que el empresario denunciante sí puede ser parte si el motivo era la ilegalidad. Sin embargo, dicha interpretación debe rechazarse porque en aquel proceso la Autoridad Laboral, tras iniciarlo, no se convierte en parte, y en este otro el Ministerio Fiscal no solo inicia el proceso, sino que, además, necesariamente será parte.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que se trata de una vía de impugnación directa no regulada en la LRJS, sino que simplemente se refiere a ella como cláusula de cierre de

⁸⁸³ GONZÁLEZ CABALLO, P., “La impugnación de convenios colectivos. Legitimación procesa y tramitación adecuada: aspectos controvertidos”, *op. cit.*, p. 352.

⁸⁸⁴ En este sentido, según dispone el art. 124.1 CE y el art. 1 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, el Ministerio Fiscal tiene por misión la defensa de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados.

un sistema poco funcional, la legitimación del empresario en dicho proceso sería más acorde con el principio *pro actione* y con su derecho de tutela judicial efectiva, por cuanto la causa de pedir sería diferente al primer proceso, siempre y cuando que así lo interesase el propio empresario.

5.3. La posibilidad de que varios empresarios individuales constituyan una asociación empresarial con posterioridad a la publicación del convenio para ostentar la legitimación necesaria

Como se vio, los únicos sujetos legitimados para impugnar un convenio colectivo por causa de ilegalidad son aquellos de carácter colectivo y, por tanto, el empresario individual se encuentra excluido de esta posibilidad. Conviene aclarar ahora que las asociaciones empresariales cuyas empresas estén afectadas por el convenio no están legitimadas para impugnar el convenio sectorial en calidad de terceros *ex art. 165.1.b) LRJS*⁸⁸⁵, aunque sí lo están por ilegalidad a tenor del art. 165.1.a) LRJS.

Pues bien, como posible punto de fuga al vigente marco legal que limita la capacidad impugnatoria del empresario, puede pensarse en la posibilidad de que varios empresarios afectados por el convenio presuntamente ilegal se pongan de acuerdo entre sí para constituir una asociación empresarial, para conseguir así la legitimación colectiva necesaria del art. 165.1.a LRJS.

En efecto, negar a la asociación legalmente constituida la posibilidad de promover un proceso supondría privarle de una legítima vía de defensa judicial de sus intereses, cosa que resultaría manifiestamente contraria al art. 24.1 CE. Así, no es decisivo el número de empresas y trabajadores asociados porque, como quiera que la ley no exige a la asociación demandante ningún número determinado de empresas ni de trabajadores a ella vinculados para atribuirle legitimación procesal, le basta que se pueda considerar asociación interesada⁸⁸⁶. Por tanto, la legitimación procesal para impugnar

⁸⁸⁵ STS 17 de junio de 1994 (rec. 2366/93).

⁸⁸⁶ STSJ de Madrid de 25 de febrero de 2008 (rec. 18/2007).

por ilegalidad la tienen las asociaciones empresariales interesadas y lo son, sin duda, aquellas asociaciones cuyos miembros puedan verse afectados en alguna medida por el convenio que tratan de impugnar⁸⁸⁷.

Respecto del momento de su constitución, el art. 165.1.a) LRJS no condiciona la legitimación activa a la circunstancia de que la asociación que impugna deba haberse constituido con anterioridad a la firma del convenio colectivo, máxime si se tiene en cuenta que la impugnación directa por ilegalidad no está sujeta a plazo. Es cierto que la legitimación *a posteriori* puede afectar fuertemente a la estabilidad de los convenios colectivos, pero negarse esta libertad podría implicar que se privase al resto de asociaciones empresariales que no formaron parte de la mesa negociadora de toda posibilidad de impugnar el convenio aun cuando tuviesen la cualificación de “interesadas”, resultado rechazado por el TS⁸⁸⁸.

5.4. La posibilidad del empresario de integrarse en una asociación empresarial para poder impugnar a través de ella

Otra opción para intentar escapar a estas limitaciones sería que el empresario individual que deseara accionar contra la norma convencional sectorial se integrase en una asociación ya constituida para que esta procediese a su impugnación.

Sin embargo, la práctica judicial ha señalado que se debería probar un interés propio de la asociación en el asunto que no sea el de uno solo de sus miembros individualmente considerado, sin trascendencia alguna hacia la actividad asociativa⁸⁸⁹. Por ello, de no contar con un número significativo de miembros afiliados afectados por el convenio colectivo, tampoco tendría la asociación patronal en cuestión legitimación para impugnar. Gracias a esta exigencia de implantación se está impidiendo suplir la falta de legitimación de su afiliado, el empresario individual. Así,

⁸⁸⁷ SSTS de 2 marzo 2007 (rec.131/2005) y 3 de abril 2006 (rec.81/2004).

⁸⁸⁸ STS de 15 de marzo de 2004 (rec. 60/2003).

⁸⁸⁹ *Vid.* STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 1992 (núm. 10/1992).

se evita que una asociación empresarial de otro sector productivo, al que, de forma forzada y artificiosa, se habría integrado una empresa ajena para salvar la falta de legitimación para impugnar, pudiera impugnar.

5.5. La impugnación de un convenio colectivo ante la CNMC por parte del empresario

Por último, analizado el marco legal vigente, la conclusión es que los empresarios individuales, en caso de estar incluidos en el ámbito de aplicación de un convenio, carecen de legitimación, tanto por causa de su ilegalidad como de su eventual lesividad. Como se señaló, aunque pueden instar la actuación de oficio de la Autoridad Laboral, además de las limitaciones intrínsecas a esta vía, debe ponerse de manifiesto que los márgenes temporales para hacerlo son sumamente limitados, pues sólo pueden solicitarse antes del momento del registro de la norma, siendo probable que la posible ilegalidad o la lesividad del convenio no se conozca hasta la publicación.

Por ello, la doctrina ha mantenido que el eventual examen del convenio desde la perspectiva *antitrust* sólo pueda ser planteado de forma directa por el empresario ante el orden social en contadas ocasiones, en particular, en aquellos casos en los que la norma convencional proyectase sus efectos fuera del ámbito de aplicación⁸⁹⁰. De ahí que resulte difícil, sino imposible, combatir las cláusulas de los convenios desde el interior del proceso laboral. Esto ha conllevado que las empresas acudan a las autoridades de la competencia para denunciar la ilegalidad del convenio colectivo por vulnerar la normativa *antitrust*⁸⁹¹.

En este sentido, el organismo público encargado de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional, así como de velar por la aplicación coherente de la Ley de Defensa de la Competencia es

⁸⁹⁰ GOERLICH PESET, J. M.^a, “Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva y derecho de la competencia...”, *op. cit.*, pp. 199-200.

⁸⁹¹ *Idem.*

la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC en adelante)⁸⁹². Así, junto con las vías laborales de impugnación de los convenios colectivos, apareció una alternativa por la vía de la aplicación del Derecho de la competencia. Desde el año 2007 el Tribunal de Defensa de la Competencia y su sucesora, la CNMC, se ha afirmado como competente para revisar la adecuación de los convenios a la Ley de Defensa de la Competencia⁸⁹³. De este modo, cualquier empresa, de manera individual, puede elevar una denuncia ante la CNMC si considera que el convenio que le afecta vulnera el derecho de la competencia. Eso sí, debe significarse que, a diferencia del orden social, de prosperar la denuncia, el efecto no sería ya la inaplicación de la cláusula cuestionada en el caso concreto ni su anulación, sino la sanción a las partes negociadoras y el requerimiento a las mismas de abstenerse de realizar las mismas conductas de nuevo⁸⁹⁴.

No obstante, la competencia de esta autoridad administrativa no es una cuestión pacífica, ni en la doctrina ni en la práctica judicial. Así, algunos autores mantienen que el enjuiciamiento de la adecuación de un convenio colectivo a la legalidad vigente le corresponde estricta y exclusivamente al orden social de la jurisdicción, y “no cabe admitir una actuación independiente de las facultades administrativas de las autoridades de la competencia si previamente no existe un pronunciamiento de los tribunales del orden social que la avale”⁸⁹⁵. Sin perjuicio, eso sí, que la denuncia ante la autoridad de la competencia se concrete, en lugar de en la apertura de un expediente sancionador, en una actuación jurisdiccional de la CNMC, aunque sea a través de la Autoridad Laboral⁸⁹⁶.

⁸⁹² GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “La impugnación de un convenio colectivo por una empresa firmante: una revisión de la cuestión a la luz del Derecho de la competencia”, en Ángel Antonio Blasco Pellicer (Coord.), *El empresario laboral: estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 522.

⁸⁹³ *Ibidem*, p. 527.

⁸⁹⁴ *Ibidem*, p. 529.

⁸⁹⁵ GOERLICH PESET, J. M.^a, “Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva y derecho de la competencia...”, *op. cit.*, p. 198.

⁸⁹⁶ *Ibidem*, p. 200.

Y en este mismo sentido debe destacarse la posición de la AN. Así, en la SAN de 13 de julio de 2012 (proced. 86/2012) afirmó que “la intervención de la CNMC en estos procesos no está prevista [...]. Únicamente el art. 15 bis de la LEC, y en referencia -obviamente- a los procesos civiles, dice que tal Organismo, y los otros que se citan, pueden intervenir, sin tener la condición de parte”. A mayor abundamiento, poco después, en la SAN de 30 de septiembre de 2013 (proced. 349/2013) el tribunal referido sostuvo que “en efecto, la actual CNMC es administración y no puede anular normas de un Convenio Colectivo, existiendo al efecto una reserva de jurisdicción a favor del orden social, art. 90.5 ET y 163 y ss. LRJS”. Quizás por ello el art. 5.4 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la CNMC concede legitimación a la Comisión para impugnar ante la “jurisdicción competente, las disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”.

Por tanto, el empresario podrá acudir ante la CNMC para denunciar la ilegalidad del convenio colectivo en cuestión por vulnerar exclusivamente las normas de defensa de la competencia, no otras disposiciones legales. Y la tutela que pueda obtener se traduce en una eventual sanción pecuniaria para los negociadores, sin perjuicio de que la administración inicie un procedimiento ante el orden social de impugnación de oficio del convenio presuntamente ilegal. Así pues, cabe concluir que es una protección muy limitada e insegura, pues, en última instancia, la defensa judicial de los intereses del empresario quedará al albur de lo que decida un órgano administrativo.

II. Otros escenarios posibles de “rivalidad” empresarial a resultas de la impugnación del convenio

Como se señalaba al principio, la regulación legal de los procedimientos de impugnación de los convenios colectivos no solo despierta interés desde la óptica de la limitación a la capacidad competitiva del empresario, que se encuentra “secuestrado” por el convenio sectorial, sino también como medio útil en manos de los competidores para entorpecer la mejora de la productividad mediante el convenio colectivo. En efecto, no solo resultan impugnables los convenios sectoriales que limitan o afectan

negativamente a la competencia, sino todos, incluyendo aquellos que la potencian, como los de ámbito empresarial. Desde este punto de vista, la rivalidad económica empresarial encuentra en la impugnación de los convenios una herramienta útil para frenar la potencial competitividad derivada de estos. En particular, son cuatro los supuestos en los que se puede localizar, con mayor o menor intensidad, esta función de la impugnación del convenio colectivo. Así, en primer lugar, es posible que el propio empresario esté interesado en impugnar el convenio de su propia empresa o centro de trabajo. En segundo lugar, también podría ocurrir que pretendiese impugnar el convenio colectivo de otra empresa. En tercer lugar, el convenio del grupo de empresas o red empresarial podría ser impugnado por un empresario miembro del grupo o red. En cuarto lugar, resulta igualmente posible que una asociación empresarial tenga interés en impugnar el convenio colectivo de una empresa determinada.

1. La legitimación del empresario individual para impugnar su propio convenio de empresa o de centro de trabajo

Debe aclararse el sentido práctico, y no meramente teórico, de analizar la posibilidad de que el empresario individual impugne el convenio de empresa que aplica, pues parecería que en ningún caso tendría interés en impugnar un convenio que favorece su competitividad. Sin embargo, los escenarios posibles de impugnación son múltiples. Así, en primer lugar, piénsese, por ejemplo, en un convenio de centro que, por delegación de poderes o distribución descentralizada de facultades negociadoras internas en la empresa no ha sido negociado directamente por el empresario. Carecería de sentido negarle legitimación impugnatoria cuando descubriera que dicho convenio de centro es ilegal, por lo que, en caso contrario, debería confiar su eventual impugnación al banco social. En segundo lugar, el empresario también podría tener interés en impugnar el convenio de empresa en el caso de una nueva normativa sobrevenida, ya sea de origen legal o convencional, que, dotándose de efecto retroactivo, invadiese su ámbito de regulación. En tercer lugar, también podría tener interés en el caso de apreciar “error” o de invocar “dolo” u otras causas similares que afectasen a la base contractual del convenio firmado. En este sentido, la doctrina ha

afirmado que la impugnación del convenio colectivo de empresa por la misma empresa será una “experiencia insólita pero no imposible”⁸⁹⁷.

Pues bien, la pregunta básica es si el empresario tiene reconocida la legitimación legal para poder impugnar el convenio colectivo de su propia empresa o centro. En principio, con base en la doctrina de los propios actos, el empresario no podría impugnar el convenio suscrito por él mismo. En tal sentido se ha posicionado el TS, ya que, a su juicio, “resulta claro que en el proceso de impugnación instado directamente por la parte que se fundamente en la ilegalidad de un convenio colectivo no puede impugnarlo el firmante del mismo. Esta regla general se desprende con claridad al observar que no se legitima para impugnar un convenio de empresa al empresario, que ha sido uno de los que lo han suscrito”⁸⁹⁸.

En contraste con esa posición, pueden encontrarse algunos pronunciamientos que sí reconocen al empresario como sujeto legitimado para impugnar su propio convenio de empresa. Así, la STSJ de Cataluña de 18 de noviembre de 1992 (rec. 10/1992) entendió que “el empresario individual puede, aunque no lo recoja la norma, impugnar el convenio cuando sea de empresa, soslayando en este momento los problemas que puede plantear que la impugnación de la norma convencional parta de los mismos sujetos que concurrieron a formar el acuerdo de voluntades”. Otra sentencia más reciente es la SAN de 27 de enero de 2016 (rec. 328/2015), que interpretó que el vigente art. 165 LRJS otorga “legitimación para impugnar los convenios colectivos de empresa o ámbito inferior a los sindicatos interesados, sin excluir a los firmantes, y toda interpretación restrictiva del precepto supondría quebrantar el principio *pro actione* que se deduce del art. 24.1 de la CE”. Razonamiento extrapolable igualmente al empresario firmante, ya que la SAN referida inaplica el principio de los actos propios.

En todo caso, de acogerse el criterio del TS, podría ocurrir que exclusivamente el banco social estuviera legitimado para su impugnación, pues, aunque el principio de actos

⁸⁹⁷ BORRAJO DACRUZ, E., “Negociación colectiva y libertad de empresa”; en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 386.

⁸⁹⁸ STS 9 de mayo de 1994 (rec. 3745/1994).

propios se aplicase por igual a empresarios como trabajadores, en caso que el convenio de empresa lo negociara la representación legal de los trabajadores podría impugnarlo la representación sindical o viceversa, incluso a pesar de que la representación legal formase parte del sindicato impugnante, a tenor de la disyuntiva del art. 165.1.a) LRJS con la expresión “representación legal o sindical”⁸⁹⁹.

Además de la razón expuesta relativa a los actos propios, debe ponerse de manifiesto que el empresario individual no tendrá vía alguna para defender su acción, ya que en el proceso ordinario carece de legitimación por ser considerado, en tanto firmante del Convenio, como un sujeto colectivo y en el proceso de conflicto colectivo dudosamente tendría legitimación cuando la pretensión es la de otro proceso – el de impugnación – que tiene reglas de legitimación propias⁹⁰⁰. En este sentido, no deja de resultar contradictorio en cierta medida que el empresario individual pueda ser denunciante ante la Autoridad Laboral en casos de ilegalidad del convenio de empresa *ex art.* 164.4 LRJS, y no pueda iniciar directamente la impugnación por tal motivo, en tanto no se le incluye como legitimado en el art. 165.1.a) LRJS. A este respecto, conviene recordar que, con relación al convenio de empresa o inferior, el empresario individual tiene la misma condición que un sujeto colectivo. Por ello, para excluirse de la impugnación directa no sería admisible la justificación vista de los sujetos individuales en este tipo de procesos⁹⁰¹.

2. La legitimación del empresario individual para impugnar un convenio colectivo de otra empresa

Además de los tres casos referidos previamente, un supuesto claro en el que el empresario puede estar interesado en impugnar el convenio de empresa se da en el marco de las transmisiones de empresas en las que el empresario entrante está obligado

⁸⁹⁹ STS 9 de mayo de 1994 (rec. 3745/1994).

⁹⁰⁰ LÓPEZ CUMBRE, L., *La impugnación del Convenio Colectivo ...op. cit.*, p. 232.

⁹⁰¹ LINARES LORENTE, J. A., “Criterios judiciales recientes sobre impugnación de convenio colectivos”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1995, p. 225.

(ya por ley o ya por convenio colectivo sectorial) a subrogarse en el convenio colectivo de la empresa saliente. Es decir, a pesar de tratarse de un convenio de empresa, no hay coincidencia entre el sujeto negociador y el sujeto aplicador del convenio colectivo por el lado empresarial habida cuenta de la subrogación producida.

El supuesto descrito fue examinado por primera vez en la STSJ de Navarra de 19 de julio de 2005 (rec. 59/2005). En los hechos se advertía que, poco antes de producirse el vencimiento de una concesión, la empresa concesionaria suscribió un convenio de empresa mejorando las condiciones vigentes. La nueva concesionaria cuestionó la validez de este acuerdo por considerarlo ilegal, en tanto en cuanto se había firmado con la finalidad de perjudicar a quien entrara en tal posición.

En estos casos, tal y como pone de manifiesto el tribunal navarro, para poder reconocer legitimación a la empresa entrante la clave está en dilucidar si ostenta la condición de tercero, ya que, por causa de ilegalidad, al no ser un sujeto colectivo, como acaba de verse, difícilmente podrá impugnar. Pues bien, en caso que los órganos judiciales hicieran una interpretación restrictiva del concepto, en virtud de la cual todo aquel que esté dentro del campo de aplicación no puede considerarse tercero, el nuevo empresario no gozará de legitimación. Sin embargo, tal y como hizo el tribunal en el caso referido, es posible mantener una interpretación flexible *pro actione* del término tercero, y reconducirlo al sujeto externo a la unidad negocial (no incluido en su ámbito de aplicación en el momento de la negociación), de tal suerte que el nuevo empresario pueda impugnar cuantas cláusulas considera abusivas y atentatorias contra sus intereses⁹⁰².

Pocos años más tarde, y en contra de esta interpretación, ante unos hechos similares, el TS en la sentencia 5 de noviembre de 2008 (rec. 74/2007) negó poder reconocer la condición de tercero a la empresa entrante. En síntesis, se trataba de una empresa pública que tenía subcontratado con una empresa privada el servicio de gestión de residuos. Tras la aprobación de un nuevo convenio colectivo por la empresa

⁹⁰² En este sentido, la doctrina ha puesto de manifiesto que “la sentencia que se reseña tiene que hacer piruetas para admitir la legitimación procesal de la nueva concesionaria”, *vid.* GOERLICH PESET, J. M.^a (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2011, p. 331.

contratista, que mejoraba las condiciones salariales, dicha empresa solicitó a la principal un incremento en el precio que esta le pagaba. Ante esta exigencia, la empresa pública acordó resolver el contrato y, mientras se resolvía el nuevo concurso público, incrementó el precio, aunque en menor medida. Así las cosas, la empresa principal alegaba que el convenio de la empresa contratista le resultaba gravemente perjudicial, amén de que el mismo era ilegal porque en su negociación no se respetaron las reglas de legitimación por parte del banco social.

Frente a esta pretensión, el TS, en la sentencia referida, rechazó, en primer lugar, la legitimación de la empresa pública por causa de la presunta ilegalidad del convenio, no tanto por no ser un sujeto colectivo conforme el art. 165.1.a) LRJS, sino porque al tratarse de un convenio de empresa, la empresa que impugna, al no haber formado ni poder formar parte en su negociación, no puede impugnar por ilegalidad⁹⁰³. Así, solo podría impugnarlo en calidad de tercero interesado y perjudicado vía 165.1.b) LRJS. Sin embargo, cuando el TS valoró la legitimación activa del empresario para impugnar por lesividad, se rechazó igualmente esta posibilidad porque, a juicio del TS, las nuevas condiciones salariales pactadas por la empresa contratista no le afectaban, pues “le bastaba con no acceder a tal pretensión y convocar un nuevo concurso, como hizo”.

No obstante, posteriormente, el TS en la sentencia de 21 de octubre de 2010 (rec. 59/2010) sí reconoció legitimación activa para impugnar por lesividad a una administración pública -al considerarla tercero. Se trataba de un convenio de empresa de un centro concertado de enseñanza que recogía igualmente una mejora salarial. El TS rechazó la excepción procesal de falta de legitimación porque, en este caso, sí entendió que la administración tenía la condición de tercero al no haber sido parte negociadora ni destinataria de la regulación pactada, pero cuyo perjuicio e interés es real, ya que venía obligada al pago de las mejoras pactadas.

Es cierto que hay una sutil diferencia entre ambos casos abordados por el TS, ya que en este último, la obligación al pago venía expresamente reconocida en la Ley Orgánica de Educación 2/2006, de 26 de mayo (art. 117.5), mientras que en primero dicha

⁹⁰³ Nótese, de paso, que el TS admite la legitimación del empresario individual para impugnar el propio convenio de empresa.

obligación derivaba de un contrato entre ambas entidades. Esta diferencia explicaría, en cierta medida, que el perjuicio económico que deriva de la modificación del convenio colectivo de empresa deba ser asumido o no por la empresa pública.

Sin embargo, esta diferencia no posee la virtualidad suficiente como para justificar la diferencia de trato en materia de legitimación. En efecto, lo cierto es que el motivo último de ambas obligaciones es el mismo, a saber, el interés general del servicio público, con independencia de cómo se articule su gestión. Desde ese punto de vista, es incontestable que la posible paralización del servicio por la necesidad de tramitar un nuevo concurso público va en contra de dicho interés general⁹⁰⁴.

3. La legitimación del empresario individual para impugnar un convenio de grupo de empresas o red empresarial

Más allá de los casos en los que el empresario puede tener interés en impugnar el convenio de empresa aplicable, otra posibilidad real es que pretenda hacerlo contra el convenio del grupo de empresa o red empresarial de la que forma parte. Al igual que ocurría en el apartado anterior, es complicado defender que tenga legitimación por motivo de la ilegalidad vía art. 165.1.a) LRJS, al no ser considerado como sujeto colectivo. Diversamente, sí sería posible que el empresario estuviera legitimado para

⁹⁰⁴ A mayor abundamiento, el proceso de convocar un nuevo concurso público es un procedimiento administrativo complejo que se prolonga durante un cierto tiempo en el que el servicio debe mantenerse. En consecuencia, la empresa pública necesariamente tuvo que acceder parcialmente a la pretensión de la contratista y abonarle un 20% del precio pactado, con el fin de ponerle fin a la huelga, respetando las nuevas condiciones salariales pactadas con los trabajadores, todo ello a espera de la nueva adjudicación del servicio público. Por ello, su condición de tercero interesado resultaría clara, por lo que el Tribunal Supremo debió estimar el recurso de casación y en consecuencia devolver el asunto al órgano de instancia para que analizase el fondo del asunto, sobre todo, la ilegalidad consistente en el quebrantamiento de las reglas de legitimación del convenio. Esto conclusión se debería extender a otros supuestos de impugnación de convenios colectivos de empresa por otros empresarios. La razón principal es que, si el motivo alegado es la ilegalidad del proceso negociador por no respetar las normas de legitimación en representación de los trabajadores, se genera una situación de desleal competencia para el resto de empresarios, que deberían poder combatirla judicialmente.

impugnar directamente si se le considerase tercero afectado en virtud del art. 165.1.b) LRJS.

En este sentido, no resulta claro que el empresario individual sea un tercero, pues los convenios colectivos de grupo son negociados, como se vio⁹⁰⁵, bien directamente por sí mismo en una especie de comisión negociadora patronal, bien por la empresa líder del grupo que representa al resto de las empresas integrantes, de conformidad, eso sí, con las reglas de legitimación negocial internas al grupo que han aceptado todos los empresarios previamente a la negociación y firma del convenio. De hecho, al igual que el TS entiende que las empresas que se integran en una asociación que ha negociado el convenio sectorial no tienen reconocida la condición de tercero por cuanto sus intereses han sido representados⁹⁰⁶, análogamente debería rechazarse también la legitimación al empresario dentro del grupo de empresas.

Es cierto que no cualquier empresa del grupo, con independencia de la relación material existente entre ellas, debe ser considerada tercera por haber estado representada en la negociación del convenio colectivo. En caso contrario, todas las empresas se convertirían en terceros respecto del convenio que ellas mismas se han dado, situación carente de sentido porque no se puede ser parte y tercero al mismo tiempo.

Sin embargo, a efectos de valorar la condición de tercero sí resulta necesario desentrañar las relaciones entre las diferentes empresas que componen el grupo y la participación de cada empresa durante el transcurso de la negociación del convenio. En este sentido, sí debería ser considerado como tercero, y así poder estar legitimado para su impugnación, aquel empresario que no participa en ninguna fase del procedimiento y, sin embargo, resulta claramente afectado por su resultado o que vota en contra del mismo⁹⁰⁷. De hecho, a efectos de valorar la relación entre las empresas

⁹⁰⁵ *Vid.* capítulo tercero, apartado II, 1.2.

⁹⁰⁶ STS de 30 de mayo de 2005 (rec. 70/2004).

⁹⁰⁷ SAN de 2 de noviembre de 2012 (proced. 178/2012).

del grupo para determinar si una de ellas puede ser considerada como tercera, resulta lógico atender a la capacidad de influencia real de esta durante el proceso negociador.

Desde esta perspectiva, por un lado, sería fácilmente rechazable la legitimación para impugnar de aquellas empresas que se integran dentro de grupos de empresas horizontales o redes de empresas que se han decantado por una comisión negociadora única en donde todas las empresas están presentes y el valor relativo del voto de cada una sea proporcional a las variables que ellas mismas hayan considerado. De hecho, incluso en este supuesto, podría señalarse que en la medida en que la representatividad de dicha comisión no se recoge en ninguna norma, sino que responde a un acto voluntario, la empresa que vota en contra sí tendría legitimación para impugnar porque se convertiría, de hecho, en un tercero, sin que pueda afirmarse que estaba representada por el resto.

Por otro lado, en los supuestos de grupos de empresas verticales, salvo mandato expreso de las empresas secundarias a favor de la principal para que negociara el convenio colectivo en nombre de todas, dichas empresas sí deberían tener reconocida la legitimación activa para impugnar el convenio firmado si afectase gravemente a sus intereses, pues realmente no formarían parte del proceso negociador, aunque sí quedarían vinculadas a su resultado.

4. La legitimación de la asociación empresarial para impugnar un convenio de empresa

Posiblemente, los sujetos que pueden tener mayor interés en impugnar un convenio de empresa, desde el punto de vista de la rivalidad económica proyectada en el sistema de la negociación colectiva, sean las asociaciones empresariales que negocian el respectivo convenio sectorial. Y ello porque en virtud de la preferencia aplicativa del art. 84.2 ET algunas empresas dejan de aplicar, al menos, parcialmente, el mismo en favor de los propios. Así, en términos generales, habida cuenta del impacto negativo de la prioridad del convenio de empresa sobre el poder negociador de las asociaciones empresariales, la impugnación en manos de estas se presenta como un medio útil a

efectos de limitar o paralizar la potencial mejora de la competitividad derivada de los convenios de empresa. En este sentido, la principal incógnita es si el ordenamiento jurídico reconoce legitimación a las asociaciones empresariales para impugnarlos.

A este respecto, sin perjuicio de la vía de lesividad -dentro del marco interpretativo restrictivo del concepto de tercero que fija el TS⁹⁰⁸-, las asociaciones empresariales pueden impugnar un convenio de empresa directamente con motivo de su presunta ilegalidad vía art. 165.1.a) LRJS, pues la norma solo exige que sean “interesadas” para su impugnación. Sobre esta exigencia, el TS ha interpretado que las asociaciones pueden estar interesadas en dos supuestos⁹⁰⁹. Por un lado, cuando sus miembros puedan verse afectados en alguna medida por el convenio colectivo que tratan de impugnar, lo que significa que sus representados quedan incluidos en el campo de aplicación del convenio. Por otro, cuando el convenio que se pretende impugnar afecte a las posibilidades de negociación estatutaria de la propia asociación. En ambos casos, la condición de interesada debe acreditarse mediante la afiliación en la asociación de algún empleador del sector.

Pues bien, no parece fácil trasladar o proyectar esta doctrina al caso de la impugnación de un convenio de empresa por parte de la asociación empresarial, pues difícilmente otros miembros a la asociación, amén de la empresa firmante, estén dentro del ámbito aplicativo del convenio de empresa. Sin embargo, la práctica judicial ha resuelto que, en este caso, la cualificación de interesada devendría del nivel de afiliaciones en el sector, de tal modo que una asociación podría ser interesada si acredita afiliaciones en el mismo sector en el que se integraría el convenio de empresa⁹¹⁰. Por ello, para impugnarlo, estaría legitimada aquella asociación empresarial que contase entre sus afiliados con algún empleador en un ámbito funcional equiparable que al delimitado por el convenio de empresa.

⁹⁰⁸ *Vid.* capítulo cuarto, apartado I, 2.2.

⁹⁰⁹ Por todas, STS de 14 de abril de 2000 (rec. 982/1999).

⁹¹⁰ SAN de 6 de marzo de 2014 (proced. 450/2013).

De hecho, la AN en la sentencia de 6 de marzo de 2014 aplicó esta creativa interpretación, que favorece la impugnación, a un convenio de empresa multiservicio, cuyo ámbito funcional era literalmente “todo tipo de servicios sin estar circunscrito a un sector concreto como pudiera ser el de hostelería”. No obstante, la AN razonó en la sentencia referida que una asociación empresarial difícilmente podría estar legitimada para impugnar un convenio de empresa multiservicio, pues probablemente no contase entre sus afiliados a empleadores que se dedicasen a tal actividad económica tan amplia⁹¹¹. Y, por tanto, la AN negó la legitimación a la asociación para poder impugnar dicho convenio.

Con todo, esta interpretación de la AN, aunque da una respuesta parcialmente satisfactoria a la cuestión de si las asociaciones empresariales pueden impugnar un convenio de empresa, parecer excluir a todas aquellas que no tengan empresas afiliadas en el mismo sector económico correspondiente al convenio empresarial. De hecho, debe ponerse de manifiesto que la posición de la AN ha sido matizada indirectamente por el TS con ocasión de la jurisprudencia que amplía la legitimación a favor de los sindicatos (más representativos) para impugnar convenios de empresas multiservicios. En este sentido, resulta conveniente detenerse en esta nueva jurisprudencia para determinar si puede hallarse un paralelismo y resultar extrapolable en alguna medida a las asociaciones empresariales.

En efecto, como reacción a la precarización laboral derivada de los convenios de las empresas multiservicios, los sindicatos más representativos empezaron a desarrollar, dentro de un plan de acción conjunto más amplio⁹¹², una estrategia de impugnación

⁹¹¹ A este respecto, debe significarse la existencia de “asociación de empresas de externalización de servicios auxiliares a la producción” (BOE 19 de agosto de 2016). A mayor abundamiento, para dotar de legitimación a una asociación empresarial para impugnar el convenio de empresa de una empresa multiservicio sería entender que tras la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2015 (rec.1464/2014) que, como se sabe, determina que el convenio aplicable a una empresa de este tipo en caso de ausencia de convenio propio se regirá por el de la actividad económica preponderante, estaría legitimada aquella asociación que contase entre sus afiliados a algún empleador en dicha actividad económica preponderante.

⁹¹² ESTEVE SEGARRA, A., “Vías para atajar la precariedad en las empresas multiservicios: una contribución al debate”, *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, pp. 216 y 223. Dicho plan de acción conjunto de UGT y CCOO se presentó en la Declaración que suscribieron ambas confederaciones sindicales con relación a las empresas multiservicios en Madrid el 18 de marzo de 2015, que continuó

judicial de estos convenios a fin de que se declarase su nulidad y, por consiguiente, se aplicase el convenio sectorial en su totalidad. El argumento principal sobre el que descansaban la mayoría de demandas de impugnación de convenios colectivos de empresas era la quiebra del principio de correspondencia representativa⁹¹³.

De hecho, este argumento fue asumido por el TS a partir de la sentencia de 7 de marzo de 2012 (rec. 37/2011), declarando desde entonces la nulidad de multitud de convenios colectivos de empresas multiservicios. Como se sabe, a través de una interpretación un tanto rígida de las reglas de legitimación negocial, el Tribunal interpretó que en aquellos casos en los que la negociación no ha sido llevada a cabo por la representación legal de los trabajadores, de existir o poder existir un centro de trabajo sin representación unitaria, el convenio colectivo de empresa negociado devendría nulo, sin posibilidad de que permaneciese como convenio extraestatutario.

Sin embargo, a pesar del éxito de los sindicatos más representativos a results del incumplimiento del principio de correspondencia, estos se estaban encontrando con el problema de la falta de legitimación activa para impugnar los convenios de empresa. De este modo, al estimarse tal excepción procesal planteada por la empresa, los tribunales no entraban a conocer de la causa de ilegalidad alegada por los sindicatos y, por consiguiente, el convenio de la empresa multiservicios, a pesar de no respetar el principio de correspondencia representativa, se mantenía vigente y aplicable. De ahí que la falta de legitimación procesal de los sindicatos suponía, en esencia, una barrera importantísima para la estrategia de impugnación de convenios colectivos por parte de estos y de la lucha contra la precarización laboral.

A este respecto, cabe recordar que el punto de partida de la falta de legitimación activa del sindicato más representativo para impugnar un convenio de empresa se encuentra en la STC 37/1983 de 11 de mayo. En esta sentencia el TC entendió que el derecho de los sindicatos para promover un proceso sobre conflicto colectivo necesitaba un

con la Declaración conjunta “Actuación en externalización y empresas multiservicios”, firmada en Madrid el 25 de octubre de 2016.

⁹¹³ Cfr. *Idem*.

vínculo de conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada, el cual había de medirse a través de la “implantación” en el ámbito de conflicto.

Aunque en un primera lectura pareciera que el TC limitaba con esta interpretación la facultad de accionar del sindicato, lo cierto es que la estaba ampliando: se aclaraba que la referencia en el art. 154 LRJS (antiguo 152 LPL) a “estarán legitimados para promover procesos sobre conflictos colectivos los sindicatos cuyo ámbito de actuación se corresponda o sea más amplio que el del conflicto” no debía entenderse como sinónimo de legitimación negocial del art. 87 ET o representatividad institucional de la DA 6ª ET. En otros términos, el TC en la sentencia referida llegaba a la conclusión de que el sindicato que pretendía impugnar no necesitaba contar con presencia en el órgano de representación en la empresa ni tampoco haberse presentado a los procesos electorales. Así, en esta sentencia se atribuía legitimación para promover el conflicto colectivo de empresa a un sindicato que no tenía ni un solo miembro en los órganos de representación unitaria de los trabajadores, pero por el contrario sí tenía una “implantación suficiente”, fijada, en ese caso, en un nivel de afiliación que oscilaba entre el 17 y el 30%, según se aceptara una u otra posición interpretativa de las partes.

Esta exigencia de implantación suficiente, como recuerda el propio TC en la STC 215/2001, de 29 de octubre, se había considerado necesaria en el marco de procesos especiales de conflicto colectivo, pero se extendió también a otros procesos a partir de la STC 210/1994 de 11 de julio. En esta ocasión, el Tribunal matizó ligeramente su doctrina y constriñó la legitimación procesal que previamente había ampliado. Aunque se empezaba admitiendo que “en principio, es posible considerar legitimados a los sindicatos para accionar en cualquier proceso en el que estén en juego intereses colectivos de los trabajadores”(FJ 3), se continuaba diciendo que “esta capacidad abstracta que tiene todo sindicato para ser parte no autoriza a concluir sin más que es posible *a priori* que lleven a cabo cualquier actividad en cualquier ámbito, pues tal capacidad no alcanza a transformarlos en guardianes abstractos de la legalidad” (FJ 4). A este respecto, en la sentencia posterior STC 101/1996 de 11 de junio concluía que “para considerar procesalmente legitimado a un sindicato no basta que este acredite estar defendiendo un interés colectivo o estar realizando una determinada actividad sindical, dentro de su función genérica de representación y defensa de los intereses de

los trabajadores, sino que debe existir un vínculo especial y concreto entre dicho sindicato y el objeto del debate en el pleito de que se trate”. Finalmente, y como punto de cierre a esta construcción jurisprudencial, la STC 215/2001 de 29 de octubre matizaba que “en el concreto ámbito laboral, la conexión entre la organización que acciona y la pretensión ejercitada ha de medirse en función de la implantación en el ámbito del conflicto al ser esta la justificación de la intervención misma del sindicato”

A partir de esta doctrina, el TS fue desarrollando, a través de sus resoluciones, el concepto jurídico indeterminado de “implantación suficiente” creado por el TC. Para ello, tomó como referencia inicial el único elemento manejado por el TC, cual era un porcentaje entre el 17 o el 20% de afiliación al sindicato demandante. Por primera vez, en la STS de 10 de marzo de 2003 (rec. 33/2002), reiterando la doctrina del TC referida, el TS estimó que dicha implantación suficiente se da en tres supuestos: en primer lugar, en aquellos casos en los que el sindicato tenga una sección sindical en la empresa; en segundo lugar, cuando cuente con algún miembro en los órganos de representación unitaria; y por último cuando contase con un nivel de afiliación porcentualmente suficiente.

En la específica aplicación de la exigencia de implantación suficiente en el ámbito del conflicto, el TS ha admitido la legitimación activa del sindicato cuando su implantación deriva “del nivel de afiliaciones, el cual, aún no concretado, resultaría notorio”⁹¹⁴. Asimismo, se ha admitido cuando siendo un sindicato de ámbito nacional solo cuenta con representantes unitarios en uno de los comités de centro de trabajo, “pues no es la representatividad del sindicato la que ha de medirse, sino simplemente si su implantación en la empresa es suficiente o no”⁹¹⁵. También, situaciones en las que se ha reconocido al sindicato que acredita una representatividad en su ámbito de un 5,08%, es decir, 45 representantes de un total de 886⁹¹⁶.

⁹¹⁴ STS de 10 de febrero de 1997 (rec. 1225/1996).

⁹¹⁵ STS de 31 de enero de 2003 (rec. 1260/2001).

⁹¹⁶ STS de 12 de mayo de 2009 (rec. 121/2008).

En sentido contrario, por ser irrelevante el nivel de afiliación, se ha negado legitimación a un sindicato que solo cuenta con 0,3% de trabajadores afiliados en la empresa⁹¹⁷; o incluso se ha considerado insuficiente a estos efectos la simple circunstancia de contar con una sección sindical en la empresa, cuando su constitución solo evidencia que el sindicato “cuenta con algún afiliado en la plantilla de la empresa, pero no su número ni el alcance del porcentaje de afiliación”⁹¹⁸.

Sin embargo, la primera vez que el TS aplica esta doctrina referida a la necesidad de contar con implantación suficiente en la empresa sobre el proceso de impugnación de convenio colectivo es en la STS de 26 de junio de 2003 (rec. 124/2002). Resulta preciso recordar en este punto que el proceso de impugnación de convenio colectivos se articula según las normas del propio proceso de conflicto colectivo *ex* art. 153 LRJS, con excepción de las reglas de legitimación, pues cuenta con una regulación especial recogida en el actual art. 165 LRJS (antiguo 163 LPL). Según dicho precepto, la legitimación activa para impugnar un convenio colectivo, por los trámites del proceso de conflicto colectivo, corresponde en caso que tal impugnación se fundamenta en la ilegalidad, a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, a los sindicatos y asociaciones empresariales *interesadas* y determinados organismos públicos⁹¹⁹.

A este respecto, el TS mantuvo en esta sentencia que no debía confundirse el «principio de correspondencia» que rige en el proceso de conflicto colectivo⁹²⁰ con el “principio del interés” que es propio de la modalidad de impugnación de convenios. Así, el TS aclaró que el art. 163 LPL (actual 165 LRJS) no exige que el sindicato esté implantado

⁹¹⁷ STS de 6 junio de 2011 (rec. 162/2010).

⁹¹⁸ SSTs de 29 de abril de 2010 (rec. 128/2009) y 20 de marzo de 2012 (rec. 71/2010).

⁹¹⁹ Las SSTs de 15 marzo 1993 (rec. 1730/1991) y 23 marzo 1994 (rec. 2256/1992), precisaron que “es cierto que el art. 161.3 LPL establece que cuando la autoridad laboral no instara la impugnación del convenio, esta podrá realizarse directamente por los legitimados para ello por los trámites del proceso de conflicto colectivo, por lo que en principio serán aplicables las normas de ese proceso siempre que no exista regulación específica en el Cap. IX, Tít. II, Lib. II LPL”.

⁹²⁰ SSTs de 11 de abril de 1994 (rec. 4197/1992); 19 de diciembre de 1994 (rec. 727/1994); 21 de marzo de 1995 (rec. 1328/1994); 14 de enero de 1997 (rec. 1587/1996), entre otras.

en todo el ámbito del convenio impugnado. Por el contrario, advirtió que dicho precepto añade una importante especificación, pues se refiere a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores, sindicatos y asociaciones empresariales *interesadas*. Así pues, concluía el TS que el calificativo “interesadas” cobra una indiscutible importancia a los efectos de determinar cuáles son las entidades o representaciones sobre las que se asienta la legitimación.

Aplicando esta doctrina al caso, el TS entendió en la sentencia referida que el sindicato impugnante estaba “interesado” pues estaba “implantado en la empresa y actuaba en defensa del interés general de los trabajadores de la empresa, careciendo de trascendencia cual fuera su ámbito estatutario de actuación territorial, el mayor o menor número de representantes que tenga en la empresa y el de centros de trabajo en que aquellos desarrollen su actividad”.

Pues bien, como se observa, a pesar de que el TS deslindaba las reglas de legitimación del proceso de impugnación de convenio colectivo de las generales previstas para todo proceso de conflicto colectivo, para su interpretación volvía a emplear el término jurídico “implantación”, sin especificar si debía entenderse del mismo modo que el empleado para dotar de legitimación a los sindicatos en los procesos de conflicto colectivo.

En consonancia con este margen abierto por el TS, algún TSJ estimó que, a pesar de que el sindicato impugnante no estaba presente en los órganos de representación legal o sindical de la empresa, ni contaba con ningún solo afiliado en la empresa, sí estaba interesado para impugnar un convenio colectivo de empresa porque “podía afectar a los intereses económicos y sociales de los trabajadores que pudieran afiliarse en la empresa”⁹²¹.

Sin embargo, el TS en la sentencia de 9 de noviembre de 2009 (rec. 106/2008) *obiter dicta* exigía acreditar la implantación sindical en el ámbito del conflicto para reconocer legitimación activa impugnatoria, consistiendo dicha implantación en “un vínculo

⁹²¹ STSJ de la Comunidad Valenciana de 24 de enero de 2007 (rec. 13/2006). Sentencia que posteriormente fue anulada, aunque no por este motivo procesal.

acreditado de conexión entre la organización que impugna y la pretensión ejercitada”. Así, se trasladaba de forma automática la exigencia de implantación suficiente de los procesos sobre conflicto colectivo al sindicato impugnante en el proceso de impugnación de convenios.

En esta línea se pronunciaron varios tribunales. Así, la SAN de 17 de noviembre de 2010 (proced. 161/2010) denegó la legitimación activa para impugnar un convenio de empresa al sindicato por cuanto no tenía representantes unitarios, tampoco contaba con sección sindical en la empresa, ni se le conocían trabajadores afiliados. Asimismo, la STSJ de Andalucía (Granada) de 2 de febrero de 2012 admitió la excepción alegada por la empresa de falta de legitimación activa del sindicato impugnante por no tener este ningún tipo de implantación en la empresa. La STJS de Cataluña de 20 de marzo de 2014 (rec. 70/2013) aclaró que “cuando un sindicato reúne los requisitos de representatividad necesarios en el ámbito de que se trate es evidente que posee implantación suficiente, pero que lo contrario ya no es exacto, pues la implantación suficiente también existe cuando posee nivel de afiliación *adecuado* en el ámbito de afectación del conflicto”, destacando que la implantación determina su legitimación activa, pues “un sindicato con la necesaria implantación tiene un interés real y directo en que los trabajadores que se encuentren en las condiciones legal y convencionalmente previstas puedan acceder a los derechos que le reconozca un convenio colectivo”. Por ello, también el TSJ catalán estimó la excepción de falta de legitimación activa para impugnar el convenio colectivo de empresa, pues el sindicato no contaba con ninguna sección sindical, tampoco se presentó a las elecciones sindicales o presentándose no consiguió ningún representante, ni tampoco acreditó ningún afiliado en la empresa.

A mayor abundamiento, y restringiendo todavía más la posición del TS mantenida en la sentencia de 26 de junio de 2003 (rec. 124/2002), la AN en las SSAN de 22 de noviembre de 2013 (proced. 435/2013) y 21 de febrero de 2014 (proced. 344/2013) entendió que el art. 165.1 LRJS, en una interpretación conjunta con el art. 17.2 LRJS, “exige que concurra el principio de correspondencia entre el ámbito de actuación del sindicato y el ámbito del conflicto, lo que debe relacionarse necesariamente con su implantación en dicho ámbito”.

Para alcanzar dicha conclusión, la AN se basó en la STS de 20 de marzo de 2012 (rec. 71/2010) en la que el TS extendió la exigencia del nivel de implantación del sindicato a un proceso de anulación de una convocatoria de empleo de ámbito nacional. Es más, la Audiencia Nacional traslada miméticamente las razones que en tal sentencia se recogen para denegar la legitimación del sindicato en el proceso de impugnación de convenios colectivos. Así, se alcanzó una interpretación mucho más restrictiva de la legitimación para impugnar, principalmente por tres motivos. En primer término, la AN estimó que “el dato que el sindicato tenga constituida sección sindical al amparo del art. 8 de la LOLS no sirve para afirmar que tenga implantación, dado que la constitución de la sección sindical en tal caso solo pondría en evidencia que el sindicato demandante cuenta con algún afiliado entre la plantilla de la empresa, pero no su número ni el alcance del porcentaje de afiliación”. En segundo término, el Tribunal consideró que a pesar de que el sindicato contase con un delegado de empresa, solo lo hacía en algún centro de trabajo y no en todos, “lo que hace evidente que su ámbito de actuación queda limitado a dicho centro y no supera el listón de implantación para poder impugnar el convenio colectivo”. Y en tercer término, la AN argumentó que, a pesar de contar con secciones sindicales, “no se ha acreditado si dicha sección tiene afiliado algún representante de los trabajadores, ni tampoco el número de afiliación de la misma”. Por todo ello, la AN finalmente estimó la excepción procesal de falta de legitimación activa para impugnar el convenio de empresa por parte del sindicato al carecer este de implantación suficiente.

Ahora bien, frente a esta interpretación restrictiva, que impone sin ningún matiz la exigencia de implantación en los procesos de impugnación de convenios colectivos, la propia AN, a raíz de impugnaciones de convenios colectivos de empresas multiservicios, está adoptando en la actualidad una interpretación más flexible que permite la legitimación procesal del sindicato impugnante en aquellos supuestos en los que antes no podía.

Así, en primer lugar, la AN flexibiliza el criterio que exigía la presencia del sindicato en todos los centros de trabajo para poder impugnar el convenio colectivo de empresa. En este sentido, en el conflicto que resuelve la SAN de 27 de julio de 2017 (proced. 183/2017), ante la alegación de la empresa respecto de la falta de legitimación activa

del sindicato para interponer demanda de conflicto colectivo al no tener representación en todos los centros de trabajo de la empresa ni en el ámbito del convenio colectivo, la AN entendió que, aunque en un centro de trabajo concreto no tuviera representación de los trabajadores, el sindicato no dejaba de tener implantación suficiente en el ámbito de la globalidad de la empresa, pues en el resto de centros de trabajo sí tenía representación aglutinándose en ellos la mayoría de los trabajadores. A mayor abundamiento, la AN concluía en el referido pronunciamiento que “en los procesos de conflicto colectivo, debe considerarse a la empresa en su conjunto porque es el ámbito del conflicto colectivo, ya que lo contrario supondría negar la legitimación para plantear demandas de conflicto colectivo en el ámbito de la empresa a cualquier sindicato que careciera de representatividad en uno solo de sus centros de trabajo, por más que pudiera tenerla, y en elevadas cotas, en todos los restantes”. Motivos que conducen al tribunal a rechazar la excepción de falta de legitimación activa alegada por la empresa.

A pesar de la relevancia de este cambio interpretativo, el giro más importante en la flexibilización de las reglas de legitimación para impugnar un convenio colectivo por parte del sindicato lo constituyó la nueva interpretación relativa al requisito de “implantación suficiente” en el ámbito del conflicto. Así, en la SAN de 16 de abril de 2012 (proced. 42/2012) en tribunal conocía, a través de la modalidad procesal de impugnación de convenio colectivo, la demanda interpuesta por un sindicato que solicitaba la nulidad del convenio de una empresa multiservicio al no haberse respetado el principio de correspondencia representativo en su negociación. Es importante destacar que el sindicato no contaba ni con representación legal ni sindical en la empresa, y tampoco realizó, según la propia sentencia “el más mínimo intento probatorio de su implantación en la empresa, a pesar de haber alegado que cuenta con afiliados en la misma, por lo que la conexión con el ámbito del conflicto no podría venir dada por semejante dato”. Sin embargo, a pesar de no contar con implantación suficiente, la AN matizó que: “nótese que uno de los motivos de impugnación es la vulneración de las normas de concurrencia de convenios, afirmándose que el convenio de empresa infringe la reserva material fijada en el Acuerdo Laboral de Ámbito Estatal al establecer la estructura de la negociación colectiva. En el ámbito de este acuerdo

sectorial, el sindicato impugnante (CCOO) sí posee clara implantación y es una de las representaciones suscribientes del mismo, por lo que, desde tal perspectiva, resulta innegable su interés en el pleito: no como guardián abstracto de la legalidad, sino como interesado en la correcta aplicación del Acuerdo Sectorial allí a donde se extiende su ámbito funcional”.

Como se observa, y a diferencia del significado dado por el TS en la mencionada sentencia de 26 de junio de 2003 (rec. 124/2002) al término “interesadas” del art. 165.1 LRJS, la AN prescinde por vez primera del criterio de “implantación” para valorar el interés del sindicato demandante, circunscribiéndolo exclusivamente al segundo elemento apuntado por el Tribunal Supremo, esto es, a la *defensa del interés general de los trabajadores de la empresa*.

Además, nótese que la AN no exige que se acredite lo más mínimo que del resultado de aplicar las normas de concurrencia convencional del art. 84 ET se aplicaría el acuerdo negociado por quién impugna el convenio de empresa, sino que la mera afirmación de tal eventualidad constituye causa suficiente para entender que está interesado en dicha impugnación. En esta línea, la AN, una vez admitida la legitimación activa del sindicato, en ningún momento entra a valorar si efectivamente el acuerdo sectorial resultaría de aplicación en caso de devenir nulo el convenio de empresa. A este respecto, debe advertirse que, aunque la AN no puede declarar de aplicación el convenio sectorial, pues tal pronunciamiento judicial trascendería del objeto del proceso de impugnación de convenio colectivo, si estaría obligada a valorar las reglas de concurrencia aplicativa y la eventual aplicación del acuerdo sectorial a efectos de admitir la legitimación activa del sindicato.

A pesar de haber sido anulada la referida sentencia⁹²², su línea argumentativa se mantuvo en la posterior SAN de 3 de marzo de 2016 (proced. 315/2015), confirmando así el cambio de criterio interpretativo. En este caso, la AN conocía de la impugnación de un convenio de empresa multiservicios por parte del sindicato UGT, que carecía de

⁹²² Sentencia anulada por la STS de 25 de noviembre de 2013 (rec. 23/2013) por incompetencia territorial de la Audiencia Nacional, habida cuenta el conflicto se reducía al ámbito de la comunidad autónoma andaluza.

implantación suficiente en la empresa, en la medida que no contaba con representación legal ni sindical, ni tampoco contaba con afiliados dentro de la empresa, aunque sí se había presentado a la elección de representantes unitarios. El motivo jurídico principal en el que se fundamentaba la demanda de nulidad del convenio era que no se había respetado el principio de correspondencia, pues había sido negociado por partes no legitimadas a tal fin. La excepción procesal de falta de legitimación procesal para impugnar el convenio colectivo fue rechazada por la AN porque concurrían “dos circunstancias que evidenciaban la especial vinculación del sindicato con el objeto del presente proceso: de un lado, porque se trataba de una de las organizaciones firmantes del Acuerdo de Hostelería que resultaría de aplicación a algunos de los empleados de la empresa demandada si se decretase la nulidad del convenio que se impugna; y de otro lado, el hecho de que, aun cuando UGT no contase con afiliados en el seno de la empresa, sí había presentado candidaturas en el proceso electoral celebrado en el seno de la misma, motivo por el cual se puede predicar que el sindicato tenía una mínima implantación en la mercantil demandada”.

En esta ocasión, la AN no prescindió por completo del criterio de implantación suficiente, pues la segunda razón que aportó para admitir la legitimación activa del sindicato impugnante fue precisamente que el sindicato sí contaba con una “mínima implantación” en la empresa, por cuanto “presentó candidaturas en el proceso electoral”, aunque no consiguiera ningún representante. Esta segunda razón choca con la doctrina del TS en cuanto a la conexión entre afiliación e implantación resultaba clara: el mero hecho de contar con afiliados no significa que dicho sindicato esté implantado, sino que debe ser en un número tal que resulte suficiente y adecuado⁹²³. Desde esta perspectiva, resulta difícilmente comprensible que la AN afirme que se cuenta con implantación por el mero hecho de presentarse a las elecciones, si ello no va acompañado de la elección efectiva de algún representante o de un número de afiliados suficiente.

⁹²³ SSTs de 6 junio de 2011 (rec. 162/2010); de 29 de abril de 2010 (rec. 128/2009); de 20 de marzo de 2012 (rec. 71/2010).

Con todo, el primer argumento empleado por la AN tiene mayor trascendencia desde la perspectiva aquí tratada, pues reconoció legitimación activa para impugnar a un sujeto colectivo que, no estando en principio implantado en la empresa, sí pudo tener la condición de interesado habida cuenta de la aplicación de las reglas de concurrencia del art. 84 ET. De nuevo, la AN admitió la legitimación activa del sindicato no implantado en la empresa por considerar que, en caso de prosperar la demanda impugnatoria y devenir nulo el convenio de empresa, se aplicaría en convenio suscrito por el sindicato que impugnaba. Así, derivaba de tal eventualidad un interés real y suficiente que justificaría, por sí solo, su legitimación procesal. Ahora bien, tampoco en esta ocasión, la AN realizó un auténtico examen de las reglas de concurrencia en el caso concreto, ni valoró a tal efecto cuál era la actividad preponderante de la empresa y si coincidía con el ámbito funcional del acuerdo superior, de conformidad con la doctrina del TS de 17 de marzo de 2015 (rec. 233/2013) para empresas multiservicios, o si en su caso había otros convenios colectivos superiores que tendrían prioridad aplicativa. Desde este enfoque, es llamativo que la AN afirmase sin ningún análisis jurídico al respecto que: “el acuerdo sectorial resultaría de aplicación a parte de los empleados de la demandada sí se decretase la nulidad del convenio”.

Esta nueva interpretación contrasta con la interpretación mantenida hasta ahora por la propia AN, destacándose, en este sentido, lo resuelto unos meses en otro caso en el que se impugnaba el mismo convenio de empresa, pero por otro sindicato, CCOO, resuelto en la SAN de 6 de marzo de 2014 (proced. 450/2013). En aquella ocasión al sindicato CCOO se le negó su legitimación procesal por cuanto “en nada tiene que ver con el ámbito propio de la empresa que es multiservicios y externalización de todo tipo de servicios y no está circunscrita a un sector concreto como pudiera ser el de la hostelería, además de que no existen afiliados en la plantilla”.

Era de esperar pues que, ante dos pronunciamientos diferentes sobre el mismo convenio colectivo, la empresa cuyo convenio colectivo se declaró nulo en la reciente SAN de 3 de marzo de 2016, recurriera en casación al Tribunal Supremo. Así, la STS de 20 de junio de 2017 (rec. 177/2016) que conoció del recurso, *obiter dicta* señaló “que la resolución de la AN (la de 6 de marzo de 2014) se limitó a apreciar – acertadamente o no – la excepción de falta de legitimación activa del sindicato entonces demandante

CCOO”. Asimismo, el TS matizó en su sentencia que “con relación a la legitimación activa del sindicato demandante UGT (SAN de 3 de marzo de 2016), parece apreciarse una tesis distinta o tal vez un cambio de criterio de la misma Sala de instancia, pero, sea como fuere, aquella primera no puede producir el efecto de cosa juzgada por falta de identidad subjetiva”.

Lo más interesante al respecto, al margen del argumento relativo a que la SAN de 6 de marzo de 2014 no podía desplegar eficacia de cosa juzgada sobre el proceso posterior, es que TS asumió como propio el cambio interpretativo de la AN que desvincula la legitimación para impugnar del requisito de implantación. Así, el TS en el FJ 4 de la referida sentencia señaló literalmente que: “lo cierto es que, aunque UGT no contara con afiliados en la empresa y tampoco hubiera llegado a presentar candidatura en las elecciones a representantes unitarios en el seno de la empresa, su legitimación para impugnar el Convenio de ese ámbito empresarial le viene dada por el interés legítimo que le otorga su notoria condición de sindicato más representativo y, más en particular, por el interés que ha de reconocérsele en mantener la vinculación y aplicación del acuerdo sectorial” negociado por este sindicato.

En definitiva, ante el riesgo de que la legitimación procesal frenara la lucha sindical por mejorar las condiciones laborales en las empresas multiservicios, primero la AN y después el TS facilitaron la impugnación de los convenios de empresas dejando de exigir, como requisito procesal ineludible, la implantación suficiente del sindicato impugnante en la empresa, favoreciendo, en su caso, la anulación de este tipo de convenios colectivos. En este sentido, el principio material de correspondencia representativa se ha visto reforzado por la eliminación de la exigencia procesal de la implantación suficiente del sindicato impugnante.

Esta relajación de los requisitos para impugnar un convenio de empresa por parte del sindicato, en virtud de la cual es suficiente que quien impugna haya negociado un acuerdo o convenio supraempresarial teóricamente aplicable si se declarase nulo el convenio de empresa, es igualmente proyectable en favor de las asociaciones empresariales. Gracias a este paralelismo, cualquier asociación empresarial estará legitimada para impugnar un convenio de empresa si ha participado previamente en la

suscripción de un acuerdo colectivo que potencialmente resultase aplicable a dicha empresa.

Así, a través de esta nueva interpretación del concepto de partes interesadas para impugnar, no sería necesario para la asociación empresarial acreditar su implantación suficiente en el mismo sector económico en el que el convenio empresarial encajaría, ni, por tanto, sería necesario justificar esa coincidencia de actividades económicas ni de empresas afiliadas pertenecientes a dicho sector, sino que bastaría con que la asociación defendiese un interés real derivado de la eventual aplicación de un acuerdo negociado por ella.

Es más, y con independencia del debate previo en torno a la suficiente implementación, en la línea de favorecer la impugnación del convenio de empresa, la AN en las sentencias de 30 de mayo de 2014 (proced. 90/2014 y 92/2014) reconoció legitimación activa para impugnar un convenio de empresa multiservicio a una asociación patronal de trabajo temporal sobre la base de que existía un riesgo para la competencia y para el mercado reservado para las empresas de trabajo temporal, lo que le concedía la condición de interesada para impugnar. Dicho riesgo, en concreto, se traducía en que el convenio de empresa amparase la realización de la actividad de puesta a disposición de trabadores por empresas no autorizadas como empresas de trabajo temporal, máxime si con ello se permitía abonar unos salarios inferiores a los que las ETTs están obligadas legalmente. Como ha destacado la doctrina, estos pronunciamientos cobran especial importancia al facilitar la impugnación de convenios so pretexto de una eventual conducta desleal desde la perspectiva de la competencia⁹²⁴.

Como efecto de esta nueva interpretación, se coloca al convenio de empresa y a la competitividad que del mismo puede derivar en una situación de mayor fragilidad desde el punto de vista formal, pues se amplía el número de sujetos que pueden impugnarlo. A este respecto conviene poner de manifiesto que, mientras el interés de

⁹²⁴ GOERLICH PESET, J. M.^a, “Competencia desleal, empresas de trabajo temporal y empresas de servicios. A propósito de las SSAN 104 y 105/2014, de 30 de mayo”, *Información Laboral*, núm. 6/2014, pp. 2-3.

los sindicatos para impugnar se identifica con la aplicación de la regulación convencional supraempresarial a los trabajadores de la empresa en cuestión, en el caso de las asociaciones patronales el interés no se relacionaría tanto con la tutela de los trabajadores sino más bien en intentar limitar o frenar las ventajas competitivas que el empresario disfruta gracias al convenio propio. Desde esta óptica, la impugnación se convierte en una herramienta útil para que las grandes y medianas empresas, aglutinadas en la CEOE, puedan fácil y discrecionalmente dirigirse contra la competitividad de todas aquellas empresas que tienen un régimen convencional particular, eso sí, siempre que consigan acreditar que el convenio impugnado constituye una conducta de competencia desleal.

Por último, debe recordarse que esta facilidad para impugnar descansa sobre la interpretación del concepto “interesadas” que aparece en el art. 165.1.a) LRJS con relación a los sujetos colectivos. De este modo, aunque pudiera pensarse que esta regla de legitimación también pudiera aplicarse en sentido inverso, esto es, en favor del empresario individual, pues estaría igualmente interesado en impugnar el convenio sectorial -habida cuenta de que el convenio empresarial podría resultar aplicable como consecuencia de la anulación total o parcial del primero-, lo cierto es que esta nueva construcción jurisprudencial no resulta extrapolable en beneficio del empresario ya que no tiene la condición de sujeto colectivo a estos efectos.

CAPÍTULO QUINTO: LOS LÍMITES SOBRE EL CONVENIO DE EMPRESA Y SU PREFERENCIA APLICATIVA

I. La desmitificación del convenio de empresa: una preferencia sobrevalorada

Como ha quedado claro en los capítulos precedentes, existe una estrecha correlación entre el nivel en el que se lleva a cabo la negociación colectiva y la función adaptativa de la misma, de tal modo que el más adecuado para el desenvolvimiento de esta función es el nivel empresa o similar. Desde esta perspectiva, el convenio de empresa es el que ocuparía la posición más idónea para responder flexiblemente a los requerimientos del entorno económico. En efecto, sin perjuicio de las consideraciones hechas en torno a la negociación colectiva sectorial desde el punto de vista competitivo, los convenios de empresa se presentan en nuestro ordenamiento jurídico como un instrumento potencialmente útil para materializar la función adaptativa de la negociación colectiva.

A pesar de ello, a tenor de las reglas estatutarias sobre legitimación negociadora respecto de este nivel, como se ha comprobado, existe una dualidad competitiva importante entre aquellas empresas que sí cuentan con estructuras representativas de los trabajadores y aquellas que no. A propósito de este planteamiento, dicha diferencia tiende a favorecer a organizaciones empresariales de tamaño medio o grande⁹²⁵, pues gracias a su dimensión -medida en empleados contratados- pueden superar el umbral crítico de cinco trabajadores exigido por el art. 62 ET para negociar un convenio de empresa.

Sin embargo, en términos de distribución de poder y capacidad competitiva, la situación no es totalmente equiparable al “cuasi monopolio” negociador descrito respecto del nivel sectorial, pues en la negociación empresarial no existe un sujeto intermediario -la asociación patronal- que pueda actuar a fin de frenar o entorpecer la

⁹²⁵ CRUZ VILLALÓN, J., *Las relaciones laborales en la pequeña empresa: una aproximación a sus especialidades normativas*, Cádiz: Universidad de Cádiz, 2003, p. 40.

competitividad de algunos empresarios. Por el contrario, en caso de satisfacer los requisitos legales para suscribir un convenio de empresa, ya sea con mayor o menor dificultad, el empresario podrá colocarse en una posición ventajosa en el mercado directamente. De hecho, esta circunstancia motivó que la CEOE no apoyase la reforma laboral de 2012 en materia de preferencia aplicativa del convenio de empresa, pues ponía en riesgo su protagonismo como sujeto legitimado a nivel sectorial⁹²⁶.

A este respecto, conviene recordar que el convenio de empresa no constituye una novedad de las reformas legislativas del año 2011 o 2012 en sí mismo considerado, por cuanto que la unidad de negociación empresarial estaba reconocida como tal en la primera redacción del texto estatutario de 1980⁹²⁷. Por ello, incluso antes, era posible que determinadas empresas contaran con una regulación convencional propia que respondiera de forma cercana a las necesidades de su entorno económico. Eso sí, esta función adaptativa estaba condicionada a que dicho convenio resultara de aplicación de conformidad con las reglas generales de concurrencia previstas en el texto legal o las que, en su caso, la negociación colectiva supraempresarial hubiera fijado.

Lo que sí constituyó una innovación legislativa importante de las reformas mencionadas fue privilegiar dicha unidad de negociación apartándola de las reglas generales de concurrencia conflictiva del art. 84 ET, dotando al convenio colectivo de empresa de una prioridad aplicativa absoluta en determinadas materias y blindando, por si acaso, esta excepción frente a las normas de estructura de la negociación colectiva provenientes de los sujetos negociadores a nivel supraempresarial. En concreto, la reforma de 2012 consagró la preferencia aplicativa del convenio de empresa como excepción a la regla general prevista en el art. 84.1 ET para resolver problemas de concurrencia conflictiva.

⁹²⁶ Es más, todo apunta a que la CEOE y CEPYME son partidarias de la derogación parcial de la reforma laboral de 2012 en este punto propuesta por el Gobierno del PSOE de Pedro Sánchez *Vid.* https://www.abc.es/economia/abci-convenio-sectorial-prevaleciera-sobre-empresa-para-salarios-201810102317_noticia.html#ns_campaign=rss-inducido&ns_mchannel=abc-es&ns_source=fb&ns_linkname=noticia-video&ns_fee=0 (consultado 16/10/2018).

⁹²⁷ *Vid.* arts. 87 y 88 de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

Así las cosas, la finalidad de esta preferencia absoluta es favorecer de manera directa el ámbito de negociación de la empresa sobre el sectorial, al menos respecto de ciertas materias concretas. De este modo, se evita la aplicación de la regulación sectorial, y se sustituye por otra diferente acordada entre el empresario y los representantes de los trabajadores en el seno de cada empresa⁹²⁸. En este contexto, la excepción que constituye la preferencia aplicativa se presenta como una vía de flexibilización de las condiciones de trabajo en la empresa, por cuanto el legislador ha acercado la toma de decisiones esenciales a las circunstancias concretas de cada empresa en todo momento, favoreciendo, en última instancia, la capacidad de adaptación del proyecto empresarial a las necesidades del mercado en el que compite sin esperarse a que el convenio propio resultase de aplicación según el art. 84.1 ET⁹²⁹.

Dicho de otro modo, la virtualidad de la preferencia aplicativa consiste en hacer coincidir dos momentos que hasta ahora se encontraban sin conexión: el momento de entrada en vigor del convenio empresarial y el que se refiere a las necesidades del entorno económico, que exige adaptar las condiciones laborales. Adviértase que, a pesar de que el convenio empresarial, como se decía, era una realidad existente en nuestro ordenamiento jurídico, su función de adaptabilidad al contexto quedaba supeditada a su efectiva entrada en vigor o, lo que es lo mismo, a que la duración del convenio superior expirase. Como resultado, la regulación prevista en el convenio empresarial podía encontrarse ya desfasada por haber cambiado el mercado económico en el que se integraba, restándole así significado a la función de adaptabilidad.

Paralelamente, la preferencia aplicativa sirve al objetivo de reducir las facultades uniformadoras tradicionalmente desempeñadas por los convenios de sector⁹³⁰. En

⁹²⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Granada: Comares, 2013, pp. 136-141.

⁹²⁹ No obstante, algún autor ha apuntado a que el objetivo de la reforma laboral de 2012 no era tanto alcanzar la efectiva descentralización del sistema sino una mayor adecuación de los convenios de ámbito supraempresarial a la realidad de los centros de trabajo, al facilitar la salida de las empresas desde estos a convenios propios, *vid.* GÓMEZ RUFÍAN, L., “Condiciones laborales y estructura de la negociación colectiva”, *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2018, p. 2.

⁹³⁰ MARTÍNEZ BARROSO, M.^a de los R., “Deberes de información, derecho de representación y negociación colectiva”, en AA.VV, *XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

efecto, el dotar de esta prioridad aplicativa al convenio empresarial ha supuesto necesariamente limitar la capacidad de la negociación sectorial para imponer las reglas de competencia a través de la fijación de estándares comunes en materia de condiciones de trabajo, favoreciendo con ello que la negociación colectiva se transforme en una herramienta de mejora de la competitividad empresarial o, dicho de otro modo, una expresión de la competencia entre empresas⁹³¹. De esta forma, la preferencia aplicativa no es más que una herramienta para alcanzar dicho objetivo político⁹³². Y todo ello con un trasfondo ideológico en el que la adaptabilidad al entorno económico se defiende como alternativa a la destrucción de empleo.

Como consecuencia y reacción a esta limitación directa e indirecta a la negociación colectiva supraempresarial -pues no se trata solo de que la regulación de las condiciones laborales previstas a nivel sectorial sean desplazadas automáticamente por el convenio de empresa, sino que tampoco puedan disponer de esta prioridad, el convenio de empresa se ha convertido en protagonista de las críticas de los negociadores supraempresariales, de la doctrina científica así como de los tribunales⁹³³ para, en la mayoría de casos, intentar encontrar vías legales a fin de reducir su impacto en el sistema de relaciones laborales. Desde esta perspectiva, algún autor se ha atrevido a señalar que, a raíz de esos límites interpretativos, se ha “hecho prácticamente imposible la negociación de un convenio de empresa que cumpla con todos y cada uno de ellos, con lo que se ha reducido a la nulidad su eficacia práctica”⁹³⁴.

Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial, Madrid: Ediciones Cinca, 2018, p. 228.

⁹³¹ GÓMEZ GORDILLO, R., “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales de aplicación de uno de los pilares de la reforma de 2012”, en Cruz Villalón, Jesús (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid: Cinca, 2017, p. 55.

⁹³² BODAS MARTÍN, R., “Cuestiones jurisprudenciales sobre la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 139, 2017, p. 60.

⁹³³ *Vid.* FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., “La prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa: límites e incidencia sobre los fenómenos de descentralización productiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018, pp. 166-197.

⁹³⁴ LABORDA FERRER, R. J., “¿Existe el convenio de empresa con prioridad aplicativa?”, *RTSS.CEF*, núm. 425-226, 2018, p. 55.

Por tanto, a tenor del conjunto de interpretaciones restrictivas⁹³⁵ y de prácticas limitadoras sobre la preferencia aplicativa se puede relativizar el impacto teórico que ha supuesto esta novedad legislativa en términos de la adaptabilidad económica. Limitaciones que, en última instancia, ponen de manifiesto la fragilidad de la *intentio legis* de fortalecer a la negociación colectiva como instrumento de adaptabilidad y mejora de la productividad.

II. Limitaciones a la preferencia aplicativa del convenio de empresa desde el convenio sectorial

Como se decía, el actual art. 84.2 del ET establece el carácter absoluto de la prioridad aplicativa del convenio de ámbito empresarial en determinadas materias respecto de convenios colectivos de ámbito superior, constituyendo esta, como ha señalado el TS “la novedad y diferencia más relevante introducida por el legislador en 2012 respecto de la reforma laboral de 2011 en materia de negociación colectiva”⁹³⁶.

En efecto, el último párrafo del propio art. 84.2 ET indica expresamente que “los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado”. Así, aunque dicho artículo 83.2 ET habilita a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas para establecer, en acuerdos interprofesionales o convenios colectivos de ámbito estatal o autonómico, cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, estos no pueden limitar o eliminar la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa

⁹³⁵ FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., “La prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa...”, *op. cit.*, p. 178 y ss.

⁹³⁶ STS de 26 de marzo de 2014 (rec. 129/2013).

establecida en el art. 84.2 ET⁹³⁷. En este sentido, la regla de concurrencia instaurada por el art. 84.2 ET es de derecho necesario absoluto⁹³⁸.

Frente a esta situación, y como se verá a continuación, la “defensa del marco sectorial” se ha convertido en un objetivo en los convenios de este ámbito. En este punto, la competencia entre empresas vuelve a aparecer como telón de fondo y los representantes de los trabajadores, pero también las asociaciones empresariales, intentan limitar la ventaja competitiva que el convenio empresarial supone.

En este sentido, las fórmulas buscadas son múltiples⁹³⁹. Así, el convenio sectorial puede incluir cláusulas que pretendan la suspensión de la preferencia aplicativa del convenio de empresa; otras que tengan un carácter meramente orientativo; e, incluso, que intenten indirectamente incidir en la regulación empresarial. En definitiva, en una lógica centralizadora, se pueden identificar varias cláusulas convencionales a nivel sectorial con el objetivo último de reducir las ventajas competitivas que pueden derivarse de un convenio empresarial⁹⁴⁰.

1. Cláusulas que pretenden excluir la negociación a nivel empresarial

En primer término, en el ámbito sectorial, pueden encontrarse determinadas cláusulas que, con ocasión de diseñar la estructura de la negociación colectiva, excluyen o prohíben expresamente el derecho de los empresarios dentro de su ámbito de

⁹³⁷ DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del convenio colectivo tras la reforma del 2012*, Madrid: Colección Informes y Estudios, núm. 108 del MESS, p. 30.

⁹³⁸ PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *La negociación colectiva en la empresa*, Valladolid: Lex Nova, 2014, p. 119.

⁹³⁹ MERCADER UGUINA, J. R., “¿Qué fue del convenio colectivo de empresa?: la estructura de la negociación colectiva tras la reforma laboral”, en Ignacio García-Perrote y Jesús Rafael Mercader Uguina, (Dir.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Valladolid: Lex Nova, 2015, p. 88.

⁹⁴⁰ GOERLICH PESET, J. M.^a, “Estructuración de la negociación en materia salarial y coordinación entre unidades”, en José María Goerlich Peset (Dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)*, Madrid: MESS, 2018.

aplicación de celebrar convenios propios. Un ejemplo de ello se encontraba en el Convenio Estatal de Grandes Almacenes 2013-2016, según el cual: “las partes legitimadas en el ámbito de aplicación del presente Convenio estatal 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”⁹⁴¹

En su revisión judicial, la SAN de 13 de noviembre de 2013 (proced. 278/2013) declaró nulo el precepto convencional al entender que el mandato contenido en el art. 84.2 ET “no es disponible a través de instrumentos contractuales, siendo ineficaces los pactos en contrario sea cual fuere su ámbito territorial o funcional”. No siendo óbice, a este respecto, que las partes firmantes estén legitimadas para suscribir convenios colectivos estatutarios de conformidad con lo dispuesto en el art. 87.2 del ET”.

No obstante, dicha resolución fue recurrida en casación, y el TS en sentencia de 12 de mayo de 2015 (rec. 153/2014) estimó en este extremo el recurso planteado por la Asociación de Grandes Empresas de Distribución. El matiz que permitió estimar el recurso fue que la cláusula no debía interpretarse en el sentido de vaciar la virtualidad de la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, sino que por el contrario era necesario leerse conjuntamente con la previsión final recogida en el precepto: “con respecto en todo caso a la legislación vigente”. Según el TS, la exclusión del resto de ámbitos sí era lícita en conexión con unidades de negociación diferentes que no gozaran de preferencia aplicativa, sin interferir, por tanto, en la negociación de convenios colectivos de ámbito de empresa en las materias contenidas en el art 84.2 del ET.

Por tanto, las cláusulas convencionales que a nivel sectorial intenten cercenar, prohibiendo o suspendiendo, el derecho a la negociación colectiva empresarial deberán

⁹⁴¹ BOE de fecha 22 de abril de 2013, art. 4 del Convenio Colectivo Estatal de Grandes Almacenes 2013-2016.

ser declaradas nulas por ser contrarias al art. 84.2 ET de conformidad, a su vez, con la sentencia del TS referida.

2. Cláusulas sectoriales que regulan el procedimiento negociador empresarial

En segundo término, el convenio sectorial puede establecer cláusulas que impongan obligaciones formales o procedimentales, o de “monitorización”⁹⁴², cuya finalidad consista en supervisar el procedimiento de negociación que se lleva a cabo en las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio sectorial. Por ejemplo, el convenio sectorial podría establecer un protocolo a seguir en caso de querer negociarse un convenio de empresa, que incluya una comunicación obligatoria a la comisión paritaria del convenio sectorial respecto del inicio de la negociación. Precisamente, la licitud de esta obligación formal es la que analizó la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de abril de 2017 (rec. 449/2017)⁹⁴³.

Al respecto, el Tribunal declaró la nulidad total del convenio de empresa por no haberse observado esta obligación procedimental impuesta en el sectorial. Para ello, en la sentencia referida se diferencia entre el incumplimiento de la comunicación a la Autoridad Laboral (prevista en el art. 89.1 ET) y el incumplimiento de la obligación de comunicar la apertura de negociaciones a la comisión paritaria. En este sentido, el Tribunal consideró que, mientras que la comunicación a la autoridad administrativa es meramente a efectos registrales, no afectando a la esencia del procedimiento

⁹⁴² MERCADER UGUINA, J. R., ¿Qué fue del convenio colectivo de empresa?... *op. cit.*, p. 89.

⁹⁴³ En concreto, dicha obligación se recogía en los siguientes términos: “aquellas empresas afectadas por este convenio colectivo, en las que se promueva la negociación de un nuevo convenio de empresa, la parte promotora comunicará por escrito la iniciativa de dicha promoción, a la otra parte, a la Comisión Paritaria del presente convenio y a la autoridad laboral a través del REGCON, expresando detalladamente las materias objeto de negociación”. Según consta en los hechos probados, el representante de la empresa no envió dicha comunicación a la Comisión Paritaria ni a la Autoridad Laboral. Sentencia confirmada por el autor del TS de 12 de abril de 2018 (rec. 2298/2017) al no apreciar contradicción con la sentencia de contraste, habida cuenta en esta última se discutía sobre la obligación de comunicar el inicio de las negociaciones a la Autoridad Laboral y no a la Comisión Paritaria.

negocial⁹⁴⁴, el incumplimiento de la segunda obligación sí conlleva la nulidad del convenio porque tiene por finalidad que la comisión paritaria puede desarrollar las funciones específicas que le asigna el convenio sectorial, entre las cuales está “realizar tareas de vigilancia del cumplimiento de lo pactado en este Convenio”. Así, el Tribunal interpretó que dentro de dicha función general se hallaba “la de controlar la eficacia del convenio sectorial respecto a las empresas y trabajadores incluidos en su ámbito funcional y territorial”, pues dicha eficacia podría haberse visto desvirtuada por la suscripción de convenios de ámbito empresarial ilegales, de los cuales “no podría tener conocimiento hasta verlos publicados en el Boletín Oficial de la Provincia, al haberse omitido la comunicación inicial”. Y por ello se concluyó en la referida sentencia que “el defecto que adolece el Convenio impugnado afecta a un trámite previo al inicio de la negociación lo que lleva a la conclusión que todo el texto está incurso en una causa de nulidad”.

Este pronunciamiento encierra varias cuestiones importantes, entre otras, las siguientes: ¿cualquier incumplimiento formal de requisitos que se establezca en el convenio colectivo sectorial conlleva la nulidad del convenio colectivo de empresa?; ¿puede declararse nulo un convenio colectivo cuando no concurre en él causa de lesividad o ilegalidad?; ¿es proporcional la sanción jurídica de la nulidad cuando no está recogida ni en la ley ni el propio convenio colectivo?; ¿podría el convenio colectivo sectorial prever en su articulado la nulidad del convenio de empresa por incumplimientos formales?; ¿de qué forma puede la comisión paritaria del convenio sectorial actuar durante el proceso de negociación del convenio empresarial?; ¿afecta el incumplimiento de la comunicación a la esencia del proceso de negociación?

Dando contestación a algunos de estos interrogantes, la SAN de 25 de septiembre de 2013 (proced. 313/2013)⁹⁴⁵, ante un supuesto del incumplimiento formal de comunicar

⁹⁴⁴ En la misma línea SSTs de 14 de febrero de 1996 (rec. 3173/1994), 15 de enero de 1999 (rec. 1692/1998), 15 de mayo de 2000 (rec. 445/200), STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 3 de junio de 2015 (rec. 833/2015), STSJ de Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 22 de julio de 2002 (rec. 229/2002), STSJ de Cantabria de 10 de agosto de 2001 (rec. 712/2001).

⁹⁴⁵ Sentencia confirmada por la STS de 16 de septiembre de 2015 (rec. 110/2014).

el acuerdo de inaplicación salarial a la comisión paritaria *ex art. 82.3 ET*⁹⁴⁶, concluyó que “no toda infracción de lo establecido literalmente en la ley implica la nulidad del acto o acuerdo, sino que debe analizarse en cada caso y salvo disposición expresa del legislador, cuál debe ser la consecuencia de la infracción teniendo en cuenta la finalidad de la norma y el juego del principio de proporcionalidad”. La AN añadió que “la petición de nulidad es desproporcionada y la sanción, en nuestra opinión, no puede ser la nulidad del acuerdo, sino, en todo caso, la imposición de una sanción administrativa por incumplimiento del deber de información a los representantes de los trabajadores en los términos establecidos en la LISOS”.

En efecto, conviene aclarar que tales previsiones convencionales, en principio, serían válidas desde el punto de vista del derecho a la negociación colectiva recogido en el art. 37 CE. Ahora bien, ¿es admisible que su interpretación lleve a tan drástica consecuencia? Resulta preciso, en este punto, analizarlo a la luz del tratamiento de la nulidad.

Para ello deberá atenderse en primer lugar al régimen sancionador en el conjunto del sistema legal y al previsto en el propio convenio colectivo sectorial. De este análisis puede derivarse que efectivamente haya prevista una sanción o por el contrario que no se estipule nada al respecto.

Así, tal y como contempló la SAN referida, a lo sumo, podría considerarse la inobservancia de un requisito formal de estas características o bien como infracción grave *ex art. 7.7 LISOS* por suponer la transgresión de los derechos de información de los representantes de los trabajadores y de los delegados sindicales, en los términos que convencionalmente estuvieran establecidos, o bien como infracción leve *ex 6.5* del mismo cuerpo legal por ser un “incumplimiento que afecta a las obligaciones meramente formales o documentales”. En todo caso, la sanción o reproche jurídico a tales infracciones no debería ser la nulidad del convenio empresarial, sino como máximo una mera sanción administrativa. Es más, resulta igualmente sostenible

⁹⁴⁶ Repárese en la diferencia respecto del caso anterior, pues ahora se trata de una comunicación “final” y no “inicial” a la comisión paritaria, y está prevista en la ley y no en convenio. Sin embargo, la fundamentación jurídica sí resulta extrapolable.

afirmar que estas cláusulas de comunicación no tienen naturaleza normativa, sino tan solo obligacional, de tal modo que imponen un compromiso en virtud del cual se exige un mero deber de influencia de las asociaciones patronales firmantes respecto de las empresas que las componen. Bajo esta consideración, y teniendo en cuenta que según el art. 5 de la LISOS son solo infracciones laborales el incumplimiento de las cláusulas normativas de los convenios colectivos, la inobservancia de este requisito formal no debería llevar aparejada ningún tipo de sanción, con independencia del régimen disciplinario o estatutario que internamente la asociación empresarial firmante pudiera tener.

Ahora bien, de forma paralela, sería posible que el convenio colectivo sectorial previese la consecuencia jurídica en caso de incumplimiento de las obligaciones en él impuestas, rigiéndose siempre por un criterio de proporcionalidad según la finalidad de la obligación y los efectos potenciales que pudieran desplegarse a consecuencia de su inobservancia. En este sentido, a pesar de que la comisión paritaria asumiese la obligación de supervisar el proceso negociador a nivel empresarial, no significa necesariamente que la comunicación previa sirva a tal fin, y ello por dos motivos. Primero, porque en el caso concreto no se estableció en el convenio sectorial que esa fuese la finalidad de la comunicación. Y segundo, porque la comisión paritaria podría haber tenido conocimiento por otros medios del inicio de esa negociación.

A mayor abundamiento, desde el punto de vista del control del proceso negociador, la función de supervisión de la comisión paritaria no se agota con la aprobación del convenio colectivo empresarial, sino que, por el contrario, el momento procesal oportuno para la eventual impugnación de las ilegalidades de las que el convenio pudiera adolecer (incluyendo los incumplimientos en torno a la legitimación negocial) es, precisamente, tras su aprobación y publicación. En esta línea, el momento adecuado para la impugnación por lesividad del convenio colectivo de empresa que pudiera afectar a terceros, en este caso, entendiéndose por tal la comisión negociadora del convenio sectorial, se da una vez publicado el convenio empresarial en cuestión.

Por otro lado, la posibilidad de que el convenio colectivo sectorial, en caso de inobservancia de algún requisito formal impuesto por él, imponga como sanción la nulidad del convenio de empresa, puede resultar contraria al carácter de orden público

al disponer del derecho a la negociación colectiva e impedir, una vez satisfechos los requisitos legales, suscribir un convenio de empresa estatutario.

En resumen, la efectividad del control de la comisión paritaria sobre la negociación colectiva empresarial no se ve impedida por el incumplimiento de la comunicación previa por parte de los negociadores en el nivel inferior. De hecho, desde el punto de vista de los efectos producidos por el incumplimiento de estas obligaciones formales, debe significarse que difícilmente afectarán a la esencia del procedimiento negocial en la empresa, por lo que la nulidad eventualmente prevista en el convenio sectorial sería desproporcionada. Es más, en el caso resuelto por la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 26 de abril de 2017 ni estaba prevista esta consecuencia de nulidad, ni se alegó por las partes que se afectara a la esencia del procedimiento, ni las pruebas aportadas permitían al tribunal deducir tal extremo, sino que, de hecho, el proceso negociador del convenio empresarial respetó el conjunto de requisitos legales para su validez.

Por último, yendo más allá de las funciones de control y seguimiento de la comisión paritaria hasta ahora analizadas, también es posible advertir otra función prevista en el texto convencional sectorial consistente en un derecho de “veto” sobre la apertura de una unidad negociara empresarial. En este caso, tales cláusulas no tendrían cabida en la autonomía colectiva por ser directamente contrarias al art. 84 ET y en consecuencia deberán ser declaradas nulas⁹⁴⁷.

3. Dobles escalas en función de la existencia de convenio propio

El tercer tipo de cláusulas que pueden recogerse en un convenio sectorial con la finalidad de constreñir la preferencia aplicativa del convenio empresarial son las que establecen una doble regulación en las materias no incluidas en el art. 84.2 ET, fijando, a tal fin, costes laborales derivados de tal regulación superiores para las empresas que

⁹⁴⁷ GOERLICH PESET, J. M.^a, “Estructuración de la negociación en materia salarial y coordinación entre unidades”, en José María Goerlich Peset (Dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)*, Madrid: MESS, 2018, pp. 88-91.

pudieran tener convenio propio. De este modo, los negociadores sectoriales afectan de forma indirecta a la regulación de alguna materia sobre la que el convenio empresarial sí goza de preferencia aplicativa⁹⁴⁸.

Un ejemplo de esta posible “interferencia regulativa”⁹⁴⁹ es el que deriva de la “falta de congruencia” al reconocerse preferencia aplicativa respecto de la cuantía del salario, pero no de la jornada anual, habida cuenta de que el salario puede fijarse en las empresas por hora de trabajo efectivo⁹⁵⁰.

A este respecto, la STSJ de Navarra de 30 de julio de 2014 (rec. 124/2014) abordó la legalidad de una cláusula de un convenio sectorial que establecía una jornada máxima en función del salario que abonase la empresa: por un lado, si se retribuía a los trabajadores conforme a lo establecido en el convenio sectorial, la jornada máxima era de 1734 horas; por otro lado, si el salario resultaba menor por aplicación de un convenio de distinto ámbito, la jornada permitida bajaba hasta las 1540 horas⁹⁵¹. El objetivo de esta doble escala de jornada, aunque pudiera advertirse fácilmente cuál era, se expresaba en el propio convenio sectorial: “garantizar la igualdad de oportunidades para los trabajadores del sector y la igualdad en los procesos de competencia entre empresas”. Así, con esta regulación, se buscaba forzar a las empresas con un convenio colectivo propio (cuya cuantía salarial estuviera por debajo de la sectorial) a contratar más trabajadores que cubriesen la diferencia de jornada que se dejaba de hacer.

En este sentido, se eliminaba, total o parcialmente, la ventaja competitiva que pudiera derivar de retribuir salarialmente a los trabajadores por debajo de lo marcado a nivel

⁹⁴⁸ MERCADER UGUINA, J. R., ¿Qué fue del convenio colectivo de empresa?... *op. cit.*, p. 110.

⁹⁴⁹ CRUZ VILLALÓN, J., “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos”, en Jesús Cruz Villalón (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid: Ediciones Cinca, 2017, p. 35.

⁹⁵⁰ GÓMEZ GORDILLO, R., “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales...”, *op. cit.*, p. 70.

⁹⁵¹ No obstante, la STSJ de Navarra de 27 de mayo de 2016 (rec. 188/2016) parece corregir este criterio, pues a pesar de que el convenio sectorial contemplaba igualmente una cláusula de preferencia aplicativa en favor del mismo en materia de jornada, el Tribunal entendió que “no existe normal legal que atribuya a los negociadoras a nivel sectorial la posibilidad de regular materias que constituyan una especie de reserva aplicativa”.

sectorial. Como resultado probable de anular la virtualidad del convenio de empresa a nivel salarial, el empresario pasaría a abonar la cuantía salarial fijada a nivel sectorial, consiguiéndose, en consecuencia, los objetivos declarados de esta doble escala de jornada, esto es, garantizar la igualdad “de oportunidades” de trabajadores del sector entre sí y la igualdad de competencia entre las empresas del sector.

La demanda y el ulterior recurso fue presentado por la Dirección General de Trabajo del Gobierno de Navarra (y no el empresario, al no estar legitimado para ello) por motivo de ilegalidad. La administración entendía que tal regulación contravenía la preferencia aplicativa del art. 84.2 ET por cuanto limitaba la libertad del convenio de empresa para establecer unas condiciones salariales que se separasen de lo previsto a nivel sectorial.

Sin embargo, el TSJ de Navarra estimó que el convenio sectorial no afectaba a dicha preferencia ni fijaba de forma indirecta un criterio de determinación del salario. Por el contrario, declaró que era respetuoso con la distribución de materias del art. 84.2 ET y con la preferencia aplicativa, pues regulaba una materia no afectada por la misma, como es la jornada. Desde esta perspectiva, el tribunal concluyó que, en sentido estricto, el convenio sectorial no podía ser considerado ilegal pues la regulación de la cuantía salarial fijada a nivel empresarial podía seguir manteniendo la preferencia aplicativa derivada del art. 84.2 ET.

A propósito de esta sentencia, la doctrina científica que la ha analizado ha cuestionado que la doble regulación de jornada en los términos señalados se ajuste al sistema de concurrencia conflictiva de convenios colectivos del art. 84 ET⁹⁵². La razón de ello

⁹⁵² LÓPEZ BALAGUER, M., “Límites materiales a la prioridad aplicativa del convenio de empresa: a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de julio de 2014”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 21, 2016, p. 304; DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del...op. cit.*, p. 36; CRUZ VILLALÓN, J., “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 36.

En sentido contrario, NAVAS-PAREJO ALONSO, M., “Salario y jornada: entre la prioridad temporal del convenio sectorial y la preferencia aplicativa del convenio de empresa”, en AA.VV, *Aspectos controvertidos de la negociación colectiva*, Valladolid: Lex Nova, 2016, que califica de “fórmula imaginativa, sencilla y eficaz” (p. 405), que si bien “pretende infringir indirectamente la regla de primacía aplicativa del convenio de empresa” (p. 405), “la solución del TJS de Navarra es acertada pues formalmente no soslaya la primacía convencional” (407).

sería que el convenio sectorial sí está disponiendo de la preferencia aplicativa en material salarial reconocida al convenio de empresa, convirtiéndola en relativa, pudiéndose superar vía convenio colectivo de ámbito supraempresarial.

En este sentido, al vincular la negociación del salario en niveles convencionales inferiores con la obligatoria reducción de jornada “se está bloqueando”⁹⁵³ la aplicación de la regla de preferencia aplicativa del nivel de empresa prevista en el art. 84.2 ET. Así, a través de dicha fórmula “se consigue aumentar el salario/hora sin regular expresamente la cuantía salarial”⁹⁵⁴, en la medida que, al reducir la jornada laboral, se retribuye con la misma cuantía salarial (fijada en convenio de empresa) una jornada inferior. A mayor abundamiento, dicha doctrina ha puesto de manifiesto la contradicción que encierra esta sentencia pues si se proyectase en el escenario inverso, esto es, que el convenio de empresa en concurrencia llevara a cabo la misma operación (fijar dos cuantías salariales en función de que la jornada de trabajo fuera la fijada en el ámbito sectorial o no), el convenio de empresa estaría condicionando la materia de la que el convenio sectorial es preferente, “desembocando en un esquema regulativo de imposible solución”⁹⁵⁵.

Desde mi punto de vista, probablemente esta doctrina acierte en su crítica sobre la eventual afectación ilícita que el convenio sectorial tiene en estos casos sobre la preferencia aplicativa en material salarial del convenio de empresa. Sin embargo, quizá el debate jurídico pueda también plantearse desde el punto de vista del derecho a la igualdad en conexión con la negociación colectiva y con la libertad de empresa. Por ello, desde el principio de igualdad debe cuestionarse el motivo de la diferenciación convencional en la regulación de la jornada y si la misma encuentra una justificación constitucional y legalmente admisible.

⁹⁵³ LÓPEZ BALAGUER, M., “Límites materiales a la prioridad aplicativa...”, *op. cit.*, p. 304.

⁹⁵⁴ DEL REY GUANTER, S., “La negociación colectiva a nivel de empresa y, en particular, la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa”, en AA.VV, *Estructura de la Negociación Colectiva*, Madrid: MESS, 2015, p. 80.

⁹⁵⁵ CRUZ VILLALÓN, J., “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 36.

Así, por un lado, desde el prisma del derecho a la negociación colectiva recogido en el art. 37 CE, y con la vigente configuración legal de la estructura de la negociación colectiva del art. 84 ET, corresponde a los negociadores a nivel de empresa, con carácter preferente, la negociación de la retribución salarial de los trabajadores. Ello no es óbice para que en otras unidades de negociación puedan pactarse condiciones salariales distintas, pero es voluntad del legislador que el convenio empresarial prevalezca en esta materia sobre el sectorial. Por tanto, siendo la finalidad de la norma convencional sectorial fijar una igualación retributiva por hora para todos los trabajadores del sector se vulnera el derecho a la negociación colectiva en esa unidad de negociación.

Aun admitiendo la legalidad en abstracto de la finalidad de dicha cláusula, al analizarla con un poco de detenimiento se observa que la misma es constitucionalmente reprobable por cuanto no supera el canon de proporcionalidad en relación con el derecho a la negociación colectiva.

En primer lugar, difícilmente superaría el análisis de idoneidad, por cuanto dicha regulación convencional no constituye un medio adecuado para alcanzar los objetivos pretendidos. A este respecto, si bien es cierto que con la previsión convencional en cuestión el empresario estaría forzado a mejorar la retribución salarial/hora de cada trabajador para así evitar contratar nuevos trabajadores, ello no se traduce necesariamente en una mejora salarial en términos absolutos de los trabajadores. En este sentido, de mantenerse la retribución pactada en el convenio de empresa, el único resultado real en términos salariales sería, de hecho, la disminución de ingresos de los trabajadores de la empresa al descender su jornada laboral. Resultado que no parece que satisfaga el objetivo pretendido de igualar a todos los trabajadores.

En segundo lugar, debe prestarse atención a si dicha finalidad tiene relevancia constitucional, ya que en caso contrario tampoco superaría el criterio de la idoneidad. En este caso, aunque la finalidad general sea perseguir la igualdad entre los trabajadores del sector, la finalidad concreta es condicionar la negociación colectiva empresarial en materia retributiva. Desde esta perspectiva, tampoco superaría el principio de idoneidad.

En tercer lugar, en cuanto al principio de necesidad, la preferencia aplicativa en materia salarial a favor del convenio de empresa es una materia indisponible para el resto de negociadores por lo que ni esta fórmula ni cualquier otro medio se presentan como eficaces, salvo la capacidad de recomendación desde el nivel sectorial.

En cuarto y último lugar, si se atiende al criterio de proporcionalidad estricta, la cláusula convencional fija una diferenciación rígida que rebaja la jornada laboral máxima por igual a todas las empresas que retribuyan por debajo del sector, sin ningún tipo de diferenciación cuantitativa (es lo mismo un salario inferior en 1 euro que en 300 euros, por ejemplo). Tampoco se explica en el texto convencional por qué dicha reducción de jornada afectaría a todos los trabajadores de la empresa, aunque la comparación de salarios exclusivamente se haga en relación con un determinado grupo profesional del convenio sectorial. De este modo, podría ocurrir que un trabajador de un grupo distinto al tomado como referencia percibiese unas retribuciones salariales por encima del sectorial, y aun así poder ver reducida su jornada laboral. Desde este punto de vista, las ventajas que se esperan de esta regulación son dudosas y parciales, mientras que el perjuicio para la negociación colectiva a nivel empresarial es evidente, no superando en consecuencia tampoco el test de proporcionalidad en sentido estricto.

Por otro lado, si la referida cláusula convencional y los efectos potenciales de la misma se ponen en conexión, a su vez, con el derecho a la libertad de empresa, su legalidad y constitucionalidad también se ven cuestionadas. Como quedó dicho, la capacidad competitiva es una de las facultades que integran dicho derecho, siempre dentro del marco legal vigente. En el ámbito laboral, precisamente, la descentralización de la estructura de la negociación colectiva a favor del nivel de empresa, acompañada de la preferencia aplicativa en determinadas materias laborales, persigue que la competitividad también se articule a través de la negociación colectiva. De este modo, las diferencias que el convenio de empresa pudiera establecer resultan amparadas bajo la libertad de empresa, amén del derecho a la negociación colectiva. Por tanto, cualquier medida que a nivel sectorial pretenda obstruir de forma directa o indirecta esta función adaptativa de la negociación colectiva empresarial debe ser considerada contraria al ordenamiento jurídico. Dicho de otro modo, la introducción de cláusulas convencionales en el ámbito supraempresarial que pretendan anular la competitividad

empresarial en aquellas materias que gozan de preferencia aplicativa en el convenio de empresa deben ser consideradas sospechosas de ilegalidad o inconstitucionalidad. En el caso particular, el perjuicio a la capacidad competitiva no solo es directo, sino que además se le impone al empresario la obligación de compensar la reducción de la jornada anual con un aumento del salario por encima de lo negociado, o bien contratar nuevos trabajadores para que realicen la jornada que necesita suplir.

Al hilo de las dobles regulaciones fijadas en el convenio sectorial según la empresa disponga de convenio colectivo propio o no, y que de forma indirecta suspenden la preferencia aplicativa del convenio de empresa, nos encontramos otro caso que fue analizado en la SAN de 6 de julio de 2016 (proced. 133/2016), confirmada por la STS de 7 de marzo de 2018 (rec. 267/2016). Los hechos sobre los que se originó el conflicto jurídico fueron los siguientes: 1.- Se firmó y negoció un convenio sectorial cuyo sistema de retribución vacacional fue posteriormente anulado por los tribunales al no incluir todos los complementos salariales debidos⁹⁵⁶; 2.- Los negociadores del convenio sectorial decidieron que en lugar de abonar las vacaciones conforme marcaba dicha sentencia, daban por finalizado el convenio y decidieron trasladar dicho coste a las tablas salariales del nuevo convenio sectorial; 3.- En este nuevo convenio se añadió una previsión en virtud de la cual aquellas empresas que retribuiesen por debajo del mismo debían abonar desde la entrada en vigor del nuevo convenio colectivo sectorial los pluses salariales en cuestión hasta la eventual entrada en vigor de su convenio propio. Es decir, si una empresa suscribía un convenio colectivo que aminorase la compensación pactada en el convenio sectorial, no podía beneficiarse de la reducción en el pago de los pluses no pagados durante las vacaciones devengados durante la vigencia del anterior convenio colectivo sectorial y, en consecuencia, debían retribuirlos, eso sí, no durante todo el periodo durante el que hubo obligación de pagarse, sino desde la entrada en vigor del nuevo convenio sectorial hasta la entrada en vigor del convenio de empresa. 4.- Además de ello, el nuevo convenio sectorial fijó que cuando una empresa no abonase los salarios pactados en el mismo, que recogía los incrementos salariales que compensaban de forma diferida el pago de los pluses

⁹⁵⁶ *Vid.* SAN de 30 de abril de 2017 (proced. 361/2014).

debidos, le sería de aplicación una penalización por incumplimiento de pago consistente en el 50% de la cantidad debida.

La respuesta de la AN partió de la idea inicial de que estas previsiones no impedían ni restringían el régimen retributivo del convenio de empresa desde su entrada en vigor, que es lo garantizado por el art. 84.2 ET “por cuanto los convenios de empresa, que pudieran suscribirse durante la vigencia del convenio sectorial, aplicarán, desde su vigencia, su propio régimen retributivo, cumpliéndose, de este modo, su prioridad aplicativa en material salarial”. A este respecto, la AN aclaraba que el convenio sectorial no vulneraba lo dispuesto en el art. 84.2 ET pues “ni penaliza, en absoluto, la suscripción de convenios de empresa, limitándose a introducir una corrección en los importes de los complementos salariales, cuando se pretenda negociar un convenio de empresa que minore la compensación pactada en el convenio”. Con todo, la razón última para defender esta doble escala reguladora fijada en el convenio sectorial fue que “si se pactan convenios de empresa, que se aprovechan de la reducción retributiva pactada en el convenio sectorial sin asumir los costes posteriores, penalizan también a las empresas que cumplan lo pactado, provocando un efecto *dumping* que limita su competitividad” y por ello, la AN concluyó que “es razonable que se apliquen los complementos salariales del convenio precedente [...] pues se beneficiarían de lo positivo del convenio sectorial y se ahorrarían las compensaciones pactadas para ello, quebrando el difícil equilibrio alcanzado por los negociadores del convenio sectorial”.

La sentencia contó con un voto particular en el que la magistrada discrepante indicaba que la previsión convencional referida, en su opinión, sí restringía la preferencia aplicativa garantizada por el art. 84.2 ET, ya que una empresa que suscribiese un convenio colectivo propio debía optar entre acordar la compensación pactada en el convenio sectorial o retribuir los pluses del anterior convenio desde la entrada en vigor del nuevo convenio sectorial hasta la entrada en vigor del nuevo convenio de empresa. A este respecto, según el voto particular, el convenio estatal sí estaba incidiendo en la cuantía del salario y en los complementos salariales a negociar en un convenio de empresa contraviniendo lo establecido en el art. 84.2.a) ET, pues, lo que hacía la previsión del convenio superior era imponer a quienes suscribiesen un convenio de

empresa un incremento retributivo si aminoraba la compensación pactada a nivel sectorial a la que se le pretendía dar efectos en diferido.

Como se observa, en este caso, la doble regulación introducida por el convenio sectorial es técnicamente más compleja por cuanto se trata de un negocio con efectos diferidos en el tiempo y que trae como causa una sentencia que anulaba en parte el convenio sectorial precedente. Sin embargo, coincido con el voto particular recogido en la sentencia al entender que el convenio sectorial está directamente afectando a la cuantía salarial a negociar en el convenio de empresa. Debe significarse, no obstante, que la finalidad a la que responde la doble regulación es fácilmente entendible, esto es, que en lugar de abonar con carácter retroactivo las diferencias salariales a la que los trabajadores tenían derecho por sentencia firme, se opta por trasladar dicho coste a una mejora salarial en el nuevo convenio, de tal modo que el nuevo salario integre ese coste, incluso se mejore.

Sin embargo, y más allá de la discrepancia compartida del voto particular, la doble regulación convencional con efectos directos sobre el salario a abonar en las empresas con convenio propio plantea varios interrogantes que ponen en cuestión su legalidad. Es indiscutible la capacidad de los sujetos negociadores en el ámbito sectorial para dar por terminado el convenio precedente y negociar uno nuevo con los efectos compensatorios señalados. No obstante, habrá que diferenciar cuatro escenarios posibles, y puede que no todos sean respetuosos con la preferencia aplicativa del convenio de empresa en materia salarial.

En primer lugar, cabe pensar en el supuesto de las empresas que no contaban con convenio colectivo propio durante la vigencia del convenio sectorial anterior y negociaron un convenio de empresa una vez vigente el nuevo sectorial. En estos casos, efectivamente las empresas cuyas retribuciones se apartasen de las previsiones salariales compensatorias fijadas a escala sectorial, deberían satisfacer el derecho de los trabajadores a percibir durante las vacaciones disfrutadas en el periodo anterior (que se corresponde con la vigencia del convenio sectorial previo) conforme a lo determinado por la SAN referida, esto es, incluyéndose los determinados complementos salariales excluidos durante ese periodo.

A este respecto, y según la lógica compensatoria, las empresas con convenio propio habrían de abonar dicha diferencia solamente durante el periodo de vigencia del anterior convenio sectorial, y no más allá. Por ello, la regulación compensatoria del nuevo convenio colectivo sectorial se extralimitaba, ya que establecía un periodo distinto, que abarcaba desde la aprobación del nuevo convenio sectorial hasta la aprobación del convenio de empresa en cuestión. En este sentido, la compensación a la que los trabajadores tenían derecho no guardaba relación alguna con el periodo que se pretendía compensar. Por ejemplo, si una empresa aprobaba un convenio colectivo propio el día siguiente a la entrada en vigor del convenio sectorial, el periodo total a compensar resultaba ser de un día.

En este sentido, lo realmente importante no debería haber sido tanto el periodo a compensar, sino la cantidad exacta a la que cada trabajador tenía derecho conforme lo devengado del convenio sectorial anterior, la cual debía haberse despachado, principalmente, por la vía procesal de ejecución de sentencia colectiva. Establecer fórmulas compensatorias abstractas en el convenio sectorial que afectan a toda la plantilla, con independencia de la cuantía retributiva a satisfacer a cada trabajador, irían más allá del derecho reconocido a cada trabajador.

En segundo lugar, se encontrarían los supuestos de las empresas que en todo momento contaron con convenio colectivo propio, tanto durante la vigencia del anterior convenio sectorial como del nuevo. En estos casos, el hecho de que dichas empresas abonaran las vacaciones conforme a su propio régimen retributivo era una cuestión absolutamente independiente del régimen retributivo fijado en el sectorial, de su ulterior anulación parcial y de su nueva regulación con efectos compensatorios en el nuevo convenio sectorial. Estas empresas no tenían la obligación natural de compensar nada en la medida que no les afectaba el convenio sectorial anterior. Por ello, la penalización establecida a tal efecto en el nuevo convenio sectorial claramente era infundada y contravenía, con mayor claridad que en el supuesto anterior, la preferencia aplicativa en materia salarial del art. 84.2 ET.

En tercer lugar, se encontrarían aquellas empresas que sí contaban con un convenio colectivo propio durante la vigencia del anterior sectorial, pero que, tras la entrada en vigor del nuevo convenio sectorial, ya no se continuaron rigiéndose por el convenio

propio al no haberse renovarse el mismo, aplicándose, por tanto, el nuevo sectorial. En este caso, al igual que el anterior, no habría ninguna cantidad a compensar porque regía el convenio empresarial al respecto, por lo que estas empresas pagarían unos salarios conforme al convenio sectorial nuevo, con compensaciones en diferido incluidas, de las que no eran responsables. Lo idóneo, precisamente, a efectos de respetar la competitividad entre las empresas, hubiera sido que estas empresas abonaran el salario excluyendo los incrementos salariales compensatorios, pues de otro modo se les penalizaría por haber disfrutado de un convenio colectivo propio. En otros términos, indirectamente y en diferido, se les estaría aplicando un convenio sectorial vencido a empresas que contaron con convenio colectivo propio, lo cual debe rechazarse desde el punto de vista de la preferencia aplicativa.

En último lugar se situarían los casos de las empresas que en ningún momento contaron con convenio colectivo propio, rigiéndose, en materia salarial, en consecuencia, por los dos convenios sectoriales que se sucedieron. Este es el único escenario posible en el que la finalidad de la doble regulación con efectos compensatorios y diferidos tendría sentido, sin perjuicio de que alguna empresa pudiera haber acreditado que retribuyó las vacaciones incluyendo los complementos que ahora se quieren compensar, ya que, en este último supuesto, la cláusula convencional sería redundante. Asimismo, no se vulneraría la prioridad aplicativa del convenio de empresa por la sencilla razón que en ningún momento existió convenio de empresa.

4. Cláusulas declarativas

Un último tipo de cláusulas convencionales que buscan relativizar la preferencia son las de carácter declarativo, que se limitan a afirmar la supletoriedad general del convenio del sector, de tal modo que en todo lo no regulado por el convenio de empresa se aplicaría lo previsto en el sectorial. En este caso, en sentido estricto, a pesar de que la intención de los negociadores también es la de aplicar el convenio de dicho

ámbito, no se trataría de cláusulas que limite la preferencia aplicativa del convenio de empresa, pues simplemente establecen una fórmula de aplicabilidad supletoria⁹⁵⁷.

En esta línea, también estarían las cláusulas que establecen meras recomendaciones dirigidas a los sujetos negociadores del ámbito empresarial a fin de que se aproximen lo máximo posible a la regulación sectorial o aquellas otras que fijan formulaciones desiderativas para que no contradigan los mínimos dispuestos en la negociación sectorial. Asimismo, las organizaciones empresariales y sindicales pueden comprometerse a intentar que sus afiliados no creen nuevas unidades de contratación en la empresa o la integración progresiva del contenido previsto a nivel sectorial⁹⁵⁸. Con todo, la doctrina ha señalado con acierto que estas propuestas no parece que prosperen en las empresas sin una presencia e implantación del sindicato⁹⁵⁹.

III. Los ámbitos negociales afectados por la preferencia aplicativa del convenio de empresa: ¿posibles puntos de fuga?

Pues bien, como se decía al comienzo de este capítulo, las limitaciones a la preferencia aplicativa del convenio de empresa no solo han provenido desde la negociación colectiva superior, sino también, y, sobre todo, por la interpretación judicial y doctrinal de la norma. En este sentido, a pesar de la clara apuesta legislativa por la preferencia aplicativa del convenio de empresa, algunos autores han detectado que la indisponibilidad de la misma por parte de la negociación supraempresarial puede suscitar dudas en cuanto a qué ámbitos negociales están afectados por dicha prohibición⁹⁶⁰. A este respecto, se ha afirmado que “la prohibición de disponer de la

⁹⁵⁷ MERCADER UGUINA, J. R., ¿Qué fue del convenio colectivo de empresa?... *op. cit.*, pp. 90-91.

⁹⁵⁸ MERINO SEGOVIA, A., “Cambios en la estructura negocial: ¿descentralización o desactivación de la negociación colectiva”, *Lan Harremanak*, núm. 27, 2012, p. 49.

⁹⁵⁹ *Idem*.

⁹⁶⁰ CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de Relaciones Laborales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 32, 2014, pp. 275-309; DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del...* *op. cit.*, p. 34.

prioridad aplicativa de la regulación de los convenios de empresa sobre las materias dichas no afecta a los convenios sectoriales provinciales, ni a los de grupos de empresas o de uniones de empresas, dotados de igual preferencia aplicativa, pero para los que es disponible la preferencia aplicativa de los convenios de empresa”⁹⁶¹.

Así las cosas, según esta interpretación, parece que pueden encontrarse puntos de fuga en la literalidad de la norma gracias a los cuales el convenio de empresa acabe perdiendo su preferencia aplicativa. No obstante, conviene detenerse en la lectura de la norma para averiguar si es posible encontrar razones jurídicas que conduzcan a la conclusión contraria, salvaguardando así la prioridad prevista en el art. 84.2 ET.

1. El convenio provincial (interprovincial, comarcal o local)

De entrada, resulta preciso recordar que la regla protectora de la aplicabilidad preferente del convenio de empresa frente a la negociación sectorial en determinadas materias recogida en el art. 84.2 ET establece que “los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado”. Esta remisión normativa se concreta en los acuerdos interprofesionales y convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico.

Como se observa, dicho precepto no incluye a los convenios colectivos de ámbito inferior al autonómico, como pudieran ser el provincial o interprovincial, razón por la cual surge la duda razonable sobre si en dichos niveles se podría disponer de la preferencia aplicativa en virtud de un acuerdo o convenio estatutario. A este respecto, algunos autores han defendido una interpretación estrictamente técnica y literal de la norma, a tenor de la cual la prohibición de disposición de la prioridad aplicativa únicamente afecta a los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos sectoriales de ámbito estatal y autonómico negociados conforme al art. 83.2 ET⁹⁶².

⁹⁶¹ CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de Relaciones Laborales”, *op. cit.*, pp. 275-309.

⁹⁶² ALFONSO MELLADO, C. L., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura de la negociación y la inaplicación de los

Sin embargo, dicha interpretación pasa por alto la literalidad del art. 83.2 ET, pues si bien es cierto que en el segundo párrafo del citado precepto se señala que las cláusulas de la estructura de la negociación colectiva “podrán igualmente pactarse en convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómico”, el primer párrafo (que se refiere en general a acuerdos interprofesionales) no diferencia ningún ámbito, sino que incluye a todos, eso sí, negociados por las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas de carácter estatal o de comunidad autónoma. En este sentido, según una interpretación estrictamente literal los acuerdos interprofesionales de ámbito provincial, negociados por las organizaciones más representativas a nivel estatal o de comunidad autónoma -que son las únicas legitimadas para ello- tampoco podrían disponer de la preferencia aplicativa del convenio de empresa.

Un segundo argumento que conduciría a la conclusión que todos los ámbitos, incluido el provincial, estarían afectados por la indisponibilidad prevista en el art. 84.2 ET, es que los convenios o acuerdos colectivos afectados son los de “ámbito estatal o autonómico” según el art. 83.2 ET, refiriéndose el término “de ámbito autonómico” a los distintos niveles supraempresariales que puede haber en ese ámbito geográfico (autonómico, interprovincial, provincial y local). Véase, en el mismo sentido las expresiones “en el ámbito de una comunidad autónoma” del art. 84.3 y 84.4 ET que incluyen al conjunto de niveles supraempresariales dentro de dicho ámbito.

De hecho, para alcanzar curiosamente la conclusión opuesta, algún autor⁹⁶³ se ha basado en la expresión “de comunidad autónoma” que aparece en el art. 83.2 ET primer párrafo (referida al nivel de representatividad de las asociaciones negociadoras de los acuerdos interprofesionales) para diferenciar el significado de las expresiones

convenios”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 3, 2013, p. 8; CASAS BAAMONDE, CASAS BAAMONDE, M.^a E., “La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa”, en Carlos L. Alfonso Mellado *et al.* (Coords.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, SL: Lefebvre-El Derecho, 2016, p. 71; DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del...op. cit.*, p. 34; PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *La negociación colectiva en la empresa*, Valladolid: Lex Nova, 2014, p. 119.

⁹⁶³ DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del...op. cit.*, p. 34.

“de comunidad autónoma” y “en el ámbito de comunidad autónoma o autonómico”. Así, mientras que la primera se relacionaría con el ámbito estricto de una comunidad autónoma, el segundo se identificaría con todos los ámbitos dentro de esta comunidad. Y desde esta perspectiva, el término “de comunidad autónoma” no se vincula al ámbito del convenio colectivo sectorial del segundo párrafo del art. 83.2 ET, que puede ser “estatal o autonómico”, sino al nivel de representatividad de los agentes para alcanzar un acuerdo interprofesional.

En efecto, los convenios autonómicos (o si se prefiere, “de ámbito autonómico”), incluyendo por tanto los de ámbito provincial, también estarían afectados por la prohibición de disponibilidad de la preferencia aplicativa del convenio de empresa⁹⁶⁴. Esta conclusión está a su vez en consonancia con la opción legislativa de la reforma del 2012 de reducir el protagonismo del convenio de provincia a favor del nivel estatal y autonómico, y, sobre todo, del empresarial⁹⁶⁵.

Una tercera razón para extender la indisponibilidad a los convenios provinciales sería que el legislador ha considerado innecesario precisar que los convenios de ámbito provincial puedan disponer de la preferencia aplicativa al entender que exclusivamente los acuerdos interprofesionales y los convenios colectivos sectoriales estatales o autonómicos son los únicos que pueden establecer cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva y reglas para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito a tenor de lo previsto en el art. 83.2 ET⁹⁶⁶. En este sentido, los convenios sectoriales de ámbito territorial inferior, no llamados por la ley a ordenar la estructura de la negociación colectiva ni a regular la concurrencia de convenios colectivos, no pueden disponer de la preferencia aplicativa.

⁹⁶⁴ NAVARRO NIETO, F., “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, en AA.VV, *Las reformas del Derecho del Trabajo en el conflicto de la crisis económica: la reforma laboral de 2012. XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 23; GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa...op. cit.*, p. 147.

⁹⁶⁵ DE CASTRO MARÍN, E., *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET: puntos críticos en la jurisprudencia del Supremo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 90.

⁹⁶⁶ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., “El derecho del Trabajo en la jurisprudencia constitucional”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 3, 2015, p. 263.

Una última razón para defender la indisponibilidad de la preferencia aplicativa del convenio de empresa desde el ámbito provincial deriva del principio *qui potest plus, potest minus*, en el sentido de que, si el convenio de empresa es prioritario respecto del estatal en determinadas materias, con mayor razón aún lo será en relación con el provincial. En este sentido, repárese a estos efectos que el art. 84 ET no contempla ni siquiera que los convenios provinciales, a diferencia de los autonómicos, afecten a un convenio estatal. De hecho, el propio Tribunal Supremo en la sentencia de 26 de marzo de 2014 (rec. 129/2013) *obiter dicta* ha rechazado la posibilidad de que los convenios de ámbito provincial tengan preferencia aplicativa sobre el convenio empresarial, por cuanto el objetivo claramente de la reforma legislativa operada en 2012 era la descentralización de la negociación colectiva hacia el ámbito de la empresa, circunstancia esta que no se lograría, como sucedía con anterioridad, de ser posible el bloqueo en los convenios sectoriales.

2. La concurrencia del convenio empresarial con los convenios de grupo de empresas y de unidades inferiores: ¿un olvido legislativo?

En consonancia con lo anterior, parece claro que la preferencia aplicativa respecto de ámbitos supraempresariales⁹⁶⁷ es una cuestión que, aunque pueda suscitar algunas dudas, es absoluta en las materias listadas por el art. 84.2 ET. Sin embargo, si se pone el foco en las relaciones que el convenio empresarial puede tener con otros convenios más cercanos, como son el de grupo de empresas o el de centro de trabajo, surge igualmente la incógnita sobre si mantiene preferencia aplicativa respecto de estos.

A este propósito, debe recordarse que el convenio empresarial puede hallarse en una situación de concurrencia conflictiva con un convenio sectorial, por un lado, pero también con un convenio de grupo de empresas o empresas-red, por otro. En el primer caso habrá que estar a las previsiones del art. 84.1 ET -o lo previsto por la negociación colectiva *ex* art. 83.2 ET- para el conjunto de materias que no gozan de preferencia

⁹⁶⁷ No incluyendo a estos efectos los convenios de grupo de empresas o empresas-red.

aplicativa y al art. 84.2 ET respecto de las que sí disfrutaban de dicho carácter. En el segundo supuesto, el legislador no ha previsto ninguna solución que resuelva la eventual concurrencia conflictiva, quizá por su rareza en la práctica⁹⁶⁸.

Frente a esta laguna legal, la doctrina científica que ha estudiado la cuestión se encuentra dividida. Por un lado, algunos autores defienden que, en estos supuestos, al no resultar de aplicación la regla de la preferencia aplicativa, pues el legislador reconoce esta preferencia tanto al convenio de empresa como al convenio del grupo de empresas o empresas-red, no existe ninguna especie de “superprioridad aplicativa”⁹⁶⁹, y, por tanto, debe regir la regla general que atribuye prevalencia aplicativa al convenio primero en el tiempo⁹⁷⁰.

Por otro lado, y en contraste con la solución anterior, se ha sostenido con mayor acierto, teniendo en cuenta la finalidad perseguida por el legislador de favorecer la flexibilidad negocial a través del impulso de la negociación a nivel de empresa, una interpretación favorable a la prioridad del convenio empresarial frente al convenio del grupo de empresas⁹⁷¹, pues estos últimos “tienen un protagonismo inferior y complementario”⁹⁷², que llevaría a la conclusión de que “la prioridad aplicativa la

⁹⁶⁸ CASAS BAAMONDE, M.^a E., “La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa”, *op. cit.*, p. 56. En este sentido lo habitual será que se contemple el carácter disponible de la preferencia por el propio convenio del grupo empresarial o del de empresa, ya que el legislador no ha prohibido a ningún de ellos disponer de su prioridad aplicativa, o incluso se comparta la misma articulando a tal efecto una división de materias a aplicar por convenio, desapareciendo así la concurrencia conflictiva.

⁹⁶⁹ LÓPEZ TERRADA, E., “Nuevos puntos críticos sobre la prohibición de concurrencia de convenios colectivos, su término final y sus excepciones”, *RGDTSS*, núm. 48, 2018, p. 86.

⁹⁷⁰ MUÑOZ RUIZ, A. B., *Problemas prácticos del Convenio Colectivo de Empresa*, Valladolid: Lex Nova, 2014, p. 202; CASAS BAAMONDE, M.^a E., “La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa”, *op. cit.*, p. 57; BODAS MARTÍN, R., “Cuestiones jurisprudenciales sobre la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 135.

⁹⁷¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa...op. cit.*, p. 150; DEL REY GUANTER, S., “Estructura de la negociación colectiva y prioridad del nivel de empresa tras la reforma laboral de 2012”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 109, 2014, p. 210.

⁹⁷² GÓMEZ GORDILLO, R., “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales...”, *op. cit.*, p. 60.

tendría en todo caso el convenio de empresa”⁹⁷³. En esta línea, la solución debería articularse de modo que el convenio del grupo cumpliera la función de la negociación colectiva sectorial, aplicándose en consecuencia la prioridad del convenio de empresa respecto del mismo⁹⁷⁴.

Con todo, nótese que dicha solución general tiene carácter dispositivo, en la medida que en virtud de un acuerdo interprofesional o convenio colectivo estatal o autonómico puede imponerse una regla distinta, como, por ejemplo, podría ser la que fijase la aplicación preferente siempre a favor del convenio del grupo, en detrimento del convenio empresarial.

A mayor abundamiento, algún autor ha matizado que 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 del grupo, podrán negarse a negociar el convenio de grupo hasta que los convenios de empresa no pierdan su vigencia, a tenor del art. 89.1 ET⁹⁷⁵.

Por último, en relación con las eventuales situaciones de concurrencia entre el convenio de empresa (o convenio de grupo) con los de unidades inferiores, *v. gr.* un convenio de centro o un convenio de franja, la preferencia aplicativa del convenio empresarial, de nuevo, se presenta como una cuestión no resuelta legalmente, pues el art. 84.2 ET la predica respecto del convenio superior y de los convenios de ámbito inferior. Así las cosas, la regla para resolver este tipo de conflictos debería ser la regla general del art. 84.1 ET, esto es, la solución *prior tempore* o lo previsto en los acuerdos o convenios sectoriales⁹⁷⁶, sin perjuicio de lo previsto en el convenio empresarial. Con

⁹⁷³ DEL REY GUANTER, S., “La negociación colectiva a nivel de empresa y, en particular, la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa”, en AA.VV, *Estructura de la Negociación Colectiva*, Madrid: MESS, 2015, p. 75.

⁹⁷⁴ MARTÍNEZ BARROSO, M.^a de los R., “Deberes de información, derecho de representación y negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 230.

⁹⁷⁵ BODAS MARTÍN, R., “Cuestiones jurisprudenciales sobre la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 133.

⁹⁷⁶ CRUZ VILLALÓN, J., “Estructura y concurrencia de niveles dentro de un nuevo marco normativo”, en AA.VV, *Estructura de la negociación colectiva, XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, núm. 106, Madrid: MESS, 2015, p. 42. Además, otros sectores apuntan a que hay “una ausencia de coherencia funcional de las materias seleccionadas”, únicamente explicable por un proceso descentralizador que

todo, esta situación resulta menos problemática desde el punto de vista de la gestión empresarial que la concurrencia respecto de un convenio de grupo, por cuanto el negociador en el lado empresarial, en principio, es el mismo.

3. Los convenios de centro trabajo (e infraempresariales) no disfrutan de preferencia de aplicativa... ¿o sí?

Íntimamente en conexión con la cuestión previa, debe traerse a colación si el ámbito inferior al empresarial goza igualmente de preferencia aplicativa. A este respecto, a tenor del art. 84.2 ET dicha preferencia se predica tanto del “convenio de empresa”, como de “los convenios para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas o nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1”. Dada la literalidad del precepto, surge la incógnita si debe extenderse también a los convenios colectivos de ámbito inferior, principalmente, convenios de centro de trabajo y convenios franja.

Algunos autores entienden que, en la medida que el ET sólo se refiere al ámbito de la empresa y no completa esta referencia haciendo mención a otros espacios de negociación inferiores, a diferencia de lo previsto para los superiores, debe negarse tal extensión⁹⁷⁷. En este sentido, de tal omisión deducen que el legislador no ha querido extender la preferencia aplicativa hacia los niveles infraempresariales. Asimismo, sostienen que el carácter de privilegio jurídico de dicha preferencia -por cuanto se trata

culmine con la prioridad aplicativa del conjunto del contenido del convenio de empresa, constituyendo el actual listado del art. 84.2 ET como “un primer avance limitadamente ambicioso”, *vid.* GÓMEZ GORDILLO, R., “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales...”, *op. cit.*, pp. 65-66.

⁹⁷⁷ MERINO SEGOVIA, A., “Cambios en la estructura negocial: ¿descentralización o desactivación de la negociación colectiva”, *Lan Harremanak*, núm. 27, 2012, p. 43; GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa...op. cit.*, pp. 147-149; GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., “Límites a la aplicación prioritaria del convenio de empresa en la doctrina de la Audiencia Nacional”, en AA.VV., *Aspectos controvertidos de la Negociación Colectiva*, Valladolid: Lex Nova, 2015, p. 397; CASAS BAAMONDE, M.^a E., “La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa”, *op. cit.*, p. 60.

de una excepción a la regla general de prohibición de afectación- implica una interpretación estricta.

En esta línea se movió la AN, en la SAN 4 de mayo de 2015 (proced. 62/2015), al señalar *obiter dicta* que “la prioridad aplicativa del Convenio de empresa sobre el de ámbito superior en aquellas materias que relaciona el referido art. 84.2 ET, hace que el proceso de conformación de la voluntad de las partes en la negociación de este instrumento normativo no pueda resultar válido para la adopción de un instrumento de ámbito inferior que carece de tal preferencia”.

Sin embargo, la primera sentencia que da una respuesta directa a la cuestión fue la STJS de Madrid de 18 de mayo de 2015 (proced. 197/2015)⁹⁷⁸. Así, el Tribunal empezaba su argumentación jurídica poniendo de relieve las razones por las que, en principio, el convenio de centro de trabajo podría tener preferencia aplicativa. A este respecto, indicaba que de negarse la preferencia aplicativa al convenio de centro se estaría haciendo una interpretación restrictiva de la intención del legislador, pues como se recoge en la exposición de motivos del RDL 3/2012 la finalidad de tal preferencia aplicativa es facilitar una negociación de las condiciones laborales en un nivel “más próximo” y por ello adecuado a la realidad de las empresas. Razón por la cual, respetando esa *intentio legis*, el Tribunal era favorable de una interpretación lata gracias a la cual el convenio de centro, al ser el más próximo, gozara de preferencia aplicativa.

No obstante, justo a continuación, el TSJ de Madrid expuso hasta cinco argumentos para alcanzar la conclusión opuesta y negar dicha preferencia a los convenios de ámbito inferior al de empresa. En primer término, el Tribunal recordó que el concepto “empresa” se amplía, en el ámbito de la preferencia aplicativa, “hacia fuera”, dando cabida a organizaciones productivas coordinadas estables o temporales pero relacionadas entre sí por motivos productivos. Dicha ampliación, sin embargo, el ET no la hace “hacia dentro”. El segundo y el tercer argumento están íntimamente relacionados ya que ambos ponían de manifiesto que la preferencia aplicativa no

⁹⁷⁸ Caso similar resuelto en la STSJ de Madrid de 28 de diciembre de 2015 (proced. 923/2015), que fue recurrida en casación por unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo (rec. 115/2016), el cual fue resuelto en la STS de 9 de mayo de 2017, confirmando esta línea interpretativa.

persigue ni está inspirada por la implantación de “medidas de ajuste” para afrontar problemas objetivos que puedan surgir en una parte de la empresa, sino que simplemente busca “la flexibilidad para ser más competitivo”. Así, según el TSJ de Madrid la preferencia aplicativa no trataría de responder a dificultades que “permiten descender al centro o punto afectado”, como sí lo hacen la modificación sustancial de las condiciones de trabajo y el descuelgue, arts. 41 y 82 ET respectivamente. Siguiendo esta lógica, concluyó que el legislador “ha puesto el límite del privilegio aplicativo en la empresa y no en el centro”. En cuarto lugar, el Tribunal entendió que el espacio en donde debe existir “el equilibrio de intereses” ha de ser la empresa, ya que quien compite en el mercado es la empresa y no el centro de trabajo. En quinto y último lugar, la sentencia referida señala literalmente que “si se permitiera la fragmentación a unidades inferiores privilegiadas estaríamos permitiendo la competencia mercantil sobre las condiciones laborales a un nivel local lo que conllevaría el riesgo de degradar por completo los estándares laborales e, incluso, a la destrucción de otras empresas - competencia desleal- y al dumping social”.

La sentencia aquí resumida fue recurrida en casación ordinaria ante el TS (rec. 248/2015), dando lugar a la STS de 22 de septiembre de 2016 que confirmó el criterio hermenéutico del Tribunal *a quo*. De este modo, el TS además de indicar que coincidía con los razonamientos de la sentencia recurrida, añadió que “del juego de los apartados 1 y 2 del art. 84ET se desprende que la prioridad del convenio de empresa actúa como excepción a la regla general del apartado 1 y, por ello, como tal excepción ha de ser interpretada en los propios términos utilizados por el legislador”. A mayor abundamiento, otra razón que el TS incorporó para no extender la preferencia aplicativa al centro de trabajo se basó en la naturaleza de las materias del art. 84.2 ET, pues “cuando el apartado 2 indica las materias sobre las que rige tal prioridad lo hace en referencia exclusiva a los convenios de empresa, sin mención alguna a ninguna otro ámbito inferior ni precisión si sobre estos últimos tendrían repercusión las mismas materias. Ponemos de relieve que en algunas de esas materias se aprecia claramente que es la empresa - y no la unidad inferior- el término de referencia, como ocurre con el salario (apartado a) art. 84.2ET) o el sistema de clasificación profesional (apartado d) art. 84.2ET)”.

Dicha argumentación se mantuvo en la STS de 9 de mayo de 2017 (rec.115/2016), que vino a confirmar la doctrina, añadiendo, por un lado, que “cuando el legislador quiso ampliar la preferencia aplicativa más allá de los convenios de empresa lo hizo expresamente ampliándola a los convenios de grupo o grupos de empresas”, y por otro lado, que un convenio de empresa se define como aquel que afecta a todos los centros de trabajo, no solo a una parte, pues “teniendo la empresa más centros fuera de la comunidad autonómica, no es un convenio de empresa, sino de centro de trabajo, por lo que tampoco goza de preferencia aplicativa”.

Sin embargo, y en contra de la doctrina citada previamente y de esta interpretación del TS, algún autor ha mostrado su discrepancia al respecto, resaltando que “el centro de trabajo constituye el verdadero centro de gravedad de las relaciones socioprofesionales en la empresa”⁹⁷⁹, de tal modo que dicha diferenciación entre ambos niveles de negociación a los efectos del art. 84.2 ET es “puramente artificial”⁹⁸⁰. Por ello, el nivel denominado de empresa incluiría “todas las variantes negociales de ámbito inferior al sectorial”⁹⁸¹, debiendo tener, en consecuencia, el convenio de centro o franja las mismas prerrogativas negociadoras que el convenio de empresa.

En esta línea se han esgrimido cinco razones que cuestionan la interpretación rígida realizada por el Tribunal Supremo⁹⁸². La primera apunta a que si se analiza la terminología empleada por el legislador se desprende que el concepto de “empresa” y de “centro de trabajo”, en ocasiones, se “confunden y en otras se contraponen”⁹⁸³. No cabe pasar por alto la asimilación que el art. 87.1 ET efectúa entre los convenios de

⁹⁷⁹ MERCADER UGUINA, J. R., ¿Qué fue del convenio colectivo de empresa?... *op. cit.*, p. 113.

⁹⁸⁰ *Idem.*

⁹⁸¹ CRUZ VILLALÓN, J., “Estructura y concurrencia de niveles dentro de un nuevo marco normativo”, *op. cit.*, p. 42.

⁹⁸² MUÑOZ RUIZ, A. B., “La prioridad aplicativa del convenio colectivo de ámbito inferior a la empresa respecto al convenio de sector: dificultades y propuestas de solución”, *Trabajo y Derecho*, núm. 9, 2015, pp. 116-126.

⁹⁸³ MIÑAMBRES PUIG, C., “El centro de trabajo (art. 1.2)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, p. 131.

empresa y los de ámbito inferior⁹⁸⁴ o la general falta de precisión del legislador a la hora de diferenciar unos y otros convenios⁹⁸⁵. Así, cuando el ET remite la regulación de una condición de trabajo a los convenios colectivos en general o a los convenios de empresa está incluyendo también la negociación en niveles infraempresariales⁹⁸⁶. A este respecto, se ha defendido que “el diseño del legislador descansa sobre una dualidad negociadora focalizada en el nivel sectorial y un nivel inferior, denominado de empresa, pero en el que incluye todas las variantes de unidades negociales de ámbito inferior al sectorial y, por tanto, comprensivas del convenio de centro de trabajo y de franja”⁹⁸⁷.

El segundo argumento empleado se refiere a que si se atiende a la tramitación formal del convenio colectivo de empresa y el correspondiente al convenio de centro de trabajo (no así el convenio franja, que presenta algunas particularidades) se observa que no existe una dualidad procedimental, sino que es único, compartiendo las mismas reglas de legitimación⁹⁸⁸. Desde esta perspectiva, frente al argumento que aventura una degradación de las condiciones laborales si se aceptase tal preferencia aplicativa, lo cierto es que en la medida que las reglas de legitimación son las mismas que las previstas para el convenio de empresa, con alguna singularidad para el caso del convenio franja, la descentralización negociadora a niveles infraempresariales no supondría necesariamente un empeoramiento.

En tercer lugar, y precisamente por lo anterior, se deduce que el legislador no consideró que fuera necesario especificar que la prioridad aplicativa también la gozaba el convenio de centro o franja. Esta conclusión se refuerza con la idea de que en la

⁹⁸⁴ GOERLICH PESET, J. M.^a, “Las unidades de negociación: selección y relación entre ellas”, *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2013, pp. 13-14.

⁹⁸⁵ LÓPEZ TERRADA, E., “Problemas interpretativos recientes sobre concurrencia de convenios, prioridad aplicativa del convenio de empresa y cambios de unidad de negociación”, *Trabajo y Derecho*, núm. 23, 2016, p. 4.

⁹⁸⁶ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 25 edición, Madrid: Tecnos, 2016, p. 369.

⁹⁸⁷ CRUZ VILLALÓN, J., “Estructura y concurrencia de niveles dentro de un nuevo marco normativo”, *op. cit.*, p. 41.

⁹⁸⁸ LANTARÓN BARQUÍN, D., *Legitimación negocial en el banco empresarial del convenio colectivo sectorial. ¿Una realidad con aristas insospechadas?*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 15.

realidad española empresarial el centro y empresa suelen coincidir al tratarse en su mayoría de pequeñas empresas. Desde esta óptica, en el supuesto de grupos de empresas o empresas-red, al ser menos frecuente y tener reglas de legitimación diferentes, el legislador sí consideró que era necesario aclarar que sus respectivos convenios colectivos disfrutaban de la preferencia aplicativa.

En cuarto lugar, atendiendo al espíritu de la norma reflejado en la exposición de motivos de la reforma laboral de 2012, que no era otro que facilitar la negociación en el nivel más cercano y adecuado a la realidad empresarial, debería imponerse una interpretación amplia⁹⁸⁹.

En este punto, algún autor ha destacado la incoherencia que parece mostrar el TS en relación con su doctrina sobre la unidad del cómputo a los efectos de la consideración de un despido colectivo⁹⁹⁰. Así, conforme a lo establecido en la Directiva Comunitaria sobre esta materia, la STS 17 de octubre de 2016 (rec. 36/2016) señalaba, por un lado, que “ambos conceptos se encuentran íntimamente vinculados, muchas veces equiparados, y no son en modo alguno excluyentes el uno del otro”, y por otro que “nuestra normativa laboral no contrapone la empresa y el centro de trabajo como unidades de referencia empresarial necesariamente diferenciadas, sino que, por el contrario, los asimila y equipara en su tratamiento jurídico en todos esos aspectos tan esenciales y relevantes de las relaciones laborales”.

Por esta razón, siendo la negociación colectiva un “aspecto de mayor relevancia”, se haría necesario extender dicha interpretación a favor del centro de trabajo en cuanto a la preferencia aplicativa se refiere⁹⁹¹.

En quinto y último lugar, los pronunciamientos de los tribunales para negar la preferencia aplicativa a los convenios infraempresariales, con especial referencia a los convenios de centro de trabajo, descansan en un principio, como el de unidad de empresa en la determinación del convenio aplicable, que no cuenta con un sustento

⁹⁸⁹ DE CASTRO MARÍN, E., *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET...* op. cit., p. 48.

⁹⁹⁰ *Ibidem*, p. 58.

⁹⁹¹ *Idem*.

legal sólido. Con todo, la aplicación de este principio se observa fácilmente en la afirmación introducida en la STS de 9 de mayo de 2017 (rec. 115/2016): “que un convenio colectivo cuyo ámbito de aplicación se extiende a los centros de actividad y a los trabajadores que radican y prestan servicios, respectivamente, en el ámbito de una determinada Comunidad Autónoma, no puede considerarse un convenio de empresa si se tiene en cuenta que existen centros de actividades radicados en otras comunidades autónomas y trabajadores que prestan servicios fuera de la comunidad autónoma a la que se circunscribe el convenio discutido”, tratándose, en consecuencia, de un convenio de grupo de centros de trabajo, pero no de empresa.

Esta apreciación es relevante, ya que dicho principio no siempre rige de forma absoluta, sino que quiebra cuando se constata que un determinado centro de trabajo dispone de una organización productiva independiente, se dedica a actividades concretas y distintas al resto de los centros de la empresa y no hay movilidad entre las plantillas⁹⁹². La consecuencia jurídica de esta excepción al principio de unidad de empresa en la determinación del convenio aplicable es que el centro que reúne dichas características podrá (o mejor dicho, deberá) separarse de las previsiones del convenio de aplicación al conjunto de la empresa y regirse por aquel en cuyo ámbito de aplicación encuentre mejor acomodo. Así, el principio de unidad de empresa será sustituido por el principio de especificidad en cuanto a la determinación del convenio aplicable.

Desde este punto de vista se derivan, al menos, dos consecuencias complementarias. Por un lado, no sería admisible negar el carácter de convenio de empresa, y con ello la preferencia aplicativa, al convenio que resulte de aplicación al conjunto de centros de trabajo, con la salvedad del centro que se rige por un convenio distinto atendiendo a sus concretas circunstancias. Esto significa que la conceptualización del convenio de empresa como aquel que afecta a todos los centros de trabajo que componen la misma no es sostenible en todo caso, sino que admite matizaciones. La misma solución podría defenderse en el supuesto de los convenios de empresas multicentro sin representación legal en uno de sus centros y sin sección sindical a nivel empresa. Así, a tenor del

⁹⁹² *Vid.* SSTSJ de Andalucía (Sevilla) de 18 de mayo de 2017 (rec. 1173/2017); de 17 de noviembre de 2016 (rec. 2885/2016); de 15 de noviembre de 2012 (rec. 2524/2012). También STSJ y jurisprudencia citada Sentencia del Juzgado de lo Social de 12 de febrero de 2018 (proced. 590/2017).

principio de correspondencia, el convenio de empresa no solo no se aplicaría al centro sin representación legal de los trabajadores, sino que perdería la condición de convenio de empresa por no comprender la totalidad de centros de trabajos.

Por otro lado, no parece compatible con la preferencia aplicativa la situación por la que dicho centro de trabajo, con características propias que le permiten separarse del convenio aplicable al resto de centros, deba regularse principalmente por el convenio sectorial, ya que el eventual convenio que pudiera haberse negociado en su propio seno no disfruta de esta preferencia. Así, un centro que por sus peculiaridades debiera contar con una regulación propia todavía más específica que el convenio que rige para el conjunto de la empresa, paradójicamente, pasaría a regularse por la normativa sectorial.

Con todo, debe significarse que, en determinadas ocasiones, de conformidad con el art. 84.1 ET, el convenio de centro podrá disfrutar de prioridad aplicativa. Así, se aplicará el convenio de ámbito inferior a la empresa frente al convenio del sector cuando el primero haya sido negociado y firmado en un momento previo al convenio del sector. También, cuando el convenio del sector esté en fase de ultraactividad, pues la prohibición de concurrencia no alcanza a los periodos de vigencia extraordinaria⁹⁹³.

Sin embargo, la regla general expuesta recogida en el art. 84.1 ET es subsidiaria a las cláusulas que ordenan la estructura de la negociación colectiva y a las reglas que resuelvan los conflictos de concurrencia recogidas en los acuerdos interprofesionales y convenios sectoriales (estatales o autonómicos) *ex* art. 83.2 ET. De este modo, a nivel sectorial podría fijarse la prioridad aplicativa del convenio sectorial en cualquier momento de la vigencia del convenio de centro, dejándose de aplicar, por tanto, la regla *prior tempore* del art. 84.1 ET y con ella el convenio de centro.

Por último, debe reseñarse que el presente debate relativo a la preferencia aplicativa de los convenios infraempresariales podría resolverse directamente mediante el propio convenio de empresa. Esto es, como válvula de escape sería posible que, a través de una negociación a nivel empresarial, cuyo convenio resultante sí gozase de tal preferencia, se previera una regulación diferenciada para los centros de trabajo que se considerasen. Tal solución sería intachable desde el punto de vista jurídico, en la

⁹⁹³ SSTs de 2 de febrero de 2004 (rec. 3069) y 30 de junio de 2009 (rec. 91/2007).

medida que el convenio colectivo empresarial puede recoger particularidades regulatorias atendiendo a especificidades dentro de la empresa, por ejemplo, a las que pudieran darse en un determinado centro de trabajo o grupo profesional, siempre que no fueran discriminatorias.

Ahora bien, desde el punto de vista práctico, esto supondría que para poder contar con una regulación propia que afectase, por ejemplo, a un único centro de trabajo, sería necesario proceder a una regulación previa y global a nivel de empresa. Esta exigencia, sin duda, supondría un coste de transacción demasiado alto, pues las partes deberían ponerse de acuerdo no solo en el articulado del convenio de centro, sino también en lo que respecta al convenio de empresa. Es más, incluso si las partes negociadoras asumieran dicho coste, podrían encontrarse con un hándicap añadido, pues si en la empresa no existiera sección sindical, y hubiera cualquier otro centro de trabajo sin representación legal, no podría hablarse de convenio de empresa en sentido estricto, sino que, a lo sumo, de convenios de centros de trabajo y, por tanto, sin preferencia aplicativa. Por tanto, la suma de estas dos limitaciones hace, en ocasiones, muy difícil que la negociación colectiva cristalice en términos adaptativos en los centros de trabajo.

IV. La limitación material a la preferencia aplicativa: una revisión al listado del art. 84.2 ET

Como se advertía al principio de este capítulo, la prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET no es total desde una perspectiva sustancial, ya que únicamente actúa como excepción al principio general *prior tempore* -o a las normas de concurrencia establecidas en virtud del art. 83.2 del ET- en relación con aquellas materias listadas en el propio precepto⁹⁹⁴. En consecuencia, respecto del resto de materias no expresamente reservadas al nivel de empresa, seguirá rigiendo la norma general de prohibición de afectación del art. 84.1 ET⁹⁹⁵. En este sentido, si el convenio

⁹⁹⁴ DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del...op. cit.*, p. 22.

⁹⁹⁵ MERCADER UGUINA, J. R., “Artículo 84. Concurrencia”, en Jesús Cruz Villalón *et al.* (Dirs.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Valladolid: Lex Nova, 2016, pp. 1003-2013; GOERLICH

empresarial es anterior al sectorial su aplicación preferente queda garantizada por la solución general del art. 84.1 ET, y ello respecto de toda su regulación, y no únicamente en relación con las materias fijadas en art. 84.2 ET, salvo que fuera otra la regla de solución de la concurrencia convencional contenida en el acuerdo o el convenio del art. 83.2 ET. En este punto, dichos convenios podrían alterar la regla *prior tempore* e imponer una preferencia absoluta en favor del convenio sectorial en el listado de materias distintas a las del art. 84.2 ET, dificultando así la aplicación íntegra del convenio empresarial.

Con todo, la preferencia aplicativa del convenio de empresa tiene carácter absoluto en la medida que es indisponible por la autonomía colectiva y porque supone su aplicación inmediata sobre cualquier otro convenio colectivo. Ahora bien, dicho carácter debe relativizarse habida cuenta de que el legislador ha optado por no conceder dicha preferencia al convenio empresarial en su conjunto, sino solo parcialmente, esto es, a un conjunto de materias determinadas. Por ello, algún autor la ha calificado acertadamente como “absoluta parcial”⁹⁹⁶.

En efecto, una de las principales diferencias de las reformas legislativas del 2011 y 2012 entre sí en materia de negociación colectiva fue suprimir la disponibilidad por parte de la autonomía sectorial de la preferencia aplicativa del convenio de empresa, con el objetivo específico de acabar con la precaria situación en la que se encontraba el convenio empresarial en “dicha jerarquía implícita”⁹⁹⁷ entre productos negociales y, potenciar, por consiguiente, una auténtica descentralización. Por ello, la preferencia aplicativa del convenio de empresa se convierte a partir del año 2012 en una norma de orden público laboral, resultando por tanto “inexpugnable a la acción de la autonomía

PESET, J. M.^a, “Las unidades de negociación: selección y relación entre ellas”, *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2013, p. 12.

⁹⁹⁶ DEL REY GUANTER, S., “La negociación colectiva a nivel de empresa y, en particular, la prioridad aplicativa del convenio de empresa”, *Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva de 10 de diciembre de 2014*, Madrid: CCNCC, p. 8.

⁹⁹⁷ MERCADER UGUINA, J. R., “Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenio en el Real Decreto-Ley 7/2011”, en Ignacio García-Perrote y Jesús Rafael Mercader Uguina (Coords.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 98.

colectiva y expresamente declarada como indisponible para los acuerdos y convenios colectivos”⁹⁹⁸.

Las materias reservadas con preferencia aplicativa se identifican con las condiciones básicas y fundamentales en cualquier relación laboral⁹⁹⁹, cuya regulación permite conseguir una mejor acomodación de las relaciones laborales al entorno económico y productivo en que se desenvuelve la empresa¹⁰⁰⁰.

No obstante, a pesar de la relevancia de estas materias desde el punto de vista de la defensa de la productividad y viabilidad empresarial, el legislador podría haber proyectado igualmente dicha preferencia al convenio en toda su extensión material, dotando de un auténtico protagonismo al convenio de empresa en su conjunto. En este sentido, algún autor ha advertido que la prioridad aplicativa del convenio empresarial es “incompleta”¹⁰⁰¹, pues dada su parcialidad solo permite reaccionar frente algunas exigencias empresariales ligadas a la productividad y flexibilidad”¹⁰⁰².

En consecuencia, respecto de aquellas materias que no quedan expresamente reservadas al nivel de empresa continúa conservando pleno vigor el efecto de la

⁹⁹⁸ CRUZ VILLALÓN, J., “Estructura y concurrencia de niveles dentro de un nuevo marco normativo”, *op. cit.*, p. 38.

⁹⁹⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa...op. cit.* p. 152.

¹⁰⁰⁰ Exposición de motivos del RDL 7/2011, que en este sentido incluía las mismas materias que la Ley 3/2012. La doctrina comparte dicha visión, *vid.* SERRANO OLIVARES, R., “Concurrencia de convenios colectivos. Las nuevas reglas sobre concurrencia y su previsible impacto en la estructura española”, en Salvador Del Rey Guanter (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales. Novedades de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Madrid: La Ley, 2013, p. 443.

¹⁰⁰¹ LÓPEZ ANIORTE, M.^a del C., “Nuevas reglas de concurrencia de convenios colectivos y devaluación de las condiciones laborales en España”, *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2014, p. 204.

¹⁰⁰² DEL REY GUANTER, S., “Aspectos fundamentales en la reforma de la negociación colectiva del Real Decreto-Ley 7/2011”, *Diario La Ley*, núm. 7756, 2011, p. 4; MERCADER UGUINA, J. R., “Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenio en el Real Decreto-Ley 7/2011”, en Ignacio García-Perrote y Jesús Rafael Mercader Uguina (Coords.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid: Lex Nova, 2011, pp. 98-99. Cfr. NAVARRO NIETO, F., “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 21.

“ineficacia aplicativa” o de mera inaplicabilidad del convenio de empresa que afecte o invada a otro anterior de ámbito superior¹⁰⁰³.

Asimismo, de esta diferenciación entre materias con preferencia aplicativa y otras que no en el mismo convenio empresarial surge necesariamente la regla aplicativa del espiguelo normativo, que apareció por primera vez en la SAN de 1 diciembre de 2014 (proced. 190/2014), confirmada por el TS en la sentencia de 1 de abril de 2016 (rec. 147/2015) que resolvió el recurso de casación presentado contra la primera. En este sentido, tal y como señalaba la referida SAN, el “espiguelo no solamente no está prohibido, sino que es directo resultado de la norma legal y por ello precisamente han de irse comparando los convenios punto por punto para determinar cuál de ellos es en cada caso aplicable”.

Por otro lado, debe advertirse que el carácter relativo de la preferencia aplicativa del convenio de empresa no solo se debe a su limitado alcance material, sino que incluso en aquellas materias recogidas en el art. 84.2 ET la capacidad reguladora del convenio empresarial resulta restringida¹⁰⁰⁴. Es decir, en relación con las materias que sí gozan de preferencia aplicativa debe diferenciarse la capacidad de ordenación primaria u original, esto es, una regulación plena e incondicionada¹⁰⁰⁵, y la capacidad de adaptación que tiene el convenio de empresa, tratándose esta última de una mera facultad para acomodar una determinada materia a la realidad empresarial de forma compatible con la regulación fijada al nivel supraempresarial¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰³ MERCADER UGUINA, J. R., ¿Qué fue del convenio colectivo de empresa?... *op. cit.*, p. 85.

¹⁰⁰⁴ CARRIZOSA PRIETO, E., “El impacto de las normas de concurrencia tras las reformas legales”, *Temas Laborales*, núm. 140, 2017, p. 87. La autora señala que la preferencia aplicativa se encuentra con dos limitaciones: “un listado de materias y ciertas indicaciones sobre las facultades reguladoras que se pueden desplegar en cada una de ellas”.

¹⁰⁰⁵ DE CASTRO MARÍN, E., *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET...* *op. cit.*, p. 73.

¹⁰⁰⁶ DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del...* *op. cit.*, p. 44.

En “la regulación restringida”¹⁰⁰⁷ el legislador presupone la aplicación simultánea de los convenios de empresa y sectorial, puesto que la preferencia aplicativa “de los primeros se extiende únicamente a la adaptación de las previsiones contenidas en los segundos”¹⁰⁰⁸. Así se ha establecido un límite indirecto para la regulación de la concreta materia en el convenio de empresa¹⁰⁰⁹. De hecho, algún autor directamente afirma que, en estos casos, el ET “no establece una verdadera prioridad, dado que el convenio de empresa no puede ser totalmente autónomo respecto del convenio del sector”¹⁰¹⁰. En particular, de los seis apartados concretos de materias listadas en el art. 84.2 ET, dos tiene capacidad de ordenación adaptativa y no primaria: los que se refieren al sistema de clasificación profesional (apartado d) y a los aspectos de las modalidades de contratación (apartado e).

Por último, debe significarse que la enumeración de materias del art. 84.2 ET no es un listado *numerus clausus* absolutamente imperativo, pues a pesar de marcar el ámbito objetivo de la prioridad aplicativa del convenio empresarial, resulta ampliable por la autonomía colectiva supraempresarial mediante los acuerdos y convenios colectivos del art. 83.2 ET. Con todo, sigue siendo problemático el poder discernir cuándo nos encontramos ante una de las materias específicamente relacionadas con la norma, pues, como excepción a las reglas generales de concurrencia, la interpretación de la prioridad aplicativa del convenio empresarial merece ser estricta, limitando nuevamente su potencial aplicabilidad¹⁰¹¹. Procede así analizar con mayor detalle el alcance de la preferencia aplicativa de aquellas materias que sí disfrutaban de la misma al estar recogidas en el art. 84.2 ET.

¹⁰⁰⁷ CARRIZOSA PRIETO, E., “El impacto de las normas de concurrencia tras las reformas legales”, *op. cit.*, p. 88.

¹⁰⁰⁸ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 43.

¹⁰⁰⁹ DE CASTRO MARÍN, E., *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET...op. cit.*, p. 73.

¹⁰¹⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa...op. cit.*, pp. 155-156.

¹⁰¹¹ DE CASTRO MARÍN, E., *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET...op. cit.*, p. 70.

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

A este respecto, la primera materia con preferencia aplicativa referida en el precepto es la cuantía salarial. Así, aunque parece que el legislador ha incluido la materia retributiva en el listado del art. 84.2 ET a fin de favorecer la adaptabilidad del coste laboral en la empresa, resulta conveniente analizar el auténtico alcance material de esta previsión.

De entrada, el precepto se refiere exclusivamente al salario base y a los complementos de naturaleza salarial, incluyendo, a estos efectos, aquellos que se relacionan con la situación empresarial y sus correspondientes resultados económicos. En este sentido, a tenor de la definición legal de salario recogida en el art. 26 ET y la jurisprudencia recaída sobre el mismo¹⁰¹² solamente tendrán naturaleza salarial aquellas retribuciones que efectivamente retribuyan el trabajo prestado por los trabajadores o los periodos de descanso computables como trabajo. De lo que se colige que el legislador ha optado por un alcance limitado de la preferencia aplicativa en materia retributiva, pues solo afecta a las partidas estrictamente de naturaleza salarial y no al conjunto de las retribuciones que percibe el trabajador. Esta interpretación estricta y literal del precepto es compartida por la doctrina que rechaza que los conceptos extrasalariales gocen igualmente de la preferencia aplicativa¹⁰¹³.

Así, la capacidad del convenio colectivo de empresa para determinar la retribución íntegra de la plantilla está parcialmente limitada, pues para conocer el coste laboral final deberá atenderse a las reglas de concurrencia del art. 84 ET y a la fijación retributiva

¹⁰¹² Por todas, STS de 5 de julio de 2016 (rec. 2294/2014).

¹⁰¹³ MELLA MÉNDEZ, L., “La nueva estructura de la negociación colectiva en la reforma laboral de 2012 y su reflejo en los convenios colectivos existentes y posteriores a su entrada en vigor”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 33, 2013, p. 38; GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa...op. cit.*, p. 153; DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del...op. cit.*, p. 45; CRUZ VILLALÓN, J., *et al.*; “La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, en Carlos L. Alfonso Mellado *et al.* (Coords.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, SL: Lefebvre-El Derecho, 2016, p. 99.

extrasalarial que contenga el convenio colectivo sectorial que, en su caso, pudiera resultar de aplicación.

En este sentido, podría pensarse que el convenio sectorial, que potencialmente resultase de aplicación simultánea en la empresa, fijase una retribución por conceptos extrasalariales que perfilase con mayor o menor intensidad el coste laboral que el empresario ha de asumir. Dentro de esta lógica, los negociadores sectoriales podrían imponer la obligación al empresario de retribuir por tantos conceptos extrasalariales estimaran oportunos y en la cuantía que determinasen. Así, a través de la obligación sectorial de retribuir dietas, suplidos, mejoras voluntarias de la Seguridad Social, indemnizaciones por traslados, suspensiones o despidos, etc. se estarían aumentando indirectamente los costes laborales del empresario.

A propósito de ello, algún autor ha puesto de manifiesto la relevancia práctica de estas partidas extrasalariales desde el punto de vista del coste unitario de cada trabajador¹⁰¹⁴. De hecho, dada la relevancia de estos costes, el legislador en el año 2013 fijó unos umbrales máximos a partir de los cuales algunas de estas partidas pasaron a incluirse en la base de cotización a la Seguridad Social¹⁰¹⁵. En este sentido, también se ha planteado la conveniencia razonable de que el convenio de empresa pudiera disponer de las cuantías que sobrepasen dichos umbrales, puesto que podrían considerarse prestaciones económicas de naturaleza salarial¹⁰¹⁶.

Por otro lado, volviendo al texto de la norma, tampoco se deriva que la preferencia aplicativa alcance a la estructura salarial, sino exclusivamente a la cuantía salarial. En

¹⁰¹⁴ *Vid.* Real Decreto-Ley 16/2013, de 20 de diciembre (BOE 21-12-13). DEL REY GUANTER, S., “Estructura de la negociación colectiva y prioridad del nivel de empresa tras la reforma laboral de 2012”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 109, 2014, p. 208.

¹⁰¹⁵ En este sentido, el Real Decreto-Ley 16/2013 modificó el antiguo art. 109.2 LGSS en tanto en cuanto, dicho precepto comprendía tradicionalmente un amplio elenco de prestaciones económicas exentas, que eran reconducibles en su mayoría a la categoría jurídico laboral de percepciones extrasalariales. Tras su modificación, sin llegar a romper totalmente con ese criterio, se invierte la regla, pues prácticamente todas las prestaciones extrasalariales quedan sujetas a la obligación de cotizar.

¹⁰¹⁶ GÓMEZ GORDILLO, R., “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales...”, *op. cit.*, p. 66.

otros términos, no podrá alterar la definición de los complementos salariales ni establecer criterios para su devengo distintos a los fijados en el ámbito sectorial¹⁰¹⁷.

En este orden de consideraciones, si bien el convenio de empresa tiene reconocida la capacidad para cuantificar dichos complementos salariales, tanto a la baja como al alza, no podrá reducir dicha cuantía hasta el punto de acabar alterando manifiesta y claramente la propia estructura salarial fijada en el ámbito supraempresarial. En este caso el convenio de empresa incurriría en un manifiesto abuso de derecho al retribuir con importe cero los complementos salariales fijados en la norma convencional sectorial, pues así altera de hecho la estructura salarial fijada en el convenio sectorial¹⁰¹⁸.

Al respecto, parte de la doctrina¹⁰¹⁹ ha denunciado este “escenario incierto” por el elevado grado de inseguridad jurídica que se desprende de la prohibición de abuso de derecho *ex art. 7.2 CC*, pues no queda claro cuál es la cuantía mínima lícita. En consecuencia, la fijación concreta de los diferentes complementos salariales previstos en el diseño de la estructura salarial sectorial conduce al principio de máxima prudencia¹⁰²⁰.

Al hilo de esta cuestión, la interpretación del TS en la sentencia de 27 de septiembre de 2016 (rec. 123/2015), la cual se basó en la teoría del abuso de derecho para negar que el convenio empresa pudiera retribuir complementos salariales con importe cero,

¹⁰¹⁷ STS 1 de abril de 2016 (rec. 147/2015); STS 1 de diciembre de 2014 (proced. 259/2014); STSJ de Madrid 18 de mayo de 2015 (proced. 197/2015). CASAS BAAMONDE, M.^a E., “La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa”, *op. cit.*, p. 62. En sentido contrario, y defendiendo la tesis de que la prioridad aplicativa puede afectar también a la estructura salarial *vid.* CRUZ VILLALÓN, J., “Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011”, en Ignacio García-Perrote y Jesús Rafael Mercader Uguina (Coords.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 36.

¹⁰¹⁸ SAN de 22 de abril de 2014 (proced. 417/2013) confirmada por la STS de 27 de septiembre de 2016 (rec. 123/2015).

¹⁰¹⁹ MERCADER UGUINA, J. R., ¿Qué fue del convenio colectivo de empresa?... *op. cit.*, p. 108.

¹⁰²⁰ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2014: la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, *Trabajo y Derecho*, 2015, núm. 3, p. 127.

ha sido criticada por parte de algún autor¹⁰²¹ con base en dos razones principales: por un lado, que el art. 84.2 ET no establece ningún límite mínimo; y por otro, que la reducción en cuestión deriva de un acuerdo plenamente válido alcanzado por las partes con capacidad y legitimación para el pacto, por lo que “no nace aludir a un uso antisocial de un derecho o, menos aún, a la utilización de una norma de cobertura para eludir lo estipulado en otra aplicable”¹⁰²².

Así las cosas, a pesar de que el convenio de empresa goce de preferencia aplicativa en la cuantía salarial, el convenio sectorial sigue manteniendo un grado de afectación sobre aquel a través de la regulación de la estructura salarial¹⁰²³, pues cualquier modificación del sistema de remuneración (estructura), por pequeña que sea, tiene su repercusión en la cantidad a percibir mensualmente por el trabajador (cuantía). Por esta razón, algún autor ha tildado la diferenciación entre los conceptos de “sistema de remuneración” y “cuantía salarial” de “artificial” o de “extraña”¹⁰²⁴. En este sentido, la exclusión de la estructura salarial resulta “difícilmente explicable porque la cuantía salarial dependerá en gran medida de la estructura”¹⁰²⁵.

En coherencia con todo ello, comparto la propuesta de *lege ferenda* efectuada por parte de la doctrina consistente en incluir la estructura del salario en este apartado, gozando, por ello, el convenio de empresa prioridad al respecto¹⁰²⁶, máxime teniendo presente que por vía de la inaplicación *ex art.* 82.3 ET sí puede afectarse a aquella.

¹⁰²¹ DE CASTRO MARÍN, E., *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET...op. cit.*, p. 79.

¹⁰²² *Idem.*

¹⁰²³ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., “Límites a la aplicación prioritaria del convenio de empresa en la doctrina de la Audiencia Nacional”, *op. cit.*, p. 395.

¹⁰²⁴ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2014...”, *op. cit.*, p. 126.

¹⁰²⁵ DEL DEL REY GUANTER, S., “La negociación colectiva a nivel de empresa y, en particular, la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa”, en AA.VV, *Estructura de la Negociación Colectiva*, Madrid: MESS, 2015, p. 77.

¹⁰²⁶ CRUZ VILLALÓN, J., “Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011”, *op. cit.*, p. 36; DE CASTRO MARÍN, E., *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET...op. cit.*, p. 78.

De forma similar, otros autores sugieren que la preferencia aplicativa a favor del convenio de empresa debería ser a la inversa, consolidando más bien al convenio sectorial como norma de fijación de salarios mínimos, y dejando al ámbito empresarial la libertad de regular las estructuras salariales¹⁰²⁷. De este modo, se permitiría un cierto margen de actuación en los niveles inferiores, que podrían decidir la naturaleza fija o variable de determinadas partidas, al tiempo que se garantizaría una cierta homogeneidad al respecto.

Por último, y a modo de cierre, debe significarse que tampoco tendrá preferencia aplicativa el convenio empresarial por lo que respecta a la liquidación y pago del salario¹⁰²⁸. Sin embargo, algún autor ha recordado que cuando el TS se enfrentó a la interpretación de la expresión “sistema de remuneración” contenida en el antiguo art. 41 ET (que no nombraba expresamente “la cuantía”), optó por una interpretación amplia que permitía modificaciones de la cuantía derivadas de modificar los criterios de devengo de la estructura salarial¹⁰²⁹.

2. El “abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos”

En el apartado siguiente del art. 84.2 ET, el legislador diferencia y especifica dos materias de carácter retributivo sobre las que extiende la preferencia aplicativa en favor del convenio de empresa, como son el abono o la compensación de las horas

¹⁰²⁷ GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2014...”, *op. cit.*, p. 126; MARTÍNEZ BARROSO, M.^a de los R., “Deberes de información, derecho de representación y negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 228.

¹⁰²⁸ CRUZ VILLALÓN, J., *et al.*, “La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, *op. cit.*, pp. 98 y 109; CRUZ VILLALÓN, J., “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 36, p. 35.

¹⁰²⁹ LÓPEZ TERRADA, E., “Problemas interpretativos recientes sobre concurrencia de convenios, prioridad aplicativa del convenio de empresa y cambios de unidad de negociación”, *Trabajo y Derecho*, núm. 23, 2016, p. 5.

extraordinarias realizadas por el trabajador, por un lado, y la retribución específica del trabajo a turnos, por otro.

La explicación de esta previsión separada¹⁰³⁰ se halla en que el alcance de la preferencia aplicativa es mayor que en el apartado anterior, por cuanto no se limita a la determinación del *quantum*, sino que también abarca la determinación de la existencia de tal retribución específica, su estructura, los conceptos extrasalariales ligados a la misma y, en el caso particular de las horas extraordinarias, incluso su posible compensación por tiempo de descanso¹⁰³¹.

Ahora bien, el convenio colectivo empresarial a la hora de regular las horas extraordinarias únicamente disfrutará de la preferencia aplicativa en cuanto a la retribución en sentido amplio de las mismas se refiera y su eventual compensación, pero otras cuestiones, como la determinación del número de horas extraordinarias, su obligatoriedad o la distinción entre distintos tipos de horas extraordinarias, quedan excluidas de la preferencia aplicativa¹⁰³².

No obstante, esta interpretación no es pacífica en la doctrina, pues algún autor afirma que la ausencia de toda referencia a la cuantía de la compensación por la realización de horas extraordinarias implica que quede extramuros de la preferencia aplicativa, limitándose exclusivamente a la opción entre si las horas extras son compensadas con descansos o mediante el pago de cantidades pactadas¹⁰³³. En este contexto, y aplicando

¹⁰³⁰ Una previsión en cierta medida redundante por referirse a un complemento, como el plus de turnicidad, inequívocamente salarial. *Vid.* GÓMEZ GORDILLO, R., “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales...”, *op. cit.*, p. 65.

¹⁰³¹ DEL REY GUANTER, S., “La negociación colectiva a nivel de empresa y, en particular, la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa”, en AA.VV, *Estructura de la Negociación Colectiva*, Madrid: MESS, 2015, p. 78; DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del...* *op. cit.*, p. 49.

¹⁰³² GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio en la reforma de 2012*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 43; PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *La negociación colectiva en la empresa*, Valladolid: Lex Nova, 2014 p. 121; CRUZ VILLALÓN, J., *et al.*, “La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, *op. cit.*, p. 99

¹⁰³³ GÓMEZ GORDILLO, R., “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales...”, *op. cit.*, p. 69.

de nuevo el criterio hermenéutico del TS¹⁰³⁴ según el cual el art. 84.2 ET debe ser interpretado de forma restrictiva al constituir una excepción, parece que la determinación de la compensación no estaría incluida dentro de las materias con preferencia aplicativa, ya que de la literalidad del precepto solo se desprende un derecho de elección preferente, no pudiendo realizarse, en principio, lecturas más amplias de la norma.

3. El “horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turno y la planificación anual de las vacaciones”

A diferencia de lo que ocurre en materia retributiva, en la que el legislador destina dos apartados consecutivos del art. 84.2 ET para especificar el alcance de la preferencia aplicativa al respecto, en cuanto al tiempo de trabajo se refiere, la norma contempla una única previsión, en virtud de la cual se concede prioridad aplicativa a determinados componentes esenciales, como son el horario, la distribución del tiempo de trabajo, el régimen del trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.

Así las cosas, el convenio de empresa resultará de aplicación preferente, en primer lugar, en materia de horarios y distribución del tiempo de trabajo, lo que se traduce en la distribución diaria de la jornada y el horario flexible que pueda contemplarse en el texto convencional¹⁰³⁵. No obstante, la cuantificación máxima de la jornada anual no queda bajo el alcance de la preferencia aplicativa¹⁰³⁶. Es decir, no debe confundirse la

¹⁰³⁴ STS de 22 de septiembre de 2016 (rec. 248/2015).

¹⁰³⁵ De esta forma, los convenios de empresa podrán imponer el horario de trabajo, concretando si la distribución de la jornada anual se realiza de manera regular o irregular, determinado con ello la duración máxima de la jornada diaria, la forma en que se realizarán las compensaciones por defecto o exceso de jornada, y los periodos de descanso en jornadas superiores a seis horas. *Vid.* GÓMEZ GORDILLO, R., “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales...”, *op. cit.*, p. 70.

¹⁰³⁶ MERCADER UGUINA, J. R., ¿Qué fue del convenio colectivo de empresa?... *op. cit.*, p. 109; DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del...* *op. cit.*, p. 50.

distribución del tiempo de trabajo con la delimitación de lo que se entiende por tiempo de trabajo efectivo que formaría la jornada¹⁰³⁷.

En este sentido, la SAN de 1 de diciembre de 2014 (proced. 259/2014)¹⁰³⁸ aclaró por primera vez que la prioridad aplicativa en materia del tiempo de trabajo no incluye la jornada de trabajo o *quantum* de la prestación. Por tanto, en caso de que el convenio empresarial establezca una jornada superior al sectorial, y entrara en concurrencia conflictiva con este, no gozará de preferencia aplicativa y se aplicará la jornada prevista en el sectorial en virtud del art. 84 ET. Según la citada sentencia, el concepto de jornada máxima no puede confundirse con las normas sobre su distribución (horario).

Adviértase, sin embargo, que la STS de 10 de noviembre de 2016 (rec. 290/2015), si bien reafirmó que la determinación de la jornada anual no se encuentra entre las materias del art. 84.2 ET, por lo que, respecto de ella, no existiría “en ningún caso prioridad aplicativa del convenio de empresa mientras la vigencia del convenio sectorial provocara la concurrencia de ambos convenios”, introdujo el importante matiz que dicha aplicación del convenio sectorial se respetará siempre y cuando “les resulte más favorable”. De este modo el TS introdujo el criterio de la mayor favorabilidad en las reglas de determinación del convenio aplicable. Por ello, en caso que el convenio empresarial contemplase una jornada más beneficiosa que el sectorial, según este matiz, podrá resultar este de aplicación.

En segundo lugar, además de la retribución específica de los trabajadores a turnos, el apartado c) del art. 84.2 ET se refiere al propio “régimen del trabajo a turnos”, entendiéndose por tal la definición recogida en el art. 36.3 ET¹⁰³⁹. Así, el legislador otorga preferencia aplicativa al nivel empresarial en relación con la implantación del trabajo a turnos en la empresa, los puestos de trabajos concretos afectados, el ritmo

¹⁰³⁷ MUÑOZ RUIZ, A. B., *Problemas prácticos del Convenio Colectivo de Empresa...op. cit.*, p. 194.

¹⁰³⁸ Confirmada por la STS de 1 de abril de 2016 (rec. 147/2015). En la misma línea, STSJ de Madrid de 18 de mayo de 2015 (proced. 197/2015).

¹⁰³⁹ La cual procedía directamente de la contenida en la Directiva 93/104/CEE sobre ordenación del tiempo de trabajo (art. 2.5).

discontinuo o continuo, el sistema rotatorio o alternancia concreto, las franjas horarias de prestación del trabajo, etc.

A este respecto, algunos autores han excluido el régimen y la retribución del trabajo nocturno de la prioridad aplicativa del nivel empresarial por considerarlos componentes no incluidos en los apartados b) y c) del art. 84.2 ET al no contemplarse de forma expresa el régimen del trabajo nocturno¹⁰⁴⁰. Sin embargo, en la medida que el trabajo nocturno constituye una opción de distribución de la jornada, siendo igualmente posible su concreción bajo la modalidad de trabajo a turnos, no hay razón para excluirla de la preferencia aplicativa. En caso contrario, en supuestos de regulación concurrente, se daría “la paradoja” de que el régimen jurídico que ordenaría los turnos de mañana y tarde se vería afectado por dicha prioridad, pero el turno de noche quedaría regulado por lo establecido en el convenio sectorial, “opción inaplicable en términos prácticos”¹⁰⁴¹. Tampoco existe razón para excluir de la preferencia aplicativa la retribución de estos turnos nocturnos, pues el art. 36.2 ET remite a la negociación colectiva la determinación de su retribución específica, sin excluir al ámbito empresarial para ello, siendo, en todo caso, encajable tal extremo en el apartado a) del art. 84.2 ET¹⁰⁴².

En tercer lugar, el precepto otorga prioridad aplicativa al convenio empresarial en materia de “planificación anual de las vacaciones”. A propósito de ello, conviene recordar que de conformidad con el art. 38 ET corresponde a los convenios colectivos la planificación anual de las vacaciones, mientras que el periodo concreto para su disfrute se fija de común acuerdo entre el empresario y el trabajador. En este sentido, el art. 84.2.c) ET refuerza y protege la planificación recogida en el ámbito empresarial frente a otras eventuales planificaciones de ámbitos superiores dotándola de

¹⁰⁴⁰ DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del...op. cit.*, p. 50; ARAGÓN GÓMEZ, C. *et al.*, “La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo”, en Carlos L. Alfonso Mellado *et al.* (Coords.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, SL: Lefebvre-El Derecho, 2016, p. 368.

¹⁰⁴¹ GÓMEZ GORDILLO, R., “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales...”, *op. cit.*, p. 71.

¹⁰⁴² *Vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa...op. cit.*, p. 154

preferencia aplicativa. Sin embargo, nótese que esta preferencia es limitada, ya que la fijación en convenio de empresa de unas vacaciones de duración inferior a la del convenio sectorial tampoco es amparable en el art. 84.2 ET, puesto que esta duración no puede confundirse con su planificación¹⁰⁴³. En este sentido, la preferencia aplicativa no abarcaría a la duración de las vacaciones ni a la retribución a percibir durante su disfrute¹⁰⁴⁴.

Por otro lado, surge la duda de si la fijación del descanso semanal goza de preferencia aplicativa al entenderla dentro del concepto de horario y distribución del tiempo de trabajo o excluida por integrarse en el concepto de jornada. La doctrina ha optado por considerar que la determinación del número de días de descanso queda más allá del apartado c) y por tanto sin prioridad aplicativa, pero que la concreción de los días en los que se va a producir dicho descanso sí gozaría de preferencia aplicativa en el convenio empresarial¹⁰⁴⁵.

En esta línea, con carácter general surge la incógnita sobre si las condiciones laborales referidas a, por ejemplo, el régimen de descansos, las pausas dentro de la jornada, la distribución irregular de la jornada, los permisos, las vacaciones o las licencias quedarían integradas en el concepto “distribución del tiempo de trabajo”. Algunos autores defienden que la expresión es lo suficientemente amplia como para entender que sí están comprendidos en la preferencia aplicativa del convenio empresarial¹⁰⁴⁶, mientras que otros niegan esta inclusión, probablemente con más acierto, sobre la base

¹⁰⁴³ SAN de 1 diciembre de 2014 (proced. 190/2014).

¹⁰⁴⁴ ARAGÓN GÓMEZ, C. *et al.*, “La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo”, *op. cit.*, p. 384.

¹⁰⁴⁵ *Ibidem*, p. 393.

¹⁰⁴⁶ DEL REY GUANTER, S., “Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 201, 2010, p. 174; DE CASTRO MARÍN, E., *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET...op. cit.*, p. 80.

del carácter restrictivo que merece la interpretación del art. 84.2 ET por tratarse de una excepción¹⁰⁴⁷, de conformidad con la posición del TS¹⁰⁴⁸.

Por último, cabría plantearse si dentro de este apartado c) del art. 84.2 ET relativo al horario estaría incluida la organización y documentación del registro de la jornada de los trabajadores, sistema obligatorio desde la entrada en vigor del RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo. En este sentido, debe recordarse que a pesar de que la cuantificación de la jornada no goza de preferencia aplicativa al no estar mencionada en el listado de materias del art. 84.2 ET, el convenio de empresa sí resultaría de aplicación preferente en cuanto a la distribución concreta de la jornada y el horario flexible. Desde esta perspectiva, las medidas concretas para supervisar y registrar el cumplimiento del horario asignado deberían gozar igualmente de la prioridad aplicativa.

A mayor abundamiento, el nuevo art. 34.9 ET impone al empresario la obligación de llevar registrar diariamente el horario de entrada y de salida de cada trabajador, sin perjuicio de la flexibilidad horario. La organización y documentación de este registro se regulará por lo establecido en la “negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa”. Obsérvese que la norma hace una llamada, en primer lugar, a la negociación colectiva en general, pues se remite tanto al convenio colectivo como al acuerdo de empresa para la concreción del registro horario. Así, al no establecerse una relación de jerarquía ni de preferencia entre ambas posibilidades, lo más coherente es interpretar que el nivel adecuado para pactar estas medidas es el de empresa, pues en caso contrario, podría existir una contradicción entre lo regulado en el convenio colectivo sectorial y el acuerdo de empresa. De hecho, parece que la norma presume que el nivel para adoptar estas medidas sea el de empresa, en tanto en cuanto

¹⁰⁴⁷ MERCADER UGUINA, J. R., ¿Qué fue del convenio colectivo de empresa?... *op. cit.*, p. 109

¹⁰⁴⁸ STS de 22 de septiembre de 2016 (rec. 248/2015).

de no conseguirse el acuerdo con los representantes de los trabajadores, será el propio empresario quien decida cómo implementar el registro horario.

4. La “adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores”

El art. 84.2 ET dota de preferencia aplicativa al convenio empresarial en materias que trascienden la esfera retributiva y del tiempo de trabajo, como es el “el sistema de clasificación profesional de los trabajadores”.

Antes de profundizar en el significado objetivo de esta materia concreta, recuérdese que el alcance de la preferencia aplicativa resulta más limitado que en las materias precedentes por cuanto solo se proyecta sobre la capacidad de adaptación del convenio empresarial y no sobre su facultad de ordenación primaria u original, que queda reservada al ámbito sectorial.

Esto implica que el sistema de clasificación profesional que regirá en la empresa no será de forma automática el previsto en el propio convenio colectivo empresarial, sino que habrá que estar al que resulte aplicable a tenor las reglas generales de concurrencia del art. 84 ET. En caso de que el convenio sectorial fuese el aplicable, el convenio de empresa no podrá desplazar lo previsto por este en materia de clasificación profesional, en concreto, en lo que se refiere al diseño de los grupos profesionales y su composición, sino que tendrá preferencia aplicativa exclusivamente en la concreción de tareas, funciones, especialidades profesionales o responsabilidades de cada grupo profesional que estén relacionadas con peculiaridades de la propia organización de la empresa.

A este respecto, el convenio empresarial podrá determinar criterios respecto del desarrollo de la clasificación, por ejemplo, el funcionamiento de la polivalencia funcional en la empresa¹⁰⁴⁹, en la medida que esta última se regula igualmente en el

¹⁰⁴⁹ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del...*, *op. cit.*, p. 43; DE CASTRO MARÍN, E., *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET...* *op. cit.*, p. 83.

apartado 4 del art. 22 del ET titulado genéricamente “sistema de clasificación profesional”. No obstante, esta última cuestión no es unánime en la doctrina, pues con base en una interpretación restrictiva del art. 84.2 ET, algún autor rechaza la inclusión de la movilidad funcional dentro las materias con preferencia aplicativa¹⁰⁵⁰.

Con todo, debe entenderse que sí sería admisible añadir un nuevo grupo profesional o un criterio de asignación relevante para la empresa en cuestión a los fijados en el convenio sectorial o modular el contenido de las funciones y responsabilidades atribuidas a los mismos¹⁰⁵¹. Por tanto, solo parcialmente se consigue que el grado de complejidad y extensión de la estructura organizativa de una empresa se adecúe flexiblemente a la estructura de la clasificación profesional y a la competitividad empresarial. Y es que no debe olvidarse que el sistema de clasificación profesional está íntimamente vinculado al diseño retributivo a satisfacer por la empresa en función de las tareas que cada trabajador desempeñe. En este sentido, la imposibilidad de regular de origen dicho sistema por el convenio empresarial afecta de forma indirecta, aunque “extraordinaria” a la determinación de los sistemas retributivos¹⁰⁵².

5. La “adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyan por esta Ley a los convenios de empresa”

La cuarta materia de la cual se puede predicar la preferencia aplicativa a nivel de empresa es la relativa a los aspectos de las modalidades de contratación, que viene

¹⁰⁵⁰ DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del...* op. cit., p. 53. A favor de su inclusión DE CASTRO MARÍN, E., *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET...* op. cit., p. 83.

¹⁰⁵¹ MUÑOZ RUIZ, A. B., *Problemas prácticos del Convenio Colectivo de Empresa...* op. cit., p. 195. En contra de esta opción, GÓMEZ GORDILLO, R., “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales...”, op. cit., p. 72. En efecto, la STSJ de Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de septiembre de 2016 (rec. 4/2016) entendió que resulta de aplicación preferente el convenio colectivo empresarial que, sin oponerse a la clasificación profesional recogida en el convenio estatal, contempla nuevas categorías dentro de un grupo preexistente, realizando de este modo la adaptación del sistema de clasificación profesional de los trabajadores a las peculiaridades de la empresa.

¹⁰⁵² ARAGÓN GÓMEZ, C. et al., “La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo”, op. cit., p. 291.

referida a las modalidades *stricto sensu*, por un lado y a los contratos temporales, por otro lado¹⁰⁵³. Sin embargo, en relación con esta última materia, pueden encontrarse posiciones doctrinales contrarias a su inclusión en este apartado con fundamento en una interpretación restrictiva del art. 84.2 ET¹⁰⁵⁴.

Con todo, deben repetirse aquí las observaciones ya efectuadas sobre el alcance limitado de la preferencia aplicativa, ya que no se contempla la capacidad de ordenación original del convenio empresarial, sino exclusivamente la facultad de acomodar lo previsto en el convenio sectorial. No obstante, una diferencia con el apartado anterior es que, en este caso, la facultad adaptativa viene referida tanto a la regulación legal como a la regulación sectorial, en el sentido de que el convenio empresarial podrá adaptar tanto las previsiones legales como las convencionales en torno a las diferentes modalidades contractuales.

Además de esta limitación material, de la redacción del precepto se desprende un segundo límite, ya que se requiere que previamente el ET haya atribuido al convenio colectivo de ámbito empresarial la regulación de determinados aspectos referentes a las modalidades de contratación. En consecuencia, el convenio de empresa no gozará de preferencia aplicativa en aquellos casos en los que el ET se remite expresamente a la negociación colectiva sectorial en materia de modalidades contractuales. Por el contrario, sí la tendrá en aquellos otros donde el ET se remite al convenio empresarial o a la negociación colectiva en genérico¹⁰⁵⁵.

Repárese que el convenio colectivo empresarial deberá limitarse a “adaptar” las modalidades de contratación, lo que supone que, si bien puede realizar ajustes de

¹⁰⁵³ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio...* *op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁵⁴ En contra, LÓPEZ BALAGUER, M., “Límites materiales a la prioridad aplicativa...”, *op. cit.*, p. 302.

¹⁰⁵⁵ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio...* *op. cit.*, p. 44; SANGUINETI RAYMOND, W., MARTÍN HERNÁNDEZ, M.^a L. y MUÑOZ RUÍZ, A. B., “Las cláusulas sobre modalidades de contratación y empleo en los nuevos convenios de empresa”, en Carlos L. Alfonso Mellado *et al.* (Coords.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, SL: Lefebvre-El Derecho, 2016, p. 410; CRUZ VILLALÓN, J., “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 37.

adecuación a la particular situación de la empresa, no podrá “desnaturalizar” el diseño previsto en la ley ni en el convenio sectorial¹⁰⁵⁶. En este sentido, destaca la poca virtualidad de esta previsión normativa, pues el convenio colectivo de empresa ya podía con anterioridad concretar o complementar aspectos generales, tanto de la ley como del convenio sectorial, puesto que, en tal supuesto, no existiría concurrencia conflictiva entre los dos convenios colectivos de distinto ámbito, ya que sus respectivas reglamentaciones sobre el mismo aspecto no entrarían en contradicción.

Quizá la virtualidad de este apartado e) se manifestaría en el hecho de que, entre las posibles adaptaciones que los diferentes convenios colectivos contemplen en materia de modalidades contractuales, se aplicará con preferencia al resto la prevista en el convenio empresarial, eso sí, siempre y cuando la capacidad de adaptación no esté reservada expresamente al ámbito sectorial en el ET¹⁰⁵⁷. Sirva de ejemplo la fijación de la duración máxima o mínima de los contratos temporales dentro de los límites legales permitidos, o la delimitación con mayor o menor grado de exactitud de las actividades susceptibles de ser desempeñadas por trabajadores contratados por medio de contratos de obra o servicio determinado¹⁰⁵⁸.

Así las cosas, para conocer con exactitud dicha virtualidad habrá que revisar el conjunto de remisiones que el ET efectúa a la negociación y convenios colectivos respecto de esta materia, el cual es “bastante abigarrado, lo que puede abrir problemas

¹⁰⁵⁶ SANGUINETI RAYMOND, W., MARTÍN HERNÁNDEZ, M.^a L. y MUÑOZ RUÍZ, A. B., “Las cláusulas sobre modalidades de contratación y empleo en los nuevos convenios de empresa”, *op. cit.*, p. 412.

¹⁰⁵⁷ En contra, defendido la tesis que la facultad de adaptación se refiere exclusivamente al convenio sectorial, el cual debe prevalecer *vid.* DEL REY GUANTER, S., “Estructura de la negociación colectiva y prioridad del nivel de empresa tras la reforma laboral de 2012”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 109, 2014, p. 209, quien afirma que: “la adaptación va a depender en gran medida de lo que se regule en los convenios colectivos de nivel superior, dependiendo de su grado de concreción al respecto. En todo caso, ese nivel superior no puede ser tan exhaustivo que deje sin espacio regulatorio al nivel de empresa”.

¹⁰⁵⁸ Otras adaptaciones serían: el número máximo de horas complementarias que se pueden pactar en los contratos a tiempo parcial y el plazo de preaviso para su realización; la fijación de la duración máxima posible de los períodos de prueba pactados en todos los tipos de contractuales en general y en el de práctica en particular; la determinación de la duración y/o retribución de los trabajadores contratados en prácticas; la referencia al orden de llamada de los trabajadores fijo discontinuos, etc.

interpretativos”¹⁰⁵⁹. Bajo esta lógica, resulta claro que el convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa cuando el ET se remita expresamente al mismo o, sin distinguir, se remita en general a la negociación colectiva o a los convenios colectivos¹⁰⁶⁰. En sentido contrario, de remitirse expresamente al convenio colectivo sectorial o a la negociación sectorial, el convenio empresarial no gozará de la preferencia aplicativa prevista en este apartado¹⁰⁶¹.

¹⁰⁵⁹ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio...op. cit.*, p. 43.

¹⁰⁶⁰ **Art. 11.1.d)** ET (contratos formativos): “salvo lo dispuesto en convenio colectivo, el periodo de prueba no podrá ser superior a [...]”; **Art. 11.1.e)** ET (contratos formativos): “la retribución será la fijada en convenio colectivo para los trabajadores en prácticas, sin que, en su defecto, pueda ser [...]”; **Art. 11.2.b)** ET (contratos formativos): “la duración mínima del contrato será de [...]”. No obstante, mediante convenio colectivo podrá establecerse distintas duraciones [...]”; **Art. 12.4.b)** ET (contrato a tiempo parcial): “cuando el contrato a tiempo parcial conlleve la ejecución de una jornada diaria inferior [...] y se realice de forma partida, solo será posible efectuar una única interrupción, salvo que se disponga otra cosa mediante convenio colectivo”; **Art. 12.4.e)** ET (contrato a tiempo parcial): “a fin de posibilitar la movilidad voluntaria en el trabajo a tiempo parcial, el empresario deberá informar [...] todo ello de conformidad con los procedimientos que se establezcan en convenio colectivo”; **Art. 12.4.f)** ET (contrato a tiempo parcial): “los convenios colectivos establecerán medidas para facilitar el acceso efectivo de los trabajadores a tiempo parcial a la formación profesional continua [...]”; **Art. 12.5.c)** ET (contrato a tiempo parcial): “los convenios colectivos podrán establecer otro porcentaje máximo [de horas complementarias pactadas]”; **Art. 12.5.d)** ET (contrato a tiempo parcial): “el trabajador deberá conocer el día y l ahora de realización de las horas complementarias pactadas con un preaviso mínimo de tres, salvo que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior”; **Art. 12.5.g)** ET (contrato a tiempo parcial): “[...] la realización de horas complementarias de aceptación voluntaria, no podrá superar el quince por ciento, ampliables al treinta por ciento por convenio colectivo”; **Art. 14.1** ET (periodo de prueba): “en el supuesto de los contratos temporales de duración determinada del artículo 15 concertados por tiempo no superior a seis meses, el periodo de prueba no podrá exceder de un mes, salvo que se disponga otra en convenio colectivo”; **Art. 15.1.a)** ET (contrato de obra o servicio): “los convenios colectivos sectoriales estatales y de ámbito inferior, incluidos los convenios de empresa, podrán identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia [...]”; **Art. 15.1.b)** ET (contrato eventual): “por convenio colectivo se podrán determinar las actividades en las que puedan contratarse trabajadores eventuales [...]”; **Art. 15.6** ET (contratos temporales): “cuando corresponda en atención a su naturaleza, tales derechos serán reconocidos en las disposiciones legales y reglamentarias y en los convenios colectivos de manera proporcional, en función del tiempo trabajado”; **Art. 16.2** ET (contrato fijo-discontinuo): “serán llamados en el orden y la forma que se determine en los respectivos convenios colectivos [...]”.

¹⁰⁶¹ **Art. 11.1.a)** ET (contratos formativos): “mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior, se podrán determinar los puestos de trabajo o grupos profesionales objetivo de este contrato”; **Art. 11.1.b)** ET (contrato formativos): “la duración del contrato [...] dentro de cuyos límites los convenios colectivos de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, los convenios colectivos sectoriales de ámbito inferior podrá determinar la duración del contrato [...]”; **Art. 15.1.a)** ET (contrato de obra o servicio): “no podrán tener una duración superior a 3 años ampliable hasta doce meses más por convenio colectivo de ámbito

A mayor abundamiento, al hilo de estas remisiones, surgía la duda si el convenio de empresa mantenía la preferencia aplicativa cuando el ET se remitía al ámbito inferior (sin concretar), pero solo “en defecto” de convenio de ámbito superior¹⁰⁶², como era el caso de los art. 12.4.b). 12.4.g), 12.5 y 12.5.c) ET (previo a la reforma operada por el RDL 16/2013 de 20 de diciembre). La doctrina estaba dividida, pues algunos autores defendían la prevalencia del convenio de empresa con base en el argumento finalista de la reforma laboral del 2012¹⁰⁶³, y otros mantenían que solo cabía aplicar la prioridad del convenio de empresa de manera supletoria¹⁰⁶⁴. Sin embargo, en la redacción vigente del ET ha desaparecido esta construcción normativa y, en su lugar, la remisión subsidiaria se hace al “convenio *sectorial* inferior” o a la negociación colectiva en general.

Por último, persiste la duda sobre si las cláusulas de empleo recogidas en los convenios colectivos *ex* art. 17.4 y 85.1 ET, normalmente ligadas a fórmulas que persiguen la contratación indefinida en la empresa y la limitación de la contratación temporal, se encuentran recogidas dentro de este apartado e) del art. 84.2 ET. De ser así, la empresa que contase con un convenio colectivo propio podría inaplicar lo previsto a nivel sectorial en materia de cláusulas de empleo y regirse, en su lugar, por lo previsto en su convenio empresarial. Sin embargo, la doctrina ha negado que lo pactado en materia de empleo en el convenio de empresa pueda disfrutar de la preferencia aplicativa, por cuanto es una materia diferente que no aparece expresamente recogida en el listado del art. 84.2 ET, a pesar de tener relación con las modalidades de contratación¹⁰⁶⁵.

sectorial estatal, o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior”; **Art. 15.1.b)** ET (contrato eventual): “por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior, podrá modificar la duración máxima [...]”.

¹⁰⁶² GOERLICH PESET, J. M.ª., *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio...* *op. cit.*, p. 44.

¹⁰⁶³ *Idem*.

¹⁰⁶⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa...* *op. cit.*, pp. 157-158.

¹⁰⁶⁵ SANGUINETI RAYMOND, W., MARTÍN HERNÁNDEZ, M.ª L. y MUÑOZ RUÍZ, A. B., “Las cláusulas sobre modalidades de contratación y empleo en los nuevos convenios de empresa”, *op. cit.*, pp. 409 y 417.

6. Las “medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal”

La última materia que el legislador prevé expresamente en el listado del art. 84.2 ET y, por tanto, en la que el convenio empresarial tendrá preferencia aplicativa es la relativa a “las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal”.

Evidentemente dichas medidas conciliadoras tienen como punto de gravedad la adaptación del tiempo de trabajo del empleado, por lo que un primer interrogante que puede suscitarse es si la preferencia aplicativa en materia de conciliación se encuentra limitada por los apartados anteriores del art. 84.2 ET, especialmente el apartado c), o, por el contrario, gracias a su previsión expresa en el apartado f) se extiende más allá de las limitaciones objetivas que derivan de la literalidad del resto de apartados. A este propósito, conviene recordar, por ejemplo, que el descanso semanal o los permisos no quedan bajo el alcance de la preferencia aplicativa en virtud del apartado c) del art. 42 ET. Pues bien, la interpretación más integradora es la que sostiene que gracias a esta previsión en materia de conciliación, el convenio colectivo empresarial resultará de aplicación preferente incluso en materias no encuadrables en otros apartados cuando regule medidas de conciliación¹⁰⁶⁶.

No obstante, la doctrina ha matizado que no puede leerse en sentido expansivo, de tal suerte que pueda invadir cualquier materia que afecte a condiciones de trabajo, sino que solo debería aplicarse esta preferencia cuando “la finalidad primordial” de la regulación sea la de establecer un régimen que propicie la conciliación “y no lo provoque de manera meramente colateral o refleja”¹⁰⁶⁷.

Con todo, obsérvese que la finalidad de todas las medidas de conciliación es procurar la compatibilidad equilibrada entre el tiempo destinado al trabajo y el destinado a la familia o al libre desarrollo de la personalidad del trabajador (*v. gr.* formación). En este

¹⁰⁶⁶ DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del...op. cit.*, p. 56.

¹⁰⁶⁷ CRUZ VILLALÓN, J., “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 37.

sentido, la concurrencia conflictiva tendrá lugar entre las medidas conciliadoras contempladas en el nivel sectorial y las previstas en el convenio empresarial. Pues bien, se impondrá el convenio de empresa en todo caso, a pesar de que dicha regulación empeore lo previsto en el convenio sectorial, pues el precepto no impone ningún criterio de favorabilidad, sino que, en la medida que efectivamente las medidas contempladas en el convenio empresarial respondan al objetivo de conciliar, será este el que resulte prioritariamente aplicable¹⁰⁶⁸.

7. Y... “aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2”. El papel del principio de norma más favorable

Como se señalaba al principio de este capítulo, el legislador ha topado el alcance de la prioridad aplicativa del convenio de empresa limitándolo a un listado de materias recogidas en el art. 84.2 ET que son las que se acaban de analizar. A este respecto, el papel de la negociación colectiva para diseñar la estructura de la negociación colectiva y fijar las reglas de solución de conflictos de concurrencia entre convenios encuentra en dicha preferencia un óbice infranqueable, pues el legislador expresamente despoja a los negociadores del art. 83.2 ET de la facultad de disponer de esta prioridad aplicativa.

Sin embargo, su función en la estructuración de la negociación colectiva no se ve anulada, tal y como se dijo en su momento¹⁰⁶⁹, pues entre otras actuaciones, puede alterar la regla general *prior tempore* y fijar otra en su lugar. Asimismo, y a lo que ahora interesa, mediante acuerdos interprofesionales o convenios sectoriales estatales o

¹⁰⁶⁸ A favor de esta interpretación *vid.* MERINO SEGOVIA, A., *La negociación colectiva tras las reformas de 2012*, Albacete: Bomarzo, 2012, p. 39. En contra, PRECIADO DOMÉNECH, C. H., *La negociación colectiva en la empresa*, Valladolid: Lex Nova, 2014, p. 123, quien defiende que por vía de convenio de empresa no se pueden empeorar las medidas sobre conciliación previstas en el convenio sectorial.

¹⁰⁶⁹ *Vid.* Introducción, apartado II, 1.3.

autonómicos *ex art. 83.2 y 84.2.g) ET* se podrá extender la prioridad aplicativa a otras materias más allá de las previstas por el legislador.

Por tanto, el legislador exclusivamente suspende la posibilidad de que las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales más representativas a nivel estatal o de comunidad autónoma restrinjan o reduzcan la preferencia aplicativa reconocida por él mismo en el art. 84.2 ET, pero sí les concede la posibilidad, si lo desean, de ampliar la misma otorgándosela a más materias que, de no hacerlo, se regirían por la regla general del art. 84 ET *prior tempore* o la que en su caso hubieran fijado dichos negociadores.

Además de la primera opción de ampliar el listado del art. 84.2 ET, esto es, identificando dicha materia y otorgándole expresamente el beneficio de la preferencia aplicativa en caso de estar regulada en el convenio de empresa, el convenio sectorial o el acuerdo marco también pueden potenciar una mayor aplicabilidad del convenio de empresa concediéndole dicha preferencia de forma condicional, por ejemplo, limitándola con base en el principio de norma más favorable. De este modo, en el caso de que el convenio empresarial recogiese una regulación más positiva para los trabajadores en el resto de materias, se podrían aplicar dichas previsiones convencionales en lugar del convenio sectorial.

Evidentemente, esta “delegación” en favor del convenio de empresa por parte del sectorial requiere que el convenio aplicable de entrada sea este mismo *ex art. 84.1 ET*. Dicho de otro modo, esta potenciación en favor del convenio de empresa carecería de sentido práctico si el convenio aplicable de forma íntegra fuese el propio convenio empresarial a tenor de las reglas de concurrencia del art. 84.1 ET.

Es de advertir, no obstante, que esta fórmula relativa, que puede ampliar la preferencia aplicativa del convenio de empresa si este resultase más favorable, no debe confundirse con aquellos otros supuestos de concurrencia convencional conflictiva, los cuales no se rigen, en principio, por el criterio de norma más favorable recogido en el art. 3.3

ET, sino por las normas de concurrencia recogidas en el art. 84.1 ET o en los acuerdos o convenios sectoriales¹⁰⁷⁰.

En efecto, así lo ha afirmado el TS en la sentencia de 1 de abril de 2016 (rec. 147/2015): “la prioridad aplicativa se produce aunque la norma no sea más favorable, puesto que no rige la norma más favorable (ni global ni particularmente), sino la determinada por la Ley para cada concreta materia. [...] No obstante ello, si se prevé expresamente en el convenio sectorial, el convenio de empresa tiene prioridad aplicativa en todo tipo de materias, aunque no estén relacionadas en el artículo 84.2 de la norma legal, si la regulación del convenio de empresa es más favorable para el concreto punto de que se trate”¹⁰⁷¹. En caso contrario, la estabilidad de la negociación y esta finalidad se frustraría si la regla de concurrencia fuese la del art. 3.3 ET, por lo que el carácter específico de la regla del art. 84 determina que debe primar sobre la del art. 3.3 ET¹⁰⁷².

¹⁰⁷⁰ DE VAL TERNA, Á. L., “El convenio colectivo de empresa: legitimación para negociar y principio de correspondencia entre la unidad de negociación y la representatividad de los sujetos negociadores”, *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, p. 208.

¹⁰⁷¹ Sin embargo, esta conclusión no es pacífica a nivel doctrinal, para ver las diferentes posturas enfrentadas *vid.* LÓPEZ ANIORTE, M.^a del C., *La concurrencia de convenios colectivos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 54 y ss.

Cabe añadir que parte de la doctrina ha interpretado este pronunciamiento de tal modo que dicha preferencia a favor del convenio de empresa, siempre que sea más favorable, es automática, sin necesidad que lo prevea el convenio sectorial, *vid.* DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del...op. cit.*, p. 28; CHACARTEGUI JÁVEGA, C., “Estructura y articulación de la negociación colectiva: una lectura a la luz del principio de norma más favorable”, en Consuelo Chacartegui Jávega (Coord.), *Negociación colectiva y gobernanza de las relaciones laborales: una lectura de la jurisprudencia tras la reforma laboral*, Albacete: Bomarzo, 2016, p. 78; DE CASTRO MARÍN, E., *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET...op. cit.*, p. 71. Sin embargo, no comparto dicha lectura porque suprime la consideración que hace el Tribunal Supremo “como prevé expresamente el convenio sectorial”, y atiende exclusivamente a la frase que le sucede “el convenio de empresa tiene prioridad aplicativa en todo tipo de materias siempre que la regulación sea más favorable”, para deducir de ahí que no resulta necesario que se contemple dicha preferencia aplicativa en el convenio sectorial, sino que es automática.

¹⁰⁷² STSJ de País Vasco de 9 de mayo de 2000 (rec. 463/200) y STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 30 de septiembre de 2016 (rec. 4/2016). En sentido contrario, STSJ de País Vasco de 21 de junio de 1994 (rec. 937/1993): “la concurrencia de dos o más normas convencionales se resuelve (artículo 3.3 del Estatuto de los Trabajadores) mediante la aplicación de la norma en su conjunto más favorable al trabajador”.

Con todo, esta interpretación no se ha convertido, de momento, en jurisprudencia del TS pues solo se ha dictado una sentencia en tal sentido y, de hecho, el propio Tribunal *obiter dicta* en la sentencia de 10 de noviembre de 2016 (rec. 290/2015) admitió que el principio de norma más favorable se aplicase en el ámbito de concurrencia de los convenios sectorial y de empresa, eso sí, solo en beneficio del convenio empresarial¹⁰⁷³.

En esta línea se movió la STSJ del País Vasco de 9 de diciembre de 2015 (Rec. 1881/2015) que señalaba literalmente que “respecto del resto de materias contempladas en el convenio de empresa no previstas en el artículo 84.2, debemos compararlas con la misma regulación del convenio estatal y ver qué regulación es más favorable al trabajador”. En este caso concreto, a pesar de que el convenio colectivo sectorial era anterior en el tiempo, el Tribunal vasco analizó un conjunto de materias excluidas de la preferencia aplicativa del art. 84.2 ET para averiguar si el convenio colectivo empresarial resultaba más favorable a fin de declararlo aplicable en detrimento del sectorial.

De ese planteamiento parece deducirse que siempre y cuando el convenio de empresa sea más beneficioso, materia por materia (de aquellas otras distintas a las que gozan de preferencia aplicativa *ex* art. 84.2 ET), resultara de aplicación¹⁰⁷⁴. En este único caso, que potencia en definitiva la aplicación íntegra del convenio de empresa, las reglas de solución de conflictos de concurrencia previstas en el art. 84.1 ET parecen que son sustituidas por el principio general de favorabilidad.

La solución descrita se presenta, en todo caso, pacífica, si está recogida en el propio convenio sectorial que deja de aplicarse o en el acuerdo marco correspondiente. En caso contrario, su fundamentación jurídica resulta más débil. Primero porque, como se decía al inicio, la norma que resuelve las situaciones de concurrencia conflictiva es

¹⁰⁷³ Se trataba de una empresa en la cual un grupo de trabajadores se regía por un convenio propio de empresa, el cual gozaba de preferencia aplicativa en todas las materias, incluida la jornada, por aplicación del art. 84.1 ET, y otro grupo de trabajadores, provenientes de una subrogación, cuyas condiciones laborales se regulaban por el convenio sectorial. El Tribunal abre la puerta a que los trabajadores subrogados pudieran ver regulada su jornada por el convenio de empresa y no por el sectorial, si las previsiones del primero hubieran sido más favorables.

¹⁰⁷⁴ BODAS MARTÍN, R., “Cuestiones jurisprudenciales sobre la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 98.

el art. 84.1 ET y no el art. 3.3 ET. Segundo, porque dicha solución solo opera en una dirección, y no en ambas, en el sentido de incrementar las materias aplicables del convenio de empresa (que no gozan de preferencia aplicativa *ex* art. 84.2 ET ni resultan en principio aplicables *ex* art. 84.1 ET) pero no al revés, es decir, cuando el convenio sectorial, que de entrada no es aplicable, fuera más beneficioso (materia por materia).

Posiblemente, la única razón que pueda pensarse para justificar esta interpretación unidireccional en beneficio exclusiva de la aplicación del convenio empresarial es que la unidad de negociación inferior puede mejorar lo previsto en ámbitos superiores, lo que implica, en un sentido amplio, que está siendo respetuosa con lo negociado en la unidad superior, pues no lo contradice, ni reduce, sino que solamente lo mejora. Sin embargo, en la otra dirección, si aquellas materias más favorables del convenio sectorial resultasen de aplicación, lo harían en detrimento del convenio de empresa, en la medida que este dejaría de aplicarse y la empresa vendría obligada a asumir unos costes superiores a los previstos en su propio convenio de empresa.

V. Limitaciones de carácter temporal a la aplicación del convenio de empresa

El convenio de empresa, en términos generales, además de verse sometido a las limitaciones procedentes de la negociación colectiva sectorial y a la rígida interpretación que realizan los tribunales sobre la extensión material de la preferencia aplicativa, también se enfrenta a otras barreras, esta vez, respeto a su alcance temporal. En este sentido, destaca la imposibilidad de dotar al convenio de efectos retroactivos con preferencia aplicativa, por un lado y, la difícil aplicación íntegra del convenio empresarial, por otro.

1. ¿Es lícito el carácter retroactivo del convenio de empresa?

Antes de nada, debe significarse que, al igual que el resto de convenios colectivos, es perfectamente posible y válido que un convenio colectivo empresarial tenga carácter

retroactivo, total o parcial, al momento de su entrada en vigor, de tal suerte que despliegue efectos sobre una realidad temporal ya vencida.

Sin embargo, resulta conveniente matizar que la preferencia aplicativa del convenio de empresa encuentra limitado este efecto retroactivo, pues, a pesar de que los negociadores pacten el carácter retroactivo de las materias listadas del art. 84.2 ET, no será aplicable si la consecuencia de ello es alterar a la baja las condiciones laborales ya consolidadas¹⁰⁷⁵. Dicho de otro modo, en virtud de la prohibición de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE) el convenio de empresa no podrá aminorar derechos laborales ya devengados con anterioridad a su entrada en vigor¹⁰⁷⁶.

En este sentido, la SAN de 29 de mayo de 2013 (proced. 130/2013) entendió que la prioridad aplicativa no podía ser un instrumento para que las empresas “normalicen” el incumplimiento de los convenios que debieron aplicar, abonando salarios muy inferiores a trabajos ya realizados, cuya retribución pactada era muy superior¹⁰⁷⁷. Este pronunciamiento fue confirmado en casación por el TS en la sentencia de 18 de febrero de 2015 (rec. 18/2014), que por vez primera se pronunció al respecto en el sentido de que el convenio de empresa no podía utilizarse como herramienta para minorar condiciones laborales ya devengadas y consolidadas, y por ello definitivamente incorporadas al patrimonio de los trabajadores. En consecuencia, el convenio empresarial no puede suponer una “normalización del incumplimiento” del convenio colectivo que resultaba aplicable hasta su entrada en vigor¹⁰⁷⁸.

¹⁰⁷⁵ CRUZ VILLALÓN, J., *et al.*, “La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, *op. cit.*, p. 119.

¹⁰⁷⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Primeras experiencias jurisprudenciales de la prioridad aplicativa del convenio de empresa”, *Trabajo y Derecho*, núm. 3, 2015, pp. 73-76.

¹⁰⁷⁷ Previamente, aunque de forma no tan nítida, la AN ya se había pronunciado en contra de la retroactividad del convenio de empresa en términos de reducción de derechos, vid. SAN de 22 de abril de 2014 (proced. 417/2013), confirmada por la STS de 27 de septiembre de 2017 (rec. 123/2015).

¹⁰⁷⁸ En el mismo sentido *vid.* SSTS de 18 de febrero de 2015 (rec. 18/2014); de 13 de octubre de 2015 (rec. 222/2014); de 19 de abril de 2016 (rec. 128/2015) y de 27 de septiembre de 2016 (rec. 123/2015).

Así las cosas, la virtualidad de la retroactividad del convenio de empresa, en concreto, de aquellas materias con preferencia aplicativa *ex art. 84.2 ET*, estará limitada al caso en que la regulación que se contemple mejore las condiciones laborales previas y, en todo caso no suponga una aminoración de los derechos que ya forman parte de la esfera patrimonial de los trabajadores.

En íntima conexión con el alcance temporal de la preferencia aplicativa surge la incógnita sobre la base de cálculo de la indemnización de un trabajador, en el sentido de si debe atenderse al salario superior que efectivamente percibió durante gran parte de su relación laboral en virtud de la aplicación del convenio colectivo sectorial o por el contrario se ha calcular conforme al salario inferior fijado en el convenio de empresa de aplicación posterior. Según el TS¹⁰⁷⁹, deberán aplicarse las reglas generales de concurrencia de convenios establecidas en el art. 84.2 ET que dan preferencia en materia salarial al convenio de empresa frente al superior, rechazando que rija, a estos efectos, el principio de irretroactividad, sino exclusivamente el respeto a la ley, salvo que el propio convenio de empresa dispusiera de su preferencia aplicativa a favor del superior si ese resultase más favorable.

De lo cual se puede colegir que, a efectos del cálculo y pago de la indemnización, el convenio superior y previo a la entrada en vigor del convenio empresarial no desplegará ningún efecto, siendo perfectamente válida aquella indemnización calculada conforme a este último, sin distinción en términos de proporcionalidad del tiempo trabajado bajo el convenio anterior.

En cualquier caso, debe significarse que la prohibición de dotar de carácter retroactivo al convenio de empresa -si con ello se empeoran las condiciones laborales previstas en el convenio sectorial vigente- puede suponer una fuerte limitación a la hora culminar con éxito el proceso negociador, habida cuenta de que el convenio resultante no es más que un cúmulo de transacciones actuales entre el empresario y los representantes de los trabajadores. Es decir, con esta prohibición se constriñe notablemente el abanico

¹⁰⁷⁹ Auto del TS de 11 de junio de 2015 (rec. 3340/2014).

de posibilidades sobre las que negociar, elevando así los costes de transacción y dificultando por consiguiente el acuerdo final¹⁰⁸⁰.

A mi juicio, y como alternativa a esta interpretación, la irretroactividad debería tomar como punto de referencia el conjunto del convenio de empresa y no materia por materia, puesto que es posible que, a cambio de empeorar una condición laboral con carácter retroactivo, se pacte al mismo tiempo una mejora referida a otra condición, bien con carácter igualmente retroactivo, bien exclusivamente de futuro. En este sentido, el escenario en el que cobraría mayor significado y utilidad esta posible retroactividad parcialmente *in peius* se identificaría con aquel donde se pretendiese reflotar el proyecto empresarial o garantizar su viabilidad mediante la suscripción de un convenio de empresa propio, que permitiese “reestructurar” o “o regularizar” las posibles deudas laborales contraídas y no satisfechas según el anterior convenio aplicable¹⁰⁸¹.

¹⁰⁸⁰ CABEZA PEREIRO, J., “Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos”, en Jesús Cruz Villalón (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid: Ediciones Cinca, 2017, p. 146.

¹⁰⁸¹ A este respecto debe señalarse que la práctica judicial, en ocasiones, ha flexibilizado el principio de indisponibilidad atendiendo a las circunstancias concretas del caso. Por ejemplo, las SSTSJ de Aragón de 29 de diciembre de 2010 (892/2010) y de 15 de marzo de 2010 (rec. 152/2010) señalaron que “si el fundamento social del principio de irrenunciabilidad es la protección contra la desigualdad de las partes, proteger al trabajador frente a su propia posición de debilidad en el seno de la relación de trabajo no debe impedir la validez de las transacciones alcanzadas extrajudicialmente, en la medida en que se alcance soluciones equitativas para las partes, donde la libertad de decisión se manifieste en acuerdos sujetos a un juicio de razonabilidad que permita ponderar los intereses en juego y garantice su equilibrio, con los únicos límites que lo acordado no constituya lesión grave para ninguna de las partes, fraude de ley, ni abuso de derecho”. Es más, otras veces los tribunales de suplicación han avalado el pacto entre trabajadores y empresario de reducción de retribuciones adoptado en un contexto de crisis, así SSTSJ de Extremadura de 1 de febrero de 2011 (rec. 622/2010) y 13 de noviembre de 2003 (rec. 657/2003) y sentencias en estas citadas señalan que “el pacto suscrito entre la empresa y los trabajadores es plenamente válido al no constar que hubiera sido formalizado bajo coacción, dolo, etc. y también es eficaz y debe desplegar plenos efectos, pues si bien el artículo 3.5º establece que los trabajadores no podrán disponer válidamente, antes o después de su adquisición de los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales de derecho necesario, debe ser interpretado en el sentido de que lo que resulta indisponible o irrenunciable en materia salarial, es el derecho a percibir el salario como contraprestación del trabajo realizado por el operario, es decir, dicho en términos vulgares, lo que la Ley prohíbe es trabajar sin cobrar, pero no es irrenunciable el importe del salario, que en todo caso debe respetar el salario mínimo interprofesional, a lo que debe añadirse que en el presente supuesto, la disminución salarial acordada, venía motivada por la importante crisis económica por la que atraviesa la empresa demandada que tramitó diversos expedientes de regulación de empleo, y la solución acordada aparecía

A este respecto, conviene recordar que nuestro ordenamiento jurídico laboral únicamente prohíbe la renuncia de derechos en el plano de la autonomía individual, entendiéndose por tal “el negocio jurídico unilateral de carácter abdicativo, esto es, sin contraprestación”¹⁰⁸², si bien cabe extender dicha prohibición asimismo a los negocios que supongan una disposición de derechos, salvo disposición en contrario¹⁰⁸³. Sin embargo, fuera del terreno de la autonomía individual, la transacción de derechos es un negocio posible en el Derecho del Trabajo dada la redacción del art. 3.5 ET¹⁰⁸⁴, siempre y cuando se cumplan sus presupuestos ontológicos, esto es, que se hagan concesiones de forma recíprocas para poner fin así a una controversia entre las partes¹⁰⁸⁵. En efecto, la transacción de derechos en el marco de un procedimiento negociador constituirá posiblemente un negocio jurídico válido, especialmente cuando aquellos derechos sobre lo que los representantes de los trabajadores quisieran disponer pertenecieran a la misma unidad de negociación.

2. La aplicación íntegra del convenio empresarial: la impermeabilidad de la unidad negociadora y el carácter dispositivo de la regla prior tempore

Sin abandonar el análisis de las limitaciones temporales al convenio de empresa, debe recordarse que la aplicación íntegra de este no se produce de forma automática a tenor del art. 84.2 ET, sino que pueden diferenciarse dos tipos de alcance aplicativo según la materia negociada. Por un lado, están aquellas cuestiones que resultan aplicables de forma inmediata, esto es, con la entrada en vigor del convenio empresarial desplazan a las condiciones laborales que hasta ese momento regían. Por otro lado, se hallan el

como una fórmula viable para mantener en funcionamiento a dicha empresa y no tener que rescindir los contratos de trabajo”.

¹⁰⁸² BLASCO PELLICER, Á., *La individualización de las relaciones laborales*, Madrid: CES, 1995, p. 289.

¹⁰⁸³ *Ibidem*, p. 294.

¹⁰⁸⁴ OJEDA AVILÉS, A., *La renuncia de derechos del trabajador*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971, p. 197.

¹⁰⁸⁵ BLASCO PELLICER, Á., *La individualización...op. cit.*, p. 291.

resto de materias no previstas en el listado del art. 84.2 ET, cuya aplicabilidad no es automática, sino que puede depender de dos variables, bien de la regla general *prior tempore* del art. 84 ET, bien de aquella otra que pueda prever el convenio colectivo sectorial o acuerdo interprofesional según el art. 83.2 ET.

En consonancia con lo anterior, la aplicación íntegra o total del convenio de empresa dependerá probablemente de una variable temporal, ya que en una situación de concurrencia conflictiva con otros convenios puede que no resulten de aplicación aquellas materias distintas a las previstas en el art. 84.2 ET, lo que ocurrirá si existe un convenio sectorial anterior en el tiempo. Por el contrario, sí el primero en el tiempo es el de empresa, este, en principio, sí regirá en su totalidad, tanto en relación con las materias con preferencia aplicativa *ex* art. 84.2 ET como de aquellas que no gozan de la misma. Por tanto, será un factor temporal el que determinará la aplicación total o parcial del convenio de empresa¹⁰⁸⁶.

En efecto, esta variable temporal de la que depende la aplicación íntegra del convenio de empresa cobra mayor importancia en los supuestos de finalización de la vigencia del convenio de empresa o del convenio sectorial, pues en ese momento el convenio que permanece vigente ocupará el espacio dejado por el anterior y pasará a ser el único convenio de aplicación¹⁰⁸⁷, siempre y cuando, se insiste, la regla general *prior tempore* resulte aplicable y no haya sido sustituida por otra distinta *ex* art. 83.2 ET.

En este sentido conviene diferenciar las dos hipótesis posibles, en función del convenio que resulte anterior en el tiempo. Por un lado, siendo anterior el convenio empresarial, en principio podrá ser de aplicación el convenio de sector en aquellos supuestos en los que, denunciado el convenio de empresa, se agote el período de ultraactividad de un año, en cuyo caso será de aplicación el convenio de ámbito superior (art. 86.3 ET). En este escenario, si las organizaciones sindicales y patronales

¹⁰⁸⁶ En este sentido, los negociadores, especialmente el empresario, deberán hacer un doble cálculo de costes durante el proceso de negociación, pues el equilibrio interno del convenio se verá afectado durante su vigencia. *Vid.* CRUZ VILLALÓN, J., “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 34.

¹⁰⁸⁷ SAN de 1 de diciembre de 2014 (proced. 259/2014).

quisieran recuperar la capacidad de regulación sobre las materias distintas del art. 84.2 ET, y sin perjuicio de aprobarse un convenio empresarial posterior, pueden frenar los procesos de renegociación colectiva a nivel de empresa, por ejemplo, ralentizándolos, limitando las posibilidades de los mecanismos de solución de discrepancias que se planteen *ex art.* 83 ET, o controlando de manera directa tales mecanismos, para que al final se apliquen los convenios superiores¹⁰⁸⁸.

Por otro lado, si el convenio anterior fuese el del sector, al igual que en el caso precedente, agotada la vigencia ultraactiva, el convenio de empresa podrá extender su aplicación al conjunto de las condiciones laborales, no solo sobre las que gozaba de preferencia aplicativa *ex art.* 84.2 ET, sino también al resto, al ocupar el espacio dejado por el convenio sectorial. Ahora bien, resulta posible que la unidad de negociación supraempresarial se proteja no dejando decaer jamás el convenio colectivo sectorial, gracias, por ejemplo, a la negociación *antes tempus* del mismo según el art. 86.1 ET, evitando así que el convenio empresarial pueda en algún momento aplicarse de forma íntegra. Con todo, debe admitirse que idéntica fórmula jurídica puede aprovecharse desde la unidad de negociación empresarial para protegerse, sin perjuicio de la tesis impermeabilizante que se abordará a continuación.

A este respecto resulta necesario matizar lo dicho hasta ahora, pues si bien el convenio sectorial o de empresa pasaría a ocupar la posición del convenio anterior desde el momento en que la duración de este finalizase, ello se condiciona a otro elemento, cual es que no se mantenga la unidad de negociación¹⁰⁸⁹.

En efecto, a pesar de que la regla general de no afectación no se extiende a los convenios en situación de ultraactividad del artículo 86.3 ET, la doctrina del TS ha introducido una excepción al respecto a fin de proteger la unidad de negociación

¹⁰⁸⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa...op. cit.*, p. 142.

¹⁰⁸⁹ MERINO SEGOVIA, A., “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, p. 253.

preexistente frente a su posible absorción por las de ámbito superior cuando la negociación de revisión esté activa¹⁰⁹⁰.

En este sentido, como idea inicial, se debe poner de manifiesto que la eficacia ultraactiva, que busca salvar vacíos normativos temporales durante y en orden a la negociación del convenio siguiente, no debe confundirse con la vigencia a la que se refiere el art. 84.1 ET, que es la relativa al ámbito temporal pactado y, en su caso, al prorrogado automáticamente ante la falta de denuncia. Otra conclusión supondría la petrificación de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes, sin permitir cambio en esas unidades por segregación o escisión o por inclusión o absorción¹⁰⁹¹.

Como se decía, el TS ha introducido una excepción a esta regla general, pues ha admitido el efecto “impermeabilización” o de “protección legal” de la unidad de negociación cubierta por el convenio anterior en fase de ultraactividad y concurrente con otro posterior afectante¹⁰⁹². A tenor de esta excepción, a pesar de hallarse el convenio en fase de ultraactividad, el convenio posterior que, en principio, podría resultar aplicable, verá paralizada su entrada aplicativa en la medida que se haya iniciado (o se mantenga la expectativa) la negociación de un nuevo convenio en dicha unidad, siendo precisamente dicho proceso el que impermeabiliza esta unidad de negociación, enervando, en consecuencia, la aplicación automática del convenio concurrente.

Este efecto impermeabilizante nació originariamente para proteger las unidades de negociación inferiores -no sólo empresariales- para que estas no quedaran absorbidas

¹⁰⁹⁰ LÓPEZ TERRADA, E., “Nuevos puntos críticos sobre la prohibición de concurrencia...”, *op. cit.*, p. 77. SSTs 29 de enero de 1997 (rec. 294/1996); de 17 de mayo de 2004 (rec. 101/2003); de 20 de junio de 2012 (rec. 31/2011); de 10 de diciembre de 2012 (rec. 48/2012).

¹⁰⁹¹ CASAS BAAMONDE, M.^a E., “La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa”, *op. cit.*, p. 32.

¹⁰⁹² *Idem*, GÓMEZ GORDILLO, R., “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales...”, *op. cit.*, pp. 58 y 62.

por las de ámbito superior¹⁰⁹³. En efecto, la doctrina había señalado que respecto del convenio ultraactivo de ámbito sectorial no regía la prohibición de afectación en relación a los convenios de ámbito inferior, que durante la ultraactividad del primero podían crear nuevas unidades negociadoras que se desgajaran de la sectorial¹⁰⁹⁴. En estos casos, no se impermeabilizará la unidad de negociación sectorial y el convenio concurrente inferior resultaba de aplicación. Por el contrario, el Tribunal Supremo había aclarado que, en relación con el convenio ultraactivo de ámbito empresarial o inferior al sectorial, mientras se estuviera renegociando el nuevo convenio en dicha unidad de negociación, se impermeabilizaría la misma, lo que se traducía que el convenio superior concurrente no resultaba de aplicación¹⁰⁹⁵.

En otros términos, de defenderse la impermeabilización de la unidad supraempresarial en fase de ultraactividad respecto de las unidades inferiores, la misma hubiera supuesto la efectiva desaparición de estas, pues serían “sencillamente absorbidas, eliminadas, por el convenio superior vigente”¹⁰⁹⁶. Por tal motivo, y con objetivo de tutelar dichas unidades inferiores, ya el extinto TCT mantuvo una aplicación asimétrica del art. 84.1 ET: el convenio inferior estaba protegido en su afectación también en la ultraactividad¹⁰⁹⁷.

En definitiva, la idea fundamental que subyace sobre este criterio asimétrico¹⁰⁹⁸ que tutela los niveles inferiores es la de “máxima potenciación de la autonomía colectiva”

¹⁰⁹³ CASAS BAAMONDE, M.^a E., “La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa”, *op. cit.*, p. 33.

¹⁰⁹⁴ ALBIOL MONTESINOS, I., *Convenios Colectivos y Acuerdos de Empresa*, SL: CISS, 2007, p. 145.

¹⁰⁹⁵ SSTS 29 de enero de 1997 (rec. 294/1996); de 17 de mayo de 2004 (rec. 101/2003); de 20 de junio de 2012 (rec. 31/2011); de 10 de diciembre de 2012 (rec. 48/2012).

¹⁰⁹⁶ BENAVENTE TORRES, I., “La tutela de las unidades inferiores”, en Sebastián de Soto Rioja (coord.), *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva*, SL: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009, p. 284. *Vid.* Sentencias del TCT de 14 de junio de 1984 y 17 de marzo de 1987.

¹⁰⁹⁷ Cfr. BENAVENTE TORRES, I., “Cambio de unidad de negociación”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 142, 2009, p. 6.

¹⁰⁹⁸ BENAVENTE TORRES, I., “Aportaciones al debate sobre ultraactividad”, *Revista española del Derecho del Trabajo*, núm. 171, 2014, p. 3: “denunciado el convenio superior surge la posibilidad de apertura de unidades de negociación -o efectividad de sus productos- en el ámbito inferior sin apreciación de

derivada de los arts. 37.1 CE y 83.1 ET (libre elección por las partes del ámbito de aplicación del convenio) en el sentido de “proteger la posibilidad real de creación y sostener las diversas unidades de negociación”¹⁰⁹⁹. Dicho de otro modo, el objetivo de la tesis impermeabilizante es “preservar la autonomía colectiva de las representaciones de nivel inferior, garantizando la efectividad de su derecho a elegir libremente la unidad de negociación”¹¹⁰⁰.

En todo caso, debe significarse que dicha impermeabilización de la unidad negociadora inferior debería concluir, evidentemente, cuando se alcanzase un nuevo convenio colectivo, bien cuando de mutuo acuerdo las partes manifestaran su voluntad de terminar las negociaciones sin éxito, bien cuando de forma clara y evidente se rompiera la negociación¹¹⁰¹, decayendo, en consecuencia, la expectativa de conversar la unidad negociadora. En este sentido, la doctrina ya hace tiempo que entendió que, al igual que para impermeabilizar la unidad de negociación era necesario la concurrencia de ambas voluntades, para permanecer en dicha situación, la solución debía ser la misma¹¹⁰², de tal suerte que, en caso de decaer la voluntad negociadora, emulando un “muelle elástico”, dicha unidad dejaría de estar protegida, y el nivel superior la absorbería¹¹⁰³.

concurrencia alguna, pero a la inversa, la ultraactividad del inferior sirve de amparo frente a la absorción por el superior de dicha unidad de negociación”.

¹⁰⁹⁹ BENAVENTE TORRES, I., “Cambio de unidad de negociación”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 142, 2009, p. 5.

¹¹⁰⁰ MERCADER UGUINA, J. R., *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Madrid: Civitas, 1994, p. 204.

¹¹⁰¹ Ahora bien, la impermeabilización puede ir más allá de las negociaciones en caso de preverse así en las normas específicas sobre ultraactividad del convenio denunciado (STS 24 de abril de 2012, rec. 141/2011).

¹¹⁰² SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J. M.^a, “La problemática jurídica de las unidades de negociación colectiva, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad”, *REDT*, núm. 35, 1988, p. 334.

¹¹⁰³ SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “Alcance de la vigencia del convenio denunciado”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1987, p. 853.

Pues bien, con el vigente marco normativo que concede preferencia aplicativa absoluta desde el punto de vista temporal en determinadas materias al convenio de empresa, el riesgo de absorción (y añadiría de “retención”) por el convenio sectorial es considerablemente menor, pues el convenio empresarial encuentra en dicha prioridad *ex art. 84.2 ET* una vía de evasión automática al convenio superior. Eso sí, respecto al resto de materias no contempladas en el precepto, dicha doctrina continuaría siendo útil a efectos de tutelar la unidad inferior. En este sentido, la solución de la impermeabilización incentiva la integridad del acuerdo durante la situación de ultraactividad, al evitar alteraciones parciales de su contenido durante dicho periodo.

En la actualidad, a pesar de que algún autor niega la vigencia de esta doctrina¹¹⁰⁴, la práctica judicial continúa aplicándola¹¹⁰⁵, eso sí, con dos novedades relevantes. La primera consistente en un requisito adicional para la validez del efecto impermeabilizante, cual es que el convenio en cuestión no sea un “convenio aislado”, sino que corresponda a una “unidad de negociación delimitada históricamente por la sucesión temporal de diversos convenios”¹¹⁰⁶.

Al hilo de esta consideración realizada por el TS, alguna autora ha diferenciado entre “convenios de empresa completos” y “convenios de empresa celebrados únicamente para inaplicar el convenio sectorial”¹¹⁰⁷ a fin de negar la impermeabilización de la unidad negocial de estos últimos, y, en consecuencia, pudiendo ser desplazados en su

¹¹⁰⁴ PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *La negociación colectiva en la empresa*, Valladolid: Lex Nova, 2014, pp. 178-179: la impermeabilización “queda sin efecto, pues la ultraactividad ahora es vigencia y rige el principio de no afectación, impermeabilizándose la unidad de negociación mientras esta dure y, en todo caso, durante el transcurso del año máximo de ultraactividad si se persiste en la negociación. Tal regla encuentra, precisamente su excepción en el convenio de empresa, que puede negociarse en cualquier momento de la vigencia (incluida la ultraactividad).

¹¹⁰⁵ SSTS de 10 de diciembre de 2012 (rec. 48/2012) y de 1 de diciembre de 2015 (rec. 263/2014); STSJ del País Vasco de 26 de septiembre de 2017 (rec. 1653/2017); STSJ de La Rioja de 7 de abril de 2016 (rec. 79/2016); STSJ de Andalucía (Granada) de 18 de noviembre de 2015 (rec. 1108/2015); STSJ de Asturias de 22 de febrero de 2013 (rec. 85/2013); SJS de Pamplona de 30 de junio de 2014 (proced. 1012/2013).

¹¹⁰⁶ STS de 30 de diciembre de 2015 (rec. 255/2014).

¹¹⁰⁷ CASAS BAAMONDE, M.^a E., “La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa”, *op. cit.*, p. 48.

fase de ultraactividad por los convenios sectoriales. La explicación sería que la terminación de la vigencia efectiva no produciría vacíos de regulación, con lo que su eficacia ultraactiva no cumpliría una de sus funciones naturales, sino que simplemente se recuperaría la aplicación del convenio sectorial inaplicado. Sin embargo, en aquellos casos en los que verdaderamente se intente proteger la unidad de negociación preexistente, sí habría que respetar el efecto impermeabilizante derivado de la vigencia ultraactiva. A mi juicio, esta diferenciación en la aplicación de la teoría impermeabilizante basada en la intención de las partes y según se trate de nuevas o antiguas unidades de negociación es artificial, pues no existe en el ET una distinción entre convenios de empresa en esos términos. A mayor abundamiento, con base en este motivo, se estaría privilegiando a las unidades de negociación ya existentes al otorgarles la protección derivada de la impermeabilidad, mientras que las nuevas serían más frágiles desde el punto de vista de la estabilidad en el régimen convencional aplicable. En este sentido, resulta rechazable el reduccionismo que sirve de apoyo a esta diferencia de trato, pues parece que identifica a las nuevas unidades como “malas” y a las ya existentes como “buenas”.

La segunda novedad consiste en su aplicación generalizada, no solo para proteger la unidad inferior, sino también la unidad superior¹¹⁰⁸. De este modo, al desnaturalizarse la función ontológica de esta teoría¹¹⁰⁹, las unidades superiores podrán protegerse

¹¹⁰⁸ Debe matizarse que la SAN de 24 de abril de 2017 (proced. 94/2017) resuelve la concurrencia entre un convenio estatal en situación de ultraactividad y otro convenio estatal posterior de ámbito funcional más reducido. Esta sentencia ha sido confirmada por el TS en la sentencia de 12 de diciembre de 2018 (rec. 166/2017) en la que el Tribunal Supremo mantiene la vigencia del convenio colectivo “superior” por “haberse sumado un factor al que la SAN concede relevancia: la actividad desplegada por la unidad negociadora del primitivo convenio”. Sin embargo, este criterio que abre la aplicación de la tesis impermeabilizante con independencia de la unidad de negociación a proteger no parece que vaya a consolidarse, al encontrarse criterios judiciales expresamente en sentido contrario, como por ejemplo, la STSJ de La Rioja de 7 de abril de 2016 (rec. 79/2016) que afirma literalmente “que las negociaciones impermeabilizadoras que sirven de paraguas a la inmersión en el ámbito de aplicación del convenio superior son las que se producen en las unidades de negociación inferiores cuya conservación se trata de proteger impidiendo su absorción y haciéndolas intangibles frente a las de ámbito superior”.

¹¹⁰⁹ SALA FRANCO, T. y LÓPEZ TERRADA, E., “Capítulo III. La negociación colectiva”, en Tomás Sala Franco (Coord. y Dir.), *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Barcelona: Francis Lefebvre, 2018, p. 61.

impermeabilizándose, suspendiendo cualquier expectativa de aplicación íntegra del convenio empresarial¹¹¹⁰.

Antes de dar por finalizado el análisis relativo a la tesis impermeabilizante, resulta conveniente hacer tres reflexiones finales al respecto. En primer lugar, con independencia de entender aplicable dicha tesis a los convenios de empresa en fase de ultraactividad, surge la duda sobre si la preferencia aplicativa reconocida en el art. 84.2 ET seguirá surtiendo efectos vencida la vigencia ordinaria. En este sentido, aun cuando se rechazase la impermeabilización de dicha unidad en fase ultraactiva, bien porque no se entienden cumplidos los requisitos para su activación, bien porque se rechace su propia existencia en el marco normativo vigente (y en consecuencia, el convenio sectorial absorbiese la capacidad regulatoria en manos del convenio empresarial hasta ese momento), es posible plantearse en este punto si el conjunto de materias del art. 84.2 ET mantendrían su prioridad aplicativa, no pudiendo ser afectadas por el convenio superior hasta la expiración total del convenio de empresa, es decir, agotado el periodo de prórroga y el de ultraactividad que se hubieran pactado.

Así, recuérdese que durante el periodo de ultraactividad no rige la regla de prohibición de la concurrencia de convenios a que se refiere el art. 84.1 ET, de tal modo que un convenio en fase de ultraactividad podrá ser afectado por otro distinto posterior en el tiempo. En efecto, la prohibición de concurrencia no alcanza a los periodos de vigencia extraordinaria, ya sea la legal o la pactada en el propio convenio *ex* art. 86.2 ET, lo que significa que un convenio colectivo en situación de ultraactividad no está protegido por dicha prohibición y puede, por lo tanto, ser afectado por otro convenio¹¹¹¹.

Desde este enfoque, podría pensarse que el convenio de empresa ultraactivo podrá ser invadido por un convenio sectorial posterior, en todas las materias, al igual que

¹¹¹⁰ En la misma línea se mueven las SSTs de 30 de diciembre de 2015 (rec. 255/2014); 18 de septiembre de 2013 (rec. 33/2013) que, si bien no se refieren propiamente a la impermeabilidad de la unidad negociadora supraempresarial, sí que la protegen dotándola de una prioridad temporal derivada del principio "*pacta sunt servanda*". En contra de este criterio judicial CRUZ VILLALÓN, J., "Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos", *op. cit.*, p. 33. A favor de este, *vid.* CABEZA PEREIRO, J., "Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos", *op. cit.*, p. 150.

¹¹¹¹ MUÑOZ RUIZ, A. B., *Problemas prácticos del Convenio Colectivo de Empresa...* *op. cit.*, p. 190.

ocurriría al revés, en el sentido que el convenio de empresa puede por sí mismo, al no estar en vigencia ordinaria el convenio superior, aplicarse no solo en las materias previstas en el art. 84.2 ET¹¹¹². Igualmente sería defendible la tesis de que la prioridad aplicativa a favor del convenio de empresa es absoluta y se extiende durante toda la vigencia del mismo, incluyendo la ultraactiva, pues de la literalidad del art. 84.1 y 84.2 ET no se deduce lo contrario, más bien se refuerza esta idea.

En todo caso, si se entiende efectivamente aplicable la tesis de la impermeabilización, la misma desplegaría sus efectos de protección sobre el convenio empresarial sin distinción de materias, de tal modo que el conjunto de ellas continuaría siendo aplicable con preferencia al convenio superior. En esta situación, en la que los negociadores han manifestado su intención de “impermeabilizar” la unidad de negociación, dotando al convenio colectivo empresarial de ultraactividad y abriendo de inmediato y manteniendo la existencia de una negociación activa dirigida a pactar ese nuevo convenio de empresa, se extenderá dicha prioridad en su totalidad durante la ultraactividad¹¹¹³.

Desde este punto de vista, la impermeabilización cobraría mayor sentido, por cuanto el listado de materias recogidas en el art. 84.2 ET mantendrían su aplicación gracias a esta y sin necesidad de contar con una protección añadida en dicha fase de ultraactividad¹¹¹⁴.

Eso sí, la impermeabilización no trataría ya realmente, y a diferencia de la situación anterior a la reforma del 2012, de proteger la unidad de negociación, en la medida que en cualquier momento se puede negociar un convenio de empresa, a pesar de haber decaído previamente, y volver a aplicarse con preferencia absoluta en el listado de materias del art. 84.2 ET. La funcionalidad que puede derivarse en este caso es la de evitar saltos temporales desde que entra en fase de ultraactividad el convenio

¹¹¹² STSJ del País Vasco de 26 de septiembre de 2017 (rec. 1653/2017).

¹¹¹³ CASAS BAAMONDE, M.^a E., “La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa”, *op. cit.*, p. 49.

¹¹¹⁴ GARCÍA SALAS, A. I., “La prohibición de concurrencia durante la ultraactividad de un convenio colectivo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2016, p. 8.

empresarial hasta que se aprueba otro nuevo, consiguiendo continuidad en cuanto al régimen convencional empresarial, sin permitir que el sectorial, aunque sea transitoriamente, resulte de aplicación en dicho lapso temporal¹¹¹⁵.

La segunda reflexión a realizar se refiere, como se decía al principio, a que toda esta construcción queda supeditada a que la regla *prior tempore* sea la que resuelva los escenarios de concurrencia conflictiva, en el sentido de que la misma, al ser disponible por los acuerdos y convenios sectoriales *ex art. 83.2 ET*, puede sustituirse por otras fórmulas que busquen limitar la aplicación íntegra del convenio empresarial. Piénsese, en este sentido, en la reserva absoluta recogida en un acuerdo marco o convenio sectorial a favor de los de ámbito supraempresarial respecto de las materias ajenas al art. 84.2 ET.

En este caso, a pesar de que el convenio de empresa fuese anterior, e incluso siendo impermeable en supuestos de finalización de la vigencia del mismo, puede que el convenio sectorial desplace su aplicación en todas las condiciones laborales diferentes a las recogidas en el listado del art. 84.2 ET, gracias a la imposición de una preferencia aplicativa absoluta a favor de los convenios supraempresariales. En esta línea, ya pueden encontrarse ejemplos de convenios marco estatales que declaran, sin perjuicio de la prioridad aplicativa que dictamina el art. 84.2 ET, su propia prioridad aplicativa en las restantes materias¹¹¹⁶. En contra de esta práctica, alguna autora ha defendido que si el convenio de empresa fuese anterior al acuerdo marco o convenio sectorial que impone dicha preferencia aplicativa a favor de determinados convenios sectoriales - provinciales, por ejemplo- en el conjunto de materias no contempladas en el art. 84.2 ET, se debería aplicar la tesis de la impermeabilización, de tal modo que la unidad de

¹¹¹⁵ La SAN de 6 de marzo de 2014 (proced. 300/2013) y confirmada por la STS de 30 de diciembre de 2015 (rec. 255/2014) aclara que las reformas legales de los años 2011 y 2012, al introducir la prioridad aplicativa del convenio de empresa estaban “regulan prioridades aplicativas para supuestos en que se permite la concurrencia de dos convenios de distinto ámbito, pero no supuestos de completa sucesión. En tales casos no existe separación de unidad convencional, sino la aparición de una segunda unidad de negociación en un ámbito inferior y concurrente, a la que se confiere legitimidad, resolviendo los conflictos entre ambas normas en virtud de un principio estricto de competencia *ratione materiae*”.

¹¹¹⁶ LÓPEZ TERRADA, E., “Nuevos puntos críticos sobre la prohibición de concurrencia...”, *op. cit.*, p. 80.

negociación preexistente a nivel de empresa se blindara contra dicho intento invasor¹¹¹⁷.

De hecho, así se ha pronunciado el TS en la sentencia de 13 de julio de 2017 (rec. 246/2016), en la que entendió que el convenio marco sectorial no puede afectar a un convenio de empresa anterior que considera en vigor, pese a encontrarse en situación de vigencia prorrogada como consecuencia del régimen de ultraactividad pactado y en fase de renegociación no culminada¹¹¹⁸. Según indicó el TS en la referida sentencia, dicho convenio “fue acordado en base a unas reglas sobre la estructura de la negociación colectiva a las que no les resultaban de aplicación las previsiones del posterior convenio sectorial”. A la espera de comprobar si este criterio se consolida, debe significarse que la razón última por la cual el TS rechazó la posibilidad de afectación era por el carácter retroactivo no previsto en el propio convenio sectorial, ya que el mismo se refería a los convenios de empresa de futuro. Pese a ello, el TS introdujo igualmente *obiter dicta* una reflexión sobre la viabilidad en este caso: “cabe discutir hasta qué punto pudiere afectar este convenio sectorial a los sucesivos convenios de empresa que de futuro se pacten a partir de esta última fecha, teniendo en cuenta que se trata de unidades de negociación distinta que operan en ámbitos diferentes”.

Desde mi punto de vista, el efecto impermeabilizante solo puede materializarse en situaciones de concurrencia conflictiva, esto es, entre dos unidades de negociación diferentes, en una de las cuales se halla un convenio en fase de ultraactividad que potencialmente corre el riesgo de ser desplazado por el de la otra unidad. En este sentido, no puede afirmarse técnicamente que exista una situación de concurrencia entre el convenio de empresa en fase de ultraactividad y el convenio sectorial o acuerdo marco que diseña la estructura de la negociación colectiva y contempla la prioridad aplicativa del resto de materias ajenas al art. 84.2 ET a favor de unidades supraempresariales.

¹¹¹⁷ *Ibidem*, p. 82.

¹¹¹⁸ *Idem*.

En efecto, los acuerdos y convenios recogidos en el art. 83.2 ET estarían en un estadio diferente y superior al convenio de empresa, pues tienen reconocida legalmente la facultad de articular la estructura de la negociación y fijar soluciones de conflictos de concurrencia, siendo, en consecuencia, perfectamente posible que contemplen una preferencia aplicativa absoluta para las materias ajenas al art. 84.2 ET a favor de los convenios supraempresariales. En particular, dicha prioridad absoluta reconocida en estos acuerdos vendría a mimetizar la prioridad prevista en el art. 84.2 ET, en tanto que, si bien referida precisamente a las materias diferentes al mismo precepto, la consecuencia jurídica sería que la regulación supraempresarial se impondría automáticamente en el tiempo desplazando, desde su entrada en vigor, al convenio de empresa concurrente (en su vigencia ordinaria, prorrogada o ultraactiva)¹¹¹⁹.

Por tanto, actualmente sería totalmente válido que un convenio de empresa anterior viese reducida su aplicación a las materias del art. 84.2 ET en la medida que un convenio marco declarase su propia prioridad aplicativa (o la prioridad de otros niveles supraempresariales), pues la regla de no afectación que protegía al convenio empresarial anterior es dispositiva para los convenios marco¹¹²⁰.

Por último, la tercera reflexión se refiere al momento crucial en el que se entiende iniciada la ultraactividad, ya que a partir de ese momento se producirán los dos fenómenos analizados previamente: en relación con el convenio sectorial, decaerá la prohibición de afectación reconocida en el art. 84.1 ET y, por tanto, un convenio de empresa posterior podrá desplazarlo y aplicarse en su integridad; y respecto del convenio empresarial podrá activarse el efecto impermeabilizante. Pues bien, vencido el periodo de vigencia ordinaria, y salvo prórroga expresa o tácita, la denuncia del

¹¹¹⁹ Así lo admitió la STSJ de Madrid de 17 de julio de 2017 (proced. 355/2017), en tanto en cuanto el convenio marco estatal estableció su propia prioridad aplicativa en favor de un listado de materias, algunas de las cuales, no eran coincidentes con las del art. 84.2 ET. Es más, señaló que al amparo de la facultad ordenadora de la negociación colectiva era válida la posibilidad de bloquear la negociación respecto de ciertas materias en niveles inferiores, incluyendo el de empresa. Sentencia confirmada, aunque sin entrar en estas cuestiones, por la STS de 21 de enero de 2019 (rec. 25/2018).

¹¹²⁰ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Nuevas reglas de concurrencia de convenios: la prioridad aplicativa del convenio de empresa”, *Relaciones Laborales*, 9, 2013, p. 44; CRUZ VILLALÓN, J. (Dir.), *La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva*, Madrid: MESS, 2015, p. 196.

convenio será el momento a partir del cual se inicia la ultraactividad legal *ex art. 86.3 ET*.

En este caso, debe ponerse de relieve el cambio doctrinal del TS respecto de los sujetos que pueden ejecutar dicha denuncia, pues hasta la sentencia del pleno de 2 de diciembre de 2016 (rec. 14/2006) solamente podían denunciar aquellos que contasen con la legitimación plena. Tras este cambio, basta “con la legitimación inicial, aunque la representatividad ostentada en la unidad de negociación pudiera desembocar en una posición minoritaria dentro de la comisión negociación”. En este sentido, se facilita que los convenios puedan ser denunciados y con ello, no solo que decaigan, sino que puedan ser afectados por otros convenios posteriores, por ejemplo, los de empresa, más allá de las materias del 84.2 ET¹¹²¹.

Eso sí, a pesar de esta apertura en la legitimación para denunciar, sigue estando referida a la misma unidad de negociación, de tal suerte que, y en términos del TS en dicha sentencia, “no se trata de que un empleador o una trabajadora puedan denunciar el convenio sectorial, sino que quienes estén legitimados para negociar conforme al art. 87 del Estatuto de los Trabajadores puedan activar su denuncia”.

En mi opinión, el TS no está totalmente acertado en esta comparación entre sujetos individuales, pues el empresario sí que está reconocido como sujeto legitimado para iniciar y culminar un proceso negociador en el seno de su empresa, mientras que el trabajador individual no. En esta línea, debería bastar con ostentar la legitimación inicial, con independencia de si se trata de la unidad comercial o no correspondiente al convenio denunciado, pues como afirma el TS en la referida sentencia, “es posible que quien promueve la denuncia del convenio ni siquiera desee su renegociación, sino que esté interesado en activar su decadencia y, en el caso, ulterior entrada en juego del convenio de ámbito superior”. Por ello, es igualmente posible que el empresario individual esté interesado en iniciar la ultraactividad del convenio superior para así

¹¹²¹ CABEZA PEREIRO, J., “Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 147.

desprotegerlo de las reglas de no afectación del art. 84.1 ET, y con ello aspirar a la aplicación íntegra del convenio empresarial¹¹²².

VI. La imposibilidad de negociar: la legitimación reducida y el principio de correspondencia (remisión)

Como se ha visto ahora, el convenio de empresa en general, y la preferencia aplicativa en particular, están sometidos a varias limitaciones que dificultan su aplicación. En este punto, y quizá con mayor relevancia práctica, cabe recuperar las ideas principales en torno a la regulación de la legitimación negociadora como mecanismo de exclusión del derecho a la negociación colectiva y a la libertad de competir en igualdad de condiciones para muchos empresarios en España.

Así, la preferencia aplicativa como mecanismo legal para ejecutar la función adaptativa propia de la negociación colectiva solo está disponible en aquellas empresas en las que existen sujetos legitimados para negociar de acuerdo con el art. 87.1 ET. De lo que se desprende, indirectamente, que dicha negociación solo es posible en empresas que cuenten con representación unitaria efectivamente constituida¹¹²³. Frente a esta imposibilidad que afecta especialmente a las pequeñas empresas, el legislador no ha dado una solución para facilitar y acercar la negociación colectiva a estas¹¹²⁴. Al respecto, se puede afirmar que el convenio colectivo de empresa es una elección legal “de y para determinadas empresas, no de ni para todas las empresas”¹¹²⁵, en el sentido

¹¹²² TRILLO PÁRRAGA, F., “La denuncia del convenio colectivo. Comentario a la STS 5619/2016, de 2 de diciembre”, *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017, p. 178.

¹¹²³ ALVÁREZ ALONSO, D., “Inaplicación del convenio colectivo y prioridad aplicativa del convenio de empresa: dos vías concurrentes para descentralizar la regulación de condiciones de trabajo”, en AA.VV, *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1042.

¹¹²⁴ CAIRÓS BARRETO, D. M., “Las nuevas reglas de determinación de la estructura de la negociación colectiva: un modelo más dirigido”, en AA.VV, *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1066.

¹¹²⁵ SERRANO ARGÜELLO, N., “La desnaturalización y externalización de la negociación colectiva. Una impropia respuesta lega a la constatación de los fracasos negociadores”, en AA.VV, *Las reformas del*

de que la opción legal por el convenio colectivo de empresa se les permite solo a aquellas empresas que tienen las dimensiones para dotarse, gestionar y renovar un convenio colectivo que, por cierto, no son la mayoría de las empresas españolas, sino más bien una minoría¹¹²⁶.

Sin repetir lo ya dicho respecto del consagrado principio de correspondencia en materia de legitimación¹¹²⁷, baste indicar ahora que las empresas con diversos centros de trabajo, en uno de los cuales no exista representación unitaria, encuentran fortísimamente limitado su derecho a la negociación colectiva, pues, salvo que se negocie con las secciones sindicales instauradas en el conjunto de la empresa (siempre que las mismas existan, evidentemente, y tengan mayoría en los órganos de representación unitaria), no tendrán posibilidad alguna de contar con su propio convenio de empresa.

Por último, en este caso, y a diferencia de las limitaciones de los apartados anteriores, debe anotarse que no estaríamos en sentido estricto ante una limitación a la preferencia aplicativa, sino más bien podría afirmarse que estamos ante la suspensión legal del derecho constitucional a la negociación colectiva a nivel empresarial.

VII. Un supuesto especial: la preferencia aplicativa en la sucesión de contratas

Para finalizar este capítulo relativo a las limitaciones a la aplicación del convenio de empresa y, en especial, en lo que se refiere a la preferencia aplicativa que tiene reconocida en el art. 84.2 ET, aparece una situación en la que, de nuevo, puede verse suspendida dicha prioridad: la sucesión de contratas que constituya una transmisión de empresa¹¹²⁸.

Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1113.

¹¹²⁶ *Ibidem*, p. 1127. *Vid.* capítulo tercero, apartado II, 2.1.

¹¹²⁷ *Vid.* capítulo tercero, apartado II, 2.1.2.

¹¹²⁸ Conviene empezar recordando que la sucesión de contratas no constituye automáticamente una transmisión de empresas a los efectos del art. 44 ET, salvo que estuviera acompañada de un traspaso de

En efecto, la preferencia aplicativa del convenio propio de la empresa entrante puede entrar en colisión con las garantías legales de los trabajadores afectados por la sucesión de contratatas -reconocidas por la Directiva comunitaria 2001/23/CE de 12 de marzo de 2001 y el artículo 44 ET, entre las que se encuentra el deber del empresario entrante de seguirles aplicando el mismo convenio colectivo que en la empresa anterior.

Por otro lado, la autonomía colectiva puede prever la obligación subrogatoria e imponer asimismo al empresario entrante la obligación de mantener el régimen convencional a los trabajadores afectados por dicha subrogación. No obstante, en estos casos, la jurisprudencia del TS al respecto¹¹²⁹, que venía entendiendo que siempre y cuando no se dieran los requisitos legales del art. 44 ET la subrogación sólo se podía producir con los efectos que el propio convenio colectivo dispusiera, ha cambiado parcialmente a raíz de la conocida sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018, asunto Ángel Somoza Hermo, C-60/17. Así, el TS en la sentencia de 27 de septiembre de 2018 (rec. 2747/2016) matiza que no se atenderá al carácter voluntario o impuesto por convenio colectivo de la asunción de plantilla, pues resultarán de aplicación las disposiciones de la trasposición de la Directiva comunitaria en todo caso, entre ellas, la obligación de mantener el convenio de origen. Eso sí, este cambio de doctrina debe circunscribirse, de momento, a las subrogaciones convencionales que tienen lugar en aquellos sectores económicos que descansan principalmente en la mano de obra y en las que el convenio aplicable impone la asunción de una parte esencial de la plantilla. En sentido contrario, de faltar algunos de estos dos requisitos, la subrogación convencional seguirá operando con el alcance que la misma haya determinado y, por tanto, sin remisión aplicativa al art. 44 ET.

En ambos casos, aparece un interrogante común: ¿el mantenimiento del convenio de origen que arrastran los trabajadores subrogados supone o puede suponer una

elementos patrimoniales o implicara la asunción de una parte esencial de la plantilla en términos de número y competencia por el nuevo contratista. Al respecto, véase NORES TORRES, L. E., *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratatas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012 – y bibliografía allí citada.

¹¹²⁹ STS de 24 de julio de 2013 (rec. 3228/2012); STS de 7 de abril de 2016 (rec. 2269/2014); STS de 27 de abril de 2016 (rec. 329/2015); STS de 1 de junio de 2016 (2468/2014); STS de 6 de julio de 2017 /rec. 1669/2016); STS de 7 de marzo de 2018 (rec. 267/2016).

limitación a la preferencia aplicativa del convenio de la empresa entrante reconocida en el art. 84.2 ET?¹¹³⁰ Dicho de otro modo, ¿constituye el art. 44.4 ET, al imponer el mantenimiento del convenio de origen, un punto de fuga a las reglas de concurrencia previstas en el art. 84 ET y, en particular, respecto de la preferencia aplicativa del convenio de la empresa entrante? o ¿podría un convenio colectivo, además de fijar la obligación genérica de subrogación, imponer el deber de aplicar un convenio colectivo diferente al de la empresa entrante, incluso en el listado de materias en las que este gozaría de preferencia aplicativa?

Como se observa, en las sucesiones de contratas puede existir una tensión entre lo previsto por las reglas de concurrencia del art. 84 ET, especialmente en cuanto a la preferencia aplicativa del convenio de empresa se refiere, y la obligación de mantenimiento del convenio colectivo de origen recogida en el art. 44 ET o impuesta por la autonomía colectiva sectorial.

En consecuencia, surge el interrogante de si la preferencia aplicativa del convenio de empresa entrante se encuentra limitada en los supuestos de sucesión de contratas, de tal suerte que no despliega los efectos esperados en el art. 84.2 ET en relación con los trabajadores afectados por la subrogación. A la hora de responder a esta cuestión resulta oportuno diferenciar si dicha subrogación opera por imperativo legal o convencional, deteniéndose, en último lugar en las particularidades que pudiera haber en el ámbito del sector público.

1. La subrogación empresarial de origen legal

De entrada, parece claro que en la subrogación de origen legal *ex* art. 44 ET el régimen convencional aplicable a los trabajadores afectados por el fenómeno sucesorio será el que en el momento anterior a producirse la transmisión se les estuviera aplicando y,

¹¹³⁰ Así lo afirma CRUZ VILLALÓN, J., “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 32.

por tanto, no será el convenio de la empresa entrante el que rijan sus condiciones laborales.

Aun así, es posible preguntarse si cabría, a resultas de una subrogación legal, la aplicación del convenio de la empresa entrante (en caso de tenerlo) a los nuevos trabajadores provenientes de la empresa anterior. Por ello, conviene empezar profundizando sobre qué convenio debe aplicarse a estos trabajadores tras la sucesión y, a continuación, analizar si pueden aplicarse las previsiones del art. 84.2 ET ante el supuesto de concurrencia conflictiva entre el convenio “arrastrado” y el convenio de la empresa entrante, especialmente en lo que a la preferencia aplicativa de las materias listadas del art. 84.2 ET se refiere.

1.1. El convenio aplicable a supuestos de sucesión de contratas y sus limitaciones temporales

La primera cuestión relativa al convenio colectivo aplicable tras la subrogación empresarial ha sido resuelta por los tribunales¹¹³¹ en el sentido de que tanto la Directiva 2001/23 como la norma de trasposición interna que se corresponde con el art. 44 ET tienen un doble objetivo complementario: por un lado, regular y garantizar que, en los diversos supuestos de sucesión de empresa, el empresario quede obligado a mantener la relación laboral y respetar los derechos y obligaciones derivados de dicha relación laboral y, por otro, regular mecanismos para, una vez producida la sucesión y la correspondiente subrogación, posibilitar la deseable homogeneización con las condiciones aplicables en la empresa entrante, incluido el correspondiente convenio colectivo.

Con relación a ambos objetivos, la regla general debe ser la del mantenimiento del convenio de “origen” y no el de “destino”, sea o no más favorable que el de la empresa

¹¹³¹ STSJ de Cataluña de 13 de septiembre de 2017 (rec. 7637/2016), SAN de 21 de diciembre de 2016 (proced. 156/2014), STSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2015 (rec. 2325/2015), STSJ de C. Valenciana de 15 de enero de 2015 (rec. 2453/2014).

cesionaria¹¹³², aplicándose en su totalidad el mismo, sin que quepa tampoco la técnica del “espiguelo”, esto es, seleccionar en uno y otro convenio aquellas condiciones que más favorezcan a los trabajadores afectados¹¹³³.

En términos similares lo ha entendido la jurisprudencia comunitaria en relación con este mandato de conservación del convenio de “origen” y la posibilidad de su sustitución por el de “destino”, especialmente en la STJUE de 6 de septiembre de 2011 asunto *Scattolon*¹¹³⁴. El TJUE empezaba afirmando que el artículo 3 apartado 2 párrafo 1, el cual establece que “después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo pactadas mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta [...] la entrada en vigor o la aplicación de otro convenio colectivo”, debe ser interpretado de tal forma que el “cesionario está facultado para aplicar desde la fecha de la transmisión las condiciones de trabajo prevista por el convenio colectivo vigente en su empresa, incluidas las referidas a la retribución”¹¹³⁵

Sin embargo, a pesar de reconocer esta posibilidad, inmediatamente a continuación la limitaba: “aunque la Directiva reconoce un margen de actuación que permite al cesionario y a las demás partes contratantes organizar la integración salarial de los trabajadores transferidos de manera que esta se adapte debidamente a las circunstancias de la transmisión realizada, ello no obsta a que las modalidades elegidas deben ser conformes con el objetivo de dicha Directiva”¹¹³⁶. Continuaba señalando, recuperando

¹¹³² Ya sea el convenio colectivo propio de la empresa cesionaria o el sectorial que estuviera aplicando. *Vid.* ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Nuevos problemas interpretativos en torno a la afectación de la eficacia general y vigencia del convenio colectivo en los casos de sucesión de empresa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 42, 2016, p. 79.

¹¹³³ ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Nuevos problemas interpretativos en torno a la afectación ...”, *op. cit.*, p. 80. Con la excepción que el convenio colectivo aplicable a la empresa sucesora lo previera expresamente, léase STSJ de Asturias de 21 de noviembre de 2017 (rec. 2256/2017). GÓMEZ GORDILLO, R., “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales...”, *op. cit.*, p. 63.

¹¹³⁴ STJUE de 6 de septiembre de 2011, *Ivana Scattolon v Ministero dell’Istruzione, dell’Università e della Ricerca*, caso C-108/10 (ECLI:EU:2011:542).

¹¹³⁵ párrafo 74.

¹¹³⁶ párrafo 75.

jurisprudencia propia, que dicho objetivo consiste en “impedir que los trabajadores afectados se vean en una situación menos favorable por la mera causa de la transmisión”¹¹³⁷. Desde este punto de vista, el TJUE dedujo que “el ejercicio de la facultad de sustituir el convenio colectivo vigente en la empresa del cedente por las previstas en el convenio colectivo vigente en la del cesionario no puede por tanto tener por objeto ni como efecto imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión”¹¹³⁸.

En resumen, la respuesta al interrogante inicial sobre qué convenio resulta aplicable a los trabajadores afectados por la sucesión de plantillas es clara: el mismo que se les aplicaba antes de producirse la misma, sin perjuicio que pueda ser aplicado otro si mejora las condiciones laborales.

Sin embargo, su mantenimiento está limitado legalmente por tres factores principales: uno hace referencia a su expiración temporal; el otro a la aplicación de un nuevo convenio colectivo a la empresa cesionaria; y el último a un eventual pacto en contrario. Desde esta perspectiva, la eventual limitación temporal del convenio de origen puede significar que el convenio de la empresa entrante resulte aplicable a dichos trabajadores.

1.1.1. Un primer límite al mantenimiento del convenio de origen: su expiración total

Para comenzar, el art. 44 ET, al igual que la Directiva que transpone, señala que la aplicación del convenio de origen se mantendrá hasta su “fecha de expiración”. A la hora de interpretar esta expresión temporal, el TS ya señaló que la aplicación del convenio “arrastrado” alcanza, no solo a la duración inicial pactada en el propio convenio, sino también a la prorrogada y a la fase de ultraactividad¹¹³⁹.

¹¹³⁷ párrafo 75.

¹¹³⁸ párrafo 76.

¹¹³⁹ Doctrina jurisprudencial asentada, entre otras, SSTs de 11 de octubre de 2002 (rec. 920/2002); de 17 de mayo de 2007 (rec. 2310/2006); de 12 de abril de 2011 (rec. 132/2010); de 4 de octubre de 2013 (rec. 1565/2013).

Pues bien, alcanzada la expiración total del convenio de origen, surge el interrogante de cuál es el régimen convencional aplicable a continuación a los trabajadores afectados por la sucesión. En principio, al menos a nivel teórico, cuatro son las respuestas posibles. En primer lugar, que se aplique el convenio de la empresa entrante (de haberlo) en su totalidad. En segundo lugar, que se contractualice el convenio por el que venían rigiéndose. La tercera posibilidad consistiría en aplicar el convenio sectorial (si lo hubiera) en todo caso. La última posibilidad sería que se apliquen las reglas de concurrencia del art. 84 ET entre los posibles convenios concurrentes.

Con relación a la primera posibilidad, teniendo presente que uno de los objetivos de la Directiva 2001/23 es facilitar la homogeneización de las condiciones laborales al conjunto de trabajadores en la empresa entrante, la solución más adecuada para materializar dicho objetivo sería aplicar el convenio de la empresa entrante también a los trabajadores afectados por la sucesión una vez expirado el convenio de origen.

A favor de esta tesis se encuentra que el motivo por el cual no se podía aplicar el convenio de la empresa entrante era precisamente la protección derivada de la vigencia del convenio “arrastrado”, de tal modo que el mismo actuaba como una especie de barrera temporal. Desde esta perspectiva, una vez expirase totalmente dicho convenio, no habría obstáculo, en principio, para rechazar la homogeneización de las condiciones laborales de todos los trabajadores al servicio de la empresa entrante, siempre y cuando dicho convenio colectivo resultase objetivamente aplicable a los trabajadores subrogados.

Así lo ha entendido la STSJ C. Valenciana de 2 de febrero de 2016 (rec. 3449/2015) que mantiene que al finalizar la vigencia del convenio sectorial con el que pasaron los trabajadores afectados por la subrogación, es posible la aplicación del convenio empresarial de la nueva empresa adjudicataria que en ese momento estaba vigente, sin necesidad de suscribir uno nuevo¹¹⁴⁰.

En segundo lugar, por lo que se refiere a la contractualización del convenio expirado, la doctrina de suplicación ya había rechazado esta posibilidad. Por ejemplo, la STSJ de

¹¹⁴⁰ Así lo ha entendido también la SAN de 10 de octubre de 2016 (proced. 218/2016).

Andalucía (Sevilla) de 5 de noviembre de 2015 (rec. 1539/2015) concluyó que no resultaba aplicable el criterio del TS recogido en la conocida sentencia de 22 de diciembre de 2014 (rec. 264/2014) al entender que, a diferencia del caso resuelto por el TS, a pesar de la expiración total del convenio por el que venían rigiéndose los trabajadores afectados, sí existía un convenio aplicable: el mismo que se aplicaba al resto de trabajadores de la empresa entrante¹¹⁴¹. Criterio hermenéutico compartido y asumido también por el TS en la sentencia de 1 de febrero de 2018 (rec. 35/2017). No obstante, debe subrayarse que el motivo por el que no opera la contractualización en estos casos es la existencia de un convenio colectivo superior al que decae, por lo que, a estos efectos, el convenio de empresa que pudiera estar vigente en la empresa que integra a estos trabajadores no impediría que se contractualizasen sus condiciones laborales previas, en la medida que no se trata de un convenio superior.

A mayor abundamiento, la contractualización sí puede tener lugar con anterioridad a producirse la sucesión de contratas, es decir, en la empresa cedente, en el sentido de que los trabajadores pueden haber incorporado a sus contratos las condiciones convencionales al expirar el convenio colectivo por el que venían rigiendo y no haber ningún otro que resultase aplicable¹¹⁴². En esta situación, una vez producido el fenómeno sucesorio, el nuevo empresario deberá respetar dichas condiciones *ex art* 44.1 ET, pues quedaron, en un momento previo a operar la subrogación, incorporadas a los contratos de trabajo de la plantilla afectada por la subrogación. Así, en este caso, el único límite temporal para la homogeneización de las relaciones laborales viene de la mano de la aprobación de un nuevo convenio colectivo, y no de la expiración del anterior, habida cuenta de la contractualización del mismo. No obstante, esto no significa que el nuevo convenio no pueda disponer de las condiciones convencionales anteriores “contractualizadas”, pues tal y como afirma el TS en la sentencia de 1 de febrero de 2018 (rec. 35/2017) “que dichas condiciones estén incorporadas a los

¹¹⁴¹ En idéntico sentido, *vid.* STS 1 de febrero de 2018 (rec. 35/2017); STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 29 de noviembre de 2017 (rec. 1469/2017); SAN de 10 de octubre de 2016 (proced. 218/2016). Léase también el interesante voto particular que recoge la sentencia del TSJ de Andalucía a favor de la tesis de la contractualización.

¹¹⁴² SSTs de 5 de junio de 2018 (rec. 364/2017) y 7 de junio de 2018 (rec. 663/2017).

contratos de trabajo no supone que queden petrificadas e inalterables a lo largo del tiempo”, no siendo, por tanto, operar mediante una modificación sustancial de condiciones de trabajo necesariamente. En este sentido, el término “contractualización” no sería más que una forma de hablar cuya única virtualidad sería la de cubrir un posible vacío normativo.

En tercer lugar, en cuanto a la posibilidad de aplicar el convenio sectorial en todo caso (siempre que exista) una vez expirado el régimen convencional “arrastrado”, en sede judicial tampoco han avalado esta opción. Así, por ejemplo, lo entendió la STSJ de Andalucía (Málaga) de 3 de noviembre de 2011 (rec. 907/2011). La misma versaba sobre unos trabajadores que en el momento anterior a la subrogación se regían por un convenio de empresa, el cual siguió aplicándoseles a posteriori de conformidad con el art. 44 ET. Pasado un tiempo, la mercantil cedente suscribió un nuevo convenio colectivo propio, y los trabajadores afectados por la subrogación en ese momento reclamaron que se les aplicara el convenio sectorial. Por el contrario, la empresa cesionaria defendía que se les aplicara el nuevo convenio empresarial aprobado en la empresa cedente. El tribunal estimó la petición de los trabajadores y entendió que el convenio por el que se venían rigiendo había expirado, y por tanto no podía resultar de aplicación el nuevo convenio colectivo de la empresa anterior al no estar los trabajadores ni integrados en su plantilla ni prestar servicios en ninguno de sus centros de trabajo y que, por último, atendiendo al ámbito funcional de los eventuales convenios sectoriales aplicables, procedía la aplicación del mismo convenio sectorial que regía para el conjunto de la empresa. Nótese, sin embargo, que el tribunal aplica las reglas previstas en el art. 84 ET para determinar el convenio colectivo aplicable, y no se decanta por el convenio sectorial de forma automática.

Otro caso en esta línea fue el resuelto por la STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 16 de julio de 2014 (rec. 584/2014)¹¹⁴³, que conoció de una sucesión de contratas en la que los trabajadores afectados mantuvieron la aplicación del convenio empresarial de la mercantil saliente. Apenas unos días después de producirse la subrogación, la

¹¹⁴³ Planteando el mismo conflicto jurídico, STSJ Canarias (Las Palmas) de 23 de enero de 2017 (rec. 20/2016)

empresa cedente suscribió un nuevo convenio que contemplaba mejoras salariales con carácter retroactivo, las cuales reclamaban dichos trabajadores. Sin embargo, el tribunal entendió que la renegociación de un nuevo convenio colectivo en la empresa cedente suponía la expiración del convenio de origen y, en consecuencia, para fijar el convenio colectivo aplicable resultaba preceptivo acudir a las normas de solución de concurrencia conflictiva *ex* art. 84 ET.

Es más, la mayoría de la doctrina que ha estudiado este supuesto¹¹⁴⁴ se posiciona en contra de aplicar a los trabajadores afectados por la subrogación el nuevo convenio colectivo en la empresa cedente, a pesar del carácter retroactivo de alguna de sus cláusulas. En este sentido, la primera razón dada es que si el convenio colectivo se firmó con posterioridad a la transmisión no cumple los requisitos del art. 44 ET que habla del “convenio colectivo que en el momento de la transmisión fuere de aplicación” y dicho convenio en el momento histórico en el que se produjo su aplicación no era aplicable, aunque después se le dote de eficacia retroactiva. La segunda razón se relaciona con el hecho de que, una vez producida la transmisión, los trabajadores de la unidad transmitida ya no están representados por los sujetos legitimados para negociar el convenio colectivo que será aplicable a la empresa cedente y al que se dota de eficacia retroactiva. La tercera razón dada es que admitir la eficacia retroactiva sería introducir una dosis de inseguridad jurídica cuestionable, ya que el empresario cesionario tomó la decisión de realizar el negocio jurídico que produce la subrogación, con base en los factores que conoce en ese momento, entre ellos las condiciones laborales existentes en el momento de la transmisión.

En todo caso, a raíz de estas sentencias puede observarse que, en determinados casos, el empresario entrante puede ser el interesado en defender la continuidad del régimen laboral aplicable de origen, principalmente si las condiciones laborales “arrastradas” son inferiores a las que aplica en el seno de su propia empresa. Asimismo, se desprende

¹¹⁴⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Transmisión de empresa y convenio colectivo aplicable”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2003, pp. 1-25; ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Nuevos problemas interpretativos en torno a la afectación ...”, *op. cit.*, p. 94. A favor, JOVER RAMÍREZ, C., “Convenio colectivo aplicable en un supuesto de sucesión de empresa y la discutida aplicabilidad retroactiva de las tablas salariales”, *Nueva Revista Española Derecho del Trabajo*, núm. 203, 2017, pp. 255-261.

que una eventual renegociación en una unidad comercial diferente puede conllevar el final de la aplicación del convenio precedente. Es decir, la expiración del convenio colectivo se alcanza no solo por llegar a la duración máxima, sino también por acuerdo de sus negociadores.

Así, al hilo de las consideraciones previas, parece imponerse la tesis de aplicar las reglas de concurrencia del art. 84 ET una vez el convenio de origen ha expirado, o sea, la cuarta posibilidad apuntada al inicio. Si bien de las cuatro opciones planteadas, la forma más adecuada de homogeneizar las condiciones laborales en la empresa entrante sería aplicar íntegramente el convenio propio de la empresa (si lo hubiera), lo cierto es que se deberán respetar las reglas legales o convencionales de concurrencia entre convenios colectivos, aunque como regla general, y salvo que se hubieran contractualizado las condiciones laborales, se aplicará el convenio empresarial de la mercantil entrante en el listado de materias recogidas en el art. 84.2 ET.

Así, desde el punto de la homogeneización de condiciones laborales con el resto de trabajadores, tras la expiración del convenio colectivo original, los trabajadores afectados por la subrogación deberán regularse por las mismas condiciones que el resto de la plantilla. O sea, si al resto de trabajadores les resulta de aplicación el sectorial y el de empresa al mismo tiempo, a resultas de las reglas del art. 84 ET, también será este su nuevo marco convencional de aplicación. Por el contrario, la homogeneización podrá verse afectada negativamente si el convenio que rige en su integridad es el de empresa, pues tras la expiración del régimen convencional arrastrado, los trabajadores subrogados podrán legítimamente, bien reivindicar la aplicación del convenio superior si lo hubiera, bien reclamar la contractualización del convenio arrastrado si no hubiera convenio superior aplicable, todo ello con respeto a la preferencia aplicativa del listado de materias del art. 84.2 ET del convenio de la empresa que los integra.

1.1.2. Un segundo límite: el nuevo convenio colectivo aplicable

El art. 44 ET, de conformidad con la norma comunitaria, contempla que en el momento que resulte aplicable un nuevo convenio colectivo a la empresa cesionaria, el mantenimiento del convenio de origen finalizará. Para que dicha limitación opere

resulta necesario que se trate de un nuevo convenio colectivo, no siendo útil a estos efectos el que pudiera tener la empresa antes de producirse la subrogación¹¹⁴⁵.

A pesar de que la previsión legal parece clara, es posibles encontrarse con algunas situaciones problemáticas. Así, podría ocurrir que el convenio de origen por el que los trabajadores afectados regulaban sus condiciones laborales fuese el mismo que regía en la empresa cesionaria, esto es, el mismo convenio sectorial. En principio, podría pensarse que la situación descrita no es conflictiva, ya que tanto antes como después de operar la subrogación a dichos trabajadores se les aplicaría el convenio sectorial.

Ahora bien, la situación se volvería más dificultosa si en un momento posterior a la subrogación y estando aún vigente el convenio sectorial, la mercantil entrante aprobase su propio convenio empresarial. Este cambio conllevaría de entrada que, con relación a la plantilla no afectada por la subrogación, se les aplicase el convenio de empresa en el listado de materias con preferencia aplicativa *ex* art. 84.2 ET y el convenio sectorial anterior en el tiempo para el resto. En cuanto a los trabajadores afectados por la subrogación, la situación sería ligeramente distinta, puesto que les resultaría de aplicación íntegra el convenio de empresa, no solo en las materias recogidas en el art. 84.2 ET, sino en su conjunto. La razón principal de esta diferencia de trato es que la deriva de la literalidad del art. 44 ET al prever que el mantenimiento del convenio de origen, en su totalidad, finalice con la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo.

Como alternativa a esta interpretación rígida del art. 44.4 ET, que conduce a esta desigualdad de trato, podría efectuarse una lectura de este precepto complementaria con el art. 84 ET, de tal modo que, en caso de coincidir en ambas empresas el mismo convenio sectorial antes de producirse la sucesión, y aprobado con posterioridad un convenio propio en la empresa entrante, deberá aplicarse el sectorial (en las materias distintas a las del art. 84.2 ET) a todos los trabajadores, con independencia si fueron

¹¹⁴⁵ Así lo ha entendido el TS en la sentencia de 12 de abril de 2011 (rec. 132/2010), pues “cuando la Directiva habla de aplicación de otro convenio colectivo, no se refiere al que ya estaba vigente antes de la subrogación, sino al que pueda entrar en vigor o resulte aplicable con posterioridad a aquella y afecte a la nueva unidad productiva integrada por los trabajadores de la cedida y la cesionaria. [...] conclusión que se ve reforzada por el precepto (44.4 ET) que alude expresamente al “nuevo” convenio colectivo que resulte aplicable tras la transmisión”.

subrogados o no, a fin de alcanzar la homogeneidad e igualdad entre todos ellos. Y ello gracias a una interpretación teleológica del art. 44 de conformidad con los objetivos que derivan de la Directiva comunitaria.

En otro orden de cosas, otra duda interpretativa es la relativa a la determinación del momento en que inicia la vigencia el nuevo convenio colectivo, pues en función de esta variable la solución legal podrá verse afectada. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 11 de octubre de 2002 (rec. 920/2002) se planteó, en un caso de sucesión de empresas, si el convenio que estaba “firmado” pero no “publicado” en el momento de la transmisión, podría considerarse como “convenio colectivo aplicable en la empresa cedente” a los efectos del art. 44 ET, y, por tanto, si la empresa cesionaria estaba obligada a respetarlo. La Sala consideró que el convenio ya firmado debía considerarse en vigor, más aún cuando al ser publicado unos meses después, se preveía la entrada en vigor con efectos retroactivos. Con todo, más allá de este caso concreto, debe advertirse que el momento de entrada en vigor de un convenio colectivo es una cuestión más compleja aún no resuelta por la jurisprudencia de forma satisfactoria¹¹⁴⁶.

1.1.3. Un tercer límite: el acuerdo en contrario del art. 44.4 ET

Al margen de los dos límites anteriores, debe recordarse que la regla estatutaria del art. 44.4 no tiene naturaleza de derecho necesario absoluto¹¹⁴⁷, sino que tiene carácter dispositivo, pues queda en manos de la autonomía colectiva el poder determinar la

¹¹⁴⁶ En efecto, se trata de un problema aún no resuelto por la jurisprudencia de forma clara, ya que en alguna ocasión el Tribunal Supremo ha mantenido que la fecha crucial es la fecha de la publicación, *vid.* STS 11 de febrero de 2014 (rec. 27/2013). Por eso la doctrina mantiene que la vigencia del convenio, y con ello la fecha de afectación de la prohibición de concurrencia, deber ser la solicitud de registro del convenio, *Vid.* MONEREO PÉREZ, J. L., “La intervención de la Administración Laboral en la tramitación y control de la legalidad de los convenios colectivos *erga omnes*”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 32, 1987, p. 352; SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J. M.^a, “La problemática jurídica de las unidades de negociación colectiva, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad”, *REDT*, núm. 35, 1988, pp. 325 y ss; MERCADER UGUINA, J. R., *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Madrid: Civitas, 1994, p. 177.

¹¹⁴⁷ STS de 29 de marzo de 2017 (rec. 46/2016).

aplicación de un convenio diferente cuando medie una transmisión de empresa¹¹⁴⁸. Este tercer límite no se recoge en la Directiva comunitaria¹¹⁴⁹, que únicamente prevé que los Estados miembros “podrán” limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, si bien dicho periodo no podrá ser inferior a un año.

De ahí que, algún autor haya defendido que esta limitación solo es aplicable después del primer año de producirse la transmisión, salvo que del acuerdo resulte un régimen laboral más favorable, ya que la Directiva no permite excepción alguna en el plazo de un año¹¹⁵⁰. Sin embargo, esta posición ha sido contestada en el sentido de que la literalidad de la Directiva no se desprende la obligación de que los Estados regulen un plazo mínimo de duración del convenio original una vez producida la transmisión, ya que la duración queda limitada a la extinción o a su sustitución por otro convenio¹¹⁵¹. La finalidad de dicho pacto sería la de homogeneizar las condiciones laborales de la nueva plantilla de la empresa cesionaria, con trabajadores que arrastran un régimen laboral diferente al resto. De este modo, con este pacto se pretende resolver la dualidad laboral configurando un estatuto jurídico único para la totalidad de los empleados, sin dilatar tal uniformización hasta la entrada en vigor del nuevo convenio al momento o la expiración total del de origen¹¹⁵².

¹¹⁴⁸ MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., “Los acuerdos colectivos en el marco de la transmisión de empresa”, en Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manuel Jurídico de Negociación Colectiva*, Madrid: La Ley, 2008, p. 771.

¹¹⁴⁹ Aunque algún tribunal haya interpretado que sí, léase STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 7 de marzo (rec. 341/2016).

¹¹⁵⁰ CAMPS RUIZ, L. M., *Régimen laboral de la transmisión de empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, Cfr. DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002, p. 257, nota 56.

¹¹⁵¹ MELLA MÉNDEZ, L., “El nuevo artículo 44, número 4 del Estatuto de los Trabajadores: convenio colectivo aplicable en caso de sucesión de empresa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 111, 2002, p. 375.

¹¹⁵² MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., “Los acuerdos colectivos...”, *op. cit.*, p. 771.

En cuanto a la virtualidad que pueda tener dicho acuerdo, los tribunales¹¹⁵³, de conformidad con la jurisprudencia del TJUE comentada¹¹⁵⁴, han entendido que la posibilidad de que el cesionario, gracias a este pacto, aplique su propio convenio de empresa está sujeta a varios requisitos. Por un lado, uno de carácter procedimental, ya que el pacto, una vez consumada la sucesión, debe realizarse mediante acuerdo entre el cesionario y los representantes de los trabajadores afectados por su subrogación¹¹⁵⁵. Por otro lado, otro de carácter finalista, en el sentido de que la sustitución convencional no puede tener por objeto ni por efecto imponer a esos trabajadores condiciones globalmente menos favorables que las aplicables antes de la transmisión.

Precisamente, en relación con su finalidad, la doctrina también ha señalado que este pacto solo cobra sentido para mejorar las condiciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión a través de la aplicación del convenio de la empresa cesionaria, al considerarlo más favorable en su conjunto que el de la cedente¹¹⁵⁶. De este modo, se lograría, de manera adelantada, la unificación de los estatutos jurídicos de ambos colectivos de trabajadores, en beneficio de los asalariados objeto de subrogación, pues “carece de sentido que la representación de los trabajadores transferidos que tienen garantizada legalmente dichas condiciones de trabajo pacten libre y voluntariamente un empeoramiento de las mismas”¹¹⁵⁷.

¹¹⁵³ SAN de 21 de diciembre de 2016 (proced. 156/2014); STSJ de Madrid de 31 de octubre de 2016 (146/2016).

¹¹⁵⁴ *Vid.* capítulo quinto, apartado VII, 1.1.

¹¹⁵⁵ El hecho que se negocie antes conjuntamente con la empresa cedente, cesionaria y los representantes de los trabajadores a subrogar no implica su nulidad, sino su inaplicación en tanto en cuanto no resulte ratificado por un posterior acuerdo entre los representantes del colectivo subrogado y la empresa cesionaria. En este sentido, *vid.* SAN de 9 de octubre de 2017 (proced. 195/2017).

¹¹⁵⁶ MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., “Los acuerdos colectivos...”, *op. cit.*, p. 776; DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONS, D. y SERRANO OLIVARES, R., “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, p. 253.

¹¹⁵⁷ ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Nuevos problemas interpretativos en torno a la afectación ...”, *op. cit.*, p. 103.

En todo caso, debe significarse que la regla estatutaria no contiene más disposiciones que configuren el régimen jurídico de este acuerdo de empresa, manteniendo la doctrina varias soluciones posibles en cuanto a su procedimiento: transitar de conformidad con las previsiones para los acuerdos de modificación sustancial de condiciones de trabajo *ex art. 41 ET*¹¹⁵⁸, o articular dicho acuerdo siguiendo los trámites del proceso de inaplicación convencional *ex art. 82.3 ET*¹¹⁵⁹. En cambio, sí hay unanimidad en que dicho acuerdo deberá ser negociado, al menos, por los representantes de los trabajadores de la plantilla subrogada¹¹⁶⁰, tal y como exige el TS¹¹⁶¹, siempre y cuando existiera y se dieran los presupuestos legales del art. 44.5 ET para que conserven su mandato representativo. En caso contrario, de no existir o no conservarse dicho mandato, se ha propuesto actuar siguiendo las reglas del art. 87.1 ET para los convenios franja¹¹⁶², siendo posible también articular la representación a través de la comisión *ad hoc* prevista en el art. 41.4 ET¹¹⁶³. Por último, algún autor ha mantenido la posibilidad de que en estos casos sea la representación del conjunto de los trabajadores la que negocie dicho acuerdo, ya que representan también a los nuevos trabajadores, sin perjuicio de las eventuales elecciones parciales por incremento relevante de plantilla¹¹⁶⁴, advirtiéndose, no obstante, de los riesgos que los intereses de los trabajadores afectados por la subrogación no estén realmente representados.

Por último, conviene matizar que la previsión “salvo pacto en contrario” del art. 44.4 ET, que dispositiviza el mantenimiento del régimen convencional anterior, encuentra

¹¹⁵⁸ MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., “Los acuerdos colectivos...”, *op. cit.*, p. 774.

¹¹⁵⁹ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio...op. cit.*, p. 69.

¹¹⁶⁰ MOLERO MARAÑÓN, M.^a L. y VALDÉS DAL-RÉ, F., *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Granada: Comares, 2014, p. 143.

¹¹⁶¹ STS de 18 de mayo de 2017 (rec. 1414/2016) y jurisprudencia citada. Asimismo, SSTSJ Galicia de 3 de abril de 2009 (rec. 231/2009) y 2 de marzo de 2010 (rec. 5008/2006).

¹¹⁶² MELLA MÉNDEZ, L., “El nuevo artículo 44...”, *op. cit.*, p. 373; GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Transmisión de empresa y convenio colectivo aplicable”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2003, p. 11.

¹¹⁶³ En contra, ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Nuevos problemas interpretativos en torno a la afectación...”, *op. cit.*, p. 107.

¹¹⁶⁴ MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., “Los acuerdos colectivos...”, *op. cit.*, p. 773.

en la práctica judicial un significado propio en un caso particular, el de los supuestos de absorción empresarial, apartándose, en este sentido, parcialmente de los requisitos previamente referidos para la validez de dicho acuerdo. En concreto, destaca lo resuelto por las SSTSJ de la Comunidad Valenciana de 28 de septiembre de 2017 (rec. 3768/2016) y de 19 de febrero de 2016 (rec. 1432/2015) que parten de unos hechos concretos: la absorción entre entidades bancarias y unos acuerdos previos al proceso de fusión, celebrados con una comisión mixta de representantes de trabajadores de ambas empresas, los cuales preveían, entre otras cuestiones, que determinados acuerdos convencionales vigentes en la empresa absorbida dejarían de aplicarse y que, a partir de una fecha determinada, el convenio colectivo de empresa por el que se regían dejaría de aplicarse en favor del sectorial.

Las sentencias referidas empiezan señalando que no debe seguirse el régimen jurídico previsto en el art. 41.1 ET, ya que dicho precepto regula las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo, sino que hay que estar al pacto del art 44.4 ET, el cual pretende la adopción de “acuerdos de armonización y homogeneización de plantilla entre empresa y representantes laborales tras la fusión de las dos entidades”. A continuación, añaden que “el art. 44 ET presupone, en principio, el mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de sucesión de empresas, lo que no impide que después de la transmisión entre en vigor otra normativa convencional”. Sin embargo, matizan que “al margen de los convenios, los acuerdos colectivos también pueden utilizarse como alternativas a los convenios, cuando se trate de acuerdos de fusión de empresas, que son aquellos dirigidos a regular de forma transitoria hasta la aprobación de un verdadero convenio, en cuyo caso habrá que estar a lo pactado en el Acuerdo en sus propios términos”. Por estas razones las sentencias mencionadas concluyen que se han respetado las normas reguladoras de los acuerdos de empresa, mediante la intervención y aprobación de sus términos por los representantes de los trabajadores. Así las cosas, declaran al acuerdo válido y puede, en consecuencia, suspender la aplicabilidad del convenio y acuerdos convencionales de origen, estableciendo en su lugar un régimen laboral diferente en sí mismo, a pesar de haber sido negociado antes de producirse la fusión y aunque el régimen nuevo suponga un empeoramiento de las condiciones laborales.

1.2. La virtualidad de la preferencia aplicativa del convenio de la empresa entrante frente al convenio colectivo “arrastrado”

Recapitulando lo visto hasta ahora, el convenio aplicable a los trabajadores afectados por la subrogación es el mismo que se les aplicaba antes de producirse la misma, siendo tres las vías principales para que dicho convenio deje de aplicárseles: la expiración del mismo, la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo en la empresa cesionaria y, en último lugar, el pacto en contrario. No obstante, como se acaba de comprobar, esta última opción solo opera al alza, limitando notablemente su eficacia como instrumento homogeneizador desde el punto de vista empresarial. Desde esta perspectiva, mientras que las dos primeras vías permitirían una homogenización tanto *in melius* como *in peius*, la tercera vía solo puede materializarse en caso de constituir una uniformización positiva¹¹⁶⁵. Asimismo, y con las particularidades vistas, se concluye que habrá que estar al art. 84 ET para resolver los eventuales conflictos de concurrencia convencional que pudieran surgir a partir del momento que el convenio de origen deje de resultar de aplicación.

Sentado lo anterior, procede analizar en este punto la situación de concurrencia entre el convenio de empresa que pudiera tener la mercantil entrante y el convenio de origen durante el tiempo que resulte aplicable el mismo. ¿Pueden aplicarse las previsiones del art. 84.2 ET ante el supuesto de concurrencia conflictiva entre el convenio “arrastrado” y el convenio propio de la empresa entrante, especialmente en lo que a la preferencia aplicativa de las materias listadas del art. 84.2 ET se refiere? En otros términos, la principal incógnita consiste en averiguar si, con carácter previo a la expiración del convenio de origen o la entrada en vigor de un nuevo, y no existiendo pacto en contrario, el convenio de la empresa cesionaria, en virtud de la nueva preferencia aplicativa del art. 84.2 ET, despliega algún efecto o por el contrario se ve totalmente frenada por la solución dada en el art. 44.4 ET.

¹¹⁶⁵ STSJ Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 7 de marzo de 2017 (rec. 341/2016).

Con anterioridad a las reformas legales de 2011 y 2012 que dotaron al convenio colectivo de empresa de una prioridad aplicativa materialmente parcial¹¹⁶⁶, este planteamiento carecía de sentido. En efecto, las reglas de concurrencia del art. 84 ET determinaban la aplicación de un convenio colectivo en su totalidad, a modo de compartimentos estancos, para los supuestos en los que varios convenios resultaban, funcional, territorial y subjetivamente aplicables a unos trabajadores. En este contexto, podía entenderse que el art. 44.4 ET preveía una regla de aplicación especial en favor de un convenio colectivo concreto: el que venía siendo de aplicación a los trabajadores subrogados, y solo para este colectivo de trabajadores. En consecuencia, se suspendía la aplicación del convenio aplicable en la empresa cesionaria, que eventualmente podría haberse aplicado por el principio general *prior tempore ex* art. 84. ET

Como se observa, tanto el art. 84 ET como el art. 44.4 ET establecían una regla que resolvía eventuales situaciones de concurrencia conflictiva, y ambos preceptos operaban bajo la misma lógica de compartimentos estancos, ya que resultaba de aplicación uno u otro convenio íntegramente, no siendo válido el sistema del espiguo normativo, ni siquiera cuando ello beneficiaba a los trabajadores afectados por la subrogación. Precisamente, esa imposibilidad de aplicar dos convenios al mismo tiempo, salvo que resultaran complementarios o subsidiarios entre sí, hacía que el art. 44.4 ET se impusiera, sin posibilidad de que el art. 84 ET desplegara efecto alguno, dado que, de lo contrario, se dejaría sin sentido lo previsto en el art. 44.4 ET.

La situación descrita ha cambiado con la nueva preferencia aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET, ya que en virtud de la misma no se desplaza totalmente el convenio superior aplicable si fuera anterior en el tiempo, sino que suspende temporalmente la aplicación del mismo en un conjunto de materias en las que regirá el propio convenio de empresa desde su entrada en vigor. Siendo, en consecuencia, aplicable durante un mismo periodo temporal, gracias al sistema del espiguo normativo, tanto el convenio superior como el de empresa.

¹¹⁶⁶ Solo se predica en relación con un conjunto de materias listadas, pero temporalmente absoluta, pues resulta de aplicación con carácter preferente en cualquier momento de la vigencia del convenio de ámbito superior con el que entre en concurrencia conflictiva.

En otros términos, de la posibilidad del espiguo normativo y la preferencia aplicativa *ex art. 84.2 ET* se deriva el interrogante de si el convenio de la empresa entrante puede resultar parcialmente de aplicación a los trabajadores subrogados en caso de que estos arrastren un convenio colectivo en cumplimiento de lo previsto en el art. 44 ET, ya sea este de ámbito superior u otro de empresa.

En este último caso, si los trabajadores afectados por la subrogación vinieran rigiéndose antes de producirse la sucesión por un convenio colectivo de empresa (ya fuera el de la empresa saliente o el de la principal), el convenio empresarial de la mercantil entrante no sería en ningún caso aplicable, ni total ni parcialmente, a los trabajadores transferidos por dos motivos principales. Primero, porque la preferencia aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET solo se proyecta en relación con convenios de ámbito superior, y por tanto no está pensada para resolver conflictos entre convenios de empresa. Segundo, porque aun cuando el convenio de la empresa entrante fuese anterior en el tiempo al convenio de empresa arrastrado por los trabajadores transferidos, no resultaría aplicable la regla general *prior tempore* del art. 84.1 ET, porque ello haría volver a la lógica de bloques, dejando eventualmente, sin virtualidad alguna lo previsto en el art. 44 ET.

Al margen del posible conflicto de concurrencia entre convenios empresariales, en los que el interrogante formulado no puede sustentarse, en los demás casos parece que nos encontremos ante un conflicto de normas, pues tanto el art. 44 ET como el art. 84 ET prevén una solución diferente para una única realidad, siendo, en principio imposible, la aplicación conjunta de las dos. En este sentido, el TS en el auto de 14 de febrero de 2017 (rec. 1296/2016) señalaba que entre las soluciones posibles para resolver esta situación de concurrencia conflictiva está la de trasladar la fórmula contenida en el art. 84 ET, habida cuenta “la sucesión de empresa es un fenómeno que no deja de acarrear la posible concurrencia aplicativa de convenios de ámbitos funcionales, territoriales y temporales diferentes”.

Como es sabido, a los efectos de resolver un eventual conflicto aplicativo de normas del mismo rango, debe acudir a las reglas generales previstas en la Teoría General del

Derecho, que resultan plenamente aplicables al ordenamiento laboral¹¹⁶⁷. Así, de entrada, atenderíamos a los principios de especialidad, modernidad y primacía¹¹⁶⁸.

En atención al primero, si bien el art. 44 ET parece resolver de forma específica el supuesto de concurrencia conflictiva entre convenios aplicables en supuestos de sucesión de contratas, determinando la preferencia aplicativa íntegra del convenio de origen para los trabajadores subrogados, no es menos cierto que el art. 84 ET contempla, en términos absolutos, y sin excepciones, que de concurrir un convenio de empresa con un convenio de ámbito sectorial, se aplicará preferentemente el de ámbito inferior en un listado notable de materias. Por ello, el criterio de la especialidad no constituye una herramienta clara para resolver este conflicto de normas, ya que la especialidad depende desde donde se enfoque jurídicamente la situación, si desde el punto de vista de la subrogación empresarial o desde la preferencia aplicativa del convenio de empresa.

En segundo lugar, por lo que se refiere al principio de modernidad, la regla recogida en el art. 84.2 ET en términos de aplicación preferente absoluta¹¹⁶⁹ frente al resto de convenios colectivos de ámbito superior fue introducida en la reforma laboral del 2012, mientras que la previsión del art. 44.4 ET de mantener la aplicación del convenio colectivo de origen a los trabajadores subrogados proviene de una modificación legal operada a través del art. 2.2 de la Ley 12/2001, de 9 de julio, por medio de la cual se incorporó al ordenamiento interno el contenido de la Directiva 77/187/CEE, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspaso de empresas,

¹¹⁶⁷ GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de Derecho del Trabajo*, 4ta Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 111. Debe advertirse, no obstante, que el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de diciembre de 1990 (ponente Enrique Álvarez Cruz) en un conflicto sobre la concurrencia de convenios colectivos en caso de subrogación empresarial señaló expresamente que “los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactadas, se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador”, y por tanto, desde esta perspectiva, apartándose de la regla del art. 44, declara aplicable el convenio más beneficioso para los trabajadores.

¹¹⁶⁸ Habida cuenta el resto de principios (jerarquía normativa y supletoriedad) no resultan aplicables a este supuesto.

¹¹⁶⁹ En el sentido de que no cabe, en principio, excepcionar desde la autonomía colectiva su virtualidad.

de centro de actividad o de partes de centros de actividad. Así, en atención al principio de modernidad normativa, y siendo el art. 84.2 ET la regulación más reciente, el convenio de la empresa entrante debería regir también para los trabajadores subrogados, con los dos límites ya señalados, esto es, siempre y cuando el convenio por el que se vinieran rigiendo fuera de ámbito supraempresarial y, dos, exclusivamente en el listado de materias referidas en el propio art. 84.2 ET.

A pesar de ello, si atendemos al tercer criterio conocido para resolver los conflictos de normas, esto es, el de primacía normativa, la conclusión puede ser diferente. Como ha tenido ocasión de señalar el TS¹¹⁷⁰, el principio de primacía del derecho comunitario obliga a interpretar el derecho nacional atendiendo al significado “que mejor se ajuste” a la finalidad de la directiva que trate la materia. Si acudimos a la directiva europea en cuestión, integrada a escala nacional por medio del art. 44.4 ET, se contempla de forma clara en su art. 3.3 que “después del traspaso, el cesionario mantendrá las condiciones de trabajo mediante convenio colectivo, en los mismos términos aplicables al cedente, hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo”. En consecuencia, en virtud del principio de primacía del derecho comunitario, la preferencia aplicativa del convenio de empresa art. 84. ET no puede desplazar a la previsión garantista del art. 44.4 ET, por cuanto que el ordenamiento jurídico laboral debe ser interpretada a la luz de la norma comunitaria, que, en este caso, es clara y precisa.

No obstante, debe significarse que la propia Directiva europea, en el segundo párrafo del mismo artículo 3, contempla una excepción importante al mantenimiento del convenio de origen: “los Estados miembros podrán limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero este no podrá ser inferior a un año”. A este respecto surge el interrogante si el Estado debe establecer tal limitación temporal de forma expresa mediante una norma legal o por el contrario es posible que la misma se derive de la regulación existente. La respuesta es clara: *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. La Directiva comunitaria no establece la forma en la que el legislador nacional puede llevar a cabo el acotamiento temporal referido en la

¹¹⁷⁰ STS de 23 de marzo de 2015 (rec. 2057/2014).

aplicación del convenio de origen, por lo que resulta razonable sostener que el legislador puede prever una regla propia que se aparte de la Directiva que determine qué convenio resulta aplicable a los trabajadores afectados por la subrogación, eso sí, respetando en todo caso, que la regla comunitaria será de aplicación durante al menos el primer año. Desde este punto de vista, la previsión recogida en el art. 84.2 ET puede presentarse como una limitación a la regulación comunitaria en materia de mantenimiento del convenio colectivo de origen. De conformidad con esta lectura, en caso de producirse un conflicto de concurrencia conflictiva entre el convenio de la empresa entrante y el de ámbito superior arrastrado por los trabajadores subrogados, el art. 44.4 ET resultará vinculante exclusivamente durante el primer año desde que se produzca la subrogación, momento a partir del cual, la preferencia aplicativa del art. 84.2 ET podrá surtir efecto, de tal suerte, que se aplique simultáneamente el convenio de la empresa entrante y el sectorial de origen mediante la fórmula del espiguelo.

2. La subrogación empresarial de origen convencional

2.1. El cuestionamiento de la preferencia aplicativa del convenio propio de la empresa entrante

Como se decía, en los supuestos que no se cumplan los requisitos legales del art. 44 ET para que se activen las garantías a favor de los trabajadores subrogados, el convenio colectivo sectorial de aplicación puede fijar la obligación de que dicha subrogación opere¹¹⁷¹. Eso sí, debe diferenciarse dos escenarios posibles. Por un lado, en relación a

¹¹⁷¹ Como punto de partida procede preguntarse si todos los convenios colectivos estatutarios pueden recoger la obligación de subrogación empresarial. A este respecto, debe indicarse que mayoritariamente la doctrina ha defendido que el ámbito funcional de los convenios que pretendan contener este tipo de cláusulas subrogatorias ha de ser necesariamente el sectorial, por cuanto “los convenios colectivos de empresa no pueden imponer obligaciones a terceros no representados en la suscripción de los mismos, es decir, al empresario contratista entrante o al sucesor de la contrata”. Por todos, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., ESTÉVEZ GÓNZALEZ, M.^a C. y MENÉNDEZ CALVO, M.^a R., “Tratamiento convencional del trabajo en régimen de contratas y subcontratas”, en Manuel Álvarez de la Rosa y otros (Coords.), *Estudios sobre negociación y convenios colectivos. Homenaje al profesor Alberto Guanche Marrero*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, p. 242.

las subrogaciones convencionales que operan en sectores económicos que descansan principalmente en la mano de obra y en las que el convenio aplicable impone la asunción de una parte esencial de la plantilla, la consecuencia jurídica será las mismas

En este punto conviene matizar que los tribunales han interpretado que el convenio colectivo sectorial que puede imponer dicha obligación no necesariamente debe ser el convenio sectorial aplicable a la empresa entrante, sino que en caso de que la contrata consista en una actividad diferente a la desarrollada habitualmente, deberá atenderse a lo previsto en materia subrogatoria por el convenio sectorial de dicha actividad porque la empresa “ha de aplicar a la actividad objeto de la contrata asumida la regulación legal de todo orden (fiscal, administrativa, mercantil, laboral) propia de dicha actividad. *Vid.* STSJ de Aragón de 3 de diciembre de 2017 (rec. 643/2017). Así lo había fijado en casos de centros especiales de empleo el Tribunal Supremo desde la sentencia 4 de octubre de 2011 (rec. 4597/2010), aunque ya en esta se indicaba que “si la empresa adjudicataria, tenga o no reconocidos los posibles beneficios de centro especial, concurre a una contrata en la que la actividad a desarrollar es otra diferente a que figura en el ámbito funcional de su específico Convenio, deberá someterse a las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo”. Doctrina consolidada en sentencias posteriores, SSTs de 7 de febrero de 2012 (rec. 1906/2011), de 20 de febrero de 2013 (rec. 3081/2011), de 9 de abril de 2013 (rec. 304/2012).

En cuanto a la posibilidad de que el convenio de empresa pueda imponer la subrogación o no, en línea con lo mantenido por la doctrina, se pronunció la SSTs de 12 de marzo de 1996 (rec. 945/1995) y de 28 de octubre de 1996 (rec. 566/1996) que analizaron si a través de un convenio colectivo de empresa, que regía las relaciones laborales de la empresa concesionaria, cabía establecer el mencionado deber de subrogación a quienes fueran ajenos a dicho convenio. El TS determinó que no es posible que convenio colectivo empresarial contenga cláusulas obligacionales que afecten a quienes no son parte en la negociación ni en su contenido normativo establecer condiciones de trabajo que hubieran de asumir empresas que no estuvieran incluidas en su ámbito de aplicación. Otro caso similar se resolvió en la STSJ de la Comunidad Valenciana de 27 de noviembre de 2014 (rec. 2238/2014). Se partía de que la empresa contratista encargada del servicio de limpieza para el Ayuntamiento de Valencia, al saber que no continuaría prestando el servicio (por haber asumido la contrata otra empresa), procedió a renovar el convenio colectivo de empresa, en cuyo articulado impuso la obligación de subrogarse a la empresa entrante. El Tribunal valenciano entendió que este hecho “afecta de forma directa a la legitimación para intervenir como parte en la negociación colectiva del nuevo convenio”, actuando la contratista saliente tras perder su condición de empleadora a “fin de lesionar los intereses de las mercantiles demandantes”. En esta línea se movió la STSJ de Cataluña de 20 de enero de 2017 (rec. 6643/2016), que de forma clara concluyó que “el nivel idóneo de negociación para establecer previsiones en materia de subrogación es el convenio sectorial pues un convenio de ámbito empresarial no podría imponer la obligación de subrogación a un empresario no comprendido en su ámbito de aplicación”.

Por último, parte de la doctrina ha matizado que, en el caso de los convenios de empresa, la subrogación debería estar recogida en el de la nueva contratista, y no en el de principal ni en el de la empresa saliente, habida cuenta ninguno de estos convenios puede obligar a la contratista entrante al no estar dentro del ámbito de aplicación y por no haberlo negociado directamente o mediante representación legal. *Vid.* LÓPEZ TERRADA, E. y NORES TORRES, L. E., “Los compromisos de empleo ante la crisis”, en Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco (Coords.), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 1099; NORES TORRES, L. E., *La aplicación de las previsiones sobre...*, *op. cit.*, p. 60.

que las analizadas para la subrogación legal, ya que con el nuevo criterio hermenéutico impuesto por la sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018, asunto Ángel Somoza Hermo, C-60/17 y asumido por TS en la sentencia de 27 de septiembre de 2018 (rec. 2747/2016), resultarán aplicables las disposiciones de la trasposición efectuada de la Directiva comunitaria. Eso sí, para ello es preciso que el resultado de esta subrogación implique la asunción de una parte esencial de la plantilla, pues en caso contrario, se entenderá que no se ha producido transmisión de empresa. Además, todo sin perjuicio de que el régimen convencional resulte más favorable, ya que, de haberse superado el suelo mínimo de protección legal, el convenio puede ir más allá en la tutela de los intereses de los trabajadores. Por otro lado, la subrogación convencional seguirá desplegándose con el alcance propio que hayan fijado los negociadores en aquellos sectores productivos que no descansen principalmente en la mano de obra.

Así las cosas, y centrándonos en este último escenario en el que la virtualidad de la subrogación convencional cobra mayor intensidad, es necesario que la empresa entrante esté dentro del ámbito de aplicación de dicha norma paccionada o que el convenio sectorial aplicable a la actividad objeto de la contrata así lo contemple¹¹⁷². Como ha dicho la doctrina, de algún modo se produce un fenómeno de sucesión *a posteriori*, esto es, tras haberse aceptado la obligación de subrogación por mor del convenio¹¹⁷³.

En todo caso, surge la duda sobre si el convenio colectivo sectorial, al imponer el deber de subrogarse al empresario entrante y, en su caso, fijar la obligación de mantener el convenio colectivo de origen (o aquel otro convenio que se considere oportuno por los agentes sociales), puede limitar la preferencia aplicativa del convenio propio de la empresa entrante.

¹¹⁷² *Id.* BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Sucesión de plantilla ex convenio colectivo: el TS se alinea con la doctrina Somoza Hermo con matices”, entrada del 26 de octubre de 2018 en su blog <https://ignasibeltran.com/2018/10/26/sucesion-de-plantilla-ex-convenio-colectivo-el-ts-se-alinea-con-la-doctrina-somoza-hermo-con-matices/> (consultado 05/11/2018).

¹¹⁷³ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., “Las responsabilidades empresariales en el ámbito del trabajo en contratas”, en AA.VV, *XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid: Ediciones Cinca, 2018, p. 100.

En la práctica judicial, la SAN de 6 de julio de 2016 (proced. 133/2016) respondió de forma negativa al interrogante formulado¹¹⁷⁴. Se trataba del Convenio Colectivo Estatal para las empresas de seguridad para el período de julio de 2015 a 31 de diciembre de 2016, en cuyo articulado se encontraba la siguiente previsión (art. 14): *“cuando se produzca una subrogación, el personal de la misma deberá mantener las condiciones económicas y sociales de este Convenio, si este fuera el que le es de aplicación en la empresa cesante en el momento de la subrogación, aunque la empresa cesionaria o entrante viniese aplicando a sus trabajadores condiciones inferiores en virtud de un convenio estatutario de empresa. La aplicación de las condiciones del presente convenio se mantendrá hasta su vencimiento o hasta la entrada en vigor de otro convenio nuevo que resulte de aplicación a la empresa cesionaria”*.

Como se observa, el convenio sectorial no imponía la obligación de que la empresa entrante aplicase el convenio sectorial en todo caso a los trabajadores afectados por la subrogación, sino que lo condicionaba a la necesidad de que el convenio colectivo aplicable a la empresa entrante contuviera condiciones menos favorables que el convenio sectorial en cuestión.

Antes de entrar al fondo del asunto, la AN se cuestionó si el convenio sectorial que imponía la subrogación, podía establecer, a su vez, la obligación de mantener la aplicación del mismo a los trabajadores que vinieran rigiéndose por este. Para dar respuesta, la AN puso en valor que dicha previsión no era equivalente a la que se contempla en el art. 44 ET, pues mientras que en la previsión estatutaria se refiere a cualquier convenio colectivo por el que se rigen los trabajadores subrogados con independencia de su ámbito de aplicación, en el caso que se analizaba, se circunscribía exclusivamente al supuesto de que dicho convenio fuese el sectorial y no cualquier otro, tampoco el convenio de la empresa saliente.

En segundo lugar, la AN se detuvo a explicar que no se trataba de una cláusula ilegal porque ambos convenios, el empresarial de la mercantil entrante y el sectorial de origen, podían concurrir de forma no conflictiva y por tanto aplicarse

¹¹⁷⁴ Misma interpretación se encuentra en la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 16 de noviembre de 2017 (rec. 3344/2017).

complementariamente y al mismo tiempo, respetando de este modo la preferencia aplicativa del art. 84.2 ET.

En tercer lugar, y en esta línea interpretativa, la AN entendió que las previsiones del art. 84.2 ET solo son aplicables para el caso de concurrencia conflictiva, y, por tanto, resulta necesario analizar los supuestos concretos de subrogación por cambio de contratas de origen convencional y determinar, en cada caso, si se trata de un supuesto de concurrencia conflictiva de normas que impida la aplicación de la obligación impuesta por el sectorial.

Tras estas consideraciones, la AN alcanzó la conclusión de que en aquellas cuestiones que ambos convenios colectivos regulen de forma contradictoria sobre un determinado aspecto de la relación laboral del listado de materias del art. 84.2 ET, se debería aplicar el convenio de empresa y no el sectorial, dejando por consiguiente sin la virtualidad probablemente deseada el convenio sectorial al respecto. Dicho de otro modo, según la AN, sería nula la cláusula convencional a nivel sectorial que, al regular la subrogación empresarial en supuestos de sucesión de contratas, pretendiese imponer la aplicación preferente del mismo o de cualquier otro en detrimento del convenio de empresa en aquellas materias en las que este sí goza de tal preferencia. En consecuencia, la preferencia aplicativa del convenio de la empresa entrante, en aquellas materias que gozan de esta, desplazará la aplicación del convenio sectorial a los trabajadores afectados por la subrogación, a pesar de que el mismo imponga su aplicación total. Idéntica conclusión deberá alcanzarse si lo que se pretende es mantener la aplicación del convenio de la empresa principal o saliente en dichas materias¹¹⁷⁵.

En todo caso, la cuestión sobre la posibilidad de que el convenio sectorial, en el marco de la regulación del fenómeno sucesorio, limite la preferencia aplicativa del convenio empresarial de la mercantil entrante no resulta pacífica en sede judicial. Así, en contraste con lo interpretado por la AN, nos encontramos pronunciamientos

¹¹⁷⁵ Sentencia confirmada por STS de 7 de marzo de 2018 (rec. 267/2016), si bien paradójicamente se afirma que: “la subrogación se llevará a cabo en los términos que la hacen exigible [...] con independencia de que tenga convenio propio o no, de manera que resultarán aplicables las condiciones del convenio sectorial”.

diametralmente opuestos. En este sentido, la STSJ de Madrid de 5 de junio de 2017 (rec. 791/2016), ante una subrogación de origen convencional, entendió que resultaba extrapolable la doctrina jurisprudencial para los supuestos de subrogación legal y, por ello, el convenio aplicable en su totalidad era el sectorial, pues así lo preveía este mismo, sin que el convenio de la empresa entrante resultara de aplicación preferente en las materias del art. 84.2 ET.

En esta línea, y con mayor claridad si cabe, las SSTJS de Asturias de 18 de diciembre de 2015 (rec. 2325/2015), y de 27 de noviembre de 2015 (rec. 2290/2015) señalaron que “sin desconocer la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al del sector, ya sea de carácter nacional, autonómico o provincial, en todas aquellas materias en las que así lo establece el art. 84.2 ET, considera la Sala que tal no es el caso de subrogación por cambio de contrata, en cuyo supuesto sigue siendo de aplicación [...] las normas convencionales aplicables en el sector en cuya actividad asume integrarse para realizar las funciones objeto del mismo”.

Por su parte, el Tribunal Supremo, antes del cambio o aclaración de su doctrina derivado de la sentencia del TJUE de 11 de julio de 2018, asunto Ángel Somoza Hermo, C-60/17, se había acercado tangencialmente a la cuestión aquí debatida en la STS de 31 de mayo de 2016 (rec. 234/2016). En ella, el TS insistió en que el alcance de la subrogación empresarial de origen convencional era precisamente el que se establecía en el propio convenio sectorial, pero añadiendo un nuevo matiz: en los casos que el propio convenio sectorial se limitaba a establecer la obligación subrogatoria, pero sin especificar su alcance, habría de aplicarse el régimen legal previsto en el art. 44.4 ET referido al mantenimiento del convenio colectivo de origen.

En coherencia con esta interpretación, podría entenderse que el régimen legal del art. 44 ET, en particular, en relación con el alcance de la subrogación del art. 44 ET y el mantenimiento del convenio de origen, no resulta automáticamente extrapolable a los casos de sucesión de contratas de origen convencional. Sin embargo, en el caso concreto, frente a la posición de la empresa entrante que defendía la aplicación del art. 84.2 ET, y con ello, una vez producida la sucesión empresarial, la aplicación de su propio convenio, al menos en el listado de materias que gozan de preferencia aplicativa, el TS determinó que, de no haberse previsto en el convenio colectivo sectorial la

obligación de respetar las condiciones laborales del convenio de origen, el mandato convencional global y la aplicación subsidiaria del art. 44.4 ET, “se impone como específica previsión cuya especialidad ha de imponerse a la más genérica previsión del art. 84.2 ET que se dice infringido por inaplicación y que tiene diferente función y ámbito aplicativo [la concurrencia de convenios, que no subrogación empresarial]”.

Ahora bien, frente a esta interpretación del TS pueden formularse dos apreciaciones. En primer lugar, debe indicarse que dicha sentencia se dictó en un caso en el que el sector productivo descansaba principalmente en mano de obra, por lo que no resultaría extrapolable de forma automática a otros sectores. A este respecto, el propio TS en el auto de 14 de febrero de 2017 (rec. 1296/2016) señaló que la determinación del convenio colectivo que ha de aplicarse a los trabajadores subrogados en el contexto de una sucesión empresarial no es una cuestión fácil de dirimir a pesar de la regla aparentemente clara que se enuncia de manera expresa en el art. 44 ET. De hecho, en este auto el TS advertía que entre las soluciones posibles está la consistente en trasladar la fórmula contenida en el art. 84 ET puesto que la sucesión de empresa es un fenómeno que no deja de acarrear la posible concurrencia aplicativa de convenios de ámbitos funcionales, territoriales y temporales diferentes.

En segundo lugar, aun cuando se compartiese la interpretación realizada por el TS, la misma resulta exclusivamente proyectable a los supuestos en los que el convenio colectivo sectorial no determina el alcance de la subrogación empresarial, sino que se limita a establecer dicha obligación genérica. Esto podría significar, a *sensu contrario*, que en aquellos casos en los que el convenio colectivo sectorial sí precise las obligaciones y derechos en materia de subrogación empresarial, deberá atenderse únicamente a dicha regulación. En este caso, de momento el TS no se ha pronunciado sobre si el convenio sectorial puede limitar, al tiempo que impone la subrogación empresarial, la preferencia aplicativa del convenio de la empresa entrante o saliente en sectores que no descansen principalmente en mano de obra.

A mi juicio, en estos sectores productivos, por cuanto se ha dicho hasta ahora, la preferencia aplicativa del convenio de la empresa entrante no puede verse limitada por

ninguna disposición convencional impuesta a raíz de la regulación de la subrogación empresarial de origen convencional¹¹⁷⁶.

Por un lado, la idea de partida es que la subrogación convencional tiene significado jurídico en la medida que no opera la subrogación legal. Esto implica que, al no cumplirse con los requisitos legales exigidos en el art. 44 ET, los derechos y garantías en favor de los trabajadores previstos en dicha norma no se activan. En este sentido, exclusivamente la ley podría limitar la preferencia aplicativa, y así parece que lo hace en el art. 44 ET cuando impone el mantenimiento del convenio de origen en detrimento del convenio de la empresa entrante.

Por otro lado, si bien el convenio colectivo estatutario sectorial puede prever de forma subsidiaria la obligación de subrogarse, con el alcance y los requisitos que se pacten, dicho convenio debe respetar las normas de origen legal, también el art. 84.2 ET *in fine*: “los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 ET no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado”. En definitiva, el alcance con el que debe operar la obligación subrogatoria no puede disponer de la preferencia aplicativa del convenio de la empresa entrante respecto de las materias enunciadas en el art. 84.2 ET.

En última instancia, la obligación de mantener o aplicar un convenio colectivo a los trabajadores transferidos no deja de ser una cláusula que resuelve un conflicto de concurrencia entre convenios colectivos. Si bien esta posibilidad está permitida, el art. 83.2 ET la limita a que dichos convenios sectoriales sean de nivel estatal o autonómico y, que en ningún caso, afecten negativamente la preferencia aplicativa del convenio de empresa.

Por último, y en otro orden de cosas, además de la posibilidad de que el convenio sectorial imponga la obligación subrogatoria y el deber de aplicar un determinado

¹¹⁷⁶ Consideración igualmente aplicable para sectores que descansen en mano de obra pero en los que no se produzca una asunción esencial de la plantilla o, incluso produciéndose esta, la tutela convencional para los trabajadores subrogados vaya más allá de las previsiones legales, por ejemplo, ampliando el periodo durante el cual debe mantener el régimen convencional anterior o seleccionado otro régimen convencional aplicable distinto al estrictamente al de origen.

régimen convencional, también puede disponer sobre el alcance temporal de dicho régimen convencional a aplicar a los trabajadores afectados por la subrogación.

Pudiera pensarse que por analogía a lo previsto en el art. 44 ET, la aplicación del régimen convencional impuesto por el convenio sectorial finalizase al terminar su vigencia o cuando resultase aplicable en la empresa entrante un nuevo convenio. En este sentido, el convenio sectorial solamente podría fijar el mantenimiento del convenio de origen (o la aplicación de cualquier otro convenio) hasta el momento que el mismo expirase o resultase de aplicación otro nuevo a la empresa entrante. Durante ese tiempo, podrían resultar aplicables dos regímenes convencionales, con respeto en todo caso a la preferencia aplicativa del convenio de la empresa entrante.

No obstante, la regulación convencional no necesariamente ha de coincidir con lo previsto en el art. 44 ET, por cuanto podría fijar una aplicación temporal propia que se extendiera más allá de la finalización de dicho convenio o la entrada de uno nuevo, que pospusiera y limitara por tanto la aplicación íntegra del convenio de la empresa entrante. Tal posibilidad resultaría nula en la medida que atentaría contra las normas de concurrencia de convenios colectivos del art. 84 ET y las referidas a la vigencia del art. 86 ET, afectando al diseño mismo de la estructura de la negociación colectiva, normas todas ellas de orden público. En consecuencia, el convenio sectorial en cuestión podrá diferir como máximo la aplicación total del convenio de la empresa entrante hasta que el régimen convencional que resultase de aplicación por imperativo del mismo alcanzase su finalización prevista o hasta que se renovase el convenio de la empresa entrante. En ese momento, las condiciones de los trabajadores afectados por la subrogación dejarían de regirse parcialmente por el antiguo régimen convencional, y podrían pasar a regularse íntegramente por el convenio de la empresa entrante, siempre y cuando este estuviera ya siendo de aplicación global al resto de trabajadores.

2.2. La preferencia aplicativa del convenio de la empresa saliente también en riesgo

Pues bien, de admitir que el convenio sectorial pueda imponer válidamente a la empresa entrante no solo la obligación de mantener el convenio de origen, sino incluso el deber de aplicar otro convenio distinto al sectorial en su totalidad, se podría generar otra situación de concurrencia conflictiva, esta vez, desde el punto de vista de la preferencia aplicativa del convenio de la empresa saliente (de haberlo, lógicamente).

Es decir, si la empresa cedente cuenta con su propio convenio de empresa, este debería, en principio, mantener su preferencia aplicativa, al menos en el listado del art. 84.2 ET, una vez producida la subrogación. Conviene recordar que el convenio de empresa, en este caso el de la empresa saliente, no solo responde a los intereses del empresario, sino que los trabajadores pueden estar igualmente interesados en mantener su aplicación. En este sentido, aun admitiendo hipotéticamente que el convenio sectorial pudiera, con ocasión de regular la obligación de subrogación, determinar que un convenio colectivo diferente, posiblemente el sectorial, fuese el que debiera regir una vez producida la sucesión, y por tanto, yendo más allá de la tutela legal del art. 44 ET, en ningún caso podría afectar a la preferencia aplicativa de las materias recogidas en el art. 84.2 ET. Dicho de otro modo, el convenio colectivo de la empresa saliente mantendrá su aplicación parcial con posterioridad a la subrogación en relación con las materias del art. 84.2 ET, con independencia de lo fijado a nivel sectorial.

3. La subrogación empresarial en el sector público

El análisis hasta ahora realizado resultaría incompleto sin estudiar la situación de la preferencia aplicativa del convenio de la empresa entrante en supuestos de sucesión de contratos en el ámbito del sector público. Partiendo de que la obligación subrogatoria solo puede tener un origen legal o convencional¹¹⁷⁷, podría pensarse que el alcance de

¹¹⁷⁷ En este sentido, era un criterio consolidado en la jurisprudencia social que la obligación subrogatoria no solo podía tener su origen en una norma convencional, sino que también podía derivarse del pliego de condiciones SSTs 10 de diciembre de 1997 (rec. 164/1997); 4 de abril de 2005 (rec. 2423/2003); 20 de septiembre de 2010 (rec. 17/2010); 4 de junio de 2013 (rec. 58/2012), 13 de noviembre de 2013 (rec.

dicha subrogación debiera ajustarse a lo previsto en el ET o en el propio convenio colectivo, según el caso. En otros términos, de tratarse de una subrogación de origen legal, el convenio aplicable a los trabajadores afectados sería el convenio por el que venían rigiéndose en el momento anterior a producirse el cambio en la gestión de la contrata (ya fuese este el sectorial o el convenio de la empresa saliente); y de estar ante una subrogación convencional, exclusivamente en sectores que no descansen principalmente en mano de obra y no hubiera habido una asunción relevante de la

1334/2012), 14 de septiembre de 2015 (rec. 191/2014), 9 de febrero de 2016 (rec. 400/2014), 16 de junio de 2016 (rec. 2390/2014). El fundamento jurídico para ello se hallaba en el derogado art. 120 TRLCSP, en virtud del cual “en aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales...”, entendiéndose, a estos efectos, la expresión “aquellos contratos que impongan” como equivalente de pliego de condiciones.

Criticando esta posibilidad, NORES TORRES, L. E., “El empleo público en tiempo de crisis: la descentralización productiva en las AA.PP”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 35, 2014; BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Pliego de condiciones y subrogación de plantilla: problemas actuales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 198, 2017. Asimismo, desde la jurisdicción contencioso-administrativa se rechazaba la posibilidad de que el pliego de condiciones pudiera fijar la obligación de subrogación empresarial. Entre otras, SSTS/C-A de 29 de septiembre de 2014 (rec. 2337/2013); 16 de marzo de 2015 (rec. 1009/2013); 23 de enero de 2017 (rec. 1874/2015). Véase MONEREO PÉREZ, J. L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, pp. 293 y ss.

Finalmente, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en la sentencia de 12 de diciembre de 2017 (rec. 668/2016) convino con el criterio mantenido con la Sala de lo Contencioso-Administrativo pues alcanzó la misma conclusión: “el precepto (el antiguo 120 TRLCSP) no hace sino imponer a la administración pública contratante una obligación, la de informar a los licitadores de una posible subrogación empresarial, que lógicamente ha de ser impuesta -de concurrir sus presupuestos- por disposición legal o convencional. De esta manera, la norma ofrece cualidad meramente instrumental respecto de una posible obligación sucesoria, por lo que la inclusión de tal información en el pliego de condiciones, no crea obligación alguna para los licitadores en el concurso, sino que sólo les informa de las posibles consecuencias laborales de la adjudicación, precisamente cuando las prescripciones legales o convencionales impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador”. De modo que, el pliego que incorpore tal condición solo puede entenderse como el cumplimiento de la obligación de información por parte de dicha Administración que saca a concurso la contrata. *Vid.* FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., “Las responsabilidades empresariales en el ámbito del trabajo en contratas”, *op. cit.*, p. 103. A mayor abundamiento, en el art. 130.1 de la nueva Ley 9/2017 de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público (que corresponde con el antiguo art. 120) ha desaparecido la expresión contenida referida a “aquellos contratos que impongan al adjudicatario la obligación de subrogarse como empleador en determinadas relaciones laborales”. *Vid.* BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y subrogación de empresa”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (<http://ignasibeltran.com/>), entrada de 13 de noviembre de 2017.

plantilla en términos de número o competencias se aplicaría, en principio, el convenio previsto a tal efecto.

No obstante, como se estudiará en el apartado siguiente, esta conclusión puede haberse visto afectada por la regulación global fijada en la Ley 9/2017 de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en tanto en cuanto contempla un conjunto de previsiones “distintas” a lo contemplado en el art. 44 y art. 84.2 ET, o en términos de algún autor “está en contradicción” con dichos preceptos¹¹⁷⁸. En este sentido, y como a continuación se analizará, la LCSP no diferencia si el contratista sucede a otro que previamente tenía encomendada la gestión de un determinado servicio público o si por el contrario dicho empresario es el primero, es decir, sin que anteriormente otro le precedería.

VIII. Breve referencia a la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y su alcance sobre la preferencia aplicativa

Como es sabido, uno de los objetivos perseguidos por la Ley 9/2017 es homogeneizar y proteger las condiciones laborales de los trabajadores en aquellas empresas contratistas que asumen la gestión de determinados servicios públicos, con el fin de evitar que los convenios propios de las empresas rebajen costes laborales que acaben agitando la paz social¹¹⁷⁹. En efecto, frente a un modelo de contratación administrativa

¹¹⁷⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Negociación colectiva y contratación pública: ¿el principio del fin del primado del convenio colectivo de empresa?, comunicación presentada al *XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid: Ediciones Cinca, 2018, p. 1.

¹¹⁷⁹ Recuérdese el conflicto laboral que tuvo lugar en agosto de 2017 en el aeropuerto de El Prat y conllevó la inclusión en la agenda política del Gobierno de España del objetivo de crear “un marco global de carácter nacional que determine condiciones relacionadas con el trabajo en los sistemas aeroportuarios y en otros muchos servicios de la seguridad privada [...] al que tendrán que acogerse las distintas áreas que conforman el sector de seguridad privada en nuestro país”. Véase la transcripción escrita de la rueda de prensa del Ministro de Fomento, después del Consejo de Ministros del día 16 de agosto de 2017:

<http://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/ruedas/Paginas/2017/cmcp20170816.aspx> (consultado 05/03/2017).

“pro-competitivo” construido en exclusiva sobre los principios de transparencia y eficiencia, con esta ley se transita hacia otro modelo “responsable o sostenible” en el que los aspectos medioambientales o sociales cobran protagonismo¹¹⁸⁰. En el ámbito laboral, este complejo objetivo se materializa en una solución legal aparentemente sencilla: la obligatoriedad de respetar el convenio sectorial aplicable por las empresas contratistas con la administración pública. A lo largo del articulado de la norma nos encontramos previsiones dirigidas a ello.

En primer lugar, en el contenido mínimo del contrato a celebrar entre las entidades del sector público y las empresas contratistas ha de incluirse “la obligación de la empresa de cumplir durante todo el periodo de ejecución de contrato las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación” (art. 35.1.n) LCSP).

En segundo lugar, en relación con el límite máximo de gasto que el órgano de contratación puede asumir (presupuesto base de licitación), se deberá atender a los precios del mercado. En particular, “en los contratos en los que el coste de los salarios de las personas empleadas para su ejecución forme parte del precio total del contrato, el presupuesto base de licitación indicará de forma desglosada y con desagregación de género y categoría profesional los costes salariales estimados a partir del convenio laboral de referencia” (art. 100.2 LCSP).

En tercer lugar, en el cálculo del valor estimado de los contratos “deberán tenerse en cuenta, como mínimo, además de los costes derivados de la aplicación de las normativas laborales vigentes, otros costes [...]. Asimismo, deberán tenerse en cuenta: [...] en los contratos de servicios y de concesión de servicios en los que sea relevante la mano de obra, se tendrán especialmente en cuenta los costes laborales derivados de los convenios colectivos sectoriales de aplicación” (art. 101.2 LCSP).

En cuarto lugar, e insistiendo en la cuestión del precio a pagar por la administración, se matiza que “en aquellos servicios en los que el coste económico principal sean los costes laborales, deberán considerarse los términos económicos de los convenios

¹¹⁸⁰ DÍEZ SASTRE, S., “Las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Annuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, núm. 21, 2017, pp. 199 y ss.

colectivos sectoriales, nacionales, autonómicos y provinciales aplicables en el lugar de prestación de los servicios” (art. 102.3 LCSP).

En quinto lugar, en cuanto a las cláusulas que el pliego de condiciones ha de incorporar, se añadirán por un lado “las consideraciones sociales, laborales y ambientales como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan” y por otro lado “la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación” (art. 122.2 LCSP).

En sexto lugar, se prevé también como motivo para rechazar una oferta de contratación si se comprueba que la misma es anormalmente baja porque no cumple las obligaciones aplicables en materia laboral, “incluyendo el incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes, en aplicación de lo establecido en el artículo 201” (art. 149 LCSP).

En séptimo lugar, en materia de ejecución de contratos, la administración deberá garantizar y comprobar que se cumplan “las obligaciones aplicables en materia social o laboral establecidas [...] en los convenios colectivos”. Asimismo, “el incumplimiento de las obligaciones referidas y, en especial, los incumplimientos o los retrasos reiterados en el pago de los salarios o la aplicación de condiciones salariales inferiores a las derivadas de los convenios colectivos que sea grave y dolosa, dará lugar a la imposición de las penalidades a que se refiere el artículo 192 (art. 201 LCSP).

En octavo lugar, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato conforme a lo previsto en el art. 146.6 LCSP, se podrán prever en el pliego condiciones especiales de ejecución. Más allá de esta potestad administrativa, resultará obligatorio incorporar al menos una de las condiciones especiales que se refiere la norma, entre las que se encuentra “garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables” (art. 202 LCSP).

En noveno y último lugar, en relación con las causas de resolución del contrato, “el impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios [...] o el incumplimiento de

las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato (art. 211 LCSP).

Como se puede observar, el respeto al convenio colectivo sectorial por parte del contratista aparece como una preocupación del legislador a lo largo de la norma, y se proyecta en las distintas fases que componen el procedimiento administrativo para la confección del contrato. Aunque no todos los preceptos transcritos de la nueva LCSP se refieren al convenio colectivo sectorial, sí lo hacen, al menos, la mitad de ellos.

En este sentido, debe advertirse que las cinco últimas referencias son las que resultan más interesantes desde la perspectiva aquí tratada, pues las primeras se refieren principalmente a la fijación del precio del contrato desde el punto de vista del órgano administrativo contratante, teniendo en cuenta para ello los costes laborales previstos en los convenios colectivos sectoriales. Por el contrario, los últimos preceptos referidos tratan de determinar el convenio aplicable a la empresa contratista.

En este último sentido, la LCSP puede entrar en conflicto tanto con las previsiones del art. 44 ET como de lo que pueda prever el convenio colectivo sectorial en materia del régimen convencional aplicable en supuestos de transmisión de empresa, especialmente, cuando se trata de una sucesión de contratas. Pero la nueva LCSP también debe ponerse en relación con el art. 84 ET en cuanto que parece apartarse de la estructura de la negociación colectiva prevista en el texto estatutario, fundamentalmente, de las previsiones de la preferencia aplicativa del convenio de empresa. En todo caso, antes de precipitarse y afirmar la existencia de un conflicto de normas, resulta conveniente detenerse en analizar cuál es el auténtico alcance de la LCSP en materia del régimen convencional aplicable a la empresa contratista.

Así, a tenor de lo previsto en el art. 122.2 LCSP, el pliego de condiciones debe recoger la obligación de que el contratista “cumpla las condiciones *salariales* fijadas en el convenio colectivo *sectorial* de aplicación”.

Sin embargo, en el art. 201 LCSP se le exige al contratista que “cumpla las obligaciones laborales establecidas en los *convenios colectivos*”, sin especificar que sea el sectorial, y ello de conformidad, a su vez, con el art. 18.2 de la Directiva 2014/24/UE. En ambos casos, se hace una referencia genérica a los convenios colectivos, sin entrar

directamente a determinar cuál ha de ser el aplicable¹¹⁸¹. Es más, en el mismo art. 201, se prevé que en caso de que el contrista incumpla de forma grave y dolosa las condiciones salariales derivadas “del *convenio colectivo*” podrá conllevar la imposición de determinadas penalidades, sin especificar tampoco que se trate del sectorial.

A mayor abundamiento, el art. 149 LCSP permite al órgano contratante rechazar una oferta cuando esta sea anormalmente baja por incumplir el convenio colectivo *sectorial*. En sentido estricto, dicho rechazo no se produce automáticamente por incumplir el convenio sectorial al aplicar un convenio de empresa cuyas condiciones laborales sean inferiores, sino porque la oferta realizada es anormalmente baja, es decir, que la diferencia entre el convenio sectorial y el empresarial es cuantitativamente tan relevante que convierte a la oferta en *anormalmente* baja. Dicho de otro modo, no toda diferencia entre el convenio empresarial y el sectorial permitirá a la administración rechazar la oferta de la empresa, sino sola aquella que convierta a dicha oferta en *anormalmente* baja. En sentido negativo, a pesar de que el convenio empresarial rebaje los costes laborales en comparación con los fijados en el sectorial, de no hacerlo significativamente, la oferta aun siendo baja, no podrá ser rechazada al no ser *anormalmente* baja. Es más, el propio art. 149 LCSP se remite a lo establecido en el art. 201 LCSP que, como acabamos de señalar, no especifica que el convenio necesariamente sea el sectorial.

En consonancia con ello, el art. 211 LCSP autoriza a la administración contratante a resolver el contrato por el incumplimiento de “las condiciones laborales establecidas en los *convenios colectivos en vigor*”, sin concretar tampoco que se trate del convenio sectorial.

Por último, el art. 202 LCSP exige que el pliego incorpore, al menos, una condición especial de ejecución, poniendo como ejemplo, entre muchas otras, el cumplimiento de los convenios colectivos *sectoriales* y *territoriales* aplicables”. Asimismo, y siempre y cuando estén vinculadas al objeto del contrato, podrán preverse más condiciones especiales de ejecución. Por ello, y en la medida de que la obligación de cumplir el

¹¹⁸¹ GOERLICH PESET, J. M.^a, y NORES TORRES, L. E., “Descentralización productiva en el sector público y condiciones de trabajo: pliegos administrativos y cláusulas sociales”, en Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer (Dirs.), *Las relaciones laborales en el sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 590.

convenio colectivo sectorial aparece como una cláusula potestativa que el órgano de contratación puede incluir o no en el pliego de condiciones, se deriva necesariamente que, de no preverse tal condición especial de ejecución, el contratista no estará obligado a ello. Ahora bien, de recogerse expresamente tal condición en el pliego de condiciones, opción legalmente válida con la vigente ley, parece que efectivamente habrá de respetarse el convenio sectorial, limitando en consecuencia la preferencia aplicativa del convenio de empresa.

Con todo, una primera conclusión que se podría alcanzar hasta aquí es que las antinomias dentro de la propia LCSP aparentemente son claras en materia de qué convenio debe cumplir el empresario contratista, pues a pesar de señalar que deberá respetar las condiciones salariales del convenio colectivo sectorial, al mismo tiempo se afirma que el rechazo de la oferta, la imposición de penalidades y la resolución del contrato se hará tomando como referencia el convenio colectivo aplicable, sin concretar que sea el sectorial ni, en particular, las condiciones salariales de este. En este sentido, algunos autores mantienen que dichas antinomias deben ser salvadas a través de una lectura que conviertan en equivalente ambas expresiones, de tal forma que “buena parte de las referencias genéricas han de ser interpretadas como referidas al convenio sectorial”¹¹⁸².

Por ello, la segunda conclusión que se puede alcanzar es que el alcance de la obligación de respetar las condiciones salariales del convenio sectorial es limitado, pues si bien el pliego de condiciones necesariamente debe incorporar tal obligación a tenor del art. 122.2 LCSP, el incumplimiento de la misma no es causa de rechazo de la oferta (salvo ello comporte una aminoración anómala del precio de la oferta), ni de imposición de penalidades ni de resolución del contrato.

En todo caso, a pesar de ser limitado, ¿cuál sería el auténtico alcance del art. 122 LCSP? Así, de entrada, conviene preguntarse si realmente la expresión “convenio colectivo sectorial de aplicación” impone necesariamente la aplicación de este convenio con preferencia a cualquier otro, o si en cambio se puede entender como sinónimo “al que

¹¹⁸² GOERLICH PESET, J. M.^a, y NORES TORRES, L. E., “Descentralización productiva en el sector público...”, *op. cit.*, p. 593.

resulte de aplicación” o “aplicable”, sin que imponga ningún tipo de preferencia. Dicho de otro modo, ¿es el art. 202 LCSP una solución legal a la eventual concurrencia de convenios colectivos - eminentemente entre el convenio sectorial y el de la empresa contratista- o es un mero recordatorio de la obligación de aplicar un convenio sectorial cuando esté resulte obligatorio?

Pues bien, el propio art. 35.1.n) LCSP al referirse al contenido mínimo del contrato especifica que la empresa contratista deberá cumplir con las condiciones fijadas en el convenio colectivo *de aplicación*, y no el sectorial. Y en efecto, la interpretación más integradora con el resto de preceptos de la LCSP y con el propio art. 84 ET es entender que el empresario contratista solamente deberá aplicar las condiciones salariales del convenio colectivo sectorial si está obligado a ello en virtud del art. 84 ET o por el propio pliego de condiciones, no estando obligado por el art. 122 LCSP en caso contrario. En esta línea, se ha defendido que si bien el art. 122 LCSP pretende garantizar la aplicación del convenio sectorial aplicable, este no lo estará si ha sido desplazado por un convenio de empresa en las materias que prevé el art. 84.2 ET¹¹⁸³. Por tanto, desde esta perspectiva, aun admitiendo hermenéuticamente que el convenio sectorial resulta de aplicación en materia salarial por imperativo legal a los trabajadores de la empresa contratista, la preferencia aplicativa del convenio de empresa, en tanto que el art. 84.2 ET es una norma estrictamente laboral con mayor rango de especificidad, se verá salvaguardada en todo caso¹¹⁸⁴.

Sin embargo, las posibilidades prácticas del art. 122 LCSP no se agotan en esta lectura conciliadora que evoca innecesariamente a las reglas de concurrencia de convenios colectivos del ET, sino que van más allá y despliegan un efecto jurídico propio: en caso de que efectivamente resulte aplicable el convenio sectorial, el contratista deberá obligatoriamente abonar el salario previsto en el mismo, no pudiendo, por ello, dejar

¹¹⁸³ VALLECILLO GÁMEZ, M.^a R., “Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público: innovaciones y puntos críticos”, *Revista Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 147, 2017, p. 186.

¹¹⁸⁴ En contra, manteniendo que ante el conflicto de normas legales que supone la imposibilidad de aplicación pacífico del art. 84 ET y el art. 102 LCSP, esta última al ser posterior y más especial será la que se aplique finalmente. *Vid.* GOERLICH PESET, J. M.^a, y NORES TORRES, L. E., “Descentralización productiva en el sector público...”, *op. cit.*, p. 594.

de aplicar el referido convenio vía descuelgue *ex art. 82.3 ET* en cuanto al salario se refiere¹¹⁸⁵.

De ello se deriva que la previsión contemplada en el art. 122 LCSP lo que pretende es que el contratista, bien con carácter previo al inicio del contrato, bien durante su ejecución, no pueda reducir los costes laborales, exclusivamente los salariales, apartándose a la baja del convenio colectivo sectorial de aplicación gracias a un eventual acuerdo de inaplicación.

En efecto, desde esta perspectiva integradora se logra entender mejor el conjunto de preceptos de la LCSP referidas al convenio colectivo aplicable a la empresa contratista.

Por un lado, el rechazo de una oferta anormalmente baja por “incumplimiento de los convenios colectivos sectoriales vigentes” (art. 149 LCSP) cobraría un significado más coherente y claro, de tal suerte que el contratista no podría beneficiarse de adoptar un acuerdo de inaplicación (total o parcial) que le permitiera descender los costes laborales en general, por cuanto el mismo acuerdo de inaplicación es un acuerdo de *incumplimiento*.

Por otro lado, la posibilidad de que en el pliego se establezca la condición especial de ejecución consistente en “cumplir con el convenio colectivo sectorial y territorial aplicable” (art. 202 LCSP) también se entendería como la prohibición de que el contratista incumpliera dicho convenio, no solo el régimen salarial, sino también otras materias susceptibles de inaplicarse vía art. 82.3 ET.

En todo caso, ya se haga la inclusión de la referida condición especial con carácter potestativo u obligatorio, debe estar vinculada al objeto del contrato en el sentido del art. 145.6 LCSP: “se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las *prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato*”.

¹¹⁸⁵ *Vid.* CAVAS MARTÍNEZ, F., “Negociación colectiva y contratación pública: ¿el principio del fin del primado del convenio colectivo de empresa? *op. cit.*, p. 8. Dicho autor entiende que el empresario tendrá totalmente vetado acudir, en el concreto ámbito de la contrata, a los instrumentos que la legislación laboral contempla para eludir lo dispuesto en materia retributiva en un convenio de ámbito superior a la empresa, incluyéndose al descuelgue y a la preferencia aplicativa indistintamente.

En este punto, la doctrina judicial ha tenido ocasión de pronunciarse sobre si la inclusión del criterio de baremación que premia a las empresas que aplican el régimen salarial previsto en el convenio sectorial está o no vinculado al objeto del contrato¹¹⁸⁶. En particular, se trataba de una empresa que prestaba los servicios de seguridad privada la cual denunciaba que la aplicación de una tabla salarial u otra en modo alguno guardaba relación con el objeto del contrato, pues no se podía entender que el mayor o menor grado de satisfacción de los empleados fuera ponderable para la elección de la empresa adjudicataria al basarse en meras presunciones. Asimismo, alegaba que el criterio de baremación a favor de aquellas empresas que sí aplicasen el convenio sectorial suponía una injerencia indebida a la libertad de empresa pues mediante el sistema de adjudicación previsto se sancionaba de hecho a las compañías que hiciesen uso de los derechos que les concede y reconoce la legislación laboral, esto es, tener y aplicar el convenio colectivo propio de empresa con la prioridad aplicativa recogida en el art. 84.2 ET. El tribunal concedió la razón a la empresa al entender que dicho criterio “no ofrece una directa relación con el objeto del contrato en términos de comparación con los criterios de valoración [...] que ha de quedar excluido de los criterios de valoración de ofertas a efectos de la adjudicación de un contrato”. Además, añadió que “no hay razón objetiva para primar la aplicación de una u otra regulación de salarios, máxime cuando los art. 84.1 y 84.2 ET avalan la posibilidad de sustituir los convenios colectivos nacionales por convenios de empresa”.

Por lo visto hasta ahora, y en contra de las primeras opiniones doctrinales que califican a la nueva LCSP como “la contrarreforma laboral frente a los convenios de empresa”¹¹⁸⁷, esta norma puede que afecte a la estructura de la negociación colectiva,

¹¹⁸⁶ STSJ C-A de Madrid de 7 de junio de 2017 (rec. 318/2016). En el mismo sentido, considerando que no se había logrado acreditar la relación con el objeto del contrato STSJ C-A de Madrid de 23 de febrero (rec. 337/2017); STSJ Rioja de 21 de febrero de 2018 (rec. 28/2017).

¹¹⁸⁷ ROJO TORRECILLA, E., “¿El inicio de la contrarreforma laboral? La prioridad de los convenios sectoriales en la Ley de contratos del sector público (frente a la de los convenios de empresa en la Ley del Estatuto de los trabajadores”, en el *Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta a las nuevas realidades laborales*, entrada de 22 de octubre de 2017; LÓPEZ VIDAL, P., “La ley de Contratos del Sector Público o ¿el principio del fin de los convenios de empresa?”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 935, 2017, p. 10; GIMENO FELIÚ, J. M.^a, “Las claves de la nueva LCSP: hacia una contratación pública transparente y estratégica”, *Aranzadi Digital Estudios y comentarios*, núm. 1, 2017, pp. 1-9;

de tal modo que los potenciales conflictos entre la misma y el ET, en particular, con los arts. 44 y 84 ET deberían ser más teóricos que reales¹¹⁸⁸. Así, las cuestiones que podrían plantearse, como, por ejemplo, la identificación del convenio sectorial aplicable, el juego del principio de norma más favorable, la quiebra del principio de unidad de convenio en la empresa o la aplicación subsidiaria del ET al respecto no requieren de una respuesta urgente¹¹⁸⁹. Dicho de otro modo, la LCSP no introduce una regla de concurrencia, en su caso parcial -referida exclusivamente al salario-, ni siquiera por vía indirecta¹¹⁹⁰.

En particular, y regresando a la sucesión de contratos, el nuevo adjudicatario deberá aplicar a los trabajadores subrogados el régimen convencional que corresponda según el art. 44 ET o, en su caso, el convenio colectivo sectorial, sin que las previsiones de la LCSP alteren esta solución. Conclusión idéntica se debe alcanzar en lo que respecta a la preferencia del convenio de empresa, de tal suerte que las empresas con convenio colectivo propio no podrán ser consideradas de peor derecho en la contratación pública. Señálese, por último, que estas conclusiones son provisionales a la espera de la interpretación que hagan los tribunales y en especial la del TS.

ALONSO ARANA, M., “Nueva Ley de contratos del sector público: aspectos de interés en el ámbito laboral”, *Aranzadi Digital Estudios y comentarios*, núm. 1, 2017.

Defendiendo que no hay una contrarreforma, *vid.* VALLECILLO GÁMEZ, M.^a R., “Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público: innovaciones y puntos críticos”, *Revista Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 147, 2017, p. 179-205; LAHERA FORTEZA, J.; “Convenio colectivo sectorial o de empresa aplicable en los contratos públicos tras la Ley 9/2017”, *Temas Laborales*, núm. 144, 2018, pp. 49-50.

¹¹⁸⁸ No obstante, de momento en la práctica negociadora algún convenio colectivo sectorial recoge la obligación al hilo de lo previsto en el art. 122 LCSP de “cumplir por parte del adjudicatario las condiciones salariales de los trabajadores conforme al presente convenio colectivo” Convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad de 1 de enero de 2017 al 21 de diciembre de 2020 (código: 099004615011982).

¹¹⁸⁹ Resolviendo muchos de estos interrogantes, véase el número monográfico 8 de la *Revista Derecho de las relaciones laborales* del año 2018, dedicado a la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público.

¹¹⁹⁰ En contra, *vid.* CRUZ VILLALÓN, J., “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 50; VILA TIerno, F., *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última Reforma Laboral*, Granada: Comares, 2017, p. 21; MARTÍNEZ BARROSO, M.^a de los R., “Deberes de información, derecho de representación y negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 229.

CAPÍTULO SEXTO: LA INAPLICACIÓN CONVENCIONAL: LA ÚLTIMA VÍA DE NEGOCIACIÓN ESTATUTARIA PARA LA DEFENSA DE LA COMPETITIVIDAD EMPRESARIAL

I. Planteamiento de la cuestión

Recapitulando lo visto hasta ahora, el convenio de empresa estatutario constituye la vía principal a través de cual la negociación colectiva desarrolla la función adaptativa. En efecto, gracias al mismo, el empresario, de común acuerdo con los representantes de los trabajadores, puede dar una rápida respuesta a las necesidades de competitividad del entorno económico. Dicho de otro modo, el convenio colectivo empresarial se presenta, probablemente, como la mejor herramienta de protección de la viabilidad y productividad de la empresa. A mayor abundamiento, estos objetivos se han visto reforzados mediante la prioridad aplicativa del art 84.2 ET, pues el empresario podrá reaccionar en todo momento a los cambios del mercado escapándose, aunque sea parcialmente, de las reglas generales que resuelven la concurrencia convencional.

Ahora bien, esta vía de defensa de la productividad a través de la negociación colectiva no se configura legalmente como la regla general, sino más bien la excepción, en la medida que la gran mayoría de empresas españolas no pueden entablar la negociación por ausencia de un interlocutor social legitimado. No es casualidad que se haya afirmado que la virtualidad real del convenio de empresa será menor que la teórica dado el escaso tamaño de nuestras empresas¹¹⁹¹.

En efecto, realmente el art. 84.2 ET puede ser una solución real para las empresas que puedan y quieran tener un convenio colectivo propio, pero no lo será probablemente para el resto¹¹⁹². La inexistencia de representantes de los trabajadores en la empresa o

¹¹⁹¹ RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *RMESS*, núm. 100, 2012, p. 175.

¹¹⁹² SALA FRANCO, T., “La reforma de la negociación colectiva (Real Decreto-Ley 7/2011, de 11 de junio)”, *Actualidad Laboral*, núm. 18, 2011, p. 2104. Cfr. NAVARRO NIETO, F., “La reforma del marco

la negativa de estos a pactar al margen del convenio sectorial impedirá al empresario introducir en su organización productiva un convenio colectivo propio¹¹⁹³.

En este sentido, además de este importante límite a la función adaptativa en forma de exclusión, el empresario se ve sometido a otras barreras que afectan igualmente a su capacidad de competir, como, por ejemplo, la construcción legal de la representatividad patronal en la negociación sectorial¹¹⁹⁴ o la regulación de la legitimación para impugnar el convenio colectivo sectorial¹¹⁹⁵. Es más, incluso en el supuesto de que finalmente el empresario consiguiese contar con un convenio propio, su funcionalidad se ha visto reducida notablemente por las limitaciones analizadas en el capítulo precedente.

Como resultado de todo lo anterior, se genera una dualidad competitiva entre aquellas empresas que podrán adaptarse rápidamente a las perturbaciones económicas mediante un convenio propio y su eventual revisión, y aquellas otras que, al no poder disfrutar de un régimen convencional propio, se enfrentarán a mayores dificultades para sobrevivir¹¹⁹⁶.

En este contexto, y a la espera de un acercamiento real y general del convenio colectivo estatutario a la empresa de la mano de una futura reforma legislativa, ha cobrado más “protagonismo la técnica del descuelgue al constituir la única vía de negociación estatutaria posible en la empresa”¹¹⁹⁷. A este respecto, conviene significar que el

normativo de la negociación colectiva”, ponencia presentada en el *XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 17 y 18 de mayo de 2012*, p. 27.

¹¹⁹³ MERINO SEGOVIA, A., “Cambios en la estructura negocial: ¿descentralización o desactivación de la negociación colectiva?”, *Lan Harremanak*, núm. 27, 2012, p. 47; GOERLICH PESET, J. M^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 45.

¹¹⁹⁴ *Vid.* capítulo tercero, apartado I.

¹¹⁹⁵ *Vid.* capítulo cuarto, apartado I.

¹¹⁹⁶ NAVARRO NIETO, F., “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 28.

¹¹⁹⁷ CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, Navarra: Aranzadi, 2013, p. 29.

ordenamiento jurídico brinda otros medios de diálogo, como la negociación extraestatutaria o, incluso, la autonomía individual. No obstante, los frutos derivados de estos procesos no son equiparables jurídicamente al convenio colectivo estatutario, pues ni comparten naturaleza jurídica ni posición jerárquica normativa. Por ello, desde el punto de vista de la defensa de la competitividad, la virtualidad de dichos medios está muy alejada a la negociación estatutaria¹¹⁹⁸. Por el contrario, el acuerdo de inaplicación que sustituye el convenio colectivo comparte la misma eficacia jurídica normativa y personal que este¹¹⁹⁹.

Precisamente, como respuesta a la dificultad de adaptar los convenios a las circunstancias de las empresas y por la imposibilidad de negociar colectivamente para una parte importante de estas, surgió la necesidad de introducir una vía que permitiera a la empresa inaplicar temporalmente el convenio vigente, siendo, a su vez, una alternativa a las medidas de flexibilidad externa más traumáticas, como los despidos o el cierre de la empresa¹²⁰⁰.

Así las cosas, frente a la imposibilidad o dificultad de acomodar el proyecto empresarial al entorno mediante el convenio colectivo de empresa, el ordenamiento jurídico contempla otra opción de defensa de la competitividad, que no es otra que la inaplicación convencional *ex art. 82.3 ET*¹²⁰¹. A este respecto, algún autor ha señalado con acierto que el legislador ha apostado “implícitamente” por el descuelgue, ya que

¹¹⁹⁸ *Vid.* Capítulo segundo, apartado II, 3 y apartado III del mismo capítulo.

¹¹⁹⁹ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 117; BODAS MARTÍN, R., “Cuestiones jurisprudenciales sobre la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 87.

¹²⁰⁰ SANGUINETI RAYMOND, W., “Sistema de empresa y descuelgue convencional”, comunicación presentada a las *XVI Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* en Huelva, 18-19 de diciembre de 1997. El autor, en el marco de la reforma de 1994 que introduce el descuelgue salarial, se preguntaba ya “si el objetivo perseguido era el de promover la adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias de las empresas ¿por qué no se optó por favorecer directamente la negociación colectiva de empresa, reconociendo primacía aplicativa a los convenios negociado en este ámbito sobre los de los niveles superiores, sean o no más favorables?” (p. 14/20); respondiéndose a sí mismo que “esta medida serviría para dar la salida de la carrera hacia una depredadora competencia desleal” (p. 18).

¹²⁰¹ Por todos, MUÑOZ RUIZ, A. B., *Problemas prácticos del Convenio Colectivo de Empresa*, Valladolid: Lex Nova, 2014, p. 159.

sus reglas de legitimación pueden ser más fáciles de satisfacer en el marco de una empresa de pequeña dimensión¹²⁰².

En este sentido, y a diferencia de lo que ocurre con los convenios extraestatutarios o los pactos individuales, el acuerdo de inaplicación no solo comparte naturaleza jurídica con el convenio colectivo estatutario al que, temporalmente, sustituye, sino que también ocupa la misma posición jerárquica de este¹²⁰³. A pesar de ello, cabe preguntarse si la inaplicación convencional es realmente una alternativa equiparable al convenio de empresa estatutario en términos de adaptabilidad o, por el contrario, se trata de una herramienta que responde a una lógica distinta. Dicho de otro modo, ¿dispone o no el empresario laboral de dos vías legales equiparables -la que constituye la negociación de un convenio colectivo de empresa y la que se refiere a la inaplicación- para alcanzar la defensa de la productividad y viabilidad empresarial?

De hecho, la doctrina no es unánime en valorar qué vía responde mejor a las exigencias de la adaptabilidad económica, pues, por un lado se afirma que existe una descompensación a favor de la inaplicación por cuanto el camino del art. 84.2 ET “puede ser más arduo para la empresa que el del art. 82.3 ET”¹²⁰⁴, y por otro lado se defiende que el descuelgue constituye la vía más rápida de fijar unas condiciones de trabajo más flexibles y más beneficiosa para los intereses del empresario¹²⁰⁵.

A mayor abundamiento, repárese en el especial interés que tiene la inaplicación para aquellas empresas de pequeño tamaño que carecen de la posibilidad de negociar un convenio colectivo de empresa más próximo a sus necesidades concretas y para las que el descuelgue se presenta como la única vía posible para adaptarse al entorno

¹²⁰² VILA TIERNO, F., *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última Reforma Laboral*, Granada: Comares, 2017, p. 7.

¹²⁰³ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación ...op. cit.*, p. 54-55.

¹²⁰⁴ *Ibidem*, pp. 36 y 44.

¹²⁰⁵ VALDÉS DAL-RÉ, F., “Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2011, pp. 133-164.

económico¹²⁰⁶. A este respecto, cabría reformular la pregunta anterior, ¿la inaplicación convencional puede remediar o suplir la imposibilidad de contar con un convenio propio desde el punto de vista de la competitividad de estas pequeñas empresas?

Centrada así la cuestión principal del presente capítulo, no se procederá en consecuencia a hacer un estudio completo del régimen de inaplicación¹²⁰⁷, sino que lo que se pretende en las siguientes páginas es contrastar si la vía de la inaplicación convencional puede equiparse al convenio de empresa estatutario. Para ello, se pondrán de manifiesto las similitudes y diferencias entre ambas instituciones en términos funcionales tanto desde una perspectiva subjetiva, material como procedimental.

II. La finalidad de la inaplicación

Resulta evidente que el convenio de empresa, aprobado en el marco del art. 84.2 ET, guarda una estrecha relación con la inaplicación convencional, pues ambas instituciones se sitúan en una misma línea de política de derecho, cuyo objetivo es que la negociación sea sensible a las necesidades de la empresa¹²⁰⁸. En efecto, tanto la inaplicación convencional como la preferencia aplicativa del convenio de empresa son equiparables en cuanto a los fines pretendidos, principalmente, en lo que se refiere a la adaptabilidad y la descentralización de la regulación de condiciones de trabajo que conducen a la ruptura de la uniformización de las condiciones laborales fijadas a nivel sectorial¹²⁰⁹. Así, ambas instituciones responden a un objetivo general común de que la

¹²⁰⁶ MUÑOZ RUIZ, A. B., “Cláusulas potestativas de inaplicación del convenio colectivo de sector: flexibilidad normativa versus rigidez convencional”, en AA.VV., *Aspectos controvertidos de la negociación colectiva*, Navarra: Lex Nova, 2015, p. 298.

¹²⁰⁷ Consúltese, entre otros, CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, Navarra: Aranzadi, 2013.

¹²⁰⁸ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación ...op. cit.*, p. 35.

¹²⁰⁹ ÁLVAREZ ALONSO, D., “Inaplicación del convenio colectivo y prioridad aplicativa del convenio de empresa: dos vías concurrentes para descentralizar la regulación de condiciones de trabajo”, en

negociación colectiva permita la adaptación de las condiciones de trabajo en el ámbito de la empresa¹²¹⁰ y con ello evitar acudir a medidas de flexibilidad externa que conduzcan a la destrucción de empleo.

De hecho, tal y como ha mantenido el TS en varias sentencias, desde el punto de vista técnico-jurídico, la inaplicación convencional materializa una norma especial de concurrencia de regulaciones colectivas que, al permitir la modificación de las disposiciones de los convenios colectivos del Título III ET por acuerdos de empresa, otorga a estos preferencia aplicativa sobre aquellos¹²¹¹. Incluso la doctrina, desde esta óptica, ha calificado a los acuerdos de inaplicación como “convenios sobre materias concretas”¹²¹² o ha afirmado que se trata de una “especie de convenio colectivo de reducidas dimensiones o miniconvenio”¹²¹³, ya que en realidad mediante la inaplicación se introduce una regla de preferencia aplicativa a favor del acuerdo de empresa respecto del convenio aplicable¹²¹⁴.

Con todo, siendo ciertas estas similitudes, debe matizarse que la finalidad específica de la inaplicación de las condiciones de trabajo no es que las empresas alcancen una mayor competitividad o un mayor crecimiento en abstracto y de forma descontextualizada, sino ayudarlas a superar una eventual situación de crisis por la que pudieran

AA.VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 1026.

¹²¹⁰ DE CASTRO MARÍN, E., *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET: puntos críticos en la jurisprudencia del Supremo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 63 GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Granada: Comares, 2013, p. 38.

¹²¹¹ SSTs de 11 de mayo de 2004 (rec. 95/2003) y de 21 de noviembre de 2006 (rec. 174/2005).

¹²¹² RIVERO LAMAS, J., “Estructuras y funciones de la negociación colectiva tras la reforma laboral de 1997”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 89, 1998, p. 394.

¹²¹³ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa...op. cit.*, pp. 90, 97 y ss.

¹²¹⁴ CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de derecho social*, núm. 57, 2012, p. 232.

atravesar¹²¹⁵. Muestra de ello es la exigencia que la inaplicación se base en una causa legal, evidenciándose con ello que el descuelgue es un instrumento a utilizar solo en situaciones concretas, mientras que la prioridad aplicativa es un “instrumento ordinario en la estructura de la negociación colectiva”¹²¹⁶. Desde esta perspectiva, la prioridad aplicativa al no ser una institución causal, podrá actuar ante situaciones ordinarias de las empresas, no solo como respuesta a dificultades empresariales¹²¹⁷.

Para entender mejor esta diferencia, recuérdese que la posibilidad de descolgarse del convenio aplicable se incluyó por primera vez en el texto estatutario con ocasión de la reforma de 1994, pero previamente ya se encontraba presente en el Acuerdo Marco Interconfederal para la Negociación Colectiva de 5 de enero de 1980 en el que se inspiró¹²¹⁸. Y este solo permitía una inaplicación de la subida salarial o la aplicación de una subida inferior a la contemplada en el convenio superior, pero no las rebajas sobre el salario que se viniera percibiendo¹²¹⁹.

Así las cosas, la institución de la inaplicación convencional es la respuesta del legislador a la disyuntiva entre mantener la aplicación del convenio hasta el extremo de propiciar la deficiente marcha de la empresa en el marco de una mala coyuntura empresarial o permitir que la misma opere temporalmente con diferentes condiciones de trabajo más ajustadas a las necesidades de la empresa con el objetivo de garantizar tanto la

¹²¹⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, Madrid: Lefebvre, 2014, p. 35.

¹²¹⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa...op. cit.*, p. 42.

¹²¹⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa...op. cit.*, p. 43.

¹²¹⁸ Para profundizar en la evolución legal de la institución puede acudir, entre otros, a CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *Inaplicación o “descuelgue” del op. cit.*, pp. 49 y ss.

¹²¹⁹ AGUT GARCÍA, C., *La cláusula de descuelgue salarial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 55.

viabilidad del proyecto empresarial como los puestos de trabajo que, en caso contrario, estarían en peligro¹²²⁰.

En definitiva, se puede llegar a la conclusión de que la inaplicación sigue siendo una respuesta temporal y parcial a circunstancias sobrevenidas que requieren respuestas inaplazables en la empresa¹²²¹.

Es más, desde el punto de vista de la finalidad de ambas instituciones, la inaplicación convencional, más que una alternativa al convenio de empresa, se presenta como una vía complementaria al mismo¹²²² por dos razones principales. Por un lado, porque el art. 82.3 ET prevé, como se verá, el descuelgue de algunas materias sobre las cuales el convenio de empresa no se aplica de forma preferente, razón por la cual, la única vía de adaptar dichas condiciones laborales a la realidad empresarial de forma rápida es a través de la inaplicación. Por otro lado, la inaplicación del propio convenio de empresa, opción legalmente válida *ex* art. 82.3 ET, evidencia la necesidad de reajustar el convenio empresarial a las necesidades imperiosas del entorno económico sin transitar necesariamente por una renegociación *antes tempus* del convenio.

En resumen, y si comparamos la finalidad de cada uno de los instrumentos se observa una diferencia importante: el convenio de empresa, dotado de preferencia aplicativa, constituye ontológicamente una vía de defensa de la mejora de la competitividad en abstracto, mientras que la inaplicación convencional responde a otro objetivo, que no es otro que la superación de una situación de crisis empresarial -con fundamento en las causas legales previstas- y, en consecuencia, busca rescatar y mantener el proyecto empresarial, sin perjuicio de aumentar también, como resultado de lo anterior, la competitividad.

¹²²⁰ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El descuelgue y otras vías de inaplicación del... op. cit.*, p. 29. CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1995, p. 23.

¹²²¹ NAVARRO NIETO, F., “El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos”, *Temas Laborales*, núm. 123, 2013, p. 241.

¹²²² CARRIZOSA PRIETO, E., “El impacto de las normas de concurrencia tras las reformas legales”, *Temas Laborales*, núm. 140, 2017, p. 104.

Por último, profundizando en las diferencias teleológicas entre ambas instituciones, debe ponerse de manifiesto que la inaplicación convencional seguramente implique la fijación de unas condiciones laborales que, en sustitución de lo previsto en el convenio, sean a la baja¹²²³. De hecho, el acuerdo de inaplicación ha sido calificado por algún autor como un “acuerdo de incumplimiento” parcial en relación, precisamente, a algunas obligaciones establecidas en el convenio que rige en dicha empresa¹²²⁴.

Desde este prisma, el objeto sobre el que se discute en la inaplicación se centrará en el grado de empeoramiento de las condiciones laborales, por cuanto que los representantes de los trabajadores analizarán la propuesta empresarial y, en su caso, propondrán alternativas que permitan evitar, reducir o atenuar sus consecuencias¹²²⁵. Así, la negociación colectiva en el marco del descuelgue versará sobre el alcance material, subjetivo y temporal del nuevo régimen que, principalmente a la baja, sustituirá al convenio aplicable¹²²⁶. Y ello a diferencia de lo que ocurre en la negociación de un convenio de empresa, donde siempre habrá también compensaciones positivas a favor de los trabajadores, culminándose con un equilibrio de intereses, salvo que la negociación no se lleve a cabo con una representación genuina de los trabajadores.

Dicho esto, es cierto que la negociación colectiva a nivel empresarial puede tender a la minoración de los derechos de los trabajadores en aras de la búsqueda una mayor

¹²²³ Así, en 2016 y 2017, respectivamente, el objeto de las inaplicaciones fueron cuantía salarial (62,2% y 59,9%); cuantía salarial y sistema de remuneración (12,7% y 12,1%); sistema de remuneración (5,6% y 4,2%); cuantía salarial y jornada de trabajo (3,6% y 2,5%); cuantía salarial, sistema de remuneración y mejoras voluntarias de la acción protectora de la S.S. (2,3% y 3,4%); resto de casos (13,6% y 18%).

<http://www.mitramiss.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2017/CCT/CCT.pdf> (consultado 02/10/2018). Para un análisis cualitativo más profundo, *vid.* GÓMEZ RUFÍAN, L., “La experiencia de la inaplicación salarial: aspectos cuantitativos”, en José María Goerlich Peset (Dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación en España*, Madrid: MESS, 2018, pp. 559-608.

¹²²⁴ CASAS BAAMONDE, M.^a E., “La prioridad aplicativa de los convenios colectivo de empresa”, en Carlos L. Alfonso Mellado *et al.* (Coords.), *Los convenios de empresa de nuevo creación tras la reforma laboral de 2012*, SL: Lefebvre, 2016, p. 53.

¹²²⁵ BODAS MARTÍN, R., “Cuestiones jurisprudenciales sobre la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 139, 2017, p. 85.

¹²²⁶ ALFONSO MELLADO, C. L., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura de la negociación y la inaplicación de los convenios”, *Relaciones Laborales*, núm. 3, 2013, p. 10.

productividad y competitividad en el mercado. Sin embargo, difícilmente se alcanzará un acuerdo final de no haber contrapartidas suficientes por parte del empresario que satisfagan parcialmente las demandas de los representantes de los trabajadores. Es más, resulta igualmente posible que la negociación colectiva a nivel de empresa no descansa sobre un fondo de reducción de condiciones laborales, sino que responda a un compromiso empresarial de mejora general de las condiciones laborales. En definitiva, a diferencia de la inaplicación convencional, la negociación colectiva en el ámbito de la empresa no se orienta ontológicamente hacia el empeoramiento de las condiciones laborales.

III. Los sujetos implicados

La institución de la inaplicación convencional y el convenio de empresa estatutario se diferencian, además de por las matizaciones hechas en torno a su finalidad, en otros elementos relevantes que hacen difícilmente equiparables ambas¹²²⁷, entre los que se encuentra los sujetos que asumen o pueden asumir algún tipo de actuación en el desarrollo del procedimiento de inaplicación, destacando, a tal efecto, la comisión *ad hoc*.

1. El empresario como el principal sujeto interesado

Por cuanto a las diferencias subjetivas entre ambas instituciones se refiere, ha de ponerse de manifiesto el protagonismo que el empleador asume en el procedimiento de inaplicación convencional, pues probablemente sea el único interesado en iniciar los trámites para descolgarse del convenio en la medida que él es quien viene obligado a respetar y aplicarlo en el ámbito de su empresa. Este impulso del procedimiento a

¹²²⁷ GARCÍA RODRÍGUEZ, B., “Una aproximación a la doctrina constitucional sobre negociación colectiva tras la reforma laboral de 2012”, en Iñigo Gutiérrez Velasco (Dir.), *Balance crítico de la reforma laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 71. CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *Inaplicación o “descuelgue” del op. cit.*, p. 85.

instancia del empresario difiere de la libertad natural de la que disponen los representantes de los trabajadores para iniciar, por sí mismos y por interés propio, la negociación de un convenio en el seno de la empresa para la que prestan sus servicios. Debe advertirse, no obstante, que nada impediría teóricamente que fueran también los representantes de los trabajadores los que solicitasen la inaplicación cuando entendieran que concurren las causas que lo justifican, quizá, para evitar así medidas de flexibilidad externa más drásticas que pudieran sufrir¹²²⁸.

De hecho, este protagonismo del empresario se proyecta sobre el procedimiento de negociación del acuerdo de inaplicación, pues como se verá más adelante, no necesariamente requiere de la presencia de los representantes de los trabajadores e, incluso, puede procederse a la inaplicación con la disconformidad de estos. Estas dos notas chocan con el procedimiento negociador de un convenio colectivo, en el que forzosamente debe haber dos sujetos negociadores que logren culminar las negociaciones con un acuerdo consensuado.

En este sentido, por lo que se refiere a la ausencia de representación de los trabajadores al no haberse procedido a la efectiva designación de los mismos, el empresario podrá dirigirse directamente a aquellos procedimientos previstos que suceden al periodo de consultas que no requieran acuerdo para solucionar la discrepancia, tal es el caso de la intervención de la comisión paritaria y, finalmente, de la Comisión Consultiva u órgano autonómico correspondiente, siempre y cuando se haya concedido a los trabajadores la posibilidad de utilizar la vía del art. 41.4 ET y una vez expirado el plazo máximo de las consultas¹²²⁹.

¹²²⁸ Algún autor se refiere a que el legislador ha “disfrazado de bilateralidad” el procedimiento de inaplicación con la expresión “a instancia de cualquiera de las partes”, *vid.* LÓPEZ GANDÍA, J., “La inaplicación del convenio colectivo y la prioridad aplicativa del convenio de empresa tras las reformas laborales”, en Remedios Roqueta Buj (Coord.), *Reforma y contrarreforma: nuevos retos del derecho del trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 115.

¹²²⁹ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación ...op. cit.*, p. 94. CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *Inaplicación o “descuelgue” del op. cit.*, p. 143.

2. Los sujetos legitimados para negociar el acuerdo de inaplicación. Especial referencia a la comisión *ad hoc*

Como se decía, un aspecto importante que diferencia ambas instituciones es el relativo a los sujetos legitimados para llevar a cabo la negociación en cuestión y, en este sentido, no habría aparentemente diferencia alguna, pues el art. 82.3 ET al fijar qué sujetos pueden pactar el acuerdo de inaplicación se remite a “la empresa y a los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo conforme a lo previsto en el art 87.1 ET”. Así, según esta primera lectura, habría una coincidencia plena en materia de legitimación entre ambas instituciones, de tal suerte que solamente podrían pactar la inaplicación aquellos que, a su vez, estuvieran legitimados para celebrar un convenio de empresa.

No obstante, esta conclusión es errónea y precipitada, ya que el art. 82.3 ET, de forma un tanto confusa, contempla otra remisión a las reglas previstas en el art. 41.4 ET, en particular, respecto de “el desarrollo de un periodo de consultas” y “la intervención como interlocutores ante la dirección de la empresa corresponderá a los sujetos indicados en el art. 41.4, en el orden y condiciones señalados en el mismo”. Así las cosas, el art. 82.3 ET contempla, por un lado, que los sujetos legitimados para inaplicar el convenio sean los mismos que aquellos que pueden negociar un convenio de empresa *ex art.* 87.1 ET, pero, por otro lado, al remitirse al procedimiento previsto en el art. 41.4 ET, introduce la opción de que una comisión *ad hoc*, no prevista en el art. 87.1 ET, sea la que negocie dicha inaplicación.

De hecho, al hilo de esta redacción confusa, las SSTSJ de las Islas Canarias (Santa Cruz de Tenerife) de 28 de junio de 2016 (rec. 2/2016), y 2 de junio de 2016 (rec. 3/2016) cuestionan la legitimación de la comisión *ad hoc* para negociar un acuerdo de inaplicación pues “es harto dudoso que esté prevista en el art. 82.3 ET”. A este respecto, el TSJ de las Islas Canarias señala que si bien es cierto que en un párrafo del precepto contempla la intervención de los sujetos según el art. 41.4 ET, dicha remisión debe ponerse en todo caso en relación con lo que “de forma terminante” prevé el primer párrafo de ese art. 82.3 ET, que habla de acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores legitimados para negociar un convenio colectivo

conforme a lo previsto en el art. 87.1 ET. Por ello, el tribunal concluye que “para resolver la aparente antinomia, la remisión posterior al art. 41.4 ET lo sería solamente para aquellos sujetos que coincidan con los legitimados para negociar un convenio colectivo”¹²³⁰.

Sin embargo, la interpretación integradora sobre esta aparente antinomia es que, de existir los sujetos legitimados para negociar un convenio de empresa, se estará a las reglas sobre legitimación y negociación prevista en el art. 87 ET, y solo en caso de ausencia de estos será válida la opción de negociar el acuerdo de inaplicación con la comisión *ad hoc* del art. 41.4 ET¹²³¹.

A partir de esta interpretación caben, a su vez, dos lecturas posibles: una restrictiva de esta opción y otra más flexible. En relación con la primera, la doctrina defiende que solo será viable la negociación con la comisión *ad hoc* cuando legalmente no sea posible disponer de dichos órganos legales o cuando los procesos electorales efectivamente promovidos no hayan permitido la elección de representantes¹²³².

Respecto de la segunda, algún pronunciamiento judicial, como la STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas) de 10 de febrero de 2017 (rec. 905/2016) se ha decantado por un criterio más flexible. Así, el TSJ de las Islas Canarias, a pesar de enfatizar el carácter subsidiario de la representación *ad hoc*, lo relativiza, en el sentido de que, primero deberán ser las secciones sindicales o los delegados de personal de los centros de trabajo afectados los que deban negociar, y a continuación la comisión *ad hoc* podrá intervenir, no solo cuando no exista representación legal, sino también ante una actitud

¹²³⁰ Si bien, debe añadirse, que el TSJ de las Islas Canarias acaba aceptando dicha legitimación y la sentencia es confirmada por el TS en la STS de 28 de junio de 2017 (rec. 567/2017), indicando, eso sí, que “hace suyas las atinadas consideraciones que alberga la sentencia recurrida”. En esta línea de negar a la comisión *ad hoc* la legitimación negociadora, algún autor afirma que la misma no puede negociar “por sí sola” o “en exclusiva” la inaplicación de un convenio, *vid.* PRECIADO DOMENECH, C. H., *La negociación colectiva en la empresa*, Valladolid: Lex Nova, 2014, pp. 220-221, pero no señala ni con quién y el motivo de esta exigencia.

¹²³¹ NAVARRO NIETO, F., “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 42/81. GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa...* *op. cit.*, p. 41. VILA TIerno, F., *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna...* *op. cit.*, p. 52.

¹²³² NAVARRO NIETO, F., “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 42.

de pasividad de los representantes legitimados. En tal caso, señala la sentencia, “no es la empresa, sino a los propios trabajadores a quienes incumbe reaccionar exigiendo la actuación a su delegado personal y subsidiariamente, ante una postura obstruccionista o de desidia, designar comisión *ad hoc*, pero para ello es necesario que conozcan la situación y es la empresa la que ha de participarle a todos los trabajadores”.

A mi juicio, es posible encontrar una interpretación intermedia entre ambas lecturas que pasa por el respeto al ejercicio de la autonomía colectiva, pero sin vulnerar la norma estatutaria. Así, el art. 41.4 ET determina que el presupuesto habilitante para la intervención de la comisión *ad hoc* es la “inexistencia” de representación obrera, sin diferenciar si se debe a motivos de imposibilidad o por indiferencia de los trabajadores de constituir órganos de representación legal. Por tanto, con independencia de la causa por la que no existen órganos de representación en la empresa, debería ser posible la formación de la comisión *ad hoc*. Ello no significa que la pasividad de estos órganos, de haberlos, equivalga a su inexistencia, por lo que debe rechazarse la interpretación realizada por el TSJ de las Islas Canarias en la sentencia referida.

Recapitulando, la remisión genérica que hace el art. 83.2 ET al art. 87.1 ET obliga, a su vez, a aplicar las previsiones ya vistas para la negociación colectiva empresarial¹²³³, y solo en los casos de ausencia de estos sujetos, se ha previsto que los trabajadores atribuyan a una comisión designada al efecto conforme a lo dispuesto en el art. 41.4 ET¹²³⁴.

Así las cosas, en el contexto de la inaplicación convencional, la comisión *ad hoc* se presenta como un nuevo sujeto en materia de negociación colectiva. Como es sabido, el convenio colectivo empresarial, a pesar de constituir una opción de descentralización en aras a la adaptación de la regulación a la realidad concreta de la empresa, solamente es accesible a las empresas que cuenten con sujetos legitimados según el art. 87 ET. En contraste con esta importante limitación del convenio empresarial, y dando

¹²³³ *Vid.* capítulo tercero, apartado II, 1.

¹²³⁴ CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *Inaplicación o “descuelgue” del op. cit.*, p. 146.

respuesta a la ausencia de representación unitaria¹²³⁵, el acuerdo de inaplicación es una institución más abierta al conjunto del tejido productivo español, pues no se halla tan limitada por el tamaño de la empresa. Razón de ello es que el procedimiento de inaplicación contempla, desde la reforma de 2012, un nuevo sujeto negociador específicamente pensado para las micro y pequeñas empresas, en forma de comisión *ad hoc* y regulada en el art. 41.4 ET¹²³⁶.

En efecto, con la finalidad de responder a los objetivos de flexibilidad y adaptabilidad de las condiciones de trabajo a las circunstancias económicas, el legislador del año 2012 impulsó una reforma que acercara una “negociación extraordinaria”¹²³⁷ a aquellas empresas que no contaban con una representación estable de los trabajadores mediante la facilitación, tanto material como procedimental, del descuelgue. A este propósito, se extendió la legitimación negociadora para inaplicar el convenio colectivo a la comisión *ad hoc*.

Como resultado, nos encontramos un sujeto sin legitimación para negociar un convenio colectivo de empresa, que sí posee la suficiente para poder llevar a cabo una

¹²³⁵ CIALTI, P. H., “La negociación colectiva ante situaciones de crisis en las pequeñas empresas: las respuestas españolas y francesas”, en Jesús Cruz Villalón (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid: Ediciones Cinca, 2017, p. 261.

¹²³⁶ Deba advertirse que este nuevo sujeto es “firme deudor” de la regulación contenida en el art. 4 del RD 43/1996, de 19 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimiento de Regulación de Empleo y de Actuación Administrativa en materia de Traslados Colectivos en el que expresamente se preveía que “de no existir representación colectiva representación colectiva de los trabajadores en el centro o centros de trabajo, estos podían intervenir en la tramitación administrativa del procedimiento, debiendo, si el número de trabajadores afectados era igual o superior a diez, designar hasta un máximo de cinco representantes, con los que la Autoridad Laboral entendería las sucesivas actuaciones”. Cfr. NIETO ROJAS, P., “Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores”, en Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid: Ediciones Cinca, 2012, p. 62. Con todo, esta actuación de la comisión *ad hoc* solo estaba prevista en el procedimiento administrativo cfr. NORES TORRES, L. E., *El periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial*, Madrid: CES, 2000, pp. 198 y ss.

¹²³⁷ ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “El papel de la empresa como ámbito de negociación de los salarios”, en Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid: Ediciones Cinca, 2012, pp. 233 y 246.

inaplicación de cualquier otro convenio¹²³⁸, consiguiendo crear una “suerte de unidad de negociación-inaplicación totalmente descentralizada”¹²³⁹. Aunque, como se advirtió al comienzo, no es objetivo de estudio la institución de la inaplicación desde una perspectiva ontológica, sino centrada en un análisis comparativo con la negociación colectiva empresarial, debe señalarse aquí que la comisión *ad hoc* tiene encaje constitucional entre los eventuales órganos de representación, habida cuenta de la amplísima legitimación para la negociación colectiva reconocida en el art. 37.1 CE¹²⁴⁰.

¹²³⁸ Asimismo, aunque la norma solo prevea su actuación para desarrollar el periodo de consultas, su función no se agota cuando el plazo para ello concluye, sino que también podrán ejercer funciones de representación en cuanto a la aplicación e interpretación del acuerdo que, en su caso, se hubiera podido alcanzar, incluyendo la impugnación. NIETO ROJAS, P., “Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas...”, *op. cit.*, p. 67.

¹²³⁹ ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “La negociación colectiva en España tras las reformas de 2010, 2011 y 2012”, *op. cit.*, p. 17.

¹²⁴⁰ A favor de esta posición GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación...op. cit.*, p. 92; MELLA MÉNDEZ, L., “Consultas previas a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo: algunas modificaciones de interés”, *Temas Laborales*, núm. 109, 2012, pp. 29-48; NIETO ROJAS, P., “Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas...”, *op. cit.*, p. 76. En contra, MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., “El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, *Relaciones Laborales*, núm. 23/24, 2011, pp. 273-312; VALDÉS DAL-RÉ, F., “Hacia un derecho común de la flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*, núm. 19/20, 2012, p. 16/20. De todos modos, el TC no se ha pronunciado expresamente al respecto pues ninguno de los recursos de inconstitucionalidad presentados y resueltos planteaban esta cuestión; GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa...op. cit.*, p. 85, si bien este último admite que la comisión *ad hoc* sindical sí que se trata de un órgano de representación constitucional. Con todo, procede realizar una breve reflexión general sobre este órgano. En primer lugar, debe ponerse de manifiesto su actuación limitada, pues el legislador lo ha configurado como un mecanismo de cierre en empresas sin representación de los trabajadores en el marco, exclusivamente, de procedimientos de flexibilidad interna causales. En segundo lugar, el alcance material de este periodo de consultas no es ilimitado, sino que se circunscribe a las medidas concretas de flexibilidad propuestas por el empresario dentro del margen legal dado. Desde esta perspectiva, el legislador sí ha configurado una frontera objetiva nítida entre la autonomía colectiva y la individual, sin que quepa una actuación extensiva por parte de la comisión *ad hoc*. De hecho, salvo el supuesto referido a la inaplicación convencional previsto en el art. 82.3 ET y la modificación de condiciones laborales fijadas en acuerdos o convenios extraestatutarios, en realidad la autonomía individual no entraría en liza con la colectiva, en la medida que el resto de acciones de flexibilidad interna adoptadas en el seno de la comisión *ad hoc* tienen naturaleza contractual. En tercer lugar, y sin negar el riesgo que implica para la formación de una auténtica representación autónoma e independencia de los trabajadores, no debe olvidarse que el legislador posibilita que dicha comisión esté constituida por los sindicatos representativos del sector. A mayor abundamiento, el legislador ha impuesto la condición de que dicha elección deba ser democrática, con todo lo que ello implica, es decir, el voto debe ser universal, libre, directo, secreto, personal, intransferible y desde luego no discriminatorio de conformidad con la jurisprudencia del TC, *vid.* STC 137/2015 de 11 de junio; BENAVENTE TORRES, M.^a I., “Las

A raíz de su introducción en el ordenamiento jurídico, y ante la imposibilidad de que la comisión *ad hoc* se encuentre legitimada para negociar un convenio colectivo de empresa¹²⁴¹, la doctrina se encuentra dividida entre aquellos que mantienen que el legislador debería subsanar dicha incoherencia considerando dentro de los sujetos legitimados del art. 87 ET también a la comisión *ad hoc*¹²⁴², y aquellos que rechazan esta idea y defienden que es plenamente acertada la no extensión al supuesto del art. 84.2 ET las posibilidades de negociación con comisiones de trabajadores o sindicales *ad hoc*¹²⁴³.

En cuanto a su constitución y forma de designación de sus miembros¹²⁴⁴, el art. 41.4 ET prevé un sistema dual, ya que los trabajadores pueden optar por atribuir su representación a una comisión de hasta tres miembros formada por los propios trabajadores, la denominada “comisión laboral”¹²⁴⁵, o atribuírsela a otra comisión de

comisiones *ad hoc* en los periodos de consulta/negociación”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 124, 2014, p. 149. A este respecto, la doctrina ha defendido la extensión de las garantías legales previstas en el art 68 ET para los miembros de la comisión *ad hoc* *vid.* NIETO ROJAS, P., “Comisiones *ad hoc* y procesos de reorganización productiva empresarial. Una solución legal para empresas sin representación legal de los trabajadores”, en Escudero Rodríguez, R. (ed.) *La negociación colectiva en las reformas de 2010, 2011 y 2012*, Madrid: Ed. Cinca, 2012, p. 78. Es más, se puede encontrar algún pronunciamiento judicial que admite que sus miembros disfruten de las “garantías instrumentales” para el adecuado ejercicio de esa representación provisional, como, por ejemplo, la necesidad de disponer de los permisos necesarios para la asistencia a las reuniones del periodo de consultas, o para comunicar la información al resto de trabajadores, *vid.* STSJ de Cataluña de 18 de diciembre de 2014 (rec. 4637/2014). No obstante, el tribunal rechaza que los miembros de la comisión *ad hoc* puedan beneficiarse de lo que denomina “garantías defensivas”, como la prioridad de permanencia.

¹²⁴¹ *Vid.* capítulo tercero, apartado II, 2.3. El TS en su sentencia de 28 de junio de 2017 (rec. 203/2016) señala que para negociar un convenio colectivo propio de empresa es imprescindible contar una representación “permanente” de los trabajadores y que no basta con “formar una peculiar y limitada comisión *ad hoc*”, pues la primera tiene una “estructura estable” y la otra “efímera”.

¹²⁴² VILA TIERNO, F., *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna...op. cit.*, p. 53; BODAS MARTÍN, R., “Cuestiones jurisprudenciales sobre la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 66.

¹²⁴³ DE CASTRO MARÍN, E., *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET...op. cit.*, p. 63.

¹²⁴⁴ Para un análisis completo de esta institución, véase NIETO ROJAS, P., “Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas...”, *op. cit.*, pp. 57-86.

¹²⁴⁵ DE LA VILA GIL, L. E., “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma de 2010”, *RGDTSS*, núm. 23, 2011, p. 10.

igual número de miembros, pero integrada por los sindicatos 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 misma¹²⁴⁶. En este último caso, serán los sindicatos los que designen a los miembros de dicha comisión, ya sean trabajadores de la propia empresa, afiliados o no, ya sean otros negociadores provenientes de fuera. A este respecto, para que la comisión sindical pueda resultar elegida, no se exige que dichos sindicatos sean los que efectivamente negociaron el convenio que pretende inaplicarse, sino que basta con que teóricamente cumplan las condiciones mínimas de representatividad para ello. Nótese también que, a pesar de que las reformas laborales en materias de negociación colectiva han supuesto la preferencial legal de la representación sindical en el ámbito de empresa, en la negociación de estos acuerdos con la comisión *ad hoc*, dicha prioridad desaparece al establecerse unos criterios de “estricta igualdad” entre comisión sindical y laboral¹²⁴⁷.

Paralelamente, si la comisión *ad hoc* es sindical, el empresario podrá estar representado, si así lo decide, por “las organizaciones empresariales en las que estuviera integrado, pudiendo ser las mismas más representativas a nivel autonómico, y con independencia de que tenga carácter intersectorial o sectorial” *ex art.* 41.4 ET¹²⁴⁸. En este caso, aunque el legislador no lo especifica, la comisión *ad hoc* empresarial deberá estar formada por tres miembros como máximo, respetando así la igualdad formal negociadora.

Sin embargo, esta previsión introducida por la Ley 35/2010 de 17 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo, parece que constriñe las

¹²⁴⁶ En este caso, la doctrina entiende que esta opción contribuye mejor a la protección de los trabajadores, permitiendo al mismo tiempo mantener un vínculo más estrecho y real con el conjunto de los trabajadores, y mitigando el riesgo de injerencias empresariales en la negociación. Por todos, *vid.* CIALTI, P.H., “La negociación colectiva ante situaciones de crisis en las pequeñas empresas: las respuestas españolas y francesas”, *op. cit.*, p. 262.

¹²⁴⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa...op. cit.*, p. 80. Asimismo, como ha señalado la STS de 14 de mayo de 2014 (rec. 144/2013) hay una diferencia importante en el cómputo del voto a efectos de alcanzar la mayoría necesaria, pues cuando la comisión es laboral la mayoría se calculará por el número de miembros de la comisión, pero en caso de ser sindical se exige que representen a la mayoría de los representantes sindicales del sector designados.

¹²⁴⁸ Advuértase del error gramatical en la redacción del precepto, que suprime el artículo “las” en referencia a las “más representativa”.

posibilidades de representación empresarial en comparación con la negociación colectiva del convenio de empresa, habida cuenta de que el art. 87 ET no contiene ninguna regla al respecto, operando plenamente las del mandato civil como ya se señaló¹²⁴⁹. No obstante, en el contexto de la inaplicación convencional, la representación empresarial puede que se encuentre condicionada doblemente. Por un lado, a tenor de la literalidad del precepto, solo será posible acudir a la representación a través de las organizaciones empresariales cuando se negocie con la comisión *ad hoc* sindical, no así cuando se negocie con la de carácter laboral. Por otro lado, el art. 41.4 ET exige que el empresario esté “integrado” en las mismas, lo que implica que no podrá estar representado por ninguna otra asociación a la que no esté afiliado y que, de no formar parte de ninguna asociación empresarial, este no podrá estar representado, debiendo ser él mismo quien negocie con la comisión sindical. Todo ello contrasta, a su vez, con la libertad que disfrutaban los trabajadores para designar a cualquier sindicato representativo con independencia de si están afiliados o no.

En contra de esta interpretación literal, y teniendo en cuenta el carácter potestativo de la delegación negociadora a favor de las asociaciones patronales, resulta razonable sostener que, más allá de la desafortunada redacción legislativa, el empresario sí podrá estar representado por quién considere más conveniente también durante el proceso negociador de la inaplicación convencional. Con todo, la doctrina ha apuntado a que difícilmente el empresario delegará su capacidad negociadora en favor de las asociaciones patronales por cuanto que no representan solamente al empresario que pretende llevar a cabo la inaplicación, sino también a sus más directos rivales¹²⁵⁰.

3. Otros sujetos implicados durante el procedimiento de inaplicación

Constatada la coincidencia parcial en materia de legitimación entre ambas instituciones, las diferencias de carácter subjetivo no se agotan en la eventual actuación de la

¹²⁴⁹ *Vid.* capítulo tercero, apartado II, 1.1.

¹²⁵⁰ NIETO ROJAS, P., “Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas...”, *op. cit.*, p. 72.

comisión *ad hoc* prevista exclusivamente para la inaplicación convencional, sino que, además, durante el procedimiento para llevar a cabo el descuelgue, pueden aparecer otros sujetos con un papel relevante.

A este respecto, debe partirse de la idea de que el periodo de consultas, entre el empresario y los representantes de los trabajadores, puede acabar con acuerdo o sin él. Y la falta de este no es óbice para alcanzar la inaplicación pretendida por el empresario, en la medida que el legislador ha fijado un “complejo sistema legal estructurado en sucesivas etapas”¹²⁵¹, algunas de carácter potestativo y otras obligatorias, que buscan la solución autónoma o heterónoma de la discrepancia y, con ello, defender la adaptabilidad de la empresa a sus circunstancias concretas. En otros términos, el legislador ha eliminado la “posibilidad de bloqueo” por parte de los trabajadores a la adaptación empresarial vía inaplicación convencional¹²⁵².

Esta preocupación por que la falta de acuerdo no frustré el necesario descuelgue convencional contrasta con el margen de libertad, en este caso, en sentido negativo - de no alcanzar acuerdo- de los sujetos negociadores en el marco de las negociaciones de un convenio colectivo. Ciertamente, el legislador conceptualiza la inaplicación como un instrumento que no debe quedar totalmente al albur de los vaivenes negociadores y secuestrado en las fronteras de cada empresa, pues los efectos de su no adopción pueden trascender del ámbito estrictamente empresarial, afectando a intereses más generales, como pueden ser el nivel de desempleo o la competitividad económica agregada. Por ello, introduce mecanismos legales de desbloqueo que facilitan, de ser necesario, el descuelgue. Así, el procedimiento puede culminar satisfactoriamente de cuatro formas, que se van sucediendo entre sí en forma de intentos. La primera tiene como protagonista a la dirección de la empresa y a los representantes de los trabajadores, pues depende de ellos alcanzar un acuerdo en el periodo legalmente fijado para las consultas-negociación. Esta solución sería la idónea y la más respetuosa con el derecho a la negociación colectiva, pues el acuerdo adoptado en dicho periodo, nacido

¹²⁵¹ STS de 17 de julio de 2015 (rec. 212/2013).

¹²⁵² ALFONSO MELLADO, C. L., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa...”, *op. cit.*, p. 9.

del consenso sobre la causa habilitante, será el que establezca las condiciones exactas del régimen de inaplicación y su duración.

En la segunda vía, habiendo fracasado la anterior, destaca el papel de la comisión paritaria correspondiente al convenio que pretende inaplicarse, pues el acuerdo de inaplicación podrá materializarse en el seno de esta¹²⁵³. Debe advertirse que su intervención es potestativa, pues el legislador no la contempla como obligatoria, si bien en el momento que una de las partes inste la actuación, la otra quedará vinculada por la decisión. Asimismo, dicho carácter potestativo puede verse alterado por el convenio colectivo aplicable que puede imponer la obligatoriedad de la intervención de esta comisión tal y como se desprende del art. 16.2.a) del RD 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la CCNCC¹²⁵⁴.

A este respecto, debe significarse que la actuación de la comisión paritaria consistirá en pronunciarse sobre la discrepancia mediante la adopción de un acuerdo en su seno. No obstante, la cuestión que puede suscitarse es la eventual eficacia de una decisión desestimatoria (o estimatoria parcial) desde la perspectiva de la posible continuidad del procedimiento de inaplicación. Así, de conformidad con el art. 82.3 ET, el procedimiento podrá seguir cuando la comisión paritaria “no hubiera alcanzado un acuerdo”, por lo que podría interpretarse que, si adopta una decisión, bien estimatoria -total o parcial-, bien desestimatoria, no podrá el empresario continuar impulsando el procedimiento de inaplicación. En este sentido se pronunció la STS de 28 de abril de 2016 (rec. 173/2015) en la que, a tenor de la decisión de la comisión paritaria del convenio sectorial desestimando la pretensión empresarial, el TS anuló la continuación del procedimiento en lo que respectaba a las posteriores fases, por entender que “el procedimiento de inaplicación del convenio debería darse por finalizado con el

¹²⁵³ Para un análisis detallado de la constitucionalidad de la intervención de la Comisión Paritaria véase GOERLICH PESET, J. M.^a, “Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformaciones del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de la ultraactividad”, en Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús Rafael Mercader Uguina (Dir.), *La reforma de la negociación colectiva*, Valladolid: Lex Nova, 2011, pp. 114 y ss.

¹²⁵⁴ MENDOZA NAVAS, N., “Los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo al amparo de las decisiones de la Comisión Nacional Consultiva de Convenios Colectivos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 74, 2017, pp. 61-86.

pronunciamiento unánime alcanzado en la Comisión paritaria al rechazar el descuelgue empresarial”¹²⁵⁵.

Si se presta atención a la composición de dicha comisión paritaria, que decidirá, en última instancia, sobre la continuidad o no del procedimiento de inaplicación, está formada por una representación de las partes negociadoras de acuerdo con el art. 85.3.e) ET, lo que significa que la patronal que negoció el convenio que pretende inaplicarse será también el sujeto que codecida sobre la solicitud de descuelgue de un empresario. El posible conflicto de intereses que podrá darse en esta situación por parte de la representación patronal es evidente, pues quien suscribió el pacto difícilmente permita que se pueda inaplicar, máxime si eso supone dotar de ventaja competitiva a una empresa en particular. No obstante, debe recordarse que la práctica judicial viene exigiendo que la Comisión Paritaria decida de forma absolutamente imparcial sobre la base de datos objetivos que el empresario debe acreditar mediante la documentación que el propio convenio colectivo pudiera haber exigido, como por ejemplo, las cuentas presentadas al efecto del Impuesto de Sociedades, a fin de despejar cualquier atisbo de arbitrariedad¹²⁵⁶. En este sentido, si el empresario cumple escrupulosamente con el procedimiento convencional previsto, se prohíbe un bloqueo injustificado de su solicitud de descuelgue, pues se estaría produciendo una actuación abusiva, prohibida por el art. 7.2 CC, que podría dar lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de medidas judiciales que impidan la persistan del abuso.

Con todo, si esta segunda fase tampoco resultase exitosa, bien porque no se inicia, bien porque fracasa al no adoptarse una decisión, la inaplicación podrá culminarse exitosamente gracias a la avenencia o al laudo arbitral tras el desarrollo de un proceso de mediación o arbitraje, respectivamente, de conformidad con los sistemas

¹²⁵⁵ Sin embargo, en la práctica judicial podían encontrarse sentencias en un sentido bien distinto. Por ejemplo, la STSJ de Andalucía (Granada) de 21 de marzo de 2012 (rec. 274/2012) interpretó que la cláusula convencional que exigía el acuerdo favorable por unanimidad de la Comisión Paritaria tenía naturaleza obligacional y no normativa, por lo que en realidad no era más que un compromiso entre partes.

¹²⁵⁶ *Vid.* STSJ C. Valenciana de 3 de noviembre de 1997 (rec. 524/1998); SAN de 10 de diciembre 2015 (proced. 271/2015).

autónomos de resolución de conflictos que, en su caso, estuvieran contemplados en los acuerdos interconfederales a nivel estatal o autonómicos o, incluso, de cualquier convenio aplicable, de acuerdo con las reglas generales¹²⁵⁷. Por tanto, en esta tercera fase el papel principal en materia de inaplicación es asumido por un tercero -árbitro o mediador-que, de nuevo, decidirá sobre la viabilidad del acuerdo de inaplicación¹²⁵⁸.

Al igual que en la fase anterior, someterse a este procedimiento de resolución de discrepancias es obligatorio, siempre y cuando se hubiera previsto así en el articulado del propio convenio colectivo, pues así lo preceptúa el art. 16.2.b) del RD 1362/2012. Sin embargo, la doctrina ha diferenciado a este respecto si el procedimiento en cuestión es el arbitraje, en cuyo caso sería potestativo para cualquiera de las partes y vinculante para ambas, o la mediación, supuesto en el que sí resultaría obligatorio de forma incondicional¹²⁵⁹.

De todos modos, la resolución de discrepancias mediante el sistema de mediación o arbitraje no es algo exclusivo del procedimiento de inaplicación, sino que también está presente en la negociación colectiva *ex* art. 86.3 párrafo tercero ET. Así, ante la falta de acuerdo durante la renovación de un convenio colectivo, se podrá fijar la obligación de someterse a mediación o sistema de arbitraje (tanto voluntario como obligatorio) en los términos convencionalmente previstos¹²⁶⁰. Es cierto que, en el caso de la negociación de un convenio colectivo, el interés del legislador por solventar el bloqueo

¹²⁵⁷ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación ...op. cit.*, p. 98.

¹²⁵⁸ *Vid.* STSJ de Madrid de 3 de noviembre de 2014 (rec. 293/2014) que analiza el papel de la comisión paritaria y el sistema de arbitraje previsto en el convenio colectivo, poniendo de relieve la libertad del órgano judicial para conocer del fondo del asunto al no estar limitado por las causas de impugnación previstas convencionalmente.

¹²⁵⁹ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación ...op. cit.*, p. 98.

¹²⁶⁰ En cuanto a las dudas de constitucionalidad, por todos, SALA FRANCO, T., “Las relaciones laborales y la crisis económica”, *Revista Ius et Praxis*, año 21, núm. 1, 2015, p. 609, que se refiere a un sistema “*arbitraje voluntario/obligatorio: esto es, voluntario por cuanto se ha pactado en el Acuerdo Interprofesional por los agentes sociales legitimados y obligatorio, por cuanto lo es respecto de las partes en conflicto. Sin embargo, este tipo de arbitraje plantea una seria polémica acerca de su constitucionalidad (hay quien defiende su inconstitucionalidad por afectar al contenido esencial de la autonomía colectiva) y, sobre todo, acerca de su aplicación por cuanto los agentes sociales (sobre todo, la parte empresarial) se muestran reacios a su implantación. Un tal posicionamiento podría responder a distintas razones: falta de cultura arbitral, recelos con los árbitros, pérdida de protagonismo o dificultades para convencer a las correspondientes bases de la bondad del procedimiento*”.

de las negociaciones lo transfiere íntegramente a la autonomía colectiva, pudiendo optarse por otros medios de resolución de conflictos que sean capaces de “solventar de manera efectiva las discrepancias existentes”. La diferencia principal es que el ET no establece ningún procedimiento subsidiario residenciado en otro órgano para que resuelva la situación, como pudiera ser la CCNCC.

En efecto, de no haberse resuelto la discrepancia de conformidad con las fases anteriores, podrá acudir a la CCNCC u órgano autonómico equivalente para que, o bien mediante un sistema de arbitraje, si así lo deciden las partes, o bien subsidiaria y directamente en el seno de la comisión, se resuelva definitivamente la situación y se decida sobre la inaplicación de las condiciones de trabajo¹²⁶¹. A este respecto, en la exposición de motivos del RDL 7/2011 se justificaba esta novedad en el objetivo de “dinamizar la negociación [...] y evitar la ausencia de acuerdo en la renegociación del convenio”.

Así, a tenor de lo previsto en el art. 22 del RD 1362/2012, la decisión resultante deberá pronunciarse necesariamente sobre la concurrencia y acreditación de la causa, así como sobre su adecuación con los efectos en los trabajadores afectados. No obstante, paradójicamente, como se apuntaba, la actuación de la CCNCC no está prevista para las situaciones de falta de acuerdo en situaciones de renegociación de un convenio colectivo, sino tan solo para resolver la discrepancia en la negociación del acuerdo de inaplicación convencional.

Sin embargo, yendo en contra del objetivo legalmente señalado, un sector doctrinal ha mantenido que la introducción de un nuevo sujeto en la gestión del desacuerdo, condiciona y limita la fase de consultas y las demás opciones que se pueden ofrecer

¹²⁶¹ Acerca de las dudas de constitucionalidad aparejadas a esta opción legislativa, véase CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *op. cit.*, p. 241. PRECIADO DOMENECH, C. H., *La negociación colectiva en la...op. cit.*, pp. 199 y ss. BODAS MARTÍN, R., “Cuestiones jurisprudenciales sobre la negociación colectiva”, *op. cit.*, pp. 90 y ss., PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El descuelgue del convenio colectivo”, en José María Goerlich Peset (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 1452-1457.

para la solución del conflicto¹²⁶². La razón de ello sería que la mera existencia de esta última *ratio* no facilitaría alcanzar acuerdos en condiciones de igualdad negocial y, en consecuencia, se debilitaría la propia negociación. En esta línea, algún autor incluso afirma que se incentiva la negociación de mala fe “con el objeto de sustraer la opinión de una de las partes del procedimiento de descuelgue”¹²⁶³.

No obstante, debe significarse que la decisión de la CCNCC podrá, no solo rechazar la propuesta, sino también modificar el grado de intensidad y alterar la duración propuesta. En este sentido, el empresario sufre de una inseguridad jurídica notable, pues la decisión sustitutiva del acuerdo no alcanzando, puede terminar distanciándose, en su alcance material, temporal o personal, de su propuesta inicial de inaplicación¹²⁶⁴, incluso haciéndola no deseable por poder agravar más la situación económica original. Posiblemente, esta situación conduciría a la no ejecución efectiva de la decisión habilitante del descuelgue según los términos fijados por la CCNCC, y, en consecuencia, a la no superación de la crisis empresarial mediante la inaplicación convencional. De hecho, esta conclusión se proyecta no solo sobre la decisión de la CCNCC, sino que igualmente se refiere al resto de los procedimientos previos que culminen con una decisión heterónoma, ya sea la adoptada por la comisión paritaria o ya sea por laudo arbitral.

A mayor abundamiento, desde la perspectiva empresarial, puede contemplarse con cierto recelo que los seis representantes del banco patronal que componen la CCNCC sean miembros de las organizaciones más representativas de las organizaciones empresariales *ex art. 4 del RD 1362/2012*, no contemplándose, a estos efectos, ninguna causa de recusación ni de inhibición obligatoria en caso de que fueran los mismos que negociaron el convenio del cual se solicita el descuelgue. Con todo, deben entenderse aplicables los motivos de abstención y recusación recogidos en el art. 17 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.

¹²⁶² Por todos, LÓPEZ GANDÍA, J., “La inaplicación del convenio colectivo y la prioridad aplicativa del convenio de empresa tras las reformas laborales”, *op. cit.*, p. 104.

¹²⁶³ VILA TIerno, F., *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna...* *op. cit.*, p. 55.

¹²⁶⁴ CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *Inaplicación o “descuelgue” del* *op. cit.*, p. 12

Por último, con relación al papel de la CCNCC, algún autor ha denunciado la distorsión que produce sobre el proceso de negociación previo, pues el empresario conoce que finalmente se podrá imponer la decisión de un tercero, por lo que, según este autor, no se dan las circunstancias necesarias para una auténtica negociación¹²⁶⁵. No obstante, además de lo ya señalado respecto a la libertad que tiene la CCNCC de apartarse de la propuesta formulada por el empresario, debe recordarse que este medio de resolución de discrepancias no convierte automáticamente a la inaplicación en un instrumento de gestión empresarial, más bien se trataría de una medida de flexibilidad interna en las empresas “en clara conexión con la negociación colectiva”, pues dicha decisión o laudo arbitral no dejaría de ser una expresión de la autonomía colectiva negocial y en ningún caso sería posible una decisión unilateral de la empresa¹²⁶⁶.

En este sentido, tal y como señaló la SAN de 9 de diciembre 2013 (rec. 339/2013)¹²⁶⁷, la negociación colectiva no cesa, sino que continúa dentro de la propia CCNCC que debe buscar el máximo consenso o, en su caso, negociar entre sus miembros para obtener una mayoría suficiente para aprobar la decisión final, a tenor de lo previsto en el art. 8.3 del RD 1362/2012 que establece que “los acuerdos se adoptarán, preferentemente, por consenso”, y en todo caso, mediante el establecimiento de un sistema de mayorías absolutas que impiden a ninguna de las partes imponer su criterio. Muestra de ello, añadía la referida sentencia, es que si la CCNCC no consigue llegar a dicho consenso sencillamente se deberá entender que el proceso negociador articulado por el art. 82.3 ET no ha llegado a buen fin y, por lo tanto, el convenio colectivo que se pretendía inaplicar seguiría siendo de aplicación. Debe matizarse, no obstante, que los sujetos que llevan a cabo dicha negociación en el seno de la CCNCC ya no son los mismos que iniciaron el procedimiento de inaplicación, principales afectados e

¹²⁶⁵ Por todos, LÓPEZ GANDÍA, J., “La inaplicación del convenio colectivo y la prioridad ...”, *op. cit.*, pp. 114-115.

¹²⁶⁶ NAVARRO NIETO, F., “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 28.

¹²⁶⁷ Confirmada por la STS 15 de septiembre de 2015 (rec. 218/2014).

interesados, sino que, desde la perspectiva empresarial negociarán las asociaciones más representativas en su nombre, al menos, teóricamente.

IV. El carácter coyuntural del acuerdo de inaplicación

Una vez analizadas las diferencias teleológicas y subjetivas entre la inaplicación convencional y el convenio de empresa estatutario, resulta procedente realizar una comparación de ambas instituciones desde el punto de vista de la duración del acuerdo.

Antes de ello, debe significarse que en la inaplicación convencional no se crea una auténtica unidad de negociación, sino más bien unas “condiciones transitorias mediante un acuerdo de empresa”¹²⁶⁸, en contraste con lo previsto en el art. 84.2 ET que supone el surgimiento de una nueva unidad de negociación, no mediante un simple acuerdo, sino gracias a un convenio colectivo de empresa regulado en el propio Título III del ET. Dicho de otro modo, como regla general, el convenio de empresa nacerá y se sustentará en el tiempo a tenor de la continuidad de la negociación que tendrá lugar en el seno de la empresa, mientras que el acuerdo de inaplicación se presenta como un remedio excepcional sin propósito de perdurar más allá del periodo necesario¹²⁶⁹.

En este sentido, la doctrina ha distinguido entre “descentralización coyuntural” con respecto a la regulación sectorial de condiciones de trabajo a través de la vía de la inaplicación del convenio estatutario, y una “descentralización estructural” de la negociación colectiva por medio de la prioridad aplicativa del convenio de empresa¹²⁷⁰.

¹²⁶⁸ DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del convenio colectivo tras la reforma del 2012*, Madrid: Colección Informes y Estudios, núm. 108 del MESS, 2016, p. 42.

¹²⁶⁹ GÓMEZ GORDILLO, R., “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales de aplicación de uno de los pilares de la reforma de 2012”, en Jesús Cruz Villalón (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid: Ediciones Cinca, 2017, p. 63.

¹²⁷⁰ ÁLVAREZ ALONSO, D., “Inaplicación del convenio colectivo y prioridad aplicativa del convenio de empresa: dos vías concurrentes para descentralizar la regulación de condiciones de trabajo”, *op. cit.*, p. 1041.

Con todo, dicha diferenciación puede difuminarse en la medida que los sujetos negociadores pueden coincidir, de tal suerte que no existan dos tipos de estructuras descentralizadas, una estructural y otra coyuntural, salvo el caso, ya analizado, de la comisión *ad hoc*.

A partir de ahí, lo realmente diferencial es que los acuerdos de descuelgue tienen naturaleza circunstancial, de manera que su duración está más limitada que la relativa a los convenios de empresa. Al igual que estos, el acuerdo de inaplicación durará lo que, en principio, acuerden las partes, bien sometiéndola a término (fecha cierta), bien a condición (*v. gr.* la desaparición total o parcial de la causa). Sin embargo, la diferencia es que, con independencia de la duración pactada, no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte de aplicación en la empresa un nuevo convenio colectivo *ex art.* 82.3 ET. En efecto, a pesar de que los negociadores prevean una duración determinada, en caso de que resulte aplicable un nuevo convenio colectivo, quedará sin vigor el acuerdo de inaplicación.

En sentido negativo, el acuerdo de inaplicación no dejará de aplicarse de forma automática en el momento en el que el convenio al que sustituye pierda su vigencia ordinaria, sino que se extenderá también a la fase de ultraactividad de este¹²⁷¹. No obstante, durante este periodo, el acuerdo de inaplicación podrá verse igualmente afectado por el resultado de aplicar las reglas de concurrencia del art. 84 ET¹²⁷². Como resultado, la duración de la inaplicación no solo se verá acortada por la renegociación del convenio que ha inaplicado, sino por cualquier otro convenio que resulte aplicable a tenor del art. 84 ET durante el periodo de ultraactividad del convenio inaplicado, en la medida que no resulta aplicable la tesis de la impermeabilización analizada respecto de los convenios colectivos¹²⁷³.

¹²⁷¹ BLASCO PELLICER, Á., “Inaplicación de convenios colectivos: la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, en Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús R. Mercader Uguina (Dirs.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Valladolid: Lex Nova, 2015, p. 146. Vid. STS de 26 de junio de 2018 (rec. 153/2017).

¹²⁷² SSTs de 2 de febrero de 2004 (rec. 3069) y 30 de junio de 2009 (rec. 91/2007).

¹²⁷³ *Vid.* capítulo quinto, apartado V, 2.

Por otro lado, especial atención merece la conexión entre la duración del acuerdo de inaplicación y la renegociación del convenio inaplicado. En principio, como se decía, el acuerdo quedará sin vigor si se renueva este convenio, lo cual podrá suceder en cualquier momento durante la vigencia del acuerdo si los sujetos legitimados para ello negocian su revisión *ex art 86.1 ET*¹²⁷⁴. De hecho, desde esta perspectiva, bastaría con renegociar el convenio periódicamente para dejar sin efecto las inaplicaciones llevadas a cabo, o sea, se estaría “inaplicando el propio descuelgue”.

Ahora bien, constituiría una conducta fraudulenta que los negociadores tramitaran una renegociación *antes tempus* cuyo resultado fuera un convenio gemelo, pues con toda probabilidad la única finalidad de ello sería hacer desaparecer todas las inaplicaciones existentes y, en su caso, obligar al empresario a iniciar el procedimiento de inaplicación para descolgarse de nuevo. Por ello, esta técnica de aprobación periódica de sucesivos convenios colectivos idénticos no debería servir para dejar sin efecto los acuerdos de inaplicación vigentes.

En este contexto, surge el interrogante sobre si los acuerdos parciales para la modificación del convenio inaplicado pueden llegar a tener alguna incidencia sobre el acuerdo de inaplicación. Es cierto que no encajan en el concepto de “nuevo convenio” a tenor de lo previsto en el art. 83.2 ET, por lo que no está claro que se haya producido la circunstancia a la que la norma vincula la duración del acuerdo de descuelgue¹²⁷⁵. Sin embargo, teniendo en cuenta que son acordados por los sujetos legitimados para negociar el convenio colectivo, comparten su naturaleza jurídica, y partiendo del principio general de derecho *qui potest plus, potest minus*, entiendo que no habría obstáculo alguno para admitir que, en el supuesto de que dicha modificación afectase singularmente a un acuerdo de inaplicación, este perdería su vigencia por lo que a dicha materia se refiere.

En resumen, los acuerdos de inaplicación pueden tener una duración temporal limitada a un factor externo, ya sea la entrada en vigor de un nuevo convenio colectivo (el

¹²⁷⁴ CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *Inaplicación o “descuelgue” del op. cit.*, p. 134.

¹²⁷⁵ *Ibidem*, pp. 136-137.

mismo que inaplica u otro diferente) o ya sea un acuerdo parcial de revisión convencional, mientras que la duración del convenio de empresa, si bien es temporal, no depende de ninguna variable exógena. Así, la preferencia del convenio de empresa frente al sectorial no aparece circunscrita a un horizonte temporal determinado, sino que dependerá exclusivamente de sus negociadores. Esto es, la preferencia aplicativa del convenio de empresa se configura en la norma como un instrumento de regulación permanente, a diferencia del acuerdo de inaplicación que, por definición, va a tener una duración posiblemente más limitada por factores externos¹²⁷⁶.

Por último, en cuanto al posible carácter retroactivo del acuerdo de inaplicación, debe rechazarse esta posibilidad pues, dado el carácter intrínsecamente peyorativo de este acuerdo, estaría disponiendo de derechos que ya se habrían materializado e ingresado en el patrimonio de los trabajadores. Así lo ha interpretado en varias ocasiones el TS¹²⁷⁷, que recuerda que no se está ante un convenio colectivo negociado con plena libertad y autonomía para fijar su vigencia, sino ante un simple acuerdo de inaplicación que está sometido a limitaciones al respecto. De hecho, el TS admite que el art. 82.3 ET no limita expresamente la posibilidad de dar eficacia retroactiva al pacto modificativo, sin embargo, matiza que esa restricción legal está implícita en el texto de la norma, pues se trata de una suspensión temporal de derechos reconocidos en un convenio, el cual obliga durante toda su vigencia. Así, el acuerdo que lo inaplique solo podrá desplegar efectos desde que se apruebe y nunca hacia el pasado.

Por ello, aunque el convenio de empresa tampoco despliegue efectos retroactivos *in peius*, el hecho de poder dotar de efectos retroactivos al convenio de empresa, aunque sean únicamente favorables, permitirá negociar al empresario con mayor margen y flexibilidad el resto de las condiciones que se proyecten hacia el futuro. Piénsese en una transacción negocial en la que, a cambio de mejorar retroactivamente el salario, los representantes de los trabajadores aceptasen un empeoramiento en otra condición

¹²⁷⁶ DE CASTRO MARÍN, E., *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET...op. cit.*, p. 64.

¹²⁷⁷ SSTs de 7 de julio de 2015 (rec. 206/2014), de 16 de septiembre de 2015 (rec. 110/2014). En la misma línea STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas), de 21 de junio de 2016 (rec. 3/2016); STSJ de Madrid de 14 de marzo de 2017 (rec. 38/2017); STSJ del País Vasco de 13 de diciembre de 2016 (rec. 2301/2016).

laboral hacia el futuro. En contraste, y dada la limitada funcionalidad del acuerdo de inaplicación, consistente exclusivamente en una suspensión del régimen convencional aplicable, el empresario en ningún caso podrá pretender la eficacia retroactiva del acuerdo, ya que, por definición, se estaría disponiendo de derechos ya adquiridos por los trabajadores.

En contraste con lo anterior, la doctrina judicial ha admitido el carácter retroactivo del acuerdo de inaplicación en un único caso: cuando el convenio colectivo a inaplicar se publica tan solo unos meses antes de la fecha prevista de su terminación, estableciéndose en él incrementos salariales con efectos retroactivos a contar desde su entrada en vigor¹²⁷⁸. El motivo dado es que, en este supuesto, los derechos retribuidos de los trabajadores no han ingresado en el patrimonio de los trabajadores, además de que el pacto de inaplicación necesariamente solo puede negociarse después de la entrada en vigor del convenio, pues es físicamente imposible inaplicar aquello que no aún no estaba vigente.

Por el contrario, en el marco de la retroactividad, debe significarse que, a los efectos del cálculo de una eventual indemnización, y a diferencia de lo que ocurre con el convenio de empresa¹²⁷⁹, no podrá tomarse como referencia el salario fijado en el acuerdo de inaplicación, sino que necesariamente se basará en el previsto en el convenio inaplicado¹²⁸⁰. Así, la doctrina ha argumentado que esta debe ser la conclusión por una interpretación análoga a los supuestos de reducción de jornada por cuidado de hijos o familiares del art. 37 ET¹²⁸¹.

¹²⁷⁸ SSTSJ de Andalucía (Sevilla) 27 de febrero de 2014 (rec. 3364/2013), de 10 de julio de 2014 (rec. 1108/2014), 24 de octubre de 2013 (rec. 2124/2013).

¹²⁷⁹ *Vid.* capítulo quinto, apartado V, 1.

¹²⁸⁰ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 13 de octubre de 2016 (rec. 2854/2015).

¹²⁸¹ LÓPEZ GANDÍA, J., “La inaplicación del convenio colectivo y la prioridad ...”, *op. cit.*, p. 120.

V. Los ámbitos en los que puede desarrollarse la inaplicación

Llegados a este punto, tras analizar algunas diferencias entre la inaplicación y el convenio de empresa con trascendencia en la capacidad competitiva de las empresas, se debe continuar profundizando este análisis comparativo y averiguar qué otros aspectos distan entre ambas instituciones. A este respecto, el ámbito sobre el que puede llevarse a cabo la negociación en uno y otro caso es, sin duda, una pieza fundamental desde el punto de vista de la defensa de la competitividad.

1. Ámbito infraempresarial, especial referencia al centro de trabajo

Como ya se señaló¹²⁸², es posible que la negociación colectiva estatutaria se desarrolle en niveles infraempresariales, como, por ejemplo, en un centro de trabajo o en relación con un conjunto de trabajadores, y termine con la aprobación de un convenio colectivo estatutario del que, no obstante, no se puede predicar la preferencia aplicativa del art. 84.2 ET.

Pues bien, a raíz de esta limitación surge la incógnita de si el empresario dispone de la vía de la inaplicación para, en su caso, establecer unas condiciones laborales con preferencia en el centro de trabajo, diferentes a las contempladas en el convenio aplicable, sea este el del propio centro, el de empresa, o el de ámbito superior. A través de esta forma, indirectamente se conseguiría que el centro de trabajo contase con un régimen laboral prioritario de la mano del acuerdo de inaplicación, lo cual, se insiste, no se puede alcanzar vía art. 84.2 ET. En este escenario, el acuerdo de inaplicación sería nuevamente complementario al convenio de empresa¹²⁸³.

En respuesta a este interrogante, la doctrina se encuentra dividida. Por un lado, algún autor defiende que el procedimiento de inaplicación no cabe activarlo en un nivel inferior al de empresa, sobre la base de una interpretación literal del art. 82.3 ET, pues

¹²⁸² *Vid.* capítulo tercero, apartado II, 1.1.

¹²⁸³ *Vid.* capítulo sexto, apartado II.

se refiere exclusivamente a convenios de sector o de empresa¹²⁸⁴. Según esta lectura, no sería admisible que mediante un acuerdo de centro de trabajo se pueda dejar de aplicar lo previsto en un convenio, ya fuese el superior o ya fuese el del propio centro.

Por otro lado, algunos comentaristas mantienen que sí es posible la inaplicación en niveles infraempresariales, por la remisión que efectúa el art. 82.3 ET a la regulación del art 87.1 ET, pues este precepto contempla no sólo la unidad empresarial de negociación, sino también las de ámbito inferior¹²⁸⁵. Así, estos autores argumentan que el legislador no ha prohibido llevar a cabo la inaplicación desde el centro de trabajo, sino que más bien ha querido especificar que también caben los descuelgues en convenio que afectan a una sola empresa¹²⁸⁶, pues antes no era así¹²⁸⁷. Encuentran, a su vez, apoyo en el art. 20 del RD 1362/2012, que, al regular la documentación para cumplimentar la demanda de intervención de la CCNCC, deja claro que la inaplicación puede limitarse a determinados colectivos de trabajadores y referirse tanto a la empresa en su conjunto como a determinados centros de trabajo¹²⁸⁸.

Asimismo, otros comentaristas matizan esta idea y apuntan a que dependerá de si la causa legal que habilita a la inaplicación concurre en el centro de trabajo o en el conjunto de la empresa, de tal suerte que, si la causa no se circunscribe exclusivamente

¹²⁸⁴ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa...* op. cit., p. 48. SÁEZ LARA, C., “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *Temas Laborales*, núm. 140, 2017, p. 323.

¹²⁸⁵ GARCÍA VIÑA, J., “El convenio colectivo de empresa tras la reforma: balance de situación”, en Iñigo Gutiérrez Velasco (Dir.), *Balance crítico de la reforma laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 57. ALFONSO MELLADO, C. L., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa...”, op. cit., p. 10/21 (versión electrónica). CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *Inaplicación o “descuelgue” del* op. cit., p. 81.

¹²⁸⁶ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El descuelgue y otras vías de inaplicación del...* op. cit., p. 32. LÓPEZ GANDÍA, J., “La inaplicación del convenio colectivo y la prioridad ...”, op. cit., p. 106.

¹²⁸⁷ ALARCÓN CASTELLANOS, M.^a M. y ROLDÁN MARTÓNEZ, A., “El descuelgue y el concepto de convenio colectivo aplicable”, en AA.VV., *Aspectos controvertidos de la negociación colectiva*, Navarra: Lex Nova, 2015, p. 283.

¹²⁸⁸ NAVARRO NIETO, F., “El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos”, op. cit., p. 252.

al centro de trabajo, el empresario no podrá transitar por esta vía¹²⁸⁹. Ejemplo de ello, como regla general, no cabría apartarse del convenio cuando las causas de la inaplicación tuvieran componente económico, pues la situación económica se refiere al conjunto de la empresa. Por el contrario, las causas técnicas, organizativas o de producción estarían más vinculadas a la realidad de los centros de trabajo, lo que permitiría concluir que en este caso el ámbito del descuelgue puede ser tanto la empresa como las unidades productivas inferiores, en función fundamentalmente del tipo de medidas que se pretenden poner en marcha¹²⁹⁰.

Esta última posición doctrinal tendría acomodo en la jurisprudencia del TS sobre el ámbito en el que debe apreciarse la causa en el marco de un despido colectivo¹²⁹¹. A este respecto, el TS ha diferenciado entre la causa económica y el resto de causas: mientras que para el primer caso el ámbito de apreciación de la concurrencia de la causa afecta a la empresa en su conjunto o globalidad, cuando la causa alegada es técnica, organizativa o de producción, el ámbito de apreciación de la concurrencia de estas causas es el espacio o sector concreto de actividad empresarial en que ha surgido la dificultad que impide su buen funcionamiento, motivo por el cual el remedio a esa situación anormal debe aplicarse allí donde se aprecia este desfase.

Además de ello, carecería de lógica que el empresario pudiera inaplicar un convenio de empresa y no un convenio de centro, habiéndolos negociado ambos y siendo el primero de ámbito superior y dotado con preferencia aplicativa. Dicho de otro modo, si el empresario necesariamente debiera aplicar las condiciones laborales previstas en los convenios de centro o de franja, resultaría incoherente con la libertad dada al empresario de poder negociar dichos convenios en el seno de su propia empresa y con

¹²⁸⁹ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación ...op. cit.*, p. 67. VALDÉS DAL-RÉ, F., “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2012, p. 237. DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación...op. cit.*, pp. 92-93.

¹²⁹⁰ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación ...op. cit.*, p. 67; MUÑOZ RUIZ, A. B., *Problemas prácticos del convenio colectivo...op. cit.*, p. 160; SÁEZ LARA, C. “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *op. cit.*, p. 332.

¹²⁹¹ Por todas, STS de 1 de diciembre de 2012, rec. 199/2012 y sentencias citadas en la misma.

la facultad reconocida legalmente a partir de la reforma de 2012 de “autodescolgarse”¹²⁹².

2. Empresas con menos de tres trabajadores

Como se decía, el ámbito empresarial es el espacio natural en el que celebrar el acuerdo de inaplicación y para facilitar su suscripción, el legislador ha extendido la legitimación negociadora a la comisión *ad hoc* en aquellas empresas sin representación de trabajadores. No obstante, al igual que ocurre con la negociación de un convenio colectivo, el número de trabajadores con los que cuenta la empresa también aparece como un límite en materia de inaplicación. En este sentido, es dudoso si el descuelgue puede tener lugar en centros de trabajo con menos de tres trabajadores, ya que el art. 41.4 ET determina que los “trabajadores”, sin especificar el mínimo, pero lógicamente al menos dos, “podrán optar por atribuir su representación a una comisión de un máximo de tres miembros”.

Algún autor ha defendido que sí es posible constituir la comisión *ad hoc* en empresas con menos de tres trabajadores, puesto que el precepto solo exige que la representación negociadora por el lado obrero esté compuesta de un “máximo” de tres miembros¹²⁹³, pero sin especificar el número de trabajadores que debe tener dicho centro.

En consonancia con este planteamiento, cabría diferenciar dos supuestos. Por un lado, que el centro de trabajo solo cuente con un trabajador. En tal caso, la única opción posible para que exista representación es que se la atribuya a los sindicatos representativos del sector, si bien es cierto que, según una interpretación literal del art. 41.4 ET, tampoco cabría tal opción, habida cuenta que el precepto se refiere a trabajadores en plural. Por otro, si la plantilla está formada por al menos dos

¹²⁹² Término empleado por CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *op. cit.*, p. 235.

¹²⁹³ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El descuelgue y otras vías de inaplicación del...* *op. cit.*, p. 72.

trabajadores, es posible que la representación de sus intereses la asuma uno de ellos, y no ambos, sin perjuicio de la vía sindical.

En definitiva, salvo que la empresa únicamente cuente con un trabajador, en el resto de casos parece que se podrá inaplicar el convenio colectivo y modificar, en consecuencia, muchas de las condiciones establecidas en este, siendo, desde esta perspectiva, más fácil materializar la función adaptativa de la negociación colectiva que en el caso del convenio de empresa¹²⁹⁴. Asimismo, repárese que, a efectos del cómputo de plantilla en cuanto a la inaplicación se refiere, no operan estrictamente las limitaciones establecidas en el art. 72 ET para la elección de representantes legales¹²⁹⁵.

3. Empresas multicentro: la superación del principio de correspondencia

Como se tuvo ocasión de comentar, las empresas formadas por más de un centro de trabajo pueden encontrar dificultades a la hora de suscribir un convenio propio si en alguno de sus centros no existe representación de los trabajadores, sin perjuicio de la negociación con la sección sindical constituida a nivel de empresa. En contraste con esta situación derivada del principio de correspondencia, en materia de inaplicación, el ET prevé un conjunto de reglas para la formación del órgano negociador en aquellas empresas que cuentan con varios centros de trabajo. Como a continuación se verá, el legislador, indirectamente, declara no aplicable el principio de correspondencia que la jurisprudencia viene aplicando, facilitando el acuerdo de inaplicación.

Así, a tenor del art. 41.4.b) segundo párrafo ET cuando alguno de los centros no cuente con representación legal de los trabajadores, la comisión negociadora quedará válidamente constituida por los representantes del resto de los centros. Y ello, sin perjuicio de que los trabajadores de dicho centro otorguen su representación a una comisión *ad hoc* propia, quienes se integrarían en la comisión negociadora en proporción al número de trabajadores que representen. Es más, como ha destacado

¹²⁹⁴ VILA TIerno, F., *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna...op. cit.*, p. 54.

¹²⁹⁵ *Vid.* capítulo tercero, apartado II, 2.1.3.

la doctrina, si no se produjera la elección de la comisión *ad hoc* en el plazo establecido, no se bloquearía la negociación¹²⁹⁶.

A mayor abundamiento, según la regla siguiente del mismo precepto, de no existir representación legal en ningún centro de trabajo, cada uno de ellos podrá crear su propia “comisión *ad hoc* de centro”, para a continuación, entre todas las comisiones creadas, formar una única comisión “*ad hoc* a nivel de empresa” en términos proporcionales al número de trabajadores de cada centro. De hecho, no resulta obligatorio que cada centro de trabajo cuente con su propia comisión representativa, ya que el precepto no lo exige. En consecuencia, es posible que uno o varios centros de trabajo ni cuenten con representación legal ni representación *ad hoc* y sin embargo estén válidamente representados en una comisión *ad hoc* a nivel de empresa.

4. El grupo empresarial como sujeto negociador

En último lugar, respecto de las diferencias subjetivas entre ambas instituciones, surge el interrogante sobre si un grupo de empresas, al igual que tiene reconocida legitimación para suscribir un convenio de grupo, puede, como tal, descolgarse del convenio aplicable, ya sea este el que pudiera tener el propio grupo o ya sea uno de ámbito superior.

Por tanto, no se trata de responder a si un empresario puede inaplicar el convenio del grupo de empresas que eventualmente le fuera de aplicación, opción totalmente válida y fuera de toda duda. Tampoco se trata de determinar si la causa que alega el empresario que pertenece a un grupo de empresas debe predicarse del conjunto del grupo necesariamente o de la empresa en cuestión, pues la jurisprudencia ha dejado claro que la causa debe fundamentarse a nivel de empresa, salvo que se trate de un grupo de empresas patológico¹²⁹⁷.

¹²⁹⁶ BODAS MARTÍN, R., “Cuestiones jurisprudenciales sobre la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 77.

¹²⁹⁷ Por ejemplo, STS de 21 de julio de 2003 (rec. 4454/2002).

Diversamente, desde la perspectiva aquí tratada, se intenta responder a si el conjunto de las empresas integrantes del grupo puede ser el sujeto negociador de una inaplicación convencional. Dicho de otro modo, al igual que el legislador ha reconocido al grupo de empresas como sujeto legitimado para negociar un convenio colectivo en dicho nivel, ¿existe para el grupo de empresas el derecho a iniciar un procedimiento de inaplicación respecto tanto de un convenio sectorial como de grupo?

A este respecto, la doctrina no es unánime. Algunos autores afirman que deberá ser cada una de las empresas integradas en el grupo de empresas mercantil¹²⁹⁸ la que tendrá que descolgarse por sí misma, sin que quepa propiamente construir una comisión representativa del grupo como tal, por cuanto no está prevista dicha posibilidad en el ET¹²⁹⁹. Además de apoyarse en una lectura literal del art. 83.2 ET, que no contempla expresamente a los grupos de empresas, entienden que es extrapolable la doctrina del TS y la doctrina judicial de la AN sobre la legitimación negociadora de grupos de empresas en materia de despidos colectivos, que solo se admite de tratarse de un grupo de empresas patológico, pero exige a cada empresa negociar por sí misma¹³⁰⁰. Eso sí, todo ello sería sin perjuicio de una negociación marco a nivel de grupo, remitiéndose para su efectiva adopción a la comisión negociadora correspondiente a cada una de las empresas.

Para otros, entre los que me incluiría, no existe inconveniente que sea este el ámbito elegido para tramitar la inaplicación¹³⁰¹, basándose de nuevo en la remisión que el art.

¹²⁹⁸ En efecto, en todo caso, este planteamiento se proyecta sobre un grupo de empresas mercantil, ya que en el caso de los grupos de empresas patológicos a efectos laborales, en realidad, habría un único empleador.

¹²⁹⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El descuelgue y otras vías de inaplicación del...* op. cit., p. 86; SÁEZ LARA, C. “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, op. cit., p. 332.

¹³⁰⁰ Por todas, STS de 18 de febrero de 2014 (rec. 96/2013), SSAN de 25 de febrero de 2013 (proced. 324/2012) y de 28 de septiembre de 2012 (rec. 152/2012).

¹³⁰¹ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación ...* op. cit., p. 68. MUÑOZ RUIZ, A. B., *Problemas prácticos del convenio colectivo...* op. cit., pp. 160-162

82.3 ET hace al art. 87.1 ET, el cual sí contempla la legitimación del grupo empresarial, así como de empresas red¹³⁰².

En todo caso, sería adecuado que el legislador expresamente previera al grupo de empresa como sujeto negociador en el marco de la inaplicación convencional, al igual que ya está contemplado en el art. 87 ET para la negociación de un convenio colectivo, lo que haría disminuir la inseguridad jurídica actual. En este sentido, de momento la AN se ha decantado por una interpretación restrictiva negando la legitimación al grupo empresarial como tal y obligando a cada empresa a iniciar un procedimiento de inaplicación distinto¹³⁰³.

VI. El alcance material de la inaplicación

A pesar de las diferencias analizadas hasta el momento, probablemente la más significativa es la referida al diferente alcance objetivo que tienen ambas instituciones, pues, en última instancia, este factor determinará el grado de adaptabilidad del que dispone la empresa a través de la negociación colectiva.

Antes de comparar sendos alcances materiales, deben ponerse de manifiesto dos diferencias importantes al respecto. La primera hace referencia al carácter abierto o cerrado de las materias objeto de inaplicación y de la prioridad aplicativa. La segunda gira en torno a la virtualidad práctica que pueden desplegar ambas instituciones.

Respecto de la primera, adviértase que según una parte de la doctrina el listado de materias de las que se puede solicitar el descuelgue es cerrada¹³⁰⁴. La razón de ello es

¹³⁰² MERCADER UGUINA, J. R., “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad”, en Ignacio García Perrote y Jesús Rafael Mercader Uguina (Dir.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid: Lex Nova, p. 362.

¹³⁰³ *Vid.* SSAN de 31 de mayo de 2013 (proced. 165/2013) y 18 de diciembre de 2012 (proced. 257/2012).

¹³⁰⁴ ÁLVAREZ ALONSO, D., “Inaplicación del convenio colectivo y prioridad aplicativa del convenio de empresa: dos vías concurrentes para descentralizar la regulación de condiciones de trabajo”, *op. cit.*,

que falta en el art. 82.3 ET la expresión “entre otras” que sí recoge, por ejemplo, el art. 41 ET¹³⁰⁵.

Desde esta perspectiva, el alcance de la inaplicación es más limitado que el de la preferencia aplicativa del convenio de empresa *ex* art. 84.2 ET, ya que este precepto prevé expresamente, como ya se explicó¹³⁰⁶, la posibilidad de que los convenios regulados en el art. 83.2 ET amplíen materialmente dicha prioridad aplicativa, sin perjuicio del juego del principio de mayor favorabilidad. Precisamente, y al hilo de esta posible ampliación, otro sector doctrinal apunta acertadamente la idea de que los convenios puedan ampliar el listado de materias susceptibles de inaplicarse¹³⁰⁷, disponiendo así de su propia aplicabilidad al permitir la inaplicación de otras materias no previstas por el legislador¹³⁰⁸.

En cuanto a la segunda diferencia, es sabido que el convenio de empresa cobra su máxima virtualidad adaptativa cuando el mismo resulta de aplicación íntegra según las reglas generales de concurrencia, de tal suerte que el conjunto de condiciones laborales reguladas en el mismo son las rigen en la empresa. Esta situación contrasta con el alcance limitado del acuerdo de inaplicación que, en ningún caso, permitirá a la empresa actuar totalmente al margen del convenio aplicable, sino que, como máximo, alcanzará al conjunto del listado de materias susceptibles de inaplicarse. Desde esta óptica, se pone de manifiesto otra diferencia que permite negar la equivalencia entre la

p. 1030. MUÑOZ RUIZ, A. B., *Problemas prácticos del convenio colectivo...op. cit.*, p. 162. GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa...op. cit.*, p. 62.

¹³⁰⁵ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El descuelgue y otras vías de inaplicación del... op. cit.*, p. 20; CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *op. cit.*, p. 236; ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero. La envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en Ricardo Escudero Rodríguez (coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid: Ediciones Cinca, 2012, pp. 11-56, p. 45. VILA TIerno, F., *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna...op. cit.*, p. 45.

¹³⁰⁶ *Vid.* capítulo quinto, apartado IV, 7.

¹³⁰⁷ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación ...op. cit.*, p. 75. DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación...op. cit.*, p. 132.

¹³⁰⁸ En contra de la posibilidad de ampliación, LÓPEZ GANDÍA, J., “La inaplicación del convenio colectivo y la prioridad ...”, *op. cit.*, p. 104.

inaplicación y el convenio de empresa, cual es la regulación del régimen laboral completo en la empresa, idea que se ve reforzada por el hecho que el art. 85.3 ET exija un contenido mínimo al convenio colectivo y no al acuerdo de inaplicación.

A este respecto, debería diferenciarse, a su vez, entre el alcance material “teórico”, que haría referencia al conjunto de materias susceptibles de inaplicación recogidas en el art. 82.3 ET, y el alcance “real”, que vendría a significar su virtualidad práctica. Desde esta perspectiva, a pesar de que el alcance teórico en las materias nucleares es similar, el alcance real será probablemente menor en el caso de la inaplicación convencional, ya que difícilmente podrán dejarse de aplicar todas las materias posibles, habida cuenta de la necesidad de causa, y su adecuación a la medida de inaplicación propuesta. Dicho de otro modo, el art. 82.3 ET prevé el grado máximo teórico de inaplicación desde un punto de material, pero lo cierto es que, en la práctica, cada acuerdo de inaplicación, en función de la idoneidad de las medidas propuestas, podrá alcanzarlo o no. Desde este punto de vista, la diferencia con el convenio de empresa es clara, pues el alcance real y el teórico de la prioridad aplicativa son coincidentes, al no verse limitada por ninguna causa ni por ninguna conexión de funcionalidad.

Apuntadas estas dos cuestiones, es momento de profundizar en las diferencias concretas entre el listado de materias con preferencia aplicativa del art. 84.3 ET y aquellas susceptibles de inaplicarse según el art. 82.3 ET. De entrada, una comprensión lógica de la inaplicación convencional como mecanismo de adaptabilidad al contexto económico haría pensar que el legislador permitiera descolgarse, al menos, de las mismas materias que gozan de preferencia aplicativa, pues en ambos casos la finalidad general es similar. Sin embargo, no todas las materias que pueden verse afectadas por la inaplicación gozan de la preferencia aplicativa¹³⁰⁹, ni al revés, existiendo diferencias importantes del alcance material entre ambas instituciones¹³¹⁰. De hecho, esta falta de

¹³⁰⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El descuelgue y otras vías de inaplicación del... op. cit.*, p. 25.

¹³¹⁰ DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación...op. cit.*, p. 44. BLASCO PELLICER, Á., “Inaplicación de convenios colectivos: la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, *op. cit.*, p. 146.

sistematicidad ha llevado a la doctrina a calificar esta distribución de “ilógica” e “incoherente” por parte del legislador¹³¹¹.

Así, en primer lugar, se observa que existen algunas materias en las que el convenio de empresa sí goza de preferencia aplicativa, pero de las cuales no es posible descolgarse. En concreto, se trata de las previstas en las letras e y f del art. 84.2 ET, esto es, la *adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación y las medidas para favorecer la conciliación*, respectivamente. En consecuencia, el margen de adaptación que concede la vía de inaplicación es más reducido que el reconocido al convenio colectivo de empresa. Asimismo, en materia de tiempo de trabajo, la *planificación anual de las vacaciones* solo está prevista para la prioridad aplicativa del convenio de empresa¹³¹².

En segundo lugar, también se da el escenario inverso, esto es, que el art. 82.3 ET contempla materias respecto de las cuales es posible descolgarse, pero que, sin embargo, el art. 84.2 ET no extiende la preferencia aplicativa sobre ellas. Tal es el caso de la *jornada de trabajo*, el *sistema de remuneración* (incluido el régimen de vacaciones¹³¹³), y las *mejoras de la Seguridad Social*¹³¹⁴. Desde esta perspectiva, el empresario que pretenda adaptar rápidamente dichas condiciones laborales a las circunstancias singulares de la empresa deberá acudir a un procedimiento de inaplicación, sin perjuicio de la eventual aplicación íntegra del convenio empresarial.

En tercer lugar, la *clasificación profesional* es una materia que aparece en ambos listados, si bien el art. 84.2 ET tiene un carácter más restrictivo, pues en el art. 82.3.f) ET se especifica que puede ir más allá de los límites que para la movilidad funcional prevé el

¹³¹¹ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación ...op. cit.*, p. 45. NAVARRO NIETO, F., “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 33/81. En contra, manteniendo que es una diferenciación “lógica” LÓPEZ GANDÍA, J., “La inaplicación del convenio colectivo y la prioridad ...”, *op. cit.*, p. 108.

¹³¹² GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa...op. cit.*, p. 39.

¹³¹³ STS de 27 de mayo de 2013 (rec. 90/2012).

¹³¹⁴ Algún autor defiende expresamente su inclusión en el listado del art 84.2 ET por ser “unas de las cuestiones de mayor virtualidad para tratar precisamente en ese ámbito”, *vid.* DE CASTRO MARÍN, E., *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET...op. cit.*, p. 87.

art. 39 ET. En este caso, el legislador ha especificado que la capacidad de adaptar la clasificación profesional no se halla topada por el art. 39 ET, conclusión que, como ya se dijo, algunos autores también defienden para el convenio de empresa¹³¹⁵.

En fin, el resto de materias son coincidentes y compartidas en ambas instituciones adaptativas: la *cuantía del salario* (84.2.a y 82.3.d ET)¹³¹⁶, el *abono o la compensación de las horas extraordinarias* y la *retribución específica del trabajo a turnos* (art. 84.2.c y 82.3.d ET), y el *horario* (art. 84.2.c y 82.3.c ET). Y en sentido negativo también, esto es, materias de las cuales no se predica la preferencia aplicativa ni es posible descolgarse, como, por ejemplo, la fecha de pagos de los salarios o de las pagas extraordinarias¹³¹⁷.

Así las cosas, en términos cuantitativos, el número de materias de las que es posible descolgarse teóricamente *ex art.* 82.3 ET es mayor que las previstas con preferencia aplicativa del art. 84.2 ET, pero, sobre todo, dada la trascendencia competitiva de los aspectos relativos a la jornada de trabajo, el sistema de remuneración y las mejoras de la Seguridad Social, cualitativamente el alcance de la inaplicación es también superior.

VII. El presupuesto habilitante de la inaplicación: la existencia de causa

1. El sometimiento a un régimen causal

Como es sabido, la adopción del convenio colectivo de empresa y su aplicación prioritaria no requiere causa alguna, más que el concurso de voluntades de los negociadores legitimados para suscribirlo. Desde este punto de vista, el legislador

¹³¹⁵ CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *Inaplicación o “descuelgue” del ... op. cit.*, p. 128.

¹³¹⁶ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa...op. cit.*, p. 39.

¹³¹⁷ SÁEZ LARA, C. “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *op. cit.*, p. 326. *Vid.* SAN de 7 de abril de 2017 (proced. 46/2017), señala que no hay posibilidad de 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 la norma. Y concluye, por tanto, que el aplazamiento de la fecha de pago de la paga extraordinaria de Navidad, así como del abono del salario pactado, no son materias susceptibles de incardinarse en el sistema de remuneración, pues no debe hacerse una lectura extensiva del art. 83.2 ET.

permite a la empresa desmarcarse del convenio del sector negociando un convenio de empresa, en determinadas materias que “guardan conexión temática”¹³¹⁸ con aquellas respecto de las que se autoriza el descuelgue, pero sin necesidad de que concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción exigidas en el art. 83.2 ET. En efecto, el acuerdo de inaplicación requiere legal y ontológicamente causa para su adopción, sin que sea suficiente, en principio, el pacto entre los sujetos legitimados.

Debe aclararse que esto no significa que el consenso necesario para la aprobación de un convenio colectivo de empresa prescinda de cualquier causa, pues irremediamente ambas partes negociadoras deberán encontrar un espacio de acuerdo que descansa sobre las concretas circunstancias de la empresa. Por ejemplo, difícilmente se podrá pactar en convenio colectivo unas tablas salariales a la baja si el ritmo económico de la empresa es positivo. Por el contrario, si el contexto económico pone en riesgo la productividad empresarial, posiblemente sea más fácil alcanzar el acuerdo que reduzca las condiciones salariales. Evidentemente, todo acuerdo se alcanza atendiendo al entorno en el que se negocia, también el convenio colectivo.

Ahora bien, el procedimiento de inaplicación se encuentra exclusivamente disponible para aquellas empresas en las que concorra alguna de las causas legalmente tasadas en el art. 82.3 ET. Esta es una de las diferencias importantes, quizá la que más, en comparación con el convenio de empresa revestido de prioridad de aplicativa, pues el descuelgue del convenio aplicable solo procederá si la empresa atraviesa una situación adversa en los términos señalados por el legislador.

Consecuencia de ello es que, en términos generales y con las matizaciones que más adelante se realizarán, para proceder a inaplicar un convenio, a diferencia del convenio de empresa, no es suficiente contar con las voluntades de los sujetos negociadores, sino que debe existir un presupuesto habilitante, el cual se identifica con la causa acreditativa de una débil situación económica. En particular, el legislador en el art. 82.3

¹³¹⁸ CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *Inaplicación o “descuelgue” del op. cit.*, p. 86.

ET concreta con mayor precisión las circunstancias que permiten el descuelgue¹³¹⁹. No obstante, otro sector doctrinal difiere de lo anterior y sostiene que “las causas son absolutamente indeterminadas e irrelevantes, porque para la justificación de la modificación se pone más el acento en los efectos que en las razones”¹³²⁰.

Con todo, la justificación de esta diferencia se encuentra en el carácter extraordinario de la inaplicación, en la medida que dicho apartamiento del convenio supone excepcionar legalmente la fuerza vinculante de los convenios¹³²¹ con la finalidad de defender otros intereses constitucionalmente también protegidos como son la viabilidad empresarial y la protección del empleo¹³²². Por ello el legislador ha fijado cuáles son las causas que permiten al empresario (y teóricamente también a los trabajadores) iniciar este procedimiento especial.

En este sentido, de la necesaria concurrencia de causa justificativa se colige fácilmente que la inaplicación se presenta como un instrumento de “remedio” empresarial, en la medida que solo en el caso de concurrir las causas se habilita a inaplicar el convenio. En sentido contrario, de no haber causa que manifieste la crisis del proyecto empresarial, no se podrá inaplicarlo.

Por todo ello, la potencial capacidad de adaptación a tenor de una inaplicación convencional será menor que la que deriva del convenio de empresa, ya que la primera solo resulta operativa una vez exista causa legal, nunca antes. Con independencia del estrecho margen preventivo, el art. 82.3 ET solo es transitable *a posteriori*, como una suerte de reacción a una situación adversa, y no como una herramienta de previsión o corrección previa. En este sentido, la STC 119/2014 de 16 de julio precisó que la inaplicación convencional solo puede ser admisible como “medida de adaptación” de

¹³¹⁹ ÁLVAREZ ALONSO, D., “Inaplicación del convenio colectivo y prioridad aplicativa del convenio de empresa: dos vías concurrentes para descentralizar la regulación de condiciones de trabajo”, *op. cit.*, p. 1032.

¹³²⁰ RUIZ CASTILLO, M.^a M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama ...op. cit.*, p. 254.

¹³²¹ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El descuelgue y otras vías de inaplicación del... op. cit.*, p. 38.

¹³²² STC 119/2014 de 16 de julio (FJ5).

las condiciones laborales, ante causas “adversas” y “sobrevenidas después de la aprobación del convenio”, para “facilitar la viabilidad del proyecto empresarial y evitar el recurso a decisiones extintivas de los contratos de trabajo”¹³²³.

Ahora bien, debe matizarse que la norma no exige a la empresa que se encuentre “al borde de la quiebra o que su pervivencia dependa de la no aplicación de las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo”¹³²⁴, sino que, precisamente, lo que trata es de mitigar los efectos negativos que puedan arrear y que potencialmente acaben materializándose.

De hecho, si atendemos a unos de los ejemplos que el legislador da para conceptualizar la causa económica en el art. 82.3 ET, se entiende que concurrirá dicha causa cuando existan “pérdidas previstas”. Esta redacción ha llevado a sostener que se admite la figura del descuelgue preventivo, esto es, la posibilidad de un descuelgue de condiciones de carácter estrictamente precautorio, junto a lo que sería el descuelgue paliativo por circunstancias económicas¹³²⁵.

A este respecto, la práctica judicial ha puesto de manifiesto la dificultad de probar el futuro¹³²⁶, concretando que, en todo caso, este “peligro probable”¹³²⁷ en forma de pérdidas previsibles deberá acreditarse a través de indicios que permitan inferir claramente una situación futura presumiblemente real¹³²⁸. Así, en estos casos, a los empresarios podrían exigírseles la elaboración de estudios de viabilidad económica y financiera de la empresa, del sector y del contexto económico en el que opera para

¹³²³ Cfr. SÁEZ LARA, C. “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *op. cit.*, p. 316.

¹³²⁴ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El descuelgue y otras vías de inaplicación del...* *op. cit.*, p. 41.

¹³²⁵ MUÑOZ RUIZ, A. B., *Problemas prácticos del convenio colectivo...* *op. cit.*, p. 159.

¹³²⁶ Así, las SSTSJ de Madrid de 7 de septiembre de 2012 (rec. 2899/2012), de 16 de septiembre de 2011 (rec. 2823/2011), de 24 de abril de 2015 (rec. 91/2015), STSJ de Andalucía (Granada) de 7 de noviembre de 2013 (rec. 1649/2013) señalan que “la existencia de pérdidas previstas es una contradicción pues lo que se prevé de futuro no existe actualmente ni por tanto admite demostración”.

¹³²⁷ AGUT GARCÍA, C., *La cláusula de descuelgue salarial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, pp. 219-233.

¹³²⁸ STSJ de La Rioja de 27 de febrero de 2012, rec. 18/2012.

justificar la aplicación de esta medida¹³²⁹. En todo caso, resulta necesario aportar datos sobre la realidad presente y aun pasada de la empresa y razonar a partir de ellos la evolución probable de la situación de esta¹³³⁰.

2. La idoneidad del acuerdo de inaplicación

El régimen causal no solo implica que deba existir causa para que la inaplicación pretendida resulte operativa, sino que además las medidas que se adopten y que configuren el régimen sustitutorio sean idóneas. En este sentido, y resumidamente, se presentan dos posibles exigencias añadidas: la *funcionalidad*, por un lado, y la *proporcionalidad* o *razonabilidad*, por otro.

En cuanto a la primera, debe significarse que tras el cambio legislativo introducido con la reforma de 2012 desapareció, por un lado, la concepción funcional del art. 41 ET relativa a “prevenir una evolución negativa de la empresa o a mejorar la situación y perspectivas de la misma a través de una más adecuada organización de sus recursos, que favorezca su posición competitiva en el mercado o una mejor respuesta a las exigencias de las demandas”, y por otro lado, se suprimió del art. 82.3 ET la referencia finalista sobre “las posibilidades del mantenimiento del empleo en la empresa”¹³³¹. De este modo, la doctrina y práctica judicial han concluido que la inaplicación ya no se ve sometida a ninguna de las derogadas finalidades, no pudiendo ser, por tanto, objeto de control judicial¹³³².

¹³²⁹ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El descuelgue y otras vías de inaplicación del...* *op. cit.*, p. 45.

¹³³⁰ Laudo de la CCNCC dictado por Alfredo Montoya Melgar, el día 31 de julio de 2013, expediente 16/13.

¹³³¹ PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El descuelgue del convenio colectivo”, en José María Goerlich Peset (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 1450.

¹³³² SEMPERE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El descuelgue y otras vías de inaplicación del...* *op. cit.*, p. 43. NAVARRO NIETO, F., “El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos”, *op. cit.*, pp. 235 y ss. VILA TIerno, F., *La negociación colectiva como instrumento*

Respecto a la segunda la exigencia, la doctrina está dividida. Por un lado, un sector mantiene que la norma no exige la justificación de la razonabilidad, sino que tales “planteamientos estarán presentes en la negociación del acuerdo o podrán ser valorados por las instituciones arbitrales, desde la perspectiva de que el bien jurídico protegido es, claramente, la competitividad empresarial”¹³³³. En esta línea, también se ha sostenido que ya no es necesario acreditar ni argumentar esta proporcionalidad, sino que es suficiente alegar y probar la causa, y que solo a través de un ejercicio de “voluntarismo judicial” se podrá aplicar criterios de proporcionalidad¹³³⁴.

Por otro lado, y en contraste con lo anterior, algún autor defiende que el hecho de que el legislador haya omitido cualquier referencia a la justificación razonable de la inaplicación pretendida, no significa que el empresario no deba “hacer un esfuerzo de justificación” de la conexión que existe entre la causa o causas alegadas y la medida propuesta¹³³⁵. A mayor abundamiento, de esta exigencia de razonabilidad se derivarían dos obligaciones complementarias para el empresario. En primer término, este no gozaría de libertad absoluta para elegir entre los distintos instrumentos de flexibilidad, sino que se impondría una *graduación* entre las posibles medidas, además de la necesidad de justificar dicha elección con base en la proscripción del fraude, la necesidad de ejercer los derechos de buena fe y la prohibición del abuso de derecho¹³³⁶.

de flexibilidad interna...op. cit., pp. 50 y 233-279, p. 247. DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación...op. cit.*, p. 90. *Vid.* STSJ Madrid 11 de junio de 2012 (rec. 22/2012); STSJ Cantabria 26 de septiembre de 2012 (rec. 2/2012); STSJ de Cantabria de 3 de octubre de 2013 (rec. 559/2013); STSJ de Madrid de 11 de enero 2016 (rec. 772/2015); STSJ de C. Valenciana de 13 de diciembre de 2017 (rec. 3023/2017) en las que se defiende 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.

¹³³³ BLASCO PELLICER, Á., “Medidas de flexibilidad interna frente a los despidos colectivos tras la reforma: balance de situación”, en Iñigo Gutiérrez Velasco (Dir.), *Balance crítico de la reforma laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, p. 121.

¹³³⁴ RUIZ CASTILLO, M.^a M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama ...op. cit.*, p. 255.

¹³³⁵ CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *Inaplicación o “descuelgue” del op. cit.*, p. 121 y bibliografía allí citada.

¹³³⁶ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación ...op. cit.*, pp. 85-86. Eso sí, según esta tesis gradualista en la adaptación y justificación de la medida empresarial, la causa para

En segundo término, el empresario debería poder probar la *adecuación* de la medida propuesta (su ámbito subjetivo, material y temporal) tanto con la causa alegada, como con las medidas de flexibilidad externa que pudieran haberse adoptado previa o simultáneamente¹³³⁷. Una concreción clara de este principio de adecuación se manifiesta en los supuestos de “autodescuelgue”. A tenor de la diferente posición negociadora que ocupa el empresario en la negociación de un convenio de sector y en la de un convenio de empresa, algún autor defiende que deberían valorarse de forma distinta las circunstancias que van a permitir inaplicar el convenio en uno y otro caso¹³³⁸. Así, de pretenderse la inaplicación de un convenio de empresa, las circunstancias deberían tener la magnitud suficiente como para que pueda obviarse la aplicación del principio clásico *pacta sunt servanda*. Entre dichas circunstancias a tener en cuenta se encuentra, en primer lugar, el tiempo transcurrido entre la negociación de un convenio de empresa y la solicitud de inaplicación del convenio, plazo que deberá ser “razonablemente largo”¹³³⁹. Asimismo, habrá que fijarse en si el convenio de

inaplicar puede ser sustancialmente inferior en términos cualitativos a las extinciones por las mismas razones. Desde este punto de vista, a pesar de que no se menciona la intensidad de la causa, no se puede exigir la misma entidad para la inaplicación que para los despidos, puesto que los intereses en juego no son los mismos, *vid.* STSJ de Cataluña de 19 de septiembre de 2017 (rec. 3303/2017); BODAS MARTÍN, R., “Cuestiones jurisprudenciales sobre la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 69. La razón de esta distinta valoración o ponderación no es otra que la facultad de gestionar con flexibilidad el trabajo, que constituye una manifestación de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad reconocidas en el art. 38 CE, *vid.* STS 16 de mayo de 2011 (rec. 197/2010).

¹³³⁷ RIVERO LAMAS, J., “Los despidos por causas objetiva: aspectos procedimentales y procesales”, en Jaime Castiñeira Fernández (Coord.), *Presente y futuro de la regulación del despido*, Navarra: Aranzadi, 1997, p. 248. BODAS MARTÍN, R., “Cuestiones jurisprudenciales sobre la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 72; SEMPERE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El descuelgue y otras vías de inaplicación del...* *op. cit.*, p. 48., GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa...* *op. cit.*, pp. 57-58.

¹³³⁸ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa...* *op. cit.*, p. 46. En esta línea se mueve la SAN de 11 de febrero de 2014 (proced. 356/2013), a tenor de la cual habrá de valorarse muy especialmente el carácter sobrevenido e imprevisible de la causa justificativa, “puesto que si la causa ya existiese y fuese conocida por la empresa o no existiese, pero fuese claramente previsible, entonces la liberación de las obligaciones convencionales se opone claramente al cumplimiento de lo pactado conscientemente, afectando a la fuerza vinculante del convenio de manera ilegítima”, sentencia confirmada por la STS de 23 de septiembre de 2015 (rec. 314/2014).

¹³³⁹ SAN 28 de enero de 2013 (rec. 316/2012); STSJ de Cataluña de 25 de septiembre de 2014 (rec. 3011/2011); STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2015 (rec. 547/2015); ALARCÓN CASTELLANOS, M.ª M. y ROLDÁN MARTÓNEZ, A., “El descuelgue y el concepto de convenio colectivo aplicable”, *op. cit.*, p. 285. Resulta interesante la reflexión recogida en la STS de 11 de julio de 2018 (rec. 467/2017)

empresa se encuentra en situación de ultraactividad y si se ha iniciado la renegociación, pues “sería contrario a la buena fe utilizar la técnica de la inaplicación para solventar las discrepancias surgidas durante la negociación del nuevo convenio colectivo”¹³⁴⁰.

En resumen, además de la exigencia de causa, la practica judicial exige que las medidas alternativas que sustituyan al régimen convencional sean razonables y proporcionales, lo que conlleva tener que graduar las posibles medidas de flexibilidad y adecuar la inaplicación al resto de circunstancias, especialmente en el caso de tratarse de un autodescuelgue¹³⁴¹.

3. Un régimen causal flexibilizado: la presunción de su existencia en caso de acuerdo

Así las cosas, a diferencia de la negociación de un convenio de empresa estatutario, para proceder al descuelgue, se exige la concurrencia de alguna de las causas legalmente previstas, además de que las medidas propuestas sean proporcionales y razonables. Sin embargo, debe ponerse de manifiesto que la existencia de causa y la conexión funcional se presume “cuando el periodo de consultas finalice con acuerdo” según el vigente art. 82.3 ET.

A este respecto, parte de la doctrina ha señalado que las exigencias de causalidad han quedado difuminadas por el juego de la presunción legal introducida inicialmente por la reforma de 2010 y consolidada por las posteriores de 2011 y 2012, en la medida que

que, si bien se refiere a un supuesto de extinción del contrato por causas objetivas, literalmente señala que, aunque el legislador suprimió referencias valorativas como “prevenir” o “mejorar”, le corresponde a los tribunales emitir no solo juicios de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada, “sino también de razonable adecuación entre la causa acreditada y la modificación acordada [...] Razonabilidad que ha de entenderse como opción idónea y no óptima”.

¹³⁴⁰ Laudo emitido por Jesús Cruz Villalón el 11 de marzo de 2012 en el seno del CARL en el expediente SNC/66/2012/Desc/03. Cfr. RUIZ CASTILLO, M.^a M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama ...op. cit.*, p. 286.

¹³⁴¹ SAN 28 de enero de 2013 (rec. 316/2012); STSJ de Cataluña de 25 de septiembre de 2014 (rec. 3011/2011); STSJ de Madrid de 19 de octubre de 2015 (rec. 547/2015); STS de 11 de julio de 2018 (rec. 467/2017).

dicha presunción hace perder a dicha exigencia la trascendencia y sustantividad propia que tenía y, en consecuencia, la ha convertido en prácticamente irrelevante¹³⁴².

Desde esta perspectiva, la inaplicación y el convenio de empresa se asemejarían más entre sí, pues si hemos dicho que una de las principales diferencias entre ambas es la exigencia de causa, de aceptarse que el presupuesto sobre el que descansa el descuelgue se relativiza gracias a esta presunción, debería colegirse necesariamente que se aproximan, pues bastaría en ambos casos con el concurso de voluntades para procederse a la adaptación.

Sin embargo, no debe entenderse que mediante dicha presunción se descausalice la inaplicación convencional, ya que de no concurrir efectivamente la causa dicho acuerdo se habrá adoptado en fraude de ley o abuso de derecho y, en consecuencia, siempre podrá ser declarado nulo en vía judicial. No es casual que el art. 82.3 ET expresamente prevea que el acuerdo de inaplicación “podrá ser impugnado ante la jurisdicción competente por la existencia de fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión”.

En este sentido, sobre el auténtico alcance de dicha presunción, algunos comentaristas mantienen que se trata de una presunción *iuris et de iure*, de tal modo que no cabría la impugnación judicial del acuerdo por la vía del proceso de conflicto colectivo, salvo que se alegasen los únicos motivos que la norma prevé, esto es, que el acuerdo haya sido concluido con dolo, coacción o abuso de derecho¹³⁴³. Desde esta perspectiva, no

¹³⁴² ÁLVAREZ ALONSO, D., “Inaplicación del convenio colectivo y prioridad aplicativa del convenio de empresa: dos vías concurrentes para descentralizar la regulación de condiciones de trabajo”, *op. cit.*, p. 1033. OLARTE ENCABO, S., “El papel de la negociación colectiva en la reforma urgente del mercado de trabajo de junio de 2010”, en Mercedes Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Jesús Cruz Villalón y Sebastián de Soto Rioja (Dirs.), *Relaciones laborales y nuevo modelo productivo*, SL: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2011, p. 293; GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa...op. cit.*, p. 59.

¹³⁴³ CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, en Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Coord.), *La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010*, Madrid: La Ley, 2011 pp. 125-166. RUIZ CASTILLO, M.^a M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama ...op. cit.*, p. 255.

sería posible cuestionar judicialmente si realmente había causa para culminar el acuerdo, salvo que el consentimiento estuviera viciado.

Sin embargo, otros defienden que se trata de una presunción *iuris tantum*, lo que conlleva a que dicha apariencia de legalidad puede desvirtuarse más allá de los supuestos que el legislador ha previsto a tal efecto, eso sí, correspondiendo a los trabajadores probar la inexistencia de la causa, lo que será complicado de acreditar¹³⁴⁴.

En todo caso, y sin profundizar en la impugnación del acuerdo de inaplicación o las decisiones que lo permiten, por exceder el planteamiento aquí tratado¹³⁴⁵, la jurisprudencia del TS ha potenciado la facilidad para impugnar¹³⁴⁶ al diferenciar entre la “impugnación del acuerdo como tal”, en la que jugaría la presunción legal respecto exclusivamente de su conclusión, y la impugnación de “todas y cada una de las modificaciones convencionales”, ámbito sobre el que no se proyecta dicha presunción. En consecuencia con esta distinción, cualquier trabajador afectado podría cuestionar la adecuación de las medidas a las causas alegadas¹³⁴⁷, por ejemplo, impugnando el alcance temporal de la modificación. Asimismo, podría denunciar la falta de corrección formal del procedimiento seguido, *v. gr.* cuestionando la legitimación para negociar de los sujetos que hayan intervenido o las mayorías exigidas para alcanzar el acuerdo¹³⁴⁸.

Dicho de otro modo, a raíz de esta interpretación, debe diferenciarse entre las causas para impugnar el acuerdo como tal y las de impugnar el contenido del mismo. El art. 82.3 ET diferencia entre la validez del “acuerdo” por vicios “en su conclusión” y la

¹³⁴⁴ PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T., “La configuración de las causas justificativas de decisiones empresariales modificativas, suspensivas y extintivas”, *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2011, cfr. ALFONSO MELLADO, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en Carlos. L. Alfonso Mellado *et al.*, *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 123. LÓPEZ GANDÍA, J., “La inaplicación del convenio colectivo y la prioridad ...”, *op. cit.*, p. 116.

¹³⁴⁵ En profundidad, *vid.* CASTRO ARGÜELLES, M.ª A., *Inaplicación o “descuelgue” del op. cit.*, pp. 173 y ss.

¹³⁴⁶ SSTS de 16 de septiembre de 2015 (rec. 110/2014), y de 7 de julio de 2015 (rec. 206/2014).

¹³⁴⁷ ALFONSO MELLADO, C. L., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa...”, *op. cit.*, p. 11.

¹³⁴⁸ RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M., “Algunos problemas interpretativos planteados por la regulación de la flexibilidad interna en las reformas laborales de 2010 y 2011”, *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2012, p. 12.

validez de todas y cada una de las modificaciones convencionales y contractuales que en él se acuerden, de forma que limita la posibilidad de impugnar el acuerdo por la no concurrencia de las causas que justifican las modificaciones que en él se conciertan, pero no restringe, ni recorta la posibilidad de impugnar o rebatir la validez de las modificaciones acordadas, así como la de pedir una interpretación de las mismas que se ajuste a lo dispuesto en la ley.

En efecto, en una breve comparativa con el convenio de empresa, la STS de 28 de junio de 2017 (rec. 203/2016) puntualiza que al acuerdo de inaplicación es “impugnable en vía judicial en términos más amplios de los previstos para los convenios colectivos (por ejemplo, por fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en la suscripción del acuerdo), mientras que el convenio colectivo solamente se puede revisar judicialmente (90.5 ET) en caso de contravenir normas legales de derecho necesario o lesionar gravemente el interés de terceros, teniendo en cuenta además, que esos terceros ni siquiera serían los propios trabajadores afectados por el convenio colectivo”¹³⁴⁹.

De hecho, no debe olvidarse que dicha presunción tiene un alcance limitado, pues se circunscribe exclusivamente a los casos en los que sí haya acuerdo entre las partes para proceder a la inaplicación, pero ante la falta de este pacto y mantenerse la intención empresarial de proseguir con la inaplicación, no se presumirá la causa habilitante y deberá probarse la misma.

Con todo, debe admitirse que, gracias a la presunción legal de concurrencia de causa, la institución de la inaplicación se acerca a la negociación colectiva a la empresa, pues sin perjuicio de una eventual impugnación, se podrá ir más allá de una mera respuesta a una situación negativa y podrá aprovecharse, si hay acuerdo para ello, para prever un régimen sustitutorio más ambicioso desde la perspectiva empresarial y laboral.

¹³⁴⁹ En este sentido, resulta interesante el voto particular del magistrado Aurelio Desdentado en la STS de 11 de mayo de 2004 (rec. 95/2003) en el que pone de manifiesto la diferencia entre presunción y necesidad de que exista realmente causa, pues de faltar el presupuesto causal no se podrá adoptar el acuerdo. Sin embargo, el TS entiende que dicha presunción impide discutir en los pleitos individuales la concurrencia de la causa cuando el periodo de consultas ha finalizado con acuerdo vid. STS de 2 de julio de 2018 (rec. 2250/2016).

4. Las definiciones de las causas legales: una puerta abierta

Como se decía, a pesar de que probablemente en la negociación del convenio de empresa las partes negociadoras pacten las condiciones laborales basándose en las circunstancias económicas, organizativas, técnicas y productivas del entorno y que afecten de alguna manera a la empresa, o incluso también de otra índole, *v. gr.* sociales o medioambientales, estas causas no aparecen en el ET como un requisito imprescindible para la validez del convenio, sino que libremente serán los negociadores quienes decidan qué factores son relevantes para celebrar el convenio. Por el contrario, de tratarse de un acuerdo de inaplicación, el ET no solo exige la existencia de una causa, sino que además limita qué causas son hábiles y las dota de significado jurídico propio, reduciendo así la autonomía colectiva de las partes en su apreciación y entendimiento.

Sin entrar en la definición de cada una de las causas por sobrepasar el objetivo pretendido en este capítulo¹³⁵⁰, basta señalar ahora que el legislador no introduce ninguna especificidad en estas causas, pues repite íntegramente lo previsto en el art. 47 ET para las suspensiones de contratos o reducción de jornada, y en el art. 51 ET para los despidos colectivos¹³⁵¹. Eso sí, resulta llamativo que, en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo y traslados, no se contempla una especificación de causas, sino que el margen de apreciación de la causa por los negociadores es mayor que en el caso de la inaplicación, habida cuenta los art. 40.1 y 41.1 ET se refieren genéricamente a causas que “estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”.

¹³⁵⁰ CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *Inaplicación o “descuelgue” del op. cit.*, pp. 117-138 y bibliografía allí citada.

¹³⁵¹ Sí que existe una diferencia en la causa económica respecto del despido colectivo, pues en este último caso la presunción de existencia de causa se endurece al exigirse que la disminución persistente abarque al menos tres trimestres consecutivos, mientras que en el art. 47 o 82 ET bastaría con dos trimestres en los que el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre fuera inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

En cuanto al auténtico alcance de la definición legal de las causas, en especial, la causa económica, la doctrina sostenía que el legislador se limitaba a introducir un concepto jurídico indeterminado que giraba en torno a una “situación económica negativa”, pero no aclaraba cuál debía ser el alcance con el que dicha causa podía operar¹³⁵².

Frente a esta situación, la novedad del RDL 3/2012 fue introducir una definición de dichas causas en el ámbito concreto de la inaplicación, sobre todo, la referida a la de carácter económico. Así, en contraste con en el régimen anterior, en el que la causa económica se presentaba como un concepto jurídico de “difícil valoración”¹³⁵³, en la actualidad se ha superado esta inseguridad gracias, al menos, al listado de las tres situaciones ejemplificativas introducidas a partir de la reforma del 2012. Con todo, estos ejemplos dados por el legislador no agotan todas las posibilidades, habida cuenta de que el art. 82.3 ET, antes de introducir las tres situaciones previstas, expresamente señala “en casos tales como”¹³⁵⁴.

En este contexto, la negociación colectiva puede asumir un papel importante, especificando o ejemplificando situaciones en las que se entienda que puede concurrir la causa económica, o también las restantes. Sin embargo, su concreción no puede restringir el margen dado por el legislador que, como acaba de verse, no es del todo claro.

A su vez, los tribunales han concretado otras situaciones en las que la causa económica podría estar presente, como, por ejemplo, la pérdida de cuotas de mercado, la sensible y continuada disminución de pedidos, la pérdida del único cliente, resultados negativos de explotación, la disminución continuada de beneficios, encarecimiento del crédito, incremento de costes y dificultades de comercialización¹³⁵⁵.

¹³⁵² NAVARRO NIETO, F., “El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 241.

¹³⁵³ DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación...op. cit.*, pp. 84 y 88.

¹³⁵⁴ *Ibidem*, p. 91.

¹³⁵⁵ STSJ de Navarra de 31 de enero de 2000 (rec. 14/2000); STSJ de La Rioja 12 septiembre de 2006 (rec. 270/2006); SSTSJ C. Valenciana de 9 de mayo de 2006 (rec. 482/2006) y de 21 de enero de 2014 (rec. 2735/2013); STSJ de Justicia de Castilla-La Mancha de 8 de marzo de 2007 (rec. 1730/2006); STSJ

En resumen, dado el carácter abierto del listado de situaciones en las que puede entenderse que concurre causa, tanto vía convencional como interpretativa, la institución de la inaplicación corre el riesgo de volverse menos accesible para el empresario. Este resultado chocaría, como se decía al principio, con el carácter no causal del convenio de empresa. Por tanto, en atención a estas limitaciones causales, la función adaptativa probablemente encontrará mayor dificultad para operar vía inaplicación¹³⁵⁶.

5. La desaparición de la causa y el posible “recuelgue”

Así las cosas, la inaplicación convencional es una institución netamente causal, de tal suerte que para acceder a la misma es necesario que concorra alguna situación inscribible en las causas legal o convencionalmente fijadas. Este carácter causal también podría proyectarse sobre la duración del acuerdo de inaplicación, pues en caso de desaparecer total o parcialmente las causas debido a la mejoría de la situación inicial, sería lógico que las condiciones inaplicadas recobrasen vigor en la misma medida. Por ello, podría defenderse que, si la causa desapareciera, el acuerdo de descuelgue debería dejar de desplegar efectos en el mismo grado. Desde esta visión, la causa, al configurarse ontológicamente como el presupuesto sobre el que descansa la validez de la inaplicación, no solo permitiría iniciar el descuelgue, sino que igualmente determinaría la duración del régimen laboral sustitutorio.

de Cataluña de 11 de febrero de 2013 (rec. 5157/2013); STSJ de Madrid de 28 de noviembre de 2014 (rec. 678/2014); STSJ de Castilla y León (Valladolid) de 12 de noviembre de 2015 (rec. 1718/2015); STSJ de Andalucía (Granada) de 9 de junio de 2016 (rec. 754/2016).

¹³⁵⁶ DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación...op. cit.*, p. 91.

No obstante, el ET no prevé expresamente este “recuelgue”¹³⁵⁷, sino que la vigencia del acuerdo de inaplicación se vincula, recuérdese¹³⁵⁸, con otra variable distinta a la existencia de la causa, e incluso distinta al convenio inaplicado, cual es la entrada en vigor de un nuevo convenio aplicable a la empresa.

Esta decisión legislativa puede conllevar, por un lado, que el acuerdo de inaplicación no resulte útil a los efectos pretendidos, por cuanto su duración (pactada o no) terminará de forma anticipada de aprobarse un convenio colectivo aplicable, y con ello, podría no haberse superado la situación económica que motivó el descuelgue. Ahora bien, por otro lado, también puede implicar que el empresario aproveche una coyuntura transitoria para inaplicar el convenio durante más tiempo del necesario para la mejoría de esta situación, convirtiéndose así en un régimen laboral a la baja dotado de mayor durabilidad.

Dicho esto, las partes negociadoras sí pueden fijar esta previsión del recuelgue en el acuerdo de inaplicación¹³⁵⁹, pues depende de ellos fijar la duración máxima del mismo, bien concretando una fecha cierta, bien condicionando la aplicación de la regulación pactada a la subsistencia de las causas que lo han generado. Para ello, se podrán fijar fórmulas de recuperación progresiva, así como los procedimientos para la evaluación de dicha progresión o el calendario diseñado a tal efecto. A este respecto, debe significarse que esta facultad se encuentra exclusivamente en el marco de la negociación colectiva del propio acuerdo, no extendiéndose a los convenios, pues, como se verá, no se pueden establecer cláusulas que limiten o constriñan la libertad dada por el legislador¹³⁶⁰.

¹³⁵⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa...* *op. cit.*, p. 91. Esta era una posibilidad que se recogía expresamente para el descuelgue salarial en el RDL 10/2010, manteniéndose en la redacción del art. 82.3 ET dada por el RDL 7/2011, pero que desapareció del ordenamiento con el RDL 3/2012.

¹³⁵⁸ *Vid.* capítulo sexto, apartado IV.

¹³⁵⁹ *Ibidem*, p. 92.

¹³⁶⁰ A favor de que el convenio colectivo limite la duración, LÓPEZ GANDÍA, J., “La inaplicación del convenio colectivo y la prioridad ...”, *op. cit.*, p. 104.

Por último, en estos casos, algún autor también ha señalado la posibilidad de que los trabajadores puedan requerir directamente a la empresa la reversión de lo pactado con independencia de lo estipulado en el acuerdo, incluso la posibilidad de demandarlo judicialmente con base en un eventual abuso de derecho *ex art.* 82.3 ET¹³⁶¹. Posición que, con el vigente marco legal, resulta difícilmente defendible pues el propio ET no obliga a ello, sino que fija unos límites temporales ajenos a la causa.

6. Unicidad de causa, variedad de acuerdos de inaplicación

Por último, con relación al régimen causal de la inaplicación y sus diferencias respecto del convenio de empresa, debe ponerse de manifiesto que, a pesar de que la existencia de la causa económica, técnica, organizativa o productiva es una realidad única (hay causa o no en términos de gestión empresarial), puede ocurrir que dicha unicidad de la causa no se proyecte en un solo acuerdo de inaplicación, pues el número de inaplicaciones depende tanto de los convenios colectivos aplicables en la empresa como de la conexión entre estos y las causas alegadas.

Así cabrían dos opciones interpretativas para resolver esta situación. La primera posibilidad, de carácter centralizador, abogaría por un único procedimiento de inaplicación negociado con una sola comisión negociadora. Esta estaría legitimada para inaplicar el conjunto de convenios en un solo procedimiento y en un solo acuerdo. La otra opción, de naturaleza descentralizadora, se inclinaría por abrir un procedimiento de inaplicación para cada convenio colectivo aplicable en la empresa, sustanciándose, en consecuencia, el periodo de consultas con varias comisiones.

La doctrina y algún tribunal de instancia se han decantado por la segunda¹³⁶², es decir, no es posible inaplicar simultáneamente varios convenios colectivos que

¹³⁶¹ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa...op. cit.*, p. 93.

¹³⁶² ALARCÓN CASTELLANOS, M.^a M. y ROLDÁN MARTÓNEZ, A., “El descuelgue y el concepto de convenio colectivo aplicable”, *op. cit.*, p. 288; SÁEZ LARA, C. “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *op. cit.*, p. 320., SAN 25 de septiembre de 2014 (proced. 187/2014).

eventualmente fueran aplicables en la empresa a través de un solo procedimiento, sino que sería necesario iniciar tantos descuelgues como convenios aplicables hubiese.

La razón de ello estriba en la necesidad de que, además de existir causa, se negocie sobre la idoneidad de las medidas propuestas de inaplicación en conexión con dicha causa. Desde este punto de vista, no cabría alegar factores de economía negocial y proceder a un único descuelgue, sino que la causa debe medirse en el ámbito concreto en que se alegue¹³⁶³.

A mayor abundamiento, si no se alcanzase acuerdo, el paso siguiente de gestión de la discrepancia ante la comisión paritaria habría de resolverse por cada una de las comisiones, lo que podría dar lugar a resoluciones diversas¹³⁶⁴. Situación igualmente posible de proseguir en el resto de fases procedimentales de resolución de discrepancias.

Esta parcialización de los acuerdos de inaplicación según el número de convenios aplicables, contrasta con el alcance práctico del convenio de empresa dotado de preferencia aplicativa, pues bastará con un único convenio para dejar de aplicar cuantos convenios supraempresariales resultasen de aplicación, al menos en las materias listadas en el art. 84.2 ET. Dicho de otro modo, la virtualidad de la preferencia aplicativa, al no estar vinculada a ninguna conexión funcional de adecuación, desplegará sus efectos frente a cualquier convenio que resultase aplicable en la empresa, sin necesidad de medirse con cada uno de ellos para que resulte efectiva.

VIII. El papel limitador de los convenios sectoriales

Para finalizar la comparación hasta ahora llevada a cabo entre la inaplicación y el convenio de empresa en términos funcionales de adaptabilidad, es conveniente prestar atención al papel que los convenios colectivos sectoriales pueden tener al respecto, principalmente, en la fijación de limitaciones. Como se comprobó en el capítulo

¹³⁶³ LÓPEZ GANDÍA, J., “La inaplicación del convenio colectivo y la prioridad ...”, *op. cit.*, p. 105.

¹³⁶⁴ SÁEZ LARA, C. “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *op. cit.*, p. 320.

anterior, el convenio empresarial dotado de preferencia aplicativa se enfrenta a algunas cláusulas convencionales de origen sectorial que pretenden -incluso en ocasiones de forma ilícita- reducir la virtualidad del mismo.

En relación con la institución de la inaplicación, la reforma de 2012 buscó facilitar su ejercicio y por ello redujo el protagonismo de la negociación colectiva sectorial en la regulación del procedimiento. En este sentido, el legislador lo ha diseñado con detenimiento y ha dejado poco espacio regulador a los convenios colectivos¹³⁶⁵. De este modo, ha restringido su “campo de juego”¹³⁶⁶, remitiendo al nivel de empresa “la plena potestad” para decidir sobre el descuelgue¹³⁶⁷.

Incluso, formalmente, la regulación de la inaplicación se trasladó con la referida reforma al Título III del ET para formar parte del marco institucional de la negociación colectiva, abonando así la conexión entre el convenio colectivo y esta¹³⁶⁸. Así pues, la inaplicación de condiciones convencionales ya no forma parte de la regulación estatutaria de los poderes empresariales, sino que se incardina en la normativa de la negociación colectiva, suponiendo ello que “todo el régimen del descuelgue” es imperativo e indisponible para la negociación colectiva¹³⁶⁹. En efecto, dada esta unificación sistemática, no parece que los convenios puedan suavizarlo, del mismo modo que no pueden incidir en otros aspectos que componen el indicado marco institucional, como los criterios de legitimación o las reglas legales de articulación de la negociación colectiva¹³⁷⁰.

¹³⁶⁵ MUÑOZ RUIZ, A. B., “Cláusulas ilegales en la negociación colectiva: un balance de los últimos cinco años”, en AA.VV., *Aspectos controvertidos de la negociación colectiva*, Navarra: Lex Nova, 2015, p. 102.

¹³⁶⁶ NAVARRO NIETO, F., “El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos”, *op. cit.*, p. 250.

¹³⁶⁷ GORELLI HERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa...op. cit.*, p. 31.

¹³⁶⁸ SÁEZ LARA, C. “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *op. cit.*, 314.

¹³⁶⁹ BLASCO PELLICER, Á., “Inaplicación de convenios colectivos: la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, *op. cit.*, p. 144. BLASCO PELLICER, Á., “Medidas de flexibilidad interna frente a los despidos colectivos tras la reforma: balance de situación”, *op. cit.*, p. 120.

¹³⁷⁰ GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación ...op. cit.*, p. 60; LÓPEZ TERRADA, E. y NORES TORRES, L. E., “La evolución del tratamiento del descuelgue salarial en la

Desde esta perspectiva, serían ilegales todas aquellas cláusulas convencionales que trataran de obstaculizar la consecución del fin último de la reforma¹³⁷¹, teniendo el convenio colectivo una mera función residual: “explicitar lo que está implícito en el art. 82.3 ET”¹³⁷². En contra, algún autor mantiene que este precepto estatutario no recoge normas de derecho necesario absoluto, sino relativo y que, por ello, los convenios colectivos supraempresariales podrán seguir regulando todo lo relativo a la inaplicación, “desplazando” la regulación legal, incluso fijando “mayores exigencias causales y procedimentales allí donde no exista límite legal expreso”¹³⁷³.

Por su parte, la práctica judicial ha considerado que las cláusulas convencionales que se extralimiten impidiendo, limitando o restringiendo las facultades reconocidas por la norma estatutaria para proceder a la inaplicación deberán considerarse nulas, incluso si fueron pactadas con anterioridad a la reforma laboral de 2012¹³⁷⁴.

negociación colectiva”, en José María Goerlich Peset (Dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España*, MESS, 2018, p. 513.

¹³⁷¹ ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “El papel de la empresa como ámbito de negociación de los salarios”, *op. cit.*, p. 270.

¹³⁷² *Idem.* Dicho esto, debe significarse que esta prohibición se relativiza al referirnos a un convenio de empresa, pues en principio nada impediría que se acordase en este limitar la facultad del empresario de aplicar el art 82.3 ET respecto a ese mismo convenio o incluso prohibir acudir a procesos de inaplicación, *vid.* DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación...op. cit.*, p. 144. No obstante, tampoco se trata de una cuestión pacífica, habida cuenta de la “indisponibilidad del régimen legal” al formar parte del marco institucional de la negociación colectiva, *vid.* LÓPEZ TERRADA, E. y NORES TORRES, L. E., “La evolución del tratamiento del descuelgue salarial en la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 513.

¹³⁷³ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2011, p. 26.

¹³⁷⁴ STSJ de Andalucía (Sevilla) de 14 de junio de 2012 (rec. 981/2012), la cual señala que “resulta clara tanto la voluntad legislativa de establecer un sistema de flexibilización de las condiciones retributivas que evitara la rigidez prácticamente impositiva de muchos convenios anteriormente existentes; como el propósito subsiguiente de imponer la regulación estatal en la materia”. También las STSJ de Andalucía (Sevilla) de 17 de enero de 2013 (rec. 2923/2012) que matiza que la reforma operada por la Ley 25/2012 en esta materia tiene por finalidad flexibilizar el procedimiento a seguir, debiendo prevalecer la nueva normativa sobre la regulación convencional, resultando por tanto inaplicables las cláusulas de los convenios que se opongan a aquella. Véase también la STSJ de Andalucía (Granada) de 22 de mayo de 2013 (rec. 659/2013).

Con todo, el ET mantiene un papel importante para los convenios colectivos. Y es que el art. 85.3.c) ET, en relación con el contenido mínimo que debe incluir el convenio colectivo, prevé que se diseñen procedimientos para solventar de manera efectiva las discrepancias que puedan surgir para la inaplicación de las condiciones trabajo, adaptando, en su caso, los que pudieran haberse fijado en los acuerdos interprofesionales de ámbito estatal o autonómico. Es de advertir, que esta previsión estatutaria, referida a una vía de solución ante la falta de acuerdo, no debe confundirse con la facultad de disponer del procedimiento legal de inaplicación, pues se trata de un conjunto de reglas de carácter necesario absoluto. Por tanto, el único papel que la ley atribuye expresamente a los convenios colectivos en materia de inaplicación es precisamente el de “propiciar o facilitar su inaplicación”¹³⁷⁵.

A partir de ahí, y teniendo en cuenta esta prohibición legal de disposición por la autonomía colectiva respecto de la institución de la inaplicación, varios estudios sobre la práctica negocial ponen de manifiesto que continúan pactándose limitaciones en torno a las causas habilitantes, los sujetos, el procedimiento, y sus efectos¹³⁷⁶, incluso, hasta el punto de hacer “prácticamente inaplicables las cláusulas de descuelgue”¹³⁷⁷. Curiosamente, como se vio¹³⁷⁸, la doctrina ha alcanzado la misma conclusión respecto del convenio de empresa. Al igual que ocurría en ese caso, dichas limitaciones no responden únicamente a un interés por parte de las organizaciones sindicales, sino

¹³⁷⁵ SÁEZ LARA, C. “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *op. cit.*, p. 334.

¹³⁷⁶ FERRADANS CARAMÉS, C., “La inaplicación de condiciones de trabajo en la negociación colectiva”, en AA.VV., *Aspectos controvertidos de la negociación colectiva*, Navarra: Lex Nova, 2015, pp. 227-256. MUÑOZ RUIZ, A. B., “Cláusulas potestativas de inaplicación del convenio colectivo de sector: flexibilidad normativa versus rigidez convencional”, *op. cit.*, pp. 297-312. GÓMEZ RUFÍAN, L., “Limitaciones a la inaplicación de convenios en la negociación colectiva tras la reforma laboral de 2012 (I): cuestiones sustantivas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 6/2015, 2015, pp. 237-255; *vid.* LÓPEZ TERRADA, E. y NORES TORRES, L. E., “La evolución del tratamiento del descuelgue salarial en la negociación colectiva”, *op. cit.*, pp. 511-558.

¹³⁷⁷ SEMPERE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El descuelgue y otras vías de inaplicación del...* *op. cit.*, p. 45.

¹³⁷⁸ *Id.* capítulo quinto, apartado I.

también de las propias asociaciones empresariales a los efectos de reducir la potencial competencia entre las empresas¹³⁷⁹.

Así las cosas, la función de la negociación colectiva respecto de las causas habilitantes de la inaplicación sería meramente de especificación, esto es, de aclarar o precisar¹³⁸⁰. De este modo, podría delimitar, por ejemplo, la causa económica precisando la definición instaurada de modo orientativo en el precepto legal¹³⁸¹. En sentido negativo, no podría precisar las circunstancias que han de concurrir en la empresa para que proceda el acuerdo de inaplicación si restringiese la posibilidad abierta en el art. 82.3 ET¹³⁸². Por ello, no sería lícita la cláusula que endureciera las condiciones del descuelgue trasladando la causa económica que se exige para el despido por razones económicas¹³⁸³. Tampoco se podría condicionar la viabilidad de la solicitud de descuelgue a que la mala situación en la empresa no fuera consecuencia de errores de gestión, autorizando, por tanto, el descuelgue sólo en las empresas que pudieran acreditar el carácter exógeno de las causas¹³⁸⁴. Misma consideración merecerían aquellas cláusulas convencionales que restringiesen la posibilidad de iniciar el procedimiento de inaplicación a un periodo hábil determinado, superado el cual las empresas ya no

¹³⁷⁹ CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *op. cit.*, p. 233.

¹³⁸⁰ PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T., “La configuración de las causas justificativas de decisiones empresariales modificativas, suspensivas y extintivas”, *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2011, pp. 1-11.

¹³⁸¹ FERRADANS CARAMÉS, C., “La inaplicación de condiciones de trabajo en la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 243.

¹³⁸² CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *Inaplicación o “descuelgue” del op. cit.*, p. 104.

¹³⁸³ MUÑOZ RUIZ, A. B., “Cláusulas potestativas de inaplicación del convenio colectivo de sector: flexibilidad normativa versus rigidez convencional”, *op. cit.*, p. 299.

¹³⁸⁴ C.Col. de Limpiezas de Edificios y Locales de la Provincia de Castellón 2013/149825 BOP 10-08-2013, Cfr. SEMPÈRE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El descuelgue y otras vías de inaplicación del... op. cit.*, p. 43.

podrían descolgarse o limitando numéricamente el número de inaplicaciones a practicar¹³⁸⁵.

En segundo término, por lo que se refiere al papel de los convenios colectivos con relación a los aspectos subjetivos, podrían precisar cuestiones no previstas por la norma, como, por ejemplo, el procedimiento de elección democrática de los miembros de la comisión *ad hoc* o la atribución a estos de las mismas garantías que las previstas en el texto estatutario para los representantes legales¹³⁸⁶. Por el contrario, son nulas aquellas otras cláusulas que reserven en exclusiva la negociación a las secciones sindicales o a la representación legal, pues restringen las posibilidades permitidas por el legislador¹³⁸⁷. Tampoco serán válidas aquellas que exijan la unanimidad en la adopción del acuerdo por los representantes legales o por la comisión *ad hoc*¹³⁸⁸.

En tercer término, el convenio colectivo podría asimismo detallar algunas cuestiones en torno al propio procedimiento negociador, precisando, por ejemplo, la determinación del momento formal en que se entiende iniciado el periodo de consultas o imponiendo el deber de sigilo de los representantes de los trabajadores en el trato de la información y datos que les proporciona el empresario. A este respecto, podría concretar los deberes de información y señalar qué documentación debe el empresario facilitarles¹³⁸⁹. También sería posible que fijase el carácter obligatorio de someter la discrepancia a la comisión paritaria competente, así como el plazo en el que se debe reclamar su actuación o el procedimiento específico interno de esta comisión a estos efectos¹³⁹⁰. Igualmente podría especificar la elección entre un sistema de mediación o

¹³⁸⁵ *vid.* LÓPEZ TERRADA, E. y NORES TORRES, L. E., “La evolución del tratamiento del descuelgue salarial en la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 556.

¹³⁸⁶ FERRADANS CARAMÉS, C., “La inaplicación de condiciones de trabajo en la negociación colectiva”, *op. cit.*, p. 245.

¹³⁸⁷ MUÑOZ RUIZ, A. B., “Cláusulas potestativas de inaplicación del convenio colectivo de sector: flexibilidad normativa versus rigidez convencional”, *op. cit.*, p. 304.

¹³⁸⁸ LÓPEZ GANDÍA, J., “La inaplicación del convenio colectivo y la prioridad ...”, *op. cit.*, p. 113.

¹³⁸⁹ NAVARRO NIETO, F., “El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos”, *op. cit.*, pp. 241-242.

¹³⁹⁰ A este propósito, con relación al incumpliendo de algunas obligaciones formales, la STSJ de Andalucía (Sevilla) de 28 de septiembre de 2017 (rec. 3324/2016), consideró nulo el acuerdo de

arbitraje, o delegar dicha decisión a la comisión paritaria o a las partes. En todo caso, las cláusulas que contravengan o reduzcan garantías o derechos reconocidos en el art. 82.3 ET de cualquiera de las partes tendrán la consideración de nulas, como, por ejemplo, que el plazo máximo de consultas se convierta en el periodo mínimo o acortando los plazos legales previstos¹³⁹¹.

En cuarto y último término, el convenio en cuestión podría delinear los efectos derivados de la inaplicación, sin restringir la libertad reconocida a las partes negociadoras para que fijen en el acuerdo de descuelgue las nuevas condiciones laborales. En este sentido, podría fijarse la obligación de especificar un calendario o programación de recuperación en el acuerdo a fin de alcanzar la progresiva convergencia hacia las condiciones laborales inaplicadas, o introducir la necesidad de acreditar la proporcionalidad, adecuación y razonabilidad de la medida a la intensidad de la concurrencia de la causa¹³⁹². Al mismo tiempo, podría preverse la necesidad del mantenimiento del empleo estable como contrapartida a la inaplicación, o fijar la prohibición clara de utilizar medidas de flexibilidad externa o volver a inaplicar el convenio en un periodo determinado¹³⁹³. Por el contrario, de dudosa legalidad son aquellas cláusulas que pretendan acortar la duración de la inaplicación, sometiéndola a una fecha determinada, fijando un periodo máximo de inaplicación inferior al previsto en el art. 82.3 ET o limitando el número de inaplicación en un periodo determinado¹³⁹⁴.

inaplicación al no haber contado con la autorización de la comisión paritaria fijada en el propio convenio, previa presentación obligatoria de solicitud. Por otro, la STSJ de Madrid de 28 de febrero de 2014 (proced. 1/2014), si bien referido a la comunicación posterior del acuerdo a la comisión paritaria, señaló que el cumplimiento de un trámite formal, como es la comunicación a la comisión paritaria, no es un requisito legal y por tanto no puede condicionar la validez del acuerdo ni determinar su nulidad.

¹³⁹¹ FERRADANS CARAMÉS, C., “La inaplicación de condiciones de trabajo en la negociación colectiva”, *op. cit.*, pp. 246-252.

¹³⁹² DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación...* *op. cit.*, p. 109.

¹³⁹³ *Ibidem*, p. 110.

¹³⁹⁴ FERRADANS CARAMÉS, C., “La inaplicación de condiciones de trabajo en la negociación colectiva”, *op. cit.*, pp. 252-253.

Tampoco serían válidas aquellas previsiones convencionales que redujeran las materias sobre las que es posible descolgarse¹³⁹⁵.

IX. El convenio de empresa y el acuerdo de inaplicación: dos instrumentos con diferente alcance competitivo

Finalmente, en atención a las variables comparadas entre ambas instituciones es difícil alcanzar una única conclusión, pues en algunos aspectos el convenio de empresa se presenta como un instrumento más apto para la defensa de la competitividad, mientras que, en atención a otros elementos, el acuerdo de inaplicación tiene un potencial mayor en este sentido.

En este sentido, resulta indudable que ambas instituciones comparten la finalidad general, ya que facilitan acercar la negociación colectiva a la empresa y, por consiguiente, permiten acomodar las condiciones laborales de la empresa a su contexto económico.

No obstante, el convenio de empresa se presenta como el medio idóneo, ya que legalmente no se construye sobre una situación empresarial adversa previa, mientras que, en el caso de acuerdo de inaplicación, de no existir la causa habilitante, no será posible proceder a adaptar las circunstancias de la empresa al entorno económico. De hecho, respecto a la duración del régimen laboral propio, la inaplicación se ve sometida a un límite exógeno indisponible por las partes, que se identifica con la entrada en vigor de un nuevo convenio. Por el contrario, la duración del convenio de empresa será la que libre y autónomamente pacten las partes. Sobre todo, la principal diferencia entre ambas descansa en la exigencia legal de concurrencia de causa en el caso del descuelgue, ya que, aun habiendo flexibilizado esta condición, no deja de ser una institución causal, susceptible de impugnación judicial. Desde esta perspectiva, la virtualidad del acuerdo

¹³⁹⁵ DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación...op. cit.*, p. 109

de inaplicación, en términos de mejora de la competitividad, será menor que la del convenio de empresa.

No obstante, del análisis de otras variables, se llega a la conclusión opuesta, es decir, que el grado de adaptabilidad ofrecido por el acuerdo de inaplicación es mayor que el del convenio de empresa. Así, en primer lugar, el legislador ha resuelto el problema de la infrarrepresentación de los trabajadores en las empresas de reducida dimensión, así como el derivado del principio de correspondencia. No solo eso, sino que es posible alcanzar la inaplicación convencional incluso a falta de acuerdo, gracias a la intervención de otros sujetos durante el procedimiento legalmente previsto. Esto contrasta radicalmente con el presupuesto esencial de cualquier convenio colectivo, que es el consenso entre las partes. En segundo lugar, en cuanto al alcance material, previamente se ha dejado constancia de que, al menos teóricamente, el potencial adaptativo del acuerdo de inaplicación es superior al ofrecido por el convenio de empresa, tanto desde una perspectiva cuantitativa como cualitativa.

Por último, con relación al resto de variables, es decir, respecto los ámbitos en los que puede desarrollarse la inaplicación o pactarse el convenio de empresa, y el papel limitador de la negociación colectiva sectorial, no se presentan grandes diferencias entre ambas instituciones en términos de defensa de la competitividad.

Por tanto, y en forma de conclusión, habida cuenta de todas estas diferencias, no se puede afirmar que se trate de instrumentos equiparables e indistintos entre sí en términos de adaptabilidad empresarial, sino que más bien podrían guardar una relación de complementariedad, claro está, para aquellas empresas que puedan beneficiarse o aprovecharse de ambos. En este sentido, para las compañías que no pueden negociar un convenio de empresa propio, la inaplicación convencional aparece como la única vía de defensa de la competitividad posible a través de la negociación colectiva, cuyo alcance práctico difiere al que ofrece el convenio de empresa. De hecho, desde el punto de vista del tipo de empresa, cobran mayor relevancia aquellas limitaciones que la inaplicación convencional presenta, pues al no ser posible superarlas a través de un acuerdo de inaplicación, la empresa que no pueda contar con un convenio estatutario propio, tampoco podrá superar dichas barreras adaptativas mediante la negociación colectiva.

CONCLUSIONES

1. Tal y como se anunció en la introducción de este trabajo, el objetivo principal que pretendía llevarse a cabo consistía en realizar una relectura del derecho a la negociación colectiva desde el punto de vista de la competitividad empresarial. El fin último perseguido con esta investigación era conocer cómo de sensible resulta el ordenamiento jurídico en su regulación del derecho a la negociación colectiva respecto a la necesidad empresarial de adaptar su proyecto al entorno económico.

1.1. En las primeras páginas introductorias se pudo comprobar que la negociación colectiva es una institución multifuncional que ha experimentado una evolución en sus fines, reorientándose en la actualidad hacia la función adaptativa. Partiendo de la trascendencia que tiene la empresa como organización económica y de la necesidad de adaptarse rápidamente en el ámbito laboral a los cambios económicos, financieros, productivos, tecnológicos, etc., que tienen lugar en el entorno global, la negociación colectiva puede contribuir a promover los ajustes necesarios para la tutela de la competitividad empresarial.

1.2. En este apartado destinado a conclusiones se quiere, por un lado, destacar resumidamente cuál es el andamiaje constitucional sobre el que descansa esta facultad empresarial de competir en el ámbito laboral y, por otro lado, resaltar los aspectos, a modo de puntos críticos, en los que una eventual revisión del sistema existente debería incidir, retomando para ello las ideas manejadas en los capítulos precedentes.

2. En primer lugar, por lo que respecta a cómo la estructura “macro” ampara o garantiza la capacidad de competir del empresario, en el primer capítulo se dejó constancia de que la libertad de empresa constituye un auténtico derecho fundamental que, como tal, está formado por un núcleo irreductible de facultades que componen su contenido esencial. Como se vio, el TC las ha concretado en la capacidad de iniciar, gestionar y finalizar una actividad económica. Todas ellas pueden tener, a su vez, una incidencia directa en las relaciones laborales, en la medida que afecten a derechos de los trabajadores.

2.1. Es más, si se recuerda, la libertad de empresa, entendida como garantía institucional, supone un mandato claro al legislador a fin de que proteja las posibilidades materiales para que su “imagen maestra”, el libre mercado, se respete. Desde el punto de vista laboral, dentro de las coordenadas que delimitan el libre mercado, todo empresario tiene el derecho legítimo a ejercer su actividad económica en igualdad de condiciones. Esta conclusión deriva, directamente, del análisis efectuado en el capítulo primero sobre las notas definitorias del libre mercado: la libre iniciativa económica privada; el intercambio y la determinación libre de los precios; y la libre competencia en condiciones de igualdad.

2.2. Como se vio, estas tres notas también deben proyectarse en el mercado laboral, pues el trabajo humano constituye un factor productivo más en el marco de la productividad empresarial y, como tal, se presta a ser tratado en términos de eficiencia económica. Así, con base en la libre competencia, se alcanzó la conclusión de que ningún empresario debe ser privilegiado por el ordenamiento jurídico en términos de mayores oportunidades o menores limitaciones en el desarrollo de su actividad empresarial, salvo excepciones que resulten proporcionales desde el punto de vista constitucional.

2.3. El análisis actualizado de la libertad de empresa como derecho fundamental también requería acercarse a la jurisprudencia del TJUE, pues a través de múltiples sentencias ha ido completando y concretando cuál es el contenido esencial de esta libertad. Recuérdese someramente que, según el TJUE, de acuerdo con el art. 16 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la libertad de empresa integra también la libre competencia y la libertad contractual, siendo interpretada esta última como la posibilidad de participar efectivamente por todo empresario en el proceso de negociación colectiva que determine los costes laborales a asumir por este. Ya se advirtió en su momento que esta jurisprudencia no supone una anulación de la eficacia *erga omnes* que los convenios colectivos estatutarios tienen reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, pero sí implica que los sistemas de representación patronal respeten y garanticen la capacidad de participación de todos los empresarios por igual.

3. Dentro del estudio de la estructura macro, igualmente se ha puesto en evidencia que la negociación colectiva constituye el otro pilar constitucional sobre el que

descansa la capacidad de competir del empresario en el mercado laboral. El tema ha sido expuesto con detenimiento en el segundo capítulo, baste ahora recuperar algunas cuestiones clave.

3.1 De entrada, allí se apuntaba que, desde un punto de vista estricto, el auténtico titular del derecho a la negociación colectiva recogido en el art. 37 CE es el empresario individual, de tal modo que las asociaciones empresariales, ausentes en dicho precepto constitucional, no tendrían reconocida una “cotitularidad original”, sino más bien “derivada”, en la medida que requieren la delegación negociadora previa por parte de los empresarios. Precisamente, su existencia responde a la necesidad de los empresarios de llevar a cabo negociación en ámbitos más extensos que el de su propia empresa. Lo importante de esta reconstrucción, como se observó en su momento, es la consecuencia que conlleva: el ejercicio de las funciones negociadoras por parte de un agente representativo que obtiene su legitimación por delegación debería ser respetuoso con los intereses de los titulares originales. Desde este punto de vista, la eficacia *erga omnes* de nuestro sistema de negociación colectiva podría suscitar dudas de inconstitucionalidad si la representación negociadora fuera impuesta al empresario individual o ficticia, soslayando de este modo los intereses de los representados y auténticos titulares. Misma conclusión se alcanzaría si el legislador vetara de forma injustificada y desproporcional al empresario individual de su derecho a la negociación colectiva directamente acometida por él.

3.2. Al hilo de estas ideas, en el capítulo segundo también se señaló que dentro del contenido esencial del art. 37 CE se encuentra la facultad del empresario y los representantes de los trabajadores de elegir el nivel en el que desean ejercer la negociación colectiva, sin perjuicio de las reglas de estructuración que el Estado pueda fijar. De hecho, se comprobó que el nivel más adecuado para desarrollar la función adaptativa de la negociación es el nivel empresa o similar, pues permite realizar de forma más ágil los ajustes necesarios a los requerimientos del mercado. En sentido contrario, aquellos empresarios que no cuenten con la posibilidad de ejercer la función adaptativa mediante la suscripción de un convenio de empresa estatutario se encontrarán cautivos dentro del régimen convencional sectorial, el cual es percibido

por las pequeñas empresas como una carga que distorsiona su competitividad real, provocando todo ello un efecto de expulsión del libre mercado.

3.3. El análisis de la norma permite concluir que, salvo una justificación constitucional, que respondiera de forma proporcional a la defensa de otros derechos o intereses constitucionalmente protegibles, todo empresario debe poder ejercer en condiciones de igualdad el derecho a la negociación colectiva y, en particular, alcanzar un acuerdo con la máxima eficacia jurídica, esto es normativa. Así, a través del análisis efectuado en su momento sobre estas cuestiones, se terminó afirmando que si el legislador, en el desarrollo legislativo del art. 37 del texto constitucional, impidiera o limitara sin una justificación razonable la capacidad de negociar por el empresario en el seno de su empresa, se estaría vulnerado, no solo su capacidad de competir, sino el contenido esencial de la negociación colectiva. Bajo estas consideraciones, se enfatizó que el legislador tampoco podría privar a parte de los sujetos negociadores de la posibilidad real de dotar a sus acuerdos de eficacia normativa.

3.4. También se puso de manifiesto que, a pesar de la existencia de otras vías de negociación colectiva, como la que representa el acuerdo extraestatutario o los pactos individuales en masa, las diferencias jurídicas con el convenio colectivo de empresa permiten hablar de una dualidad competitiva entre empresarios. En este sentido, la eficacia normativa y personal *erga omnes*, así como la prioridad aplicativa reconocida al convenio de empresa estatutario son sinónimos de una mejor posición competitiva para aquellos empresarios que sí pueden acceder a esta última opción, frente al resto que quedan cautivos bajo el convenio sectorial.

4. Desde el análisis de la estructura macro, la investigación descendió a evaluar cómo la regulación legal y la jurisprudencia se ajustan a las conclusiones obtenidas. A continuación, no se pretende repetir todas aquellas deficiencias que ponen en duda que el vigente marco normativo ordinario se ajuste plenamente al marco constitucional analizado, pues de las mismas ya se ha dado cuenta en los capítulos precedentes; de forma más limitada, las líneas que siguen están destinadas a señalar las cuestiones nucleares, a modo de puntos críticos, en las que debería incidir una eventual reforma.

5. En relación con la regulación de la regulación de la legitimación negociadora a nivel supraempresarial, el Capítulo III ha servido para analizar la evolución histórica que ha sufrido en beneficio de las grandes empresas y en detrimento de las de menor tamaño. En este sentido, gracias a la combinación de los criterios sobre los que descansa, el número de empresas afiliadas a la asociación patronal y el número de trabajadores empleados por dichas empresas, se ha favorecido a las compañías de mayor tamaño. El criterio ocupacional se impone tanto para la obtención de la legitimación inicial y plena, como para el reparto de las vocalías en la mesa negociadora, privilegiando el poder de las asociaciones de grandes empresas. De hecho, la vigente norma potencia, más que nunca, la posición de las empresas de mayor tamaño, pues se prima el criterio del nivel de ocupación, incluso prescindiendo del número de empresas afiliadas.

5.1. Como se tuvo ocasión de señalar, la ponderación entre ambos criterios no es una cuestión neutral, ya que puede arrojar una representación artificial si no responde a la composición real del tejido empresarial. Así, un número reducido de grandes empresas, con plantillas extensas de trabajadores, podría tener el mismo poder que un número amplio de pequeñas empresas con pocos efectivos.

5.2. Si se buscara una ponderación real de intereses entre ambos tipos de empresas en España, en lugar de una equiparación equitativa de ambos criterios o, mejor dicho, de la prevalencia del criterio ocupacional, la variable referida al número de empresarios debería tener un valor relativo mayor habida cuenta de nuestro tejido productivo. Así, para evitar que la representatividad patronal, piedra angular sobre la que descansa todo el sistema de negociación colectiva supraempresarial, se aleje cada vez más de la representatividad real, permitiendo con ello, por un lado, que sujetos poco representativos negocien en nombre de la mayoría de empresas y, por otro lado, generando efectos nocivos para la competitividad empresarial, el legislador debería reajustar el peso relativo de cada criterio así como los porcentajes que la norma estatutaria contempla, fijando un sistema que favoreciese el pluralismo asociativo patronal y asegurara que los entes colectivos realmente son representativos en el ámbito que pretenden negociar.

5.3. Con el mismo fin, se defendió la necesidad de añadir un requisito legal a fin de que la representatividad se predique exclusivamente con relación a las empresas que están llamadas a aplicarlos, excluyendo aquellas otras que disfrutaban de un régimen convencional propio. Es decir, para evitar posibles incentivos contrarios a la competencia durante la negociación del convenio supraempresarial, el legislador debería primar un criterio afiliativo real y no meramente potencial o teórico, de tal forma que quién negocie realmente lo haga motivado por cuanto sus empresas lo van a aplicar

5.4. Mediante la reformulación de estos criterios en el sentido indicado, se salvarían las posibles dudas de inconstitucionalidad respecto de la eficacia *erga omnes* de los convenios colectivos estatutarios originadas, precisamente, por la lejanía entre el sujeto representante y los representados. De este modo, las pequeñas y medianas empresas podrían estar mejor representadas en el interior de las asociaciones empresariales y participar de forma decisiva en la negociación sectorial.

5.5. Asimismo, el Capítulo III ha permitido constatar que la representatividad negociadora supraempresarial de las asociaciones patronales no cuenta con medios fehacientes que permitan su verificación en la práctica. Se apuntó que este olvido normativo es deseado por el legislador, por los sindicatos, y por las propias asociaciones patronales más grandes, ya que de poder verificarse el auténtico grado de representatividad se pondría de manifiesto la absoluta debilidad e incluso la falta de legitimación de determinadas asociaciones empresariales para ejercer el derecho a la negociación colectiva. El resultado de esta dificultad de medir cuán representativa es una asociación no es otro que la CEOE y CEPYME disfrutaban de una legitimación negocial automática en todos los niveles territoriales y funcionales. Desde el punto de vista de la competitividad empresarial, este déficit de transparencia en la medición de parámetros legales objetivos apuntala un sistema que facilita o, al menos, no impide situaciones de cuasi monopolio negociador. Se advirtió, en este sentido, que se dan todos los alicientes para que el convenio sectorial pueda emplearse por las grandes compañías como un acuerdo colusorio que afecte negativamente a sus potenciales destinatarios.

Para evitar que los criterios de medición de la representatividad sigan actuando peligrosamente como subjetivos, es necesario que la Administración Laboral, dotada, eso sí, de medios materiales y personales suficientes, asuma como competencia propia el registro, la verificación y la actualización de los datos relativos al número de empresas afiliadas a la organización patronal, así como el número de empleados por estas. Como se observa, más que un cambio legislativo en este sentido, lo que se exige es la voluntad o, posiblemente, el coraje político de permitir la medición real de la representatividad patronal, lo que sin duda contribuiría a mejorar el mercado laboral desde el punto de vista de la libre competencia.

5.6. Con una eventual reforma en el sentido indicado se pondría fin al juego de presunciones de representatividad patronal de origen jurisprudencial. En este punto, si se recuerda, se explicó que el déficit de representatividad referido ha sido apuntalado por el TS a través de dos presunciones *iuris tantum*, una basada en el reconocimiento recíproco entre los sujetos negociadores, y la otra en la superación del control de legalidad del convenio por parte de la Autoridad Laboral en el momento de su registro y depósito. El efecto práctico del juego de estas presunciones es que se produce un efecto próximo a la inversión de la carga de la prueba, obligando a probar la falta de representatividad a quien la alega, incluso hasta el extremo de tener que probar la propia representatividad para que el órgano judicial conozca del asunto. Frente a la situación existente, ahora someramente descrita, con la reforma planteada basada en la “transparencia representativa”, la inversión de la carga de la prueba en este aspecto perdería la utilidad que en la actualidad puede tener, ya que la acreditación de la representatividad legalmente exigida para la aprobación del convenio le correspondería a quien afirma la eficacia general del convenio y no a quien lo impugna.

5.7. Un segundo núcleo de cuestiones abordadas en el Capítulo III fue el relativo a la tensión empresarial generada a raíz de la regulación de la negociación a nivel de empresa. Como se comprobó, dicha tensión surge por la dualidad competitiva derivada de la selección de sujetos legitimados por la norma estatutaria, habida cuenta de la dificultad o imposibilidad de celebrar convenios colectivos estatutarios para las pequeñas empresas. En particular, esta diferencia tiene su origen en el número de trabajadores contratados, pues solamente los empresarios que cuenten con más de seis

empleados están en disposición de suscribir un convenio estatutario propio. Paradójicamente, el ordenamiento jurídico laboral coloca en una posición menos competitiva a aquellas empresas de las, por otro lado, presume su peor condición económica. En este sentido, en la investigación presente, tras analizar los posibles fundamentos de esta dualidad normativa y competitiva, se alcanzó la conclusión que el criterio legal basado exclusivamente en la dimensión de la plantilla puede poner en duda la constitucionalidad de esta desigualdad, en relación, precisamente con el derecho a la negociación colectiva y la libertad de empresa.

Se puso igualmente en evidencia que no se trata de un olvido normativo, sino que el legislador es plenamente consciente de que la actual regulación sobre la legitimación negociadora afecta especialmente a las pequeñas empresas, limitándoles su capacidad de ajustarse al entorno económico en comparación al resto de competidores. Muestra de ello, en la reforma de 2012 introdujo un nuevo sujeto legitimado para negociar los acuerdos de inaplicación que permitiese a estas empresas ejercer, en cierta medida, la función adaptativa de la negociación colectiva. La comisión *ad hoc* fue la solución que se encontró para remediar parcialmente esta limitación competitiva de origen.

Así las cosas, una eventual reforma debería acercar la negociación colectiva estatutaria de convenios colectivos a la pequeña empresa, posiblemente favoreciendo la penetración del sindicato como agente interlocutor legitimado para negociar, no solo acuerdos de inaplicación, sino también convenios propios. Con ello, desaparecería en gran medida la desigual capacidad competitiva que sufren estas empresas, y se sería más respetuoso con el derecho a la negociación colectiva y a la libertad de empresa. En este sentido, se podría pensar en una fórmula similar a la recogida en los arts. 40, 41 y 51 ET para el desarrollo de las consultas en empresas carentes de representantes y llevarla al terreno de la negociación colectiva en el ámbito inferior para aquellas empresas sin estructuras representativas, asegurando que el sindicato tuviera un protagonismo claro en la defensa de los derechos de los trabajadores. Es sabido que no es esta una cuestión sencilla, por lo que en este trabajo surgieron igualmente otras propuestas de cambio, por ejemplo, la reducción del número de trabajadores para poder contar con representación unitaria; la sustitución de un único criterio por un

conjunto de criterios no necesariamente cuantitativos; o la necesidad de incrementar el tamaño medio de las empresas españolas como presupuesto inicial.

5.8. En este orden de consideraciones, debe recordarse que otro motivo relevante que impide celebrar convenios estatutarios de empresa con la representación unitaria de los trabajadores es el principio de correspondencia, en virtud del cual no es posible celebrar un convenio propio si en alguno de los centros de la empresa no existen órganos de representación. Incluso, el Tribunal Supremo suele proyectar este principio hacia el futuro, de tal suerte que en caso de abrir un nuevo centro después de negociar válidamente un convenio de empresa estatutario, este devendrá nulo. Es cierto, como se tuvo ocasión de comprobar, que este principio se flexibiliza si el sujeto negociador es la sección sindical (o incluso directamente el sindicato), eso sí, siempre y cuando tenga la mayoría de representantes en la totalidad de la empresa. Desde este punto de vista, sería deseable que el legislador reconociera a la empresa en su conjunto como unidad electoral a efectos de articular la representación, también unitaria, de los trabajadores.

5.9. Las dos tensiones competitivas en torno a la negociación colectiva, esto es, la que se refiere, por un lado, a la articulación del sujeto negociador a nivel sectorial y, por otro, a la imposibilidad de que todas las empresas compitan mediante un régimen convencional propio, se reproducen, en cierta medida, a escala comunitaria. Así, en primer término, se analizó con detenimiento el monopolio negociador durante los procesos contemplados en los art. 154.4 y 155 TFUE. En segundo término, se puso de manifiesto que las empresas transnacionales no cuentan con sujetos legitimados para suscribir convenios con reconocimiento comunitario o nacional.

En este punto, desde la visión de una eventual reforma comunitaria, surge la necesidad de establecer fórmulas democráticas y transparentes de representatividad respecto de los agentes sociales europeos a la hora de suscribir acuerdos normativos con eficacia personal general. Respecto a la negociación en el seno de una empresa transnacional, y sin perjuicio de una revisión legislativa europea, el legislador debería reconocer la legitimación negociadora transnacional a los CEEs mediante una regulación específica que favoreciese la negociación colectiva en este tipo de empresas asentadas en España.

6. En relación con la impugnación del convenio colectivo, el Capítulo IV ha permitido verificar que esta institución legal no constituye una herramienta eficaz para reaccionar frente a los serios riesgos que derivan de la legitimación negociadora supraempresarial. En este sentido, se alcanzó la conclusión, tras comprobar la involución del ordenamiento jurídico al respecto, que el empresario individual no se encuentra legitimado para impugnar el convenio sectorial en caso de ser contrario a derecho o resultarle lesivo para sus intereses. Desde esta situación, aunque el convenio conculcara claramente la legislación en materia de defensa de la competencia, el empresario perjudicado no podría impugnarlo.

Llamó la atención en su momento que el motivo principal esgrimido por el TC para admitir la constitucionalidad de la norma se basara en un razonamiento contrafáctico, pues señala que admitir su legitimación para impugnar supondría un aumento en la inestabilidad del sistema de negociación colectiva. De este modo, el legislador y el TC entienden que es preferible mantener la apariencia de legalidad del convenio que permitir su impugnación y la consiguiente declaración de nulidad.

6.1. Si se recuerda, se reconoció que el empresario individual no quedaba totalmente indefenso frente a un convenio sectorial potencialmente ilegal o lesivo, pues podía instar judicialmente un proceso con el objetivo concreto de inaplicarlo, aunque con carácter singular y cuya sentencia no genera eficacia de cosa juzgada más allá del proceso concreto. Asimismo, se analizó el papel de la CNMC en la defensa del derecho de la competencia, permitiendo que cualquier empresario inste la revisión de los convenios colectivos a la luz de la Ley de Defensa de la Competencia que, en caso de prosperar, se traduciría en una mera sanción a las partes negociadoras y el requerimiento a las mismas de abstenerse de realizar las mismas conductas de nuevo.

6.2. Observada la grave disfuncionalidad que presenta el sistema de negociación colectiva en materia de impugnación desde el punto de vista de la competitividad empresarial, resultaría preciso que en una futura reforma legal se eliminara la exclusión de la legitimación para impugnar por parte del empresario en casos de ilegalidad. Asimismo, sería recomendable que dicha reforma aclarase el concepto de tercero interesado, de tal suerte que la jurisprudencia no acabe expulsando nuevamente al empresario individual de entre los sujetos legitimados para impugnar por lesividad.

6.3. Al hilo del estudio de la impugnación, también se demostró como opera actualmente este mecanismo legal para entorpecer o limitar la función adaptativa de los convenios colectivos de empresa. A este respecto, las asociaciones empresariales se han beneficiado de un cambio en la práctica judicial hasta ahora mantenida por la AN, que exigía implementación en el ámbito del conflicto. A través de un criterio que abre y facilita la impugnación, las asociaciones patronales pueden cuestionar la legalidad de los convenios de empresa sin necesidad de satisfacer dicho requisito de implantación, lo que destaca teniendo en cuenta las limitaciones para impugnar que sufre el empresario. En este sentido, la AN ha concedido la condición de interesada tanto a aquella asociación empresarial firmante de un convenio sectorial potencialmente aplicable, como a aquella otra que alega un riesgo para la competencia derivado de la rebaja de costes que puede representar el convenio de empresa.

7. En el análisis de cómo la regulación legal de la negociación colectiva afecta a la capacidad de competir del empresario, el Capítulo V sirvió para profundizar en el auténtico potencial de la preferencia aplicativa. En este sentido, se demostró que la apuesta por la descentralización de la negociación colectiva como garantía de la función adaptativa no se ha conseguido por parte del legislador. Entre los datos que se manejaron su momento, se destacó que, en el año 2007, antes de comenzar la crisis económica y financiera en España, el 12,1% de los trabajadores estaba afectado por un convenio de empresa, mientras que, en el año 2016, esta cifra descendió, situándose en torno al 9,73% de los asalariados. Desde este punto de vista, la apuesta legal por el convenio colectivo de empresa que parecía desprenderse de la reforma laboral de 2012 no ha sido real, por cuanto más del 80% de las empresas españolas tiene menos de seis trabajadores y, por consiguiente, se encuentran vetadas para utilizar de este instrumento competitivo.

7.1. Con todo, la preferencia aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET supuso un acicate para que doctrina y órganos judiciales pusieran su foco de atención en este tipo de convenios a fin de someterlos a un conjunto de limitaciones basadas, quizá, en una interpretación excesivamente restrictiva de la norma estatutaria.

7.2. En término propositivos, se tuvo ocasión de señalar que el legislador debería aclarar, por un lado, algunos extremos que han sido aprovechados para reducir su

potencialidad, como por ejemplo, si la prioridad aplicativa debe extender a los niveles infraempresariales, y por otro lado, debería completar la eficacia aplicativa del convenio empresarial, ampliando su prioridad al resto de materias ligadas con la productividad, como es el caso de la jornada laboral o las mejoras de la Seguridad Social que se encuentran excluidas del listado del art. 84.2 ET. Con ello, no solo se clarificaría la estructura de la negociación colectiva, sino que también evitaría que mediante los acuerdos interprofesionales o convenios sectoriales se impida la aplicación íntegra del convenio empresarial, al menos, en aquellas cuestiones que guardan una estrecha vinculación con la competitividad empresarial.

De hecho, lo óptimo en una eventual reforma sería una división de materias entre el nivel empresarial y el supraempresarial en atención a dos criterios: la afectación de la materia sobre la competitividad empresarial, quedando protegida su preferencia aplicativa al nivel de empresa, y la necesidad de homogeneización de condiciones laborales por sector económico, como puede ser el régimen disciplinario, las normas mínimas de prevención de riesgos laborales o la clasificación profesional.

8. Frente a la situación descrita de rigidez o imposibilidad legal de materializar la función adaptativa en la mayoría de empresas españolas, el Capítulo VI se destinó a analizar el alcance, en términos comparativos, del acuerdo de inaplicación respecto del convenio de empresa estatutario a fin de valorar si esta vía de negociación colectiva resulta más o menos eficaz para la defensa de la competitividad empresarial.

8.1. A través del análisis efectuado se comprobó que ambas instituciones son equiparables en cuanto a los efectos pretendidos, principalmente, en lo que se refiere a la adaptabilidad y la descentralización de la regulación de condiciones de trabajo que conducen a la ruptura de la uniformización de las condiciones laborales fijadas a nivel sectorial.

8.2. No obstante, se tuvo ocasión de poner de manifiesto que el convenio de empresa se presenta como el medio idóneo por dos razones. En primer lugar, porque de no existir previamente causa habilitante, el acuerdo de inaplicación no será posible. De hecho, la principal diferencia entre ambas descansa en la exigencia legal de concurrencia de causa en el caso del descuelgue, ya que, aun habiendo flexibilizado esta

condición, no deja de ser una institución causal, susceptible de impugnación judicial. En segundo lugar, respecto a la duración del régimen laboral propio, la inaplicación se ve sometida a un límite exógeno indisponible por las partes, que se identifica con la entrada en vigor de un nuevo convenio. Por el contrario, la duración del convenio de empresa es la que libre y autónomamente pacten las partes.

A tenor de estas consideraciones, se reforzó la conclusión anterior de que una futura reforma legal de la negociación colectiva debería acercar la negociación colectiva a las pequeñas empresas, sin necesidad de tener dos instituciones legales diferenciadas, aunque cada vez menos, de defensa de la adaptabilidad del proyecto empresarial al entorno económico.

8.3. A partir de ahí surge la necesidad de que dicha reforma tome como puntos de referencia positivos dos elementos presentes ya en la regulación de la inaplicación. Por un lado, el que se refiere a los sujetos legitimados para negociar, al resolverse expresamente el problema de la infrarrepresentación de los trabajadores en las empresas de reducida dimensión, así como el derivado del principio de correspondencia. Por otro lado, el convenio de empresa estatutario debería tener el mismo potencial adaptativo que el acuerdo de inaplicación, pues este incluye materias, como se analizó, que actualmente no se encuentran en el listado del art. 84.2 ET.

Bibliografía citada

- AGÍS DASILVA, M. y BLASCO LAHOZ, J. F., “La eficacia personal de los convenios estatutarios”, en Francisco Pérez de los Cobos y José M.^a Goerlich (Coords.), *El régimen jurídico de la Negociación Colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 445-471.
- AGRA VIFORCOS, B., “Libertad de empresa”, en Antonio Baylos Grau, Candy Florencio Thomé, y Rodrigo García Schwarz (Coords.), *Diccionario Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 1309-1315.
- AGUT GARCÍA, C., *La cláusula de descuelgue salarial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- ALARCÓN CARACUEL, M. R., “La autonomía colectiva: concepto, legitimación para negociar y eficacia de los acuerdos”, en Manuel Ramón Alarcón Caracuel y Salvador del Rey Guanter (Coords.), *La reforma de la negociación colectiva*, Madrid: Marcial Pons, 1995, pp. 51-86.
- ALARCÓN CASTELLANOS, M.^a M. y ROLDÁN MARTÓNEZ, A., “El descuelgue y el concepto de convenio colectivo aplicable”, en AA.VV., *Aspectos controvertidos de la negociación colectiva*, Navarra: Lex Nova, 2015, pp. 257-295.
- ALBIOL MONTESINOS, I., *et al.*, *Derecho del trabajo*, Tomo I, Valencia: Tirant lo Blanch, 5^a ed., 2003.
- ALBIOL MONTESINOS, I. *et al.*, *Convenios Colectivos y Acuerdos de Empresa*, Valencia: CISS, 2007.
- ALES, E. y DUFRESNE, A., “Transnational collective bargaining: Another (problematic) fragment of the European multi-level industrial relations system”, *European Journal of Industrial Relations*, núm. 18(2), 2012, pp. 95-105.
- ALFONSO MELLADO, C. L., “Las actuaciones para incrementar la flexibilidad interna”, en Carlos. L. Alfonso Mellado *et al.*, *La reforma laboral en la Ley 35/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 95-156.
- ALFONSO MELLADO, C. L., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012”, *Revista Internacional de Organizaciones*, núm. 8, junio 2012, pp. 63-86.
- ALFONSO MELLADO, C. L., “La reforma de la negociación colectiva en la Ley 3/2012: especial referencia a la negociación en la empresa, la estructura de la negociación y la inaplicación de los convenios”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 3, 2013, pp. 1-21 (versión electrónica).

- ALONSO ARANA, M., “Nueva Ley de contratos del sector público: aspectos de interés en el ámbito laboral”, *Aranzadi Digital Estudios y comentarios*, núm. 1, 2017, pp. 1-21.
- ALONSO SOTO, R., “Competencia desleal y defensa de la competencia en España”, *ICE: Revista de economía*, núm. 750, 1996, pp. 9-16.
- ALVARADO CAYCHO, G. R., “Derecho de la competencia y negociación colectiva: análisis jurisprudencial comunitario y de los tribunales españoles”, pp. 1-19, en abierto https://forelab.com/wpcontent/uploads/premios/Negociacion_colectiva_vs_dchos_competencia_Gisella_Alvarado.pdf (consultado 26/06/2018)
- ÁLVAREZ ALONSO, D., “Inaplicación del convenio colectivo y prioridad aplicativa del convenio de empresa: dos vías concurrentes para descentralizar la regulación de condiciones de trabajo”, en AA.VV, *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1023-1044.
- ÁLVAREZ CONDE, E., “El sistema constitucional de derechos fundamentales”, *Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 15, 2004, pp. 115-146.
- ÁLVAREZ CUESTA, H., *Puntos críticos y alternativas a las elecciones sindicales y a la mayor representatividad*, Granada: Comares, 2006.
- ÁLVAREZ CUESTA, H., “Los sindicatos en Europa: vías de actuación”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, núm. 10, 2009, pp. 71-94.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “El centro de trabajo como unidad electoral: un concepto jurídico indeterminado en un contexto de cambio organizativo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 188, 2016, pp. 1-25.
- ÁLVAREZ DEL CUVILLO, A., “Relaciones entre autonomía individual y autonomía colectiva en la gestión del cambio empresarial”, en Jesús Cruz Villalón (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid: Ediciones Cinca, 2017, pp. 227-258.
- AMAADACHOU KADDUR, F., “La determinación de las partes que conciertan el convenio colectivo de naturaleza estatutaria”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 180, octubre 2015, pp. 267-301.

- APARICIO TOVAR, J., “La continuidad de una política de empleo flexibilizadora en la reforma laboral del 2010”, en Antonio Baylos Grau (Coord.), *Garantías de empleo y derechos laborales en la ley 35/2010 de reforma laboral*, Albacete: Bomarzo, 2011, pp. 15-45.
- ARAGÓN GÓMEZ, C. *et al.*, “La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa en la organización y gestión del tiempo de trabajo”, en Carlos L. Alfonso Mellado *et. al.* (Coords.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, SL: Lefebvre-El Derecho, 2016, pp. 313-406.
- ARAGÓN REYES, M., “Libertad de empresa”, en AA. VV, *Enciclopedia jurídica básica*, vol. 3, Madrid: Civitas, 1995, pp. 4029-4032.
- ARAGÓN REYES, M., “El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, pp. 23-56.
- ARAGÓN REYES, M. y LOSADA GONZÁLEZ H., “La libertad de empresa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 108, 2014, pp. 17-40.
- ARAGÓN, J., *et al.*, “Los Comités de Empresa Europeos en España”, *Cuadernos de Información Laboral*, Madrid, Fundación 1º de Mayo, 2001, pp. 1-86 (versión electrónica).
- ARIÑO ORTIZ, G., *Principios constitucionales de la libertad de empresa: libertad de comercio e intervencionismo administrativo*, Madrid: Marcial Pons, 1985.
- ARRIGO, G., “Rappresentatività, contratto collettivo e proceso di determinazione delle fonti nel diritto del lavoro comunitario”, *Rivista giuridica del lavoro*, núm. 3, 2000, pp. 841-852.
- ARROWSMITH, J. y MARGISON, P., “The European Cross-border Dimension to Collective Bargaining in Multinational Companies”, *European Journal of Industrial Relations*, núm. 12(3), 2006, pp. 245-266.
- AUGUSTO COSTA, H., *Conselhos de empresa europeus. Um estudo dos setores metalúrgico, químico e financeiro em Portugal*, Coimbra: Universidad de Coimbra, 2014.
- BANYULS, J., HAIPETER, T., y NEUMANN L., “European Works Council at General Motors Europe: bargaining efficiency in regime competition?”, *Industrial Relations Journal*, núm. 39(6), 2008, pp. 532-547.

- BAÑÓ LEÓN, J. M.^a, “La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 24, 1988, pp. 156-179.
- BARNARD, C., “Reflexive law, corporate social responsibility and the evolution of labour standards: the case of working time”, *ITEC Research Paper Series*, núm. 4/15, December 2004, pp. 1-15 (version electronica)
- BARREIRO GONZÁLEZ, G. y FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. (Dirs.), *Los convenios colectivos extraestatutarios. Contenido y régimen jurídico*, Madrid: MTAS, 2004.
- BASSOLS COMA, M., *Constitución y sistema económico*, Madrid: Tecnos, 1988
- BAUTISTA VIVERO SERRANO, J., “La obsolescencia y los inconvenientes del modelo de representación unitaria de los trabajadores por centros de trabajo. Por un nuevo modelo basado en la empresa, la negociación colectiva y no encorsetado a nivel provincial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, enero 2017, pp. 203-238.
- BAYLOS GRAU, A. P., “Unidades de negociación y concurrencia de convenios (en torno a los artículos 83 y 84)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pp. 1457-1476.
- BAYLOS GRAU, A., “La desconstitucionalización del trabajo en la reforma laboral del 2012”, *Revista de Derecho Social*, núm. 61, 2013, pp. 19-42.
- BAYON CHACÓN, G., “El concepto jurídico-laboral de empresa”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, vol. 3, núm. 6, 1959, pp. 249-292
- BAZ RODRIGUEZ, J., “Participación y negociación colectiva en los grupos de empresas españoles: Análisis del acuerdo marco de grupo como instrumentos de interacción operativa entre ambas funciones”, AA.VV, *X Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Zaragoza, 28 y 29 de mayo de 1999*, Madrid: MTI, 2000, pp. 727-760.
- BEJARANO HERNÁNDEZ, A., *Convenio colectivo versus Ley*, Madrid: La Ley, 2008.
- BELDA PÉREZ-PEDRERO, E., “Aproximación a la libertad de empresa del art. 38 de la Constitución”, *Cuadernos constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 24, 1998, pp. 119-128.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “¿Violación del principio de correspondencia de convenio colectivo de empresa multiservicio si comparte centro de la principal?”, entrada publicada en el Blog online *Una mirada crítica a las relaciones laborales* de 6 de noviembre de 2017

<http://ignasibeltran.com/2017/11/06/violacion-del-principio-de-correspondencia-de-convenio-colectivo-de-empresa-multiservicios-si-comparte-centro-de-trabajo-de-la-principal/> (consultado el 6 de noviembre de 2017).

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público y subrogación de empresa”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (<http://ignasibeltran.com/>), entrada de 13 de noviembre de 2017.

<http://ignasibeltran.com/2017/11/13/ley-92017-de-contratos-del-sector-publico-y-subrogacion-de-empresa/> (consultado 19/02/2018).

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Pliego de condiciones y subrogación de plantilla: problemas actuales”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 198, 2017, pp. 107-105.

BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I., “Sucesión de plantilla ex convenio colectivo: el TS se alinea con la doctrina Somoza Hermo con matices”, en *Una mirada crítica a las relaciones laborales* (<http://ignasibeltran.com/>), entrada de 26 de octubre de 2018.

<https://ignasibeltran.com/2018/10/26/sucesion-de-plantilla-ex-convenio-colectivo-el-ts-se-alinea-con-la-doctrina-somoza-hermo-con-matices/> (consultado 05/11/2018).

BENAVENTE TORRES, I., “Cambio de unidad de negociación”, *Revista española de Derecho del Trabajo*, núm. 142, 2009, pp. 1-25 (versión electrónica).

BENAVENTE TORRES, I., “La tutela de las unidades inferiores”, en Sebastián de Soto Rioja (coord.), *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva*, SL: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009, pp. 273-288.

BENAVENTE TORRES, M.^a I., “Poder de dirección, autonomía individual y negociación colectiva. A propósito de una revisión salarial unilateral”, *Temas Laborales*, núm. 108, 2011, pp. 221-238.

BENAVENTE TORRES, I., “Aportaciones al debate sobre ultraactividad”, *Revista española del Derecho del Trabajo*, núm. 171, 2014, pp. 1-21 (versión electrónica).

BENAVENTE TORRES, M.^a I., “Las comisiones ad hoc en los periodos de consulta/negociación”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 124, 2014, pp. 121-156.

BERNAL PULIDO, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.

- BIAGI, M., “El derecho del trabajo en pequeñas y medianas empresas. ¿Flexibilidad o ajuste? Reseñas relativas a las relaciones colectivas”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 63, 1994, pp. 45-70.
- BLASCO PELLICER, Á., *La individualización de las relaciones laborales*, Madrid: CES, 1995.
- BLASCO PELLICER, Á., “La extinción del contrato de trabajo en el sistema constitucional de relaciones laborales”, en Antonio Sempere Navarro (Dir.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: MTAS, 2003, pp. 433-462.
- BLASCO PELLICER, Á., “Un nuevo marco legal para la negociación colectiva”, *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 13, 2013, pp. 167-192.
- BLASCO PELLICER, Á., “Inaplicación de convenios colectivos: la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos”, en Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús R. Mercader Uguina (Dir.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Valladolid: Lex Nova, 2015, pp. 143-166.
- BLASCO PELLICER, Á., “Análisis de la negociación colectiva. Estructura de la negociación”, en Congreso de la Asociación Nacional de Laboralistas, noviembre de 2016, (vídeo, minuto 13:10) <http://www.elaboralista.com/articulo/analisis-de-la-negociacion-colectiva-estructura-de-la-negociacion-colectiva/> (consultado 11/07/2018).
- BLASCO PELLICER, Á., “Medidas de flexibilidad interna frente a los despidos colectivos tras la reforma: balance de situación”, en Iñigo Gutiérrez Velasco (Dir.), *Balance crítico de la reforma laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 97-134.
- BODAS MARTÍN, R., “Cuestiones jurisprudenciales sobre la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 139, 2017, pp. 55-158.
- BORRAJO DACRUZ, E., “Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: balance y perspectivas”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1993, pp. 51-56.
- BORRAJO DACRUZ, E., “¿Reforma laboral o un nuevo derecho del trabajo?”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1994, pp. 543-549.
- BORRAJO DACRUZ, E., “Negociación colectiva y libertad de empresa”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4, 2004, pp. 325-364.

- BORRAJO DACRUZ, E., “Negociación colectiva y libertad de empresa”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, pp. 325-364.
- BROSA BALLESTEROS, P., “El estatuto de la empresa”, en AA.VV., *La empresa en la Constitución española*, Navarra: Aranzadi, 1989, pp. 65-102.
- BULFONE, F. y AFONSO, A., “Business Against Markets: Employer Resistance to Collective Bargaining Liberalisation During the Eurozone Crisis”, en *Labour & welfare Seminar 3 October 2017*, https://www.researchgate.net/publication/317958080_Business_Against_Markets_Employer_Resistance_to_Collective_Bargaining_Liberalisation_During_the_Eurozone_Crisis (consultado 13/11/2017).
- CABEZA PEREIRO, J., “La impugnación por lesividad de los Convenios Colectivos”, *REDT*, núm. 69, 1995, pp. 15-52.
- CABEZA PEREIRO, J., “Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones laborales”, *Trabajo y Derecho*, núm. 3, 2015, pp. 37-51.
- CABEZA PEREIRO, J., “Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos”, en Jesús Cruz Villalón (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid: Ediciones Cinca, 2017, pp. 141-168.
- CAIRÓS BARRETO, D. M.^a, “La representatividad y la mayor representatividad de las asociaciones empresariales”, en Manuel Álvarez de la Rosa *et al.* (Coords.), *Estudios sobre negociación y convenios colectivos. Homenaje al profesor Alberto Guanche Marrero*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, pp. 21-56.
- CAIRÓS BARRETO, D. M.^a, “La representatividad y la mayor representatividad de las Asociaciones Empresariales”, *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, núm. 118, 2003, pp. 583-622.
- CAIRÓS BARRETO, D. M., “Las nuevas reglas de determinación de la estructura de la negociación colectiva: un modelo más dirigido”, en AA.VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1045-1067.
- CAIRÓS BARRETO, D. M.^a, “La flexibilización de la negociación colectiva”, en Margarita Ramos y Gloria Rojas (Coords.), *Transformaciones del Estado Social y Derecho del Trabajo, Libro Homenaje al Profesor Manuel Álvarez de la Rosa*, Granada: Comares, 2014, pp. 307-342.

- CAMPOS ALONSO, M. A., “Otras vías de impugnación de convenios colectivos”, en AA.VV., *Jornadas sobre cuestiones actuales de enjuiciamiento laboral*, Madrid, 21, 21 y 22 de octubre de 1983, Madrid: MTSS, 1985, pp. 459-494.
- CAMPS RUIZ, L. M., *Régimen laboral de la transmisión de empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.
- CANALDA CRIADO, S., “Las funciones de los acuerdos interconfederales frente a la situación actual de la negociación colectiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 44, 2016, pp. 350-381.
- CARDENAL CARRO, M., “El acuerdo interconfederal para la negociación colectiva 2002”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2001, pp. 293-312.
- CARLEY, M., *Developments in Social Partner Organisations: Employer Organisations*, Dublin: Eurofound, 2010.
- CARMONA CONTRERAS, A. M., *La conflictiva relación entre libertad sindical y negociación colectiva: aproximación crítica a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Tecnos, 2000.
- CARRIZOSA PRIETO, E., “El impacto de las normas de concurrencia tras las reformas legales”, *Temas Laborales*, núm. 140, 2017, pp. 75-120.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E., “La individualización de las relaciones laborales”, *Relaciones Laborales*, núm. 20-21, 1991, pp. 126-145
- CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Doble principio de subsidiariedad y competencias comunitarias en el ámbito local”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1993, pp. 49-58.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Las asociaciones empresariales, su exclusión del derecho de libertad sindical y su representatividad. Los diferentes sistemas de medición de la representatividad empresarial y sindical”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 58, 1993, pp. 229-244.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Descuelgue salarial, acuerdos de empresa y conflictos de intereses”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1995, pp. 23-38.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de Relaciones Laborales”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 32, 2014, pp. 275-309 (versión electrónica).
- CASAS BAAMONDE, M.^a E., “La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa”, en Carlos L. Alfonso Mellado *et al.* (Coords.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Madrid: Lefebvre-El Derecho, 2016, pp. 13-76.

- CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Los equívocos de la representatividad para negociar convenios colectivos sectoriales estatales ante la descentralización de la negociación colectiva”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 5, mayo 2018, pp. 469-484.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E y BAYLOS GRAU, A., “Organización del trabajo y autonomía individual: la desregulación del convenio colectivo”, *Relaciones Laborales*, 1988, tomo II.
- CASTELLS OLIVÁN, M., *La era de la información: Economía, sociedad y cultura: la sociedad en red*, vol. I, 3 ed., Madrid: Alianza, 2005.
- CASTRO ARGÜELLES, M.^a A., *Inaplicación o “descuelgue” del convenio colectivo*, Navarra: Aranzadi, 2013.
- CATANI, E., “Una aproximación conceptual a la dimensión colectiva del Derecho del Trabajo”, *Derechos en Acción*, vol. 7, núm. 7, 2018, pp. 162-176.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. *et al.*, “Convenios y negociación colectiva tras el RD Ley 7/2011, de 10 de junio”, *Aranzadi Social. Revista Doctrinal*, vol. 4, núm. 5, 2011, pp. 11-54.
- CAVAS MARTÍNEZ, F., “Negociación colectiva y contratación pública: ¿el principio del fin del primado del convenio colectivo de empresa?, comunicación presentada al XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial, Madrid: Ediciones Cinca, 2018, (formado CD).
- CHACARTEGUI JÁVEGA, C., “Estructura y articulación de la negociación colectiva: una lectura a la luz del principio de norma más favorable”, en Consuelo Chacartegui Jávega (Coord.), *Negociación colectiva y gobernanza de las relaciones laborales: una lectura de la jurisprudencia tras la reforma laboral*, Albacete: Bomarzo, 2016, pp. 61-86.
- CIALTI, P.H., “La negociación colectiva ante situaciones de crisis en las pequeñas empresas: las respuestas españolas y francesas”, en Jesús Cruz Villalón (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid: Ediciones Cinca, 2017, pp. 259-288.
- CIDONCHA MARTÍN, A., *La libertad de empresa*, Madrid: Civitas, 2006.
- CIDONCHA MARTÍN, A., “El impacto de la Directiva *Bolkestein* sobre la Libertad de empresa”, en Vicente Blanco Dámaso-Javier y Ricardo Rivero Ortega (Dir.), *Impacto de la transposición de la Directiva de Servicio en Castilla y León Colección de Estudios*, España: CES, 2010, pp. 241-277.
- COMISIÓN DE EMPLEO Y ASUNTOS SOCIALES, *Proyecto de informe sobre las negociaciones colectivas transfronterizas y el diálogo social transnacional (2012/2292)*, 2013, pp. 1-10.

http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/empl/pr/931/931342/931342es.pdf (consultado 11/07/2018).

- CORREA CARRASCO, M., *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, Madrid: Universidad Carlos III, 1997.
- CORREA CARRASCO, M., “La ordenación de la estructura de la negociación colectiva tras las recientes reformas laborales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 59, 2012, pp. 33-52.
- CRUZ VILLALÓN, J., *La representación de los trabajadores en la empresa y en el grupo: un marco legal insuficiente*, Madrid: Trotta, 1992.
- CRUZ VILLALÓN, J., “La negociación colectiva en los grupos de empresas”, en Luís Collado García y Antonio Pedro Baylos Grau (Coords.), *Grupos de empresas y Derecho del Trabajo*, Madrid: Trotta, 1994, pp. 273-296.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: aspectos individuales”, en Miguel Rodríguez-Piñero Royo (Coord.), *El Empleador en el Derecho del Trabajo*, Madrid: Tecnos, 1999, pp. 29-57.
- CRUZ VILLALÓN, J., *Las relaciones laborales en la pequeña empresa: una aproximación a sus especialidades normativas*, Cádiz: Universidad de Cádiz, 2003
- CRUZ VILLALÓN, J., “La representatividad sindical y empresarial en las relaciones laborales y en el sistema político español”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2004, pp. 1-42 (versión electrónica).
- CRUZ VILLALÓN, J., *Las relaciones laborales en la pequeña empresa*, Sevilla: CARL, 2006
- CRUZ VILLALÓN, J. “Peculiaridades de la negociación colectiva en el ámbito de las empresas de trabajo temporal”, en María Luisa Molero Marañón y Fernando Valdés Dal-Ré (Dirs.), *Comentarios a la Ley de Empresas de Trabajo Temporal*, Madrid: Wolters Kluwer, 2009, pp. 431-478.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Texto y contexto de la reforma de la negociación colectiva 2011”, en Ignacio García-Perrote y Jesús Rafael Mercader Uguina (Coords.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid: Lex Nova, 2011, pp. 19-46.
- CRUZ VILLALÓN, J., “La flexibilidad interna en la reforma laboral de 2010”, en Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Coord.), *La reforma del mercado de trabajo y la Ley 35/2010*, Madrid: La Ley, 2011, pp. 125-166.

- CRUZ VILLALÓN, J., “El descuelgue de condiciones pactadas en convenio colectivo tras la reforma de 2012”, *Revista de derecho social*, núm. 57, 2012, pp. 231-248.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Impacto de las reformas laborales sobre negociación colectiva”, *Temas Laborales*, núm. 120, 2013, pp. 13-32.
- CRUZ VILLALÓN, J. (Dir.), *La incidencia de la reforma laboral de 2012 sobre la estructura de la negociación colectiva*, Madrid: MESS, 2015.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Estructura y concurrencia de niveles dentro de un nuevo marco normativo”, en AA.VV, *Estructura de la negociación colectiva, XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, núm. 106, Madrid: MESS, 2015, pp. 21-66.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Nuevas funciones de la negociación colectiva y alteración de su marco normativo”, *Revista de Economía Laboral*, núm. 13(2), 2016, pp. 6-33.
- CRUZ VILLALÓN, J., *et al.*, “La prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, en Carlos L. Alfonso Mellado *et al.* (Coords.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, SL: Lefebvre-El Derecho, 2016, pp. 97-237.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de los convenios colectivos”, en Jesús Cruz Villalón (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid: Ediciones Cinca, 2017, pp. 9-52.
- CRUZ VILLALÓN, J., “Una propuesta de revisión de las reglas sobre representación de los trabajadores en la empresa”, en Jesús Cruz Villalón, Remedios Menéndez Calvo y Magdalena Nogueira Guastavino (Coords.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*, Albacete: Bomarzo, 2017, pp. 147-175.
- CRUZ VILLALÓN, J., “La representatividad empresarial: diagnóstico y propuestas de reforma”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 2, 2019, pp. 147-166.
- CRUZ VILLALÓN, J. y MARTÍNEZ MORENO, C., “Políticas laborales: el modelo de relaciones laborales en España”, en María Belén Cardona Rubert, Jaime Cabeza Pereiro y Carlos Luis Alfonso Mellado (Coords.), *Políticas sociolaborales*, Madrid: Thomson Reuters, 2014, pp. 105-148.
- DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., “Poderes normativos y fuentes de regulación de la relación de trabajo: una relectura del diseño clásico”, *Revista de derecho social*, núm. 78, 2017, pp. 73-96.
- DE CASTRO MARÍN, E., *La prioridad aplicativa del convenio de empresa del art. 84.2 ET: puntos críticos en la jurisprudencia del Supremo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

- DE JUAN ASENJO, J., *La Constitución económica española*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.^a L., “La representación de los trabajadores en la Micro y Pequeña Empresa”, en Jesús Cruz Villalón, Remedios Menéndez Calvo y Magdalena Nogueira Guastavino (Coords.), *Representación y representatividad colectiva en las relaciones laborales*, Albacete: Bomarzo, 2017, pp. 377-393.
- DE LA VILA GIL, L. E., “El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales”, en Manuel Carlos Palomeque López e Ignacio García-Perrote Escartín (Coords.), *Derecho del Trabajo y Seguridad Social: cincuenta estudios del profesor Luis Enrique de la Vila Gil: homenaje a sus 50 años de dedicación universitaria*, Madrid: CEF, 2006, pp. 281-340.
- DE LA VILA GIL, L. E., “Comisiones laborales y comisiones sindicales. Una sorpresa escondida en la reforma de 2010”, *RGDTSS*, núm. 23, 2011, pp. 1-27 (versión electrónica).
- DE LA VILLA GIL, L. E. y DESDENTADO BONETE, A., “El peligro de injerencia de la autoridad administrativa en el control de legalidad del Convenio Colectivo”, *REDT*, núm. 9, 1982, pp. 661-672.
- DE SPIEGELAERE, S. y JAGODZINSKI, R., *European Works Councils and SE Works Councils in 2015*, Bruselas: ETUI, 2015, pp. 1-48.
<http://ssrn.com/abstract=2671679>
(consultado 11/07/2018).
- DE VAL TERNA, Á. L., “El convenio colectivo de empresa: legitimación para negociar y principio de correspondencia entre la unidad de negociación y la representatividad de los sujetos negociadores”, *Revista de Derecho Social*, núm. 79, 2017, pp. 205-231.
- DEL REY GUANTER, S., “La dimensión de la empresa y la reforma de la legislación laboral”, en Juan García Blasco (coord.), *La Dimensión de la Empresa y la Reforma de la Legislación Laboral, V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Madrid: MTAS, 1994, pp. 23-134.
- DEL REY GUANTER, S., *La dimensión de la empresa en la reforma de la legislación laboral de 1994*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- DEL REY GUANTER, S., “Las medidas sobre flexibilidad interna en la Ley 35/2010. Una aproximación inicial”, *Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 201, 2010, pp. 163-191.

- DEL REY GUANTER, S., “Aspectos fundamentales en la reforma de la negociación colectiva del Real Decreto-Ley 7/2011”, *Diario La Ley*, núm. 7756, 2011, pp. 1-24.
http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAE1PQWrD MBB8TXUxFDsh8WkvriFUKjel_LG1tElprVyo1_n0196cKwAzMMM7dMvHZ0F8D0Q1Zi Ki45DDhTEPSUCgqFx4LpEnlGk9YQwzpDx5mMYJ-gfKltpdgZtJLRt9FC9eRuoQ57KE3kgbhZIUUnUzC9KUB0Oe5Om-PuJixtRXAwN8pbqhgHartSr6t1xX5uFOkKbvt2opchMbpwFLL5EyHb6YQjwXtw1sVXXXI 3Ply1yvlP_G9ssoiG9RI2zVivv0WhN92ry7caDxJzh5YYAQA AWKE
 (consultado 28/09/2018).
- DEL REY GUANTER, S., “Estructura de la negociación colectiva y prioridad del nivel de empresa tras la reforma laboral de 2012”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 109, 2014, pp. 201-214.
- DEL REY GUANTER, S., “La negociación colectiva nivel de empresa y, en particular, la prioridad aplicativa del convenio de empresa”, *XXVII Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva de 10 de diciembre de 2014*, Madrid: CCNCC.
http://www.empleo.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/G_Noticias/Jornadas/CCNCC_XXVII_Jornadas_NC_2014_Ponencia_Salvador_de_Rey.pdf
 (consultado 28/09/2018).
- DEL REY GUANTER, S., “La negociación colectiva a nivel de empresa y, en particular, la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa”, en AA.VV., *Estructura de la Negociación Colectiva*, Madrid: MESS, 2015, pp. 67-84.
- DEL REY GUANTER, S., *Estructura de la negociación colectiva, prioridad del nivel de empresa e inaplicación del convenio colectivo tras la reforma del 2012*, Madrid: Colección Informes y Estudios, núm. 108 del MESS, 2016.
- DEL REY GUANTER, S., MARTÍNEZ FONS, D. y SERRANO OLIVARES, R., “El régimen jurídico de la transmisión de empresa 25 años después de la promulgación de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 58, 2005, pp. 221-286.
- DEL VALLE VILLAR, J. M., “Los límites a los poderes del empresario en el Estado de Derecho”, en Efrén Borrajo Dacruz, Efrén (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo*, Madrid: Actualidad Editorial, 1993, pp. 183-2014.
- DESDENTADO BONETE, A., “La sucesión de empresa: una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 38, 2002, pp. 241-266.

- DÍAZ, D., PRIETO, J. y DE LA PUEBLA, A., “Los instrumentos de gestión laboral transnacional: una visión desde la perspectiva de las relaciones colectivas”, en AA.VV, *El derecho español de Siglo XXI en una economía globalizada*, Madrid: La Ley, 2015, pp. 635-665.
- DIÉGUEZ CUERVO, G., “Poder empresarial: Fundamento, contenido y límites”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 27, 1986, pp. 325-332.
- DIÉGUEZ CUERVO, G., “Nueva función del trabajo en el orden de la empresa”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 62, 1993, pp. 841-854.
- DÍEZ PICAZO, L. M.^a, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Madrid: Thomson Civitas, 2da Edición, 2005.
- DÍEZ SASTRE, S., “Las cláusulas sociales en la contratación pública”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, núm. 21, 2017, pp. 195-219.
- DIMITRIU, R., “The relationship between legislation and the collective agreement in labour law. Some European options”, *Juridical Tribune*, vol. 8, issue 3, December 2018, pp. 645-656.
- DURÁN LÓPEZ, F., “El Estatuto de los Trabajadores y la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1990, pp. 121-151.
- DURÁN LÓPEZ, F., “El despido objetivo: causas, forma y efectos (en torno a los artículos 52 y 53)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pp. 1089-1112.
- DURÁN LÓPEZ, F., “Contenidos laborales del derecho constitucional a la libertad de empresa”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, pp. 57-68.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *Autonomía individual y colectiva en el sistema de fuentes del Derecho del Trabajo*, Madrid: CES, 2000.
- ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., “La negociación colectiva en España tras las reformas de 2010, 2011 y 2012”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 1, enero-marzo de 2013, pp. 1-32 (versión electrónica).
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *Los sujetos de los convenios colectivos de empresa. Representantes unitarios y representaciones sindicales*, Madrid: MTSS, 1985.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., *La representatividad de los sindicatos en el modelo laboral español*, Madrid: Tecnos, 1990.

- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R. “Claves generales de las reformas de la negociación colectiva efectuadas por la Ley 35/2010 y por el Real Decreto-Ley 7/2011”, en Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús R. Mercader Uguina (Dirs.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid: Lex Nova, 2011, pp. 47-68.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero. La convergencia de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”, en Ricardo Escudero Rodríguez (coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid: Ediciones Cinca, 2012, pp. 11-56.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., “Convenios de empresa o ámbito inferior; grupos; empresas vinculadas”, en José María Goerlich Peset, (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 1553-1569.
- ESCUADERO RODRÍGUEZ, R., ESTÉVEZ GÓNZALEZ, C., y MENÉNDEZ CALVO, R., “El tratamiento convencional del trabajo en régimen de contratas y subcontratas” en Manuel Álvarez de la Rosa *et al.* (Coords.), *Estudios sobre negociación y convenios colectivos. Homenaje al profesor Alberto Guanche Marrero*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, pp. 225-254.
- ESTEVE SEGARRA, A., *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2003.
- ESTEVE SEGARRA, A., “El control jurisdiccional de la legitimación negocial de las asociaciones empresariales”, *Aranzadi Social*, núm. 5, 2006, pp. 59-64.
- ESTEVE SEGARRA, A., “El creciente protagonismo de las asociaciones empresariales”, en Ángel Blasco Pellicer (Coord.), *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 501-516.
- ESTEVE SEGARRA, A., “Vías para atajar la precariedad en las empresas multiservicios: una contribución al debate”, *Revista de Derecho Social*, núm. 77, 2017, pp. 215-237.
- ESTEVE SEGARRA, A., “Empresas multiservicios: cesión ilegal de trabajadores y subcontratación”, en José Luis Monereo Pérez y Salvador Perán Quesada (Dirs.), *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial: aspectos laborales y de Seguridad Social*, Granada: Comares, 2018, pp. 265-291.
- EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Freedom to conduct a business: exploring the dimensions of a fundamental right*, Luxemburgo: FRA, 2015.

<http://fra.europa.eu/en/publication/2015/freedom-conduct-business-exploring-dimensions-fundamental-right> (consultado 26/06/2018).

- FALGUEROSO FERNÁNDEZ, F., “Reforma de la Negociación Colectiva: ¿por qué y cómo?”, en José Ignacio Pérez Infante, Santos M. Ruesga Benito y Fernando Valdés Dal-Ré (Dirs.), *Relaciones laborales en la crisis: España 2011*, Madrid: Fundación Ortega-Marañón, 2012, pp. 75-86.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A., “Las cláusulas de descuelgue salarial como mecanismo de flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2011, pp. 1-43 (versión electrónica).
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R., “Consideraciones en torno a la lesividad para la empresa adquirente del convenio colectivo alcanzado en la cedente en un supuesto de sucesión de concesiones administrativas”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 5916, 2005, pp. 2549-2555.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., “El control jurisdiccional de la negociación colectiva”, en Federico Durán López (Coord), *La intervención administrativa y jurisdiccional en las relaciones colectivas de trabajo. VI jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1989, pp. 219-284.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., *Empresario, contrato de trabajo y cooperación entre empresas*, Madrid: Trotta, 2004.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., “Negociación colectiva y contrato de trabajo: apuntes sobre sus conexiones”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 76, 2004, pp. 165-208.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., “El derecho del Trabajo en la jurisprudencia constitucional”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 3, 2015, pp. 248-263.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.^a F., “Las responsabilidades empresariales en el ámbito del trabajo en contratas”, en AA.VV., *XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid: Ediciones Cinca, 2018, pp. 100-120.
- FERNÁNDEZ VILLAZÓN, L. A., “La prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa: límites e incidencia sobre los fenómenos de descentralización productiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 51, 2018, pp. 166-197.
- FERRADANS CARAMÉS, C., “La inaplicación de condiciones de trabajo en la negociación colectiva”, en AA.VV., *Aspectos controvertidos de la negociación colectiva*, Navarra: Lex Nova, 2015, pp. 227-256.

- FITA ORTEGA, F., “La diversificación de la normativa laboral en función de la dimensión de la empresa: algunas consideraciones en torno al criterio del número de trabajadores”, en Juan García Blasco (coord.), *La Dimensión de la Empresa y la Reforma de la Legislación Laboral, V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Madrid: MTAS, 1994, pp. 135-158.
- FITA ORTEGA, F., “La incidencia de la descentralización productiva sobre las estructuras de representación en la empresa”, *Documentación Laboral*, núm. 107, 2016, pp. 29-46.
- FLANDERS, A., “Collective bargaining: a theoretical analysis”, *British Journal of Industrial Relations*, marzo 1968, pp. 1-26 (versión electrónica).
- FONT GALÁN, J. I., *Constitución económica y Derecho de la Competencia*, Madrid: Tecnos, 1987.
- FUNDACIÓN BBVA-IVIE, “Crecimiento económico y tejido empresarial en España”, *Esenciales*, núm. 4, 2016, pp. 1-2.
https://www.fbbva.es/wp-content/uploads/2017/07/FBBVA_Esenciales_04_tcm269-567812.pdf
(consultado 11/07/2018).
- GALIANA MORENO, J., “La eficacia de los convenios colectivos en el Derecho español del Trabajo”, en AA.VV., *La eficacia de los convenios colectivos. XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Madrid: MTAS, 2003, pp. 33-71.
- GALIANA MORENO, J. M.^a, “Autonomía colectiva y autonomía individual en la regulación de las condiciones de trabajo”, *Revista del MTAS*, núm. 68, 2007, pp. 13-24.
- GARCÍA FEMENÍA, A. M.^a, *El asociacionismo empresarial en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2002.
- GARCÍA FERNÁNDEZ, M., “La función de la negociación colectiva. Algunas precisiones”, *Revista de Trabajo*, núm. 75, 1984, pp. 77-85.
- GARCÍA MURCIA, J., *Organizaciones sindicales y empresariales más representativas*, Madrid: MTSS, 1987.
- GARCÍA MURCIA, J., “Libertad sindical y libertad de empresa”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, pp. 287-346.
- GARCÍA MURCIA, J. (Dir.), *Derechos del Trabajador y Libertad de Empresa*, Navarra: Aranzadi, 2013.

- GARCÍA MURCIA, J., “La libertad de empresa en la jurisprudencia constitucional”, en Antonio Pedro Baylos Grau *et al.* (Coords.), *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el periodo 1999-2010: libro homenaje a María Emilia Casas*, Madrid: La Ley, 2015, pp. 447-469.
- GARCÍA MURCIA, J., “El hecho sindical. La mayor representatividad. Asociacionismo profesional y empresarial. Balance y propuestas de reforma”, *RTSS.CEF*, núm. 429, 2018, pp. 57-75.
- GARCÍA NINET, J. I., “La dimensión de la empresa en la normativa laboral”, en Juan García Blasco (coord.), *La Dimensión de la Empresa y la Reforma de la Legislación Laboral, V Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Madrid: MTAS, 1994, pp. 383-463.
- GARCÍA OJEDA, M., *Accountability, cumplimiento y política públicas*, Tesis doctoral en la Universidad Autónoma de Barcelona, octubre de 2014.
<https://www.tesisenred.net/bitstream/handle/10803/285741/mgo1de1.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
(consultado 10/07/18).
- GARCÍA RODRÍGUEZ, B., “Una aproximación a la doctrina constitucional sobre negociación colectiva tras la reforma laboral de 2012”, en Iñigo Gutiérrez Velasco (Dir.), *Balance crítico de la reforma laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 63-74.
- GARCÍA RUBIO, M.^a A. y GOERLICH PESET, J. M.^a, “Fundamento y naturaleza de los convenios extraestatutarios”, en Francisco Pérez de los Cobos y José M.^a Goerlich (Coords.), *El régimen jurídico de la Negociación Colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 583-620.
- GARCÍA SALAS, A. I., “La prohibición de concurrencia durante la ultraactividad de un convenio colectivo”, *Revista de Información Laboral*, núm. 7, 2016, pp. 1-9 (versión electrónica).
- GARCÍA VIÑA, J., “El convenio colectivo de empresa tras la reforma: balance de situación”, en Iñigo Gutiérrez Velasco (Dir.), *Balance crítico de la reforma laboral*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 33-62.
- GARCÍA VITORIA, I., *La libertad de empresa ¿un terrible derecho?*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Ley y autonomía colectiva: un estudio sobre las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo*, Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1987.

- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., “Autonomía individual en masa y antisindicalidad”, *Relaciones Laborales*, Tomo 2, 1989.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., *Manual de Derecho del Trabajo*, 4ta Edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014.
- GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I. y MERCADER UGUINA, J. R., “Límites a la aplicación prioritaria del convenio de empresa en la doctrina de la Audiencia Nacional”, en AA.VV., *Aspectos controvertidos de la Negociación Colectiva*, Valladolid: Lex Nova, 2015, pp. 393-398.
- GARCÍA PIÑEIRO, N. P., *Las asociaciones empresariales en el Derecho Español*, Madrid: CES, 2005.
- GARMENDIA ARIGÓN, M., “Negociación colectiva: concepto, funciones y contenidos”, *Derecho Laboral*, Tomo LIV, núm. 243, 2011, pp. 433-453.
- GARRIDO PÉREZ, E., “La reforma de la directiva sobre CEU a la luz de la jurisprudencia del TJCE en relación a la información y consulta en estructuras complejas”, *Revista de Derecho Social*, núm. 49, 2010, pp. 125-146.
- GIMENO FELIÚ, J. M.^a, “Las claves de la nueva LCSP: hacia una contratación pública transparente y estratégica”, *Aranzadi Digital Estudios y comentarios*, núm. 1, 2017, pp. 1-9 (versión electrónica).
- GOERLICH PESET, J. M.^a, “Concepto y eficacia del convenio colectivo”, *Revista española de derecho del trabajo, vol. 1, edición especial del núm. 100: El Estatuto de los Trabajadores. Veinte años después*, 2000, pp. 1433-1456.
- GOERLICH PESET, J. M.^a, “Libertad de empresa y extinción del contrato de trabajo”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, pp. 221-286.
- GOERLICH PESET, J. M.^a, “La reforma de la negociación colectiva: procedimiento negociador y eficacia de los convenios”, en AA.VV., *La reforma del sistema de negociación colectiva y el análisis de las cláusulas de revisión salarial*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2008, pp. 57-98.
- GOERLICH PESET, J. M.^a, “La dimensión de la empresa: pequeñas y medianas empresas ante el Derecho del Trabajo”, en Ángel Blasco Pellicer (coord.), *El empresario laboral, estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 57-72.
- GOERLICH PESET, J. M.^a, “Contenido y vigencia de los convenios colectivos: transformaciones del contenido mínimo, robustecimiento de las comisiones paritarias y nuevo régimen de la

- ultraactividad”, en Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús Rafael Mercader Uguina (Dir.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid: Lex Nova, 2011, pp. 103-128.
- GOERLICH PESET, J. M.^a (Dir.), *Libertades económicas, mercado de trabajo y derecho de la competencia. Un estudio de las relaciones entre el ordenamiento laboral y la disciplina del mercado*, Madrid: Consejo Económico y Social, 2011.
- GOERLICH PESET, J. M.^a, *Régimen de la negociación colectiva e inaplicación del convenio colectivo en la reforma de 2012*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- GOERLICH PESET, J. M.^a, “Las unidades de negociación: selección y relación entre ellas”, *Actualidad Laboral*, núm. 11, 2013, pp. 1-16 (versión electrónica).
- GOERLICH PESET, J. M.^a, “Dos nuevos conflictos entre negociación colectiva y derecho de la competencia: resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de 27 de marzo de 2012 y sentencia de la Audiencia Nacional (Social) de 13 de julio de 2012”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, abril 2013, pp. 179-201.
- GOERLICH PESET, J. M.^a, “La negociación colectiva en la Constitución: una mirada crítica”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 2018, 2014, pp. 253-274.
- GOERLICH PESET, J. M.^a, “Competencia desleal, empresas de trabajo temporal y empresas de servicios. A propósito de las SSAN 104 y 105/2014, de 30 de mayo”, *Información Laboral*, núm. 6/2014, pp. 1-9 (versión electrónica).
- GOERLICH PESET, J. M.^a, “Negociación colectiva y derecho de la competencia: un complejo panorama”, en Ignacio García-Perrote Escartín y Jesús R. Mercader Uguina (Dir.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Lex Nova, 2015, pp. 115-142.
- GOERLICH PESET, J. M.^a, “Convenio colectivo de empresa negociado por la representación unitaria: ¿tiene límites la aplicación del principio de correspondencia?”, *Revista Trabajo y Derecho*, número 35, noviembre 2017, pp. 103-110.
- GOERLICH PESET, J. M.^a, “Estructuración de la negociación en materia salarial y coordinación entre unidades”, en José María Goerlich Peset (Dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)*, Madrid: MESS, 2018, pp. 69-112.
- GOERLICH PESET, J. M.^a (Dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España (2007/2015)*, Madrid: MESS, 2018.

- GOERLICH PESET, J. M.^a, y NORES TORRES, L. E., “Descentralización productiva en el sector público y condiciones de trabajo: pliegos administrativos y cláusulas sociales”, en Ángel Blasco Pellicer y Mercedes López Balaguer (Dirs.), *Las relaciones laborales en el sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 559-602.
- GOLDIN, A., “Algunos rasgos definitorios de un derecho del trabajo en proceso de cambio”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2014, pp. 1-20 (versión electrónica).
- GÓMEZ ABELLEIRA, F. J., “Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2014: la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, *Trabajo y Derecho*, 2015, núm. 3, pp. 124-128.
- GÓMEZ GORDILLO, R., “La preferencia del convenio colectivo de empresa. Análisis de los límites materiales de aplicación de uno de los pilares de la reforma de 2012”, en Jesús Cruz Villalón (Dir.), *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid: Ediciones Cinca, 2017, pp. 53-76.
- GÓMEZ MUÑOZ, J. M., *Derecho del Trabajo, Libre Competencia y Ayudas de Estado*, Sevilla: Mergablum, 2007.
- GÓMEZ MUÑOZ, J. M. “Libertad de empresa, concurrencia mercantil y normas sociales del Mercado Interior Europeo”, *Temas Laborales*, núm. 130, 2015, pp. 47-82.
- GÓMEZ MUÑOZ, J. M., “Principios del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *XXVII Jornadas catalanas de Derecho del Trabajo. In memoriam profesor M. R. Alarcón*, 17 y 18 de marzo de 2016, pp. 1-42.
<http://studylib.es/doc/8265882/jos%C3%A9-manuel-g%C3%B3mez-mu%C3%B1oz>
(consultado 26/06/2018)
- GÓMEZ RUFÍAN, L., “Limitaciones a la inaplicación de convenios en la negociación colectiva tras la reforma laboral de 2012 (I): cuestiones sustantivas”, *Revista de Información Laboral*, núm. 6/2015, 2015, pp. 237-255.
- GÓMEZ RUFÍAN, L., “Tendencias estructurales en el sistema de negociación colectiva tras la reforma de 2012”, *TRSS. CEF*, núm. 394, enero 2016, pp. 19-62.
- GÓMEZ RUFÍAN, L., “La experiencia de la inaplicación salarial: aspectos cuantitativos”, en José María Goerlich Peset (Dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación en España*, Madrid: MESS, 2018, pp. 559-608.

- GÓMEZ RUIFÁN, L., “Condiciones laborales y estructura de la negociación colectiva”, *Revista de Información Laboral*, núm. 5, 2018, pp. 1-25 (versión electrónica).
- GONZÁLEZ CABALLO, P., “La impugnación de convenios colectivos. Legitimación procesa y tramitación adecuada: aspectos controvertidos”, en Manuel Álvarez de la Rosa (Coord.), *Estudios sobre negociación colectiva y convenios colectivos*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, pp. 337-352.
- GONZÁLEZ GONZÁLEZ, C., “Reforma de la negociación colectiva”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2011, pp. 1-15 (versión electrónica).
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La pequeña y mediana empresa en el ámbito comunitario: una definición que debe ser revisada”, en Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco, *Crisis, reforma y futuro del derecho del trabajo: estudios ofrecidos en memoria del profesor Ignacio Albiol*, Madrid: Dikynson, 2010, pp. 899-924.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “El ejercicio de derechos colectivos en empresas sin representación”, en Esther Carrizosa Prieto y Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez (Coords.), *El ejercicio de los derechos colectivos de los trabajadores en la empresa*, Madrid: Tecnos, 2011, pp. 135-166.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La negociación colectiva en el Real Decreto-Ley de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral”, *Temas Laborales*, núm. 115/2012, pp. 85-134.
- GONZÁLEZ POSADA, E. “Los convenios colectivos de eficacia general y su aplicación a las PYMEs”, en Fernando Valdés Dal-Ré, Fernando Pérez Espinosa Sánchez y Javier Matía Prim (Dirs.), *La Negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid: Instituto de la Pequeña y Mediana Empresa Industrial, 1982, pp. 17-96.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Transmisión de empresa y convenio colectivo aplicable”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2003, pp. 105-126.
- GORELLI FERNÁNDEZ, J., *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del Convenio de Empresa*, Granada: Comares, 2013.
- GORELLI FERNÁNDEZ, J., “El descuelgue de condiciones del convenio colectivo estatutario”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 1, 2013, pp. 1-31 (versión online).
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Nuevas reglas de concurrencia de convenios: la prioridad aplicativa del convenio de empresa”, *Relaciones Laborales*, 9, 2013, pp. 35-65.

- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “Primeras experiencias jurisprudenciales de la prioridad aplicativa del convenio de empresa”, *Trabajo y Derecho*, núm. 3, 2015, pp. 71-76.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J., “La impugnación de convenios colectivos: efectos de la sentencia”, *Nueva Revista de Derecho del Trabajo*, núm. 202, octubre 2017, pp. 23-53.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “La impugnación de un convenio colectivo por una empresa firmante: una revisión de la cuestión a la luz del Derecho de la competencia”, en Ángel Antonio Blasco Pellicer (Coord.), *El empresario laboral: estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 518-529.
- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., *Derecho del Trabajo y Legislación de Defensa de la Competencia*, Navarra: Aranzadi, 2008.
- HOLM-DETLEV, K., y GONZÁLEZ BEGEGA, S., “¿Hacia un sistema de relaciones industriales europeo? La experiencia de los Comités de Empresa Europeos [CEUs]”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, núm. 22 (1), 2004, pp. 7-36.
- IRURETA URIARTE, P., “La noción jurídica de empleador ante el derecho del trabajo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 42, 2014 (online).
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512014000100008
(consultado 24/10/2018).
- JASPERS, T., “Effective transnational collective bargaining. Binding transnational company agreements: a challenging perspective”, in Romuald Jagodzinski *et al.*, *Transnational collective bargaining at company level. A new component of European industrial relations?*, Bruselas: ETUI, 2012, pp. 233-265.
- JIMÉNEZ CAMPO, J., *Derechos fundamentales. Concepto y garantía*, Madrid: Trotta, 1999.
- JOVER RAMÍREZ, C., “Convenio colectivo aplicable en un supuesto de sucesión de empresa y la discutida aplicabilidad retroactiva de las tablas salariales”, *Nueva Revista Española Derecho del Trabajo*, núm. 203, 2017, pp. 255-261.
- JUAN ASENJO, O. D., *La Constitución Económica Española*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.
- KAHN-FREUND, O., *Labour and the Law*, Londres: Stevens and Sons, 1983.

- KANT, E., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Barcelona: Ariel, 1999. Edición traducida por José Mardomingo. Título original: *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Erlangen: Riga, 1785
- KERCKHOFS, P. *et al.*, *The concept of representativeness at national, international and European level*, Luxemburgo: Eurofound, 2016.
- KÖLHER, H. y BEGEGA, S., “Still learning from Europe. Spanish participation in European Work Councils”, en Michael Whittall *et al.* (eds.), *Towards a European Labour Identity. The case of European Works Councils*, London: Routledge, 2007, pp. 132-149.
- LABORDA FERRER, R. J., “¿Existe el convenio de empresa con prioridad aplicativa?, *RTSS.CEF*, núm. 425-426, 2018, pp. 55-88.
- LAHERA FORTEZA, J., “La disposición condicionada de derechos reconocidos en convenio colectivo: una preocupante actuación del espacio de la autonomía individual”, *Relaciones Laborales*, 1999, núm. 2, pp. 827-829.
- LAHERA FORTEZA, J., “Marco constitucional de la negociación colectiva”, en Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Madrid: La Ley, 2008, pp. 61-121.
- LAHERA FORTEZA, J., “El derecho constitucional de negociación colectiva”, en Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Madrid La Ley, 2008, pp. 77-81.
- LAHERA FORTEZA, J., “El modelo español de representantes de los trabajadores en la empresa: funciones y disfunciones”, en Fernando Valdés Dal-Ré y María Luisa Molero Marañón, *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Madrid: MII, 2010, pp. 17-36.
- LAHERA FORTEZA, J., “La reforma descentralizadora de la negociación colectiva en la empresa: su repercusión en la gestión del cambio y en la conceptualización del modelo español de negociación colectiva”, *Documentación Laboral*, núm. 109, 2017, pp. 129-142.
- LAHERA FORTEZA, J.; “Convenio colectivo sectorial o de empresa aplicable en los contratos públicos tras la Ley 9/2017”, *Temas Laborales*, núm. 144, 2018, pp. 43-52.
- LANTARÓN BARQUÍN, D., *Legitimación negocial en el banco empresarial del convenio colectivo sectorial. ¿Una realidad con aristas insospechadas?*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- LINARES LORENTE, J. A., “Criterios judiciales recientes sobre impugnación de convenio colectivos”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1995, pp. 217-231.

- LLOBERA-VILA, M., “Aproximación al proceder hermenéutico del TJUE: Libertad de Empresa, Libre Competencia y Constitución del Trabajo”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, vol. 7, núm. 1, 2017, pp. 208-229.
- LÓPEZ ANIORTE, M.^a del C., *La concurrencia de convenios colectivos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- LÓPEZ ANIORTE, M.^a del C., “Nuevas reglas de concurrencia de convenios colectivos y devaluación de las condiciones laborales en España”, *Revista de Derecho Social*, núm. 65, 2014, pp. 181-208.
- LÓPEZ BALAGUER, M., “Límites materiales a la prioridad aplicativa del convenio de empresa: a propósito de la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra de 30 de julio de 2014”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 21, 2016, pp. 294-305.
- LÓPEZ CUMBRE, L., *La impugnación del Convenio Colectivo por sujeto firmante*, Madrid: Ediciones Cinca, 2006.
- LÓPEZ GANDÍA, J., “La dimensión de la empresa y el Derecho del Trabajo (Notas para un estudio)”, en AA.VV, *Estudios en homenaje al profesor Sevilla Andrés*, Valencia: Universidad de Valencia, 1983, pp. 521-541.
- LÓPEZ GANDÍA, J., “La inaplicación del convenio colectivo y la prioridad aplicativa del convenio de empresa tras las reformas laborales”, en Remedios Roqueta Buj (Coord.), *Reforma y contrarreforma: nuevos retos del derecho del trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 97-124.
- LÓPEZ TERRADA, E., *La descentralización de la estructura de la negociación colectiva y las posibilidades de su articulación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.
- LÓPEZ TERRADA, E., “Problemas interpretativos recientes sobre concurrencia de convenios, prioridad aplicativa del convenio de empresa y cambios de unidad de negociación”, *Trabajo y Derecho*, núm. 23, 2016, pp. 1-10 (versión electrónica).
- LÓPEZ TERRADA, E., “Nuevos puntos críticos sobre la prohibición de concurrencia de convenios colectivos, su término final y sus excepciones”, *RGDTSS*, núm. 48, 2018, pp. 70-101.
- LÓPEZ TERRADA, E y NORES TORRES, L. E., “Los compromisos de empleo ante la crisis”, en Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco (Coords.), *Crisis, reforma y futuro del Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 1089-1120.

- LÓPEZ TERRADA, E. y NORES TORRES, L. E., “La evolución del tratamiento del descuelgue salarial en la negociación colectiva”, en José María Goerlich Peset (Dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España*, MESS, 2018, pp. 511-558.
- LÓPEZ VIDAL, P., “La ley de Contratos del Sector Público o ¿el principio del fin de los convenios de empresa?, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 935, 2017, pp. 1-10.
- MARÍN ALONSO, I., “El empleador complejo: legitimación para negociar convenios colectivos estatutarios en los grupos y redes empresariales”, *Derecho y Trabajo: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, núm. 5, 2017, pp. 1-6 (versión electrónica).
- MÁRQUEZ LUZARDO, C. M.^a, “Textura abierta del lenguaje, interpretación evolutiva y mutación constitucional”, en Carmen María Márquez Luzardo (Dir.), *Interpretación evolutiva de la Constitución y teorías de la interpretación constitucional*, España: Universidad Católica Andrés Bello, 2014, pp. 107-133.
- MARRERO SÁNCHEZ, E. M.^a, “El derecho constitucional de negociación colectiva”, *Revista de Derecho Social*, núm. 59, 2012, pp. 171-186.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Concurrencia y articulación de normas laborales”, *Revista de Política Social*, núm. 119, 1978, pp. 5-31.
- MARTÍN VALVERDE, A., “El ordenamiento laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de Política Social*, núm. 137, 1983, pp. 105-168.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Espacio y límites del convenio colectivo de trabajo”, en AAVV, *Los límites del convenio colectivo, la legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos. V Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva*, Madrid: MTSS, 1993, pp. 53-68.
- MARTÍN VALVERDE, A., “Informe español”, en Antonio Marzal (Editor), *Empresa y derecho social*, Vallirana: J.M. Bosh Editor, 2001, pp. 131-154.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 24^a Ed, Madrid: Tecnos, 2015.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, 25 edición, Madrid: Tecnos, 2016.

- MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J., “Artículo 16. Libertad de empresa”, en Aracelo Mangas Martín (Dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, 2008, pp. 332-339.
- MARTÍNEZ BARROSO, M.^a de los R., “Deberes de información, derecho de representación y negociación colectiva”, en AA.VV, *XXVIII Congreso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Descentralización productiva: nuevas formas de trabajo y organización empresarial*, Madrid: Ediciones Cinca, 2018, pp. 203-234.
- MARTÍNEZ FONS, D., *Libre competencia y Derecho del Trabajo*, Madrid: La Ley, 2006.
- MARTÍNEZ VAL, J. M., “Artículo 38. Libertad de empresa”, en Óscar Alzaga Villaamil, *Comentarios a las leyes políticas, Constitución Española de 1978*, tomo III, Madrid: Revista de Derecho Privado, 1983, pp. 648-670.
- MARTÍNEZ VAL, J. M., “El contenido esencial de la libertad de empresa”, *Revista General de Derecho*, núm. 493-94, 1985, p. 3167-3194.
- MEJÍAS GARCÍA, A., *El preaviso electoral*, tesis doctoral en la Universidad de Valencia, 2015.
<http://roderic.uv.es/handle/10550/45756>
(consultado 10/07/18)
- MELLA MÉNDEZ, L., “El nuevo artículo 44, número 4 del Estatuto de los Trabajadores: convenio colectivo aplicable en caso de sucesión de empresa”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 111, 2002, pp. 359-376.
- MELLA MÉNDEZ, L., “Consultas previas a las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo: algunas modificaciones de interés”, *Temas Laborales*, núm. 109, 2012, pp. 29-48.
- MELLA MÉNDEZ, L., “La nueva estructura de la negociación colectiva en la reforma laboral de 2012 y su reflejo en los convenios colectivos existentes y posteriores a su entrada en vigor”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 33, 2013, pp. 28-49 (versión electrónica).
- MENDOZA NAVAS, N., “Los procedimientos de inaplicación de condiciones de trabajo al amparo de las decisiones de la Comisión Nacional Consultiva de Convenios Colectivos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 74, 2017, pp. 61-86.
- MERCADER UGUINA, J. R., *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Madrid: Civitas, 1994.

- MERCADER UGUINA, J. R., “Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenio en el Real Decreto-Ley 7/2011”, en Ignacio García-Perrote y Jesús Rafael Mercader Uguina (Coords.), *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid: Lex Nova, 2011, pp. 94-100.
- MERCADER UGUINA, J. R., “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: la empresa como nuevo centro de gravedad”, en Ignacio García Perrote y Jesús Rafael Mercader Uguina (Dirs.), *Reforma laboral 2012. Análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Valladolid: Lex Nova, 2012, pp. 355-418.
- MERCADER UGUINA, J. R., “Análisis factorial y mecanismos de articulación jurídica de la estructura de la negociación colectiva”, *RTSS CEF*, núm. 362, 2013, pp. 5-50.
- MERCADER UGUINA, J.R., “Análisis factorial y mecanismos de articulación jurídica de la estructura de la negociación colectiva”, *RTSS-CEF*, núm. 362, 2013, pp. 5-50.
- MERCADER UGUINA, J. R., “¿Qué fue del convenio colectivo de empresa?: la estructura de la negociación colectiva tras la reforma laboral”, en Ignacio García-Perrote y Jesús Rafael Mercader Uguina, (Dirs.), *Cláusulas de vanguardia y problemas prácticos de la negociación colectiva actual*, Valladolid: Lex Nova, 2015, pp. 79-114.
- MERCADER UGUINA, J. R., “Artículo 84. Concurrencia”, en Jesús Cruz Villalón *et al.* (Dirs.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Valladolid: Lex Nova, 2016, pp. 1003-2013.
- MERCADO PACHECHO, P., “Libertad económicas y derechos fundamentales. La libertad de empresa en el ordenamiento multinivel europeo”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2012, pp. 341-372.
- MERINO SEGOVIA, A., “Cambios en la estructura negocial: ¿descentralización o desactivación de la negociación colectiva”, *Lan Harremanak*, núm. 27, 2012, pp. 35-56.
- MERINO SEGOVIA, A., “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”, *Revista de Derecho Social*, núm. 57, 2012, pp. 249-262.
- MERINO SEGOVIA, A., *La estructuración legal y convencional de los acuerdos de empresa*, Madrid: Wolkers Kluwer, 2001.
- MERINO SEGOVIA, A., *Memento Experto. Reforma de la negociación colectiva*, Madrid: Francis Lefebvre, 2011.

- MERINO SEGOVIA, A., *La negociación colectiva tras las reformas de 2012*, Albacete: Bomarzo, 2012.
- MIÑAMBRES PUIG, C., “El centro de trabajo (art. 1.2)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 100, 2000, pp. 125-150.
- MIÑARRO YANINI, M., “Representatividad de las asociaciones empresariales: nuevos tiempos, viejos problemas irresueltos”, en Rosa Quesada Segura (Coord.), *Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y restos, XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, núm. 57, SL: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2016, pp. 113-126 (versión electrónica pp. 1-11)
- https://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl/portal/c/document_library/get_file?uuid=664e6137-e037-4228-91df-09a09ca43fdd&groupId=10128
(consultado 06/11/2018).
- MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., “Los acuerdos colectivos en el marco de la transmisión de empresa”, en Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manuel Jurídico de Negociación Colectiva*, Madrid: La Ley, 2008, pp. 759-794.
- MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., “La representación de los trabajadores en los procesos de subcontratación”, en Fernando Valdés Dal-Ré y María Luisa Molero Marañón (Coords.), *La representación de los trabajadores en las nuevas organizaciones de empresa*, Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, 2010, pp. 71-100.
- MOLERO MARAÑÓN, M.^a L., “El nuevo modelo de flexibilidad interna: el diálogo entre la Ley 35/2010 y el RDL 7/2011”, *Relaciones Laborales*, núm. 23/24, 2011, pp. 273-312.
- MOLERO MARAÑÓN, M.^a L. y VALDÉS DAL-RÉ, F., *Derechos de información y consulta y reestructuración de empresas*, Granada: Comares, 2014.
- MOLINA GARCÍA, M., *La negociación colectiva europea. Entre el acuerdo colectivo y la norma negociada*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Libertades económicas y principios institucionales del mercado de trabajo comunitario”, en Enrique Álvarez Conde y Vicente Garrido Mayol, *Comentarios a la Constitución Europea*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 541-570.
- MOLL NOGUERA, R., “La negociación colectiva transnacional a nivel de empresa y los comités de empresa europeos”, *CEF. Revista de trabajo y seguridad social*, núm. 419, 2018, pp. 19-47.

- MONEREO PÉREZ, J. L., “La intervención de la Administración Laboral en la tramitación y control de la legalidad de los convenios colectivos *erga omnes*”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 32, 1987, pp. 519-566.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *Los derechos de información de los representantes de los trabajadores*, Madrid: Civitas, 1992.
- MONEREO PÉREZ, J. L., “Los comités de empresa europeos: los derechos sociales de información y consulta de los trabajadores en las empresas y grupos de empresas de dimensión comunitaria”, *Tribuna Social*, núm. 98, 1999, pp. 29-48.
- MONEREO PÉREZ, J. L., “El derecho a la negociación colectiva”, en AA.VV., *Comentario a la Constitución socio-económica de España*, Comares, Granada, 2002, pp. 625-684.
- MONEREO PÉREZ, J. L., “Repercusiones laborales de los diversos instrumentos de privatización y reversión de servicios públicos”, *Temas Laborales*, núm. 135, 2016, pp. 251-307.
- MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., y MORENO VIDA, M.^a N., *Manual de Derecho Sindical*, 9^{na} Edición, Granada: Comares, 2014.
- MONEREO PÉREZ, J. L., y MORENO VIDA, M.^a N., *El contenido de la negociación colectiva de empresa en la era de la Constitución Flexible del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.
- MORALES ORTEGA, J. M., *La administración del convenio colectivo*, Madrid: Civitas, 1998.
- MORENO, E., CRISP, F. y SHUGART, M. S., “The accountability deficit in Latin America”, en Mainwaring y Welna (Editores), *Democratic Accountability in Latin America*, Oxford: Oxford University Press, 2003, pp. 79-131.
- MORENO VIDA, M.^a N., “Los contenidos de la negociación colectiva”, en José Manuel de Soto Rioja, *Cuestiones Problemáticas de la Negociación Colectiva: XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla: Consejería de Empleo, 2009, pp. 381-435.
- MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público general*, Madrid: Iustel, vol. 2, 2006.
- MUÑOZ RUIZ, A.B., “Legitimación para negociar”, ponencia en el *Seminario sobre reforma de la negociación colectiva*, Observatorio Confederal de la Negociación Colectiva, cuaderno 1, 2011, pp. 3-7.
<http://studylib.es/doc/4954549/documento---observatorio-de-la-negociaci%C3%B3n-colectiva>

(consultado 10/07/2018).

- MUÑOZ RUIZ, A. B., *Problemas prácticos del convenio colectivo de empresa*, Valladolid: Lex Nova, 2014.
- MUÑOZ RUIZ, A. B., “Cláusulas ilegales en la negociación colectiva: un balance de los últimos cinco años”, en AA.VV., *Aspectos controvertidos de la negociación colectiva*, Navarra: Lex Nova, 2015, pp. 89-112.
- MUÑOZ RUIZ, A. B., “Cláusulas potestativas de inaplicación del convenio colectivo de sector: flexibilidad normativa versus rigidez convencional”, en AA.VV., *Aspectos controvertidos de la negociación colectiva*, Navarra: Lex Nova, 2015, pp. 297-312.
- MUÑOZ RUIZ, A. B., “La prioridad aplicativa del convenio colectivo de ámbito inferior a la empresa respecto al convenio de sector: dificultades y propuestas de solución”, *Trabajo y Derecho*, núm. 9, 2015, pp. 116-126.
- NAVARRO NIETO, F., *La estructura de la negociación colectiva: marco jurídico y disciplina contractual*, Albacete: Bomarzo, 2009.
- NAVARRO NIETO, F., “Problemática de la estructura de la negociación colectiva en España”, *Temas Laborales*, vol. II, núm. 100, 2009, pp. 629-661.
- NAVARRO NIETO, F., “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, ponencia presentada en el XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social 17 y 18 de mayo de 2012, pp. 1-81 (versión electrónica)
http://fundacion.usal.es/aedtss/images/stories/301_Ponencia_Federico_Navarro.pdf
(13/06/2018).
- NAVARRO NIETO, F., “El régimen de inaplicación y modificación de convenios colectivos”, *Temas Laborales*, núm. 123, 2013, pp. 233-279.
- NAVARRO NIETO, F., “La reforma del marco normativo de la negociación colectiva”, AA.VV., *Las reformas del Derecho del Trabajo en el conflicto de la crisis económica: la reforma laboral de 2012. XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1-101 (versión electrónica).
- NAVAS-PAREJO ALONSO, M., “Salario y jornada: entre la prioridad temporal del convenio sectorial y la preferencia aplicativa del convenio de empresa”, en AA.VV., *Aspectos controvertidos de la negociación colectiva*, Valladolid: Lex Nova, 2016, pp. 399-412.

- NIETO ROJAS, P., “Estructura transversales de negociación. Descentralización productiva y nuevos ámbitos negociales”, *comunicación presentada en el X Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sevilla, 2011
<https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/24876>
(consultado 10/07/2018).
- NIETO ROJAS, P., “Comisiones *ad hoc* y reorganización productiva empresarial. Una solución para las empresas sin representación legal de los trabajadores”, en Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid: Ediciones Cinca, 2012, pp. 57-86.
- NIETO ROJAS, P., “La negociación colectiva de empresa por representantes de base unitaria. El principio de correspondencia como límite jurisprudencial”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 21, enero 2016, pp. 306-315.
- NONELL, R. y MEDINA, I., “Tensiones organizativas y competición de intereses en el mapa español de organizaciones empresariales”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 151, 2015, pp. 101-122.
- NORES TORRES, L. E., *El periodo de consultas en la reorganización productiva empresarial*, Madrid: CES, 2000.
- NORES TORRES, L. E., “El genoma laboral: orígenes, componentes y evolución del derecho del trabajo”, *Quaderns de ciències socials*, núm. 7, 2007, pp. 5-47.
- NORES TORRES, L. E., *La aplicación de las previsiones sobre transmisión de empresas en el ámbito de las contratas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012.
- NORES TORRES, L. E., “El empleo público en tiempo de crisis: la descentralización productiva en las AA.PP”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 35, 2014.
<http://laadministraciondialdia.inap.es/noticia.asp?id=1502684>
(consultado 29/9/2018)
- NORES TORRES, L. E. y RODRÍGUEZ PASTOR, G. E., “Las partes contratantes del convenio colectivo estatutario”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel y José María Goerlich Peset (Coords.), *El régimen jurídico de la Negociación Colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 111-158.
- OFFE, C., “La atribución de un status público a los grupos de interés: observaciones sobre el caso de Alemania Occidental”, en Suzanne Berger (Coord.), *La Organización de los Grupos de Interés en Europa Occidental*, Madrid, MTSS, 1988, pp. 161-175.

- OJEDA AVILÉS, A., *La renuncia de derechos del trabajador*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.
- OJEDA AVILÉS, A., “La doctrina del equilibrio interno del Convenio. O aporías judiciales entre jerarquía y equivalencia negocial”, *REDT*, núm. 31, 1987, pp. 335-354.
- OJEDA AVILÉS, A., “National report: Spain”, en Niklas Bruu and Jari Hellsten (Coords.), *Collective Agreements and Competition law in the EU: the report of the COLCOM-project*, Copenhagen: DJOF, 2001, pp. 178-186.
- OLARTE ENCABO, S., “El papel de la negociación colectiva en la reforma urgente del mercado de trabajo de junio de 2010”, en Mercedes Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Jesús Cruz Villalón y Sebastián de Soto Rioja (Dir.), *Relaciones laborales y nuevo modelo productivo*, SL: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2011, pp. 235-314.
- OLARTE ENCABO, S., “Legitimación representativa en la negociación colectiva: reglas legales en el marco del cambio de modelo”, *Temas Laborales*, núm. 120, 2013, pp. 483-508.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, 10. Ed., Madrid: Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, 2002.
- PASCUAL Y VICENTE, J., “Las conductas prohibidas en la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 205, 2000, pp. 10-21.
- PAUS MORCARDÓ, C., “La legislación laboral como fuente y/o restricción de poder en la empresa”, *RTSS-CEF*, núm. 636, 2013, pp. 193-216.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, J. C., “El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación”, en José Luis Monereo Pérez, Cristóbal Molina Navarrete y María Nieves Moreno Vida (Coords.), *Comentarios a la Constitución socioeconómica de España*, Granada: Comares, 2002, pp. 357-440.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Ensayo sobre la libertad de empresa”, en Antonio Cabanillas Sánchez *et al.* (Coords.), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo IV, Madrid: Thomson Civitas, 2003, pp. 5971-6004.
- PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Artículo 38. Libertad de Empresa”, en M.^a Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (Dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, Toledo: Fundación Wolkers Kluwer, 2009, pp. 980-1000.

- PEDRAJAS MORENO, A., y SALA FRANCO, T., “La configuración de las causas justificativas de decisiones empresariales modificativas, suspensivas y extintivas”, *Actualidad Laboral*, núm. 10, 2011, pp. 1-11 (versión electrónica).
- PERÁN QUESADA, S., “La preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa y sus efectos sobre la estructura de la negociación colectiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 33, 2013, pp. 127-141.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Neocorporativismo y pluralismo socio-profesional: bases para una lectura política del Derecho Laboral en crisis”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1989, pp. 361-373.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Autonomía individual y determinación del objeto del contrato de trabajo”, *Actualidad Laboral*, núm. 2, 1992, pp. 373-381.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Descentralización productiva y libertad de empresa”, en Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (Dir.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005, pp. 181-220.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Coord.), *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Madrid: Instituto de Estudios Económicos, 2005.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “Aporías de la negociación colectiva europea”, en Francisco Pérez de los Cobos y José María Goerlich Peset (Coords.), *El régimen jurídico de la Negociación Colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 13-42.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “La reforma de la negociación colectiva (1)”, *Relaciones Laborales*, núm. 14, 2010, pp. 1-13 (versión electrónica).
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. y THIBAUT ARANDA, J., “La visión legal del empresario laboral”, en Luis Miguel Camps Ruiz, Juan Manuel Ramírez Martínez y Tomás Sala Franco (Coords.), *Crisis, Reforma y Futuro del Derecho del Trabajo*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2010, pp. 85-100.
- PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., “El descuelgue del convenio colectivo”, en José María Goerlich Peset (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 1447-1457.
- PÉREZ YÁÑEZ, R. M.^a, *El control judicial de los pactos colectivos*, Madrid: CES, 1997.

- PERSIANI, M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova: Publicazioni dell'Istituto di Diritto Privato dell'Università di Roma, 1966.
- POQUET CATALÀ, R., “La interpretación judicial del deber de negociar de buena fe”, *IusLabor*, núm. 1, 2016, pp. 1-22 (versión online).
- PRECIADO DOMÈNECH, C. H., *La negociación colectiva en la empresa*, Valladolid: Lex Nova, 2014.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “Algunos problemas interpretativos planteados por la regulación de la flexibilidad interna en las reformas laborales de 2010 y 2011”, *Actualidad Laboral*, núm. 5, 2012, pp. 1-18 (versión online).
- RAMIREZ MARTINEZ, J. M., “Indisponibilidad de los derechos laborales”, en José María Goerlich Peset (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 149-164.
- RIVAS VAÑO, A. y RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., “Relaciones laborales y libertad de empresa: algunas reflexiones”, en M.^a E. Casas Baamonde, Federico Durán López y Jesús Cruz Villalón (Coords.), *Las Transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid: La Ley, 2006, pp. 745-778.
- RIVERA SÁNCHEZ, J. R., “Proceso de impugnación de convenios colectivos”, en Ángel Antonio Blasco Pellicer, (Dir.), *El proceso laboral*, vol. 2, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1377-1428.
- RIVERO LAMAS, J., “La legitimación empresarial para la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1992, pp. 414-458.
- RIVERO LAMAS, J., “La legitimación para la negociación colectiva. Asociaciones empresariales legitimadas para negociar. La legitimación en los grupos de empresas”, en AA.VV., *Los límites del convenio colectivo. La legitimación empresarial y órganos para la resolución de conflictos*, V Jornadas de Estudio sobre Negociación Colectiva, Madrid: MTSS, 1993, pp. 74-107.
- RIVERO LAMAS, J., “Los despidos por causas objetiva: aspectos procedimentales y procesales”, en Jaime Castiñeira Fernández (Coord.), *Presente y futuro de la regulación del despido*, Navarra: Aranzadi, 1997, pp. 217-251.
- RIVERO LAMAS, J., “Estructuras y funciones de la negociación colectivas tras la reforma laboral de 1972”, *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 89, 1998, pp. 381-410.
- RIVERO LAMAS, J., *La democracia en la empresa*, Granada: Comares, 2010.

- RIVERO LAMAS, J., y DE VAL TENA, Á. L., “El derecho a la negociación colectiva: reconocimiento constitucional y garantías legales”, Rodrigo Martín Jiménez, Antonio Vicente Sempere Navarro (Coords.), *El modelo social en la Constitución española de 1978*, 2003, pp. 651-700.
- RODRÍGUEZ CRESPO, M.^a J., *La Administración del Convenio Colectivo*, Sevilla: CES, 2006.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L., “Ámbitos de los convenios colectivos estatutarios y estructura de la negociación colectiva”, en Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Madrid: La Ley, 2008, pp. 125-189.
- RODRIGUEZ FERNÁNDEZ, M.^a L., “Imperativos económicos frente a derechos fundamentales, un nuevo paradigma de relaciones laborales”, *Revista de derecho social*, núm. 65, 2014, pp. 41-68.
- RODRÍGUEZ PÉREZ, J.A., *El derecho a la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución española: estudios sobre su interpretación y las dificultades para su desarrollo y aplicación*. Tesis. Las Palmas de Gran Canaria: Universidad de las Palmas de Gran Canaria, 2011.
<http://cris.ulpgc.es/jspui/handle/10553/9771>
(consultado 26/06/2018).
- RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Racionalidad empresarial y mercado de trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 1993, pp. 16-21.
- RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO, M., “Derecho del Trabajo y empleo”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 1994, pp. 81-86.
- RODRIGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M., “La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2011, pp. 75-87.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., “Relaciones entre la estructura de la negociación colectiva y el contenido de los convenios”, en José Manuel de Soto Rioja (Coord.), *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva: XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla: Junta de Andalucía, 2009, pp. 563-580.
- RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., “Reformas en el régimen jurídico de la negociación colectiva”, *RMESS*, núm. 100, 2012, pp. 165-192.
- ROGOWSI, R., *Reflexive Labour Law in the World Society*, SL: Elgar, 2013.
- ROJO FERNÁNDEZ RÍO, A., “Actividad económica pública y actividad económica privada en la Constitución española”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm., 169-170, 1983, pp. 325-335.

- ROJO TORRECILLA, E., “¿El inicio de la contrarreforma laboral? La prioridad de los convenios sectoriales en la Ley de contratos del sector público (frente a la de los convenios de empresa en la Ley del Estatuto de los trabajadores”, en el *Blog El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta a las nuevas realidades laborales*, entrada de 22 de octubre de 2017
<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2017/10/el-inicio-de-la-contrarreforma-laboral.html>
(consultado 18/10/2018).
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “El papel de la empresa como ámbito de negociación de los salarios”, en Ricardo Escudero Rodríguez (Coord.), *La negociación colectiva en las reformas laborales de 2010, 2011 y 2012*, Madrid: Ediciones Cinca, 2012, pp. 223-286.
- ROLDÁN MARTÍNEZ, A., “Nuevos problemas interpretativos en torno a la afectación de la eficacia general y vigencia del convenio colectivo en los casos de sucesión de empresa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, núm. 42, 2016, pp. 70-109.
- ROMAGNOLI, U., “Estructura de la Empresa”, en Lyon-Caen *et al.*, *Los Trabajadores y la Constitución*, Madrid: Sociedad de Estudios Laborales, 1980, pp. 75-81.
- ROMÁN DE LA TORRE, M. D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Valladolid: Ediciones Grapheus, 1992
- ROQUETA BUJ. R., “Convenios colectivos supraempresariales: la representación empresarial”, en Ángel Blasco Pellicer (Coord.), en *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 531-529.
- RUBIO LLORENTE, F., “La libertad de empresa en la Constitución”, en Juan Luis Iglesias Prada (Coord.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*, Madrid: Civitas, vol. 1, 1996, pp. 431-446.
- RUIZ CASTILLO, M.^a M., “A propósito de la indisponibilidad de derechos del trabajador”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 52, 1999, pp. 157-174.
- RUIZ CASTILLO, M.^a M., “La legitimación empresarial en los convenios colectivos sectoriales”, *Temas Laborales*, núm. 90, 2007, pp. 203-222.
- RUIZ CASTILLO, M.^a M. y ESCRIBANO GUTIÉRREZ, J., *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, Albacete: Bomarzo, 2013.
- SÁEZ LARA, C., “El control de la legalidad de los Convenios Colectivos”, *Temas Laborales*, núm. 76, 2004, pp. 369-394.

- SÁEZ LARA, C. “Descuelgue convencional y arbitraje obligatorio”, *Temas Laborales*, núm. 140, 2017, pp. 311-368.
- SAGARDOY BENGOCHEA, J., “La libertad sindical y los espacios de la autonomía individual”, *Documentación Laboral*, núm. 25, 1988, pp. 3-36.
- SAGARDOY Y BENGOCHEA, J.A. y GIL y GIL, J. L., “Los derechos constitucionales del empresario”, en Rodrigo Martín Jiménez y Antonio Vicente Sempere Navarro (Coords.), *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, Madrid: MTAS, 2003, pp. 361-396.
- SALA FRANCO, T., “Control de legalidad de los Convenios Colectivos, prohibición legal de concurrencia y lesión de intereses de terceros”, *Poder Judicial*, núm. 13, 1989, pp. 155-162.
- SALA FRANCO, T., “La negociación colectiva en el marco europeo comunitario y el ordenamiento español”, en AA.VV., *La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici*, 2001, Milán: Caruso, pp. 96-104.
- SALA FRANCO, T., “El derecho constitucional a la negociación colectiva”, en María Emilia Casas Baamonde, Jesús Cruz Villalón, Federico Durán López (Coords.), *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Madrid: Wolters Kluwers, 2006, pp. 319-328.
- SALA FRANCO, T., “La reforma de la negociación colectiva (Real Decreto-Ley 7/2011, de 11 de junio)”, *Actualidad Laboral*, núm. 18, 2011, pp. 1-18 (versión electrónica).
- SALA FRANCO, T., “Las relaciones laborales y la crisis económica”, *Revista Ius et Praxis*, año 2015, núm. 1, 2015, pp. 599-616.
- SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESET, J. M.^a, “La problemática jurídica de las unidades de negociación colectiva, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad”, *REDT*, núm. 35, 1988, pp. 325-356.
- SALA FRANCO, T. y LÓPEZ TERRADA, E., “Capítulo III. La negociación colectiva”, en Tomás Sala Franco (Coord. y Dir.), *Propuestas para un debate sobre la reforma laboral*, Barcelona: Francis y Taylor, 2018, pp. 51-74.
- SALA FRANCO, T. y RAMÍREZ MARTÍNEZ, J. M., “Alcance de la vigencia del convenio denunciado”, *Actualidad Laboral*, núm. 1, 1987, pp. 849-853.
- SALA FRANCO, T., *et al.*, “Constitucionalización del Derecho del Trabajo”, en Lyon-Caen *et al.*, *Los Trabajadores y la Constitución*, Madrid: Sociedad de Estudios Laborales, 1980, pp. 211-218.

- SANGUINETI RAYMOND, W., “Sistema de empresa y descuelgue convencional”, comunicación presentada a las *XVI Jornadas Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* en Huelva, 18-19 de diciembre de 1997, pp. 1-20 (versión electrónica)
<https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2010/06/sistema-de-empresa-y-descuelgue-convencional-wsanguinetti.pdf>
(21/06/2018).
- SÁNCHEZ TORRES, E., “Poder regulador y derecho del trabajo: diversificación y expansión jurificadora”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2002, pp. 251-288.
- SANGUINETI RAYMOND, W., “El papel de la autonomía colectiva en la construcción del espacio social europeo”, en Manuel Álvarez de la Rosa *et al.*, *Estudios sobre negociación y convenios colectivos*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 2003, pp. 447-475.
- SANGUINETI RAYMOND, W., “Empresa, empresario, empleador”, *Trabajo y Derecho*, núm. 5, 2017, pp 1-4 (versión electrónica).
- SANGUINETI RAYMOND, W., MARTÍN HERNÁNDEZ, M.^a L. y MUÑOZ RUÍZ, A. B., “Las cláusulas sobre modalidades de contratación y empleo en los nuevos convenios de empresa”, en Carlos L. Alfonso Mellado *et al.* (Coords.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, SL: Lefebvre-El Derecho, 2016, pp. 407-454.
- SCHÖMANN, I., “Transnational collective bargaining: towards an internationalisation of industrial relations”, in Romuald Jagodzinski *et al.*, *Transnational collective bargaining at company level. A new component of European industrial relations?*, Bruselas: ETUI, 2012, pp. 197-217.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., “Funciones y fines del Derecho del Trabajo en nuestro sistema constitucional”, en AA.VV, *Funciones y fines del Derecho: estudios en homenaje al profesor Mariano Hurtado Bantista*, Murcia: Universidad de Murcia, 1992, pp. 345-360.
- SEMPERE NAVARRO, A. V., “Los acuerdos colectivos de trabajo y la libre competencia entre empresa”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, 2013, pp. 163-175.
- SEMPERE NAVARRO, A. V. y MELÉNDEZ MORILLO-VELARDE, L., *El descuelgue y otras vías de inaplicación del convenio colectivo*, Madrid: Lefebvre, 2014.
- SERENA GARRALDA, J., “Legitimación para negociar un convenio colectivo de empresa de prioridad aplicativa”, *Revista de Información Laboral*, núm. 1, 2017, pp. 1/18 (versión electrónica).

- SERRANO ARGÜELLO, N., “La desnaturalización y externalización de la negociación colectiva. Una impropia respuesta lega a la constatación de los fracasos negociadores”, en AA.VV, *Las reformas del Derecho del Trabajo en el contexto de la crisis económica, XXII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, pp. 1107-1130.
- SERRANO GARCÍA, J. M^a, “Los sindicatos europeos y las representaciones empresariales y la negociación colectiva europea”, UCLen M, 2012, pp. 1-18.
<https://ruidera.uclm.es/xmlui/handle/10578/3411>
(consultado 09/07/2018).
- SERRANO OLIVARES, R., “Concurrencia de convenios colectivos. Las nuevas reglas sobre concurrencia y su previsible impacto en la estructura española”, en Salvador Del Rey Guanter (Dir.), *La reforma del mercado de trabajo y su impacto en el sistema de relaciones laborales. Novedades de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, Madrid: La Ley, 2013, pp. 427-458.
- SKULIMOWSKA, B., “Poland”, en Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), *Freedom of association of workers and employers in the countries of European Union*, Madrid: MTAS, 2006, pp. 539-562.
- SOLANS LATRE, M. Á., *El ejercicio de la legitimación para negociar convenios colectivos*, Madrid: MTAS, 2004
- SOLANS LATRE, M. Á., “Partes negociadoras de los convenios estatutarios infraempresariales, empresariales y sectoriales”, en Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), *Manual Jurídico de Negociación Colectiva*, Madrid: La Ley, 2008, pp. 191-288.
- SOLOZÁBAL, J., “Garantías Institucionales”, en Manuel Aragón Reyes (Coord.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, tomo 3, Madrid: Civitas, 2001, pp. 110-113.
- SOTO RIOJA, S., “Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007”, en Sebastián Soto Rioja (Coord.), *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva, XXVII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho Del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2009, pp. 17-67.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, F., “El reconocimiento constitucional del asociacionismo empresarial”, en M.^a Emilia Casas Baamonde, Federico Durán López y Jesús Cruz Villalón (Coords): *Las transformaciones del Derecho del Trabajo en el marco de la Constitución Española*, Madrid: La Ley, 2006, pp. 239-264.
- TOMÁS JIMÉNEZ, N., “Los acuerdos individuales en masa”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 9, 2006, pp. 1-7 (versión electrónica).

- TOMÁS JIMÉNEZ, N., *Los sujetos del convenio colectivo. Partes negociadoras*, Granada: Comares, 2013.
- TREIB, O. y FALKNER, G., “Bargaining and Lobbying in EU Social Policy”, en David Coen and Jeremy Richardson (Editores), *Lobbying the European Union: Institution, Actors and Issues*, Oxford: Oxford University, 2009, pp. 256-276.
- TRILLO PÁRRAGA, F., “La denuncia del convenio colectivo. Comentario a la STS 5619/2016, de 2 de diciembre”, *Revista de Derecho Social*, núm. 78, 2017, pp. 171-182.
- URIARTE TORREALDAY, R., “Propiedad, libre empresa y trabajo: los derechos económicos en la Constitución española y en el proyecto constitucional europeo”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, núm. 4, 2005, pp. 9-42.
- VALDEOLIVAS GARCÍA, Y., “Legitimación negocial para convenios sectoriales”, en José María Goerlich Peset, (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, pp. 1571-1580.
- VALDÉS DAL-RE, F. et al., *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid: IMPI, 1982.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “El sistema español de negociación colectiva de condiciones de trabajo”, en AA.VV., *La negociación colectiva en las pequeñas y medianas empresas*, Madrid: Ministerio de Industria y Energía, 1982, pp. 17-96.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Los agentes negociadores en PYME”, en AA.VV., *Jornadas sobre la PYME en España*, Madrid: Ministerio de Industria y Energía, 1983, pp. 91-102.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Crisis y continuidad en la estructura de la negociación colectiva”, *Revista de Política Social*, núm. 137, 1983, pp. 395-444.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “La exclusión de los empresarios del derecho de libertad sindical: el acertado cierre por la jurisprudencia constitucional de una falsa polémica”, en AA.VV., *Jurisprudencia constitucional y relaciones laborales. Estudios en homenaje a Don Francisco Tomás y Valiente*, Madrid: La Ley/Actualidad, 1997, pp. 42-51.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “El modelo de negociación colectiva”, en Francisco Pérez de los Cobos y José M.ª Goerlich Peset (Coords.), *El régimen jurídico de la Negociación Colectiva en España: estudios en homenaje al profesor Sala Franco*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, pp. 43-81.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (Dir.), *Freedom of association of workers and employers in the countries of European Union*, Madrid: MTAS, 2006.

- VALDÉS DAL-RÉ, F. “El derecho constitucional a la negociación colectiva”, en María Emilia Casas Baamonde y Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, *Comentarios a la Constitución Española*, Madrid: Fundación Wolkers Kluwer, 2009, pp. 957-972.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “La legitimación empresarial para negociar convenios estatutarios”, en Ángel Blasco Pellicer (Coord.), *El empresario laboral. Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Camps Ruiz con motivo de su jubilación*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 477-500.
- VALDÉS DAL-RE, F., “El sistema español de negociación colectiva: entre la continuidad y el cambio (y II)”, *Relaciones Laborales*, núm. 1, 2011, pp. 1-10 (versión electrónica).
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Estructura contractual y concurrencia entre convenios colectivos”, *Relaciones Laborales*, núm. 2, 2011. pp. 133-164.
- VALDÉS DAL-RE, F., *La negociación colectiva, entre tradición y renovación*, Granada: Comares, 2012.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, *Relaciones Laborales*, núm. 23, 2012, pp. 1-30 (versión electrónica).
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “La reforma de la negociación colectiva de 2012”, *Relaciones Laborales*, núm. 23-24, 2012, pp. 221-257.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Hacia un derecho común de la flexibilidad interna”, *Relaciones Laborales*, núm. 19-20, 2012, pp. 1-20 (versión online).
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “¿Hacia dónde va la negociación colectiva?”, en Juan Gorelli Hernández (Coord.), *El derecho a la negociación colectiva: “Libert Amicorum” Profesor Antonio Ojeda Avilés*, Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014, pp. 521-529.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Autonomía colectiva y productividad”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9, 2016, pp. 817-825.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Negociación colectiva y mejora de la productividad: sus relaciones en el derecho transnacional”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 11, 2016, pp. 1035-1040.
- VALLECILLO GÁMEZ, M.^a R., “Aspectos sociolaborales de la nueva Ley de Contratos del Sector Público: innovaciones y puntos críticos”, *Revista Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 147, 2017, pp. 179-208.

- VIDA SORIA, J., “Génesis de las normas laborales en la Constitución Española de 1978”, en AA.VV., *Estudios de derecho del trabajo en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Madrid: Tecnos, 1980, pp. 247-262.
- VIERA ÁLVAREZ, C., “La libertad de empresa y algunos límites desde la perspectiva del Estado Social”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 21, 2010, pp. 197-224.
- VILA TIERNO, F., *La negociación colectiva como instrumento de flexibilidad interna en la empresa. Reflexiones tras cinco años de la última Reforma Laboral*, Granada: Comares, 2017.
- VILLAVICENCIO RÍOS, A., “La redefinición de las funciones y los modelos de negociación colectiva en los albores del siglo XXI”, *Ius Et Veritas*, núm. 31, 2005, pp. 205-214.
- VIVERO SERRANO, J. V., “La obsolescencia y los inconvenientes del modelo de representación unitaria de los trabajadores por centros de trabajo. Por un nuevo modelo basado en la empresa, la negociación colectiva y no encorsetado a nivel provincial”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 194, enero 2017, pp. 203-238,
- VON POTOBOSKY, G., “Pequeñas y medianas empresas y Derecho del Trabajo”, *Revista Internacional del Trabajo*, vol. 112, núm. 1, 1993, pp. 75-107.
- WADDINGTON, J., *European Works Councils. A Transnational Industrial Relations Institution in the Making*, UK: Routledge, 2011.
- WAGEMANN, C., “Complex Associations in the Dairy Sector: A comparison of the Development in Four Countries”, en Jürgen R. Grote *et al.* (Eds.), *Organized Business Interests in Changing Environments. The complexity of Adaptation*, Houndmills: Macmillan, 2008, pp. 179-199.
- WINDMULLER, J. P., *Nueva consideración de la negociación colectiva en los países industrializados*, Informes OIT, Madrid: MTSS, 1987.
- ZUMFELDE, M., “Germany”, en Fernando Valdés Dal-Ré (Dir.), *Freedom of association of workers and employers in the countries of European Union*, Madrid: MTAS, 2006, pp. 275-296.

