

TRABAJO FIN DE MÁSTER UNIVERSITARIO

Máster Universitario en Abogacía

Escuela de Doctorado y Estudios de Posgrado

Universidad de La Laguna

Curso 2021/2022

Convocatoria: marzo.

**LAS OPCIONES EMPRESARIALES DE DESVINCULACIÓN DEL
CONVENIO COLECTIVO. ¿SE VACÍA DE CONTENIDO EL DERECHO A
LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA?**

**THE COMPANY'S OPTIONS TO OPT OUT OF COLLECTIVE
BARGAINING AGREEMENTS. IS THE RIGHT TO COLLECTIVE
BARGAINING BEING EMPTIED OF ITS CONTENT?**

Realizado por el alumno D. Javier Naranjo Calzado

Tutorizado por la Profesora Dña. Dulce María Cairós Barreto

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho Laboral y de la Seguridad Social

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the mechanisms available to the employer to disassociate himself from the collective agreement, through the decentralization of collective bargaining introduced by the 2012 labor reform. These mechanisms are mainly three: the application priority of the company agreement, the concurrence between agreements and the non-application of the collective agreement (the old detachment of the agreement). To this end, the concept and protection of collective agreements, which stand as true sources of law in the labor legal system, the concurrence conflicts between collective agreements are previously addressed and subsequently the two aforementioned decentralization mechanisms are analyzed. Likewise, a brief study of the constitutionality or unconstitutionality of these mechanisms is carried out by examining the main sentences issued by the Constitutional Court for this purpose: STC 119/2014 of July 16 and STC 8/2015 of July 22. January.

Key Words: collective bargaining, non-application of the collective agreement, the application priority

RESUMEN

El objeto del presente trabajo es analizar los mecanismos con los que cuenta el empresario para desvincularse del convenio colectivo, a través de la descentralización de la negociación colectiva introducida por la reforma laboral del año 2012. Estos mecanismos son principalmente en tres: la prioridad aplicativa del convenio de empresa, la concurrencia entre convenios y la inaplicación del convenio colectivo (el antiguo descuelgue del convenio). Para ello se aborda con carácter previo el concepto y protección de los convenios colectivos, que se erigen en verdaderas fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico laboral, los conflictos de concurrencia entre convenios colectivos y posteriormente se analizan los dos mecanismos de descentralización anteriormente nombrados. Asimismo, se realiza un breve estudio de sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de estos mecanismos mediante el examen de las principales sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional a tal fin: la STC 119/2014 de 16 de julio y la STC 8/2015 de 22 de enero.

Palabras clave: negociación colectiva, inaplicación del convenio, prioridad aplicativa

INDICE

1. MARCO NORMATIVO CONCEPTUAL	5
1.1 Concepto del derecho a la negociación colectiva	5
1.2 Protección constitucional del derecho a la negociación colectiva	6
1.3 Concepto de convenio colectivo	7
1.4 Clases de convenios colectivos, especial mención al convenio colectivo estatutario	9
1.5 Vigencia y denuncia convenio colectivo	10
2. PRIMER MECANISMO: LA PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO DE EMPRESA	12
2.1 Definición legal y constitucional	12
2.2 Sujetos legitimados para la firma del convenio de empresa	12
2.3 La prioridad aplicativa del convenio de empresa ex artículo 84.2 ET y sus consecuencias: <i>reformatio in peius</i> , vulneración del principio de neutralidad, y desolación del principio <i>prior in tempore</i>	14
2.4 Extensión de los efectos de la prioridad aplicativa del convenio de empresa	19
2.5 Análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional: STC 119/2014 de 16 de julio y STC 8/2015 de 22 de enero. Constitucionalidad o inconstitucionalidad del mecanismo de la prioridad aplicativa del convenio de empresa	21
3. SEGUNDO MECANISMO: LA CONCURRENCIA ENTRE CONVENIOS	29
3.1 Introducción	29
3.2 La concurrencia entre convenios: prohibición de concurrencia o pacto de no afectación	30
3.3 Excepciones a la regla general de prohibición de concurrencia. La previsión convencional y la prioridad aplicativa del convenio de empresa	32
4. TERCER MECANISMO: LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO	33
4.1 Concepto legal	33
4.2 Causas motivadoras de la inaplicación del convenio	34
4.3 Efectos jurídicos del descuelgue del convenio colectivo: inaplicación del principio <i>pacta sunt servanda</i> , aplicación <i>sui generis</i> del principio <i>rebus sic stantibus</i> y vulneración del principio de seguridad jurídica	36
4.4 Diferencia entre la inaplicación y la revisión del convenio	39
4.5 La intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, ¿arbitraje obligatorio?	41

4.6 Constitucionalidad o inconstitucionalidad del mecanismo de inaplicación del convenio colectivo	42
5. CONCLUSIONES	49
6. OPINIÓN PERSONAL	51
7. BIBLIOGRAFÍA	54

1. MARCO NORMATIVO CONCEPTUAL

1.1 Concepto del derecho a la negociación colectiva

El derecho a la negociación colectiva se encuentra expresamente reconocido en el artículo 37.1 de la Constitución Española (en adelante CE), tratándose por tanto de un derecho específicamente laboral y de protección constitucional. Así, el artículo 37.1 CE establece que: “La ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”.

Con respecto a los elementos definitorios del derecho a la negociación colectiva, estos quedan claramente determinados en el mismo¹:

- Naturaleza: derecho constitucionalmente protegido, de naturaleza específicamente laboral.
- Función de garantía: se le atribuye a la Ley la obligación de garantizar el cumplimiento de este derecho, así como la correlativa obligación de no interferencia por parte del legislador ordinario; dicha función de garantía se instrumentaliza a través del Estatuto de los Trabajadores.
- Sujetos legitimados para la negociación: los representantes de los trabajadores y de los empresarios (que actúen o representen intereses colectivos).
- Contenido: la negociación, de carácter colectivo y de naturaleza laboral.
- Resultado y eficacia: el resultado de la negociación colectiva es la creación de un convenio colectivo, como fuente² y poder normativo dentro del ordenamiento jurídico laboral, con fuerza vinculante y jerárquicamente subordinado a la Ley.

¹ LÓPEZ GUERRA, L.; y otros, *Derecho Constitucional, volumen I, El ordenamiento constitucional, Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant Lo Blanch, 9ª edición, 2013, p. 373.

² STC 58/1985, de 30 de abril, señala que "la integración de los convenios colectivos en el sistema formal de fuentes del Derecho, resultado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, supone entre otras consecuencias que no hace al caso señalar, el respeto por la norma pactada del derecho necesario establecido por la Ley, que, en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, 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 colectiva".

El derecho a la negociación colectiva puede conceptualizarse como aquel proceso voluntario de diálogo y negociación que se establece entre los representantes de los trabajadores y de los empresarios con la finalidad de alcanzar acuerdos para regular las condiciones de trabajo en un ámbito sectorial o funcional específico, así como ordenar las relaciones laborales y que además, va a repercutir e incidir en los contratos individuales de trabajo que vayan a celebrarse y que caigan dentro de su ámbito de aplicación, por parte de sujetos privados a los que la Ley y la Constitución les reconocen dicha potestad³. Todo ello dará como resultado la creación de un convenio colectivo, siendo consecuentemente el convenio colectivo la máxima expresión del derecho a la negociación colectiva (ex artículo 2 del Convenio 154 de la Organización Internacional del Trabajo y artículo 6 de la Carta Social Europea).

En suma, la negociación colectiva se erige en piedra angular para la consecución de convenios colectivos, siendo estos verdaderas fuentes de derecho laboral, creadas por poderes normativos extraestatales y de carácter privado (representante de los trabajadores y de los empresarios) a los que la Ley y la Constitución les reconocen y otorgan dicha prerrogativa, siendo por tanto el convenio colectivo la consecuencia positiva necesaria de todo proceso de negociación colectiva.

1.2 Protección constitucional del derecho a la negociación colectiva

Tal y como ha sido mencionado *ut supra*, el derecho a la negociación colectiva es un derecho de protección constitucional, de configuración legal⁴ y de naturaleza específicamente laboral. Si bien el derecho a la negociación colectiva no se trata de un derecho fundamental *per se*, debido a su ubicación sistemática en la *Carta Magna*, ya que no se encuentra recogido en el catálogo de derechos fundamentales de la Sección Primera, del Capítulo Segundo, del Título Primero, sino que se encuadra en el catálogo de la Sección Segunda, del Capítulo Segundo, del Título Primero, “De los derechos y deberes de los ciudadanos”, sí tiene la consideración de derecho fundamental en el ordenamiento jurídico laboral, puesto que lo que reconoce la CE en el mentado

³ DE LA PUEBLA PINILLA, A.; y otros, *Esquemas de Derecho del Trabajo II. Derecho Sindical*, Tirant Lo Blanch, 4ª edición, 2020, p. 77.

⁴ STC 58/1985, de 30 de abril: “La facultad reconocida a los representantes de los trabajadores y empresarios de regular sus intereses recíprocos mediante la negociación colectiva es una facultad no derivada de la Ley, sino propia que encuentra su expresión jurídica en el texto constitucional”.

artículo es un verdadero poder normativo; el poder normativo de los representantes de los trabajadores y los empresarios (autonomía colectiva).

La autonomía colectiva es el poder de los sujetos privados para crear normas, para regular y autorregular las condiciones de trabajo y que se va a instrumentalizar mediante un proceso, el proceso de la negociación colectiva. “Constituye de este modo, la autonomía colectiva el ejercicio de un poder normativo realizado por los sujetos de modo conjunto (el acuerdo colectivo), esencialmente sectorial o disgregado (unidades de negociación) y conforme a un predeterminado procedimiento negociador”⁵.

Por otro lado, la doctrina mayoritaria, así como el Tribunal Constitucional (en adelante TC) y la propia OIT consideran el derecho a la negociación colectiva como un derecho autónomo, aunque a su vez inserto en la estructura del derecho a la libertad sindical preconizado en el artículo 28 de la CE⁶, estando ambos íntimamente relacionados y de cuya existencia depende la del otro.

1.3 Concepto de convenio colectivo

Ignacio García Perrote define el convenio colectivo como “la fuente propia por antonomasia del Derecho del Trabajo”⁷. La definición de convenio colectivo viene establecida por el legislador ordinario en el artículo 82 del ET, en razón del cual: “1. Los convenios colectivos, como resultado de la negociación desarrollada por los representantes de los trabajadores y de los empresarios, constituyen la expresión del acuerdo libremente adoptado por ellos en virtud de su autonomía colectiva.

2. Mediante los convenios colectivos, y en su ámbito correspondiente, los trabajadores y empresarios regulan las condiciones de trabajo y de productividad. Igualmente podrán regular la paz laboral a través de las obligaciones que se pacten”.

⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, M.; y otros, *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Vigésimocuarta edición, 2017, p. 179.

⁶ STC 73/1984, SSTC 3/1983, de 28 de enero, 39/1986, de 31 de marzo, 95/1996, de 29 de mayo, 121/2001 y 238/2005, de 26 de septiembre, entre otras, Convenio de la OIT número 98 (Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949).

⁷ GARCÍA PERROTE, I.; *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, 11ª edición, 2021, p. 122.

El convenio colectivo puede entenderse como el resultado positivo producido tras la incoación del correspondiente proceso de negociación colectiva, mediante el cual los sujetos legitimados *ex lege*, es decir, los representantes de los trabajadores (sindicales o unitarios) y de los empresarios (individual o colectivo), alcanzan un acuerdo libre y voluntario en virtud del cual se regularán las condiciones de trabajo, así como cualquier otra circunstancia que pueda afectar a las relaciones de trabajo *per se*, en un ámbito sectorial concreto y determinado que conjuntamente pacten, y que además se encuentra sometido al imperio de la Ley⁸.

En este sentido, el convenio colectivo va a tener la condición de convenio colectivo “sectorial” necesariamente, en la medida en que no se permite la creación de convenios colectivos genéricos y sin determinación⁹; podrá aplicarse a la totalidad de trabajadores y empresarios o solamente a una parte de ellos, pero siempre que pertenezcan a un sector de actividad específico. Consecuentemente, el ámbito de aplicación del convenio revestirá la condición de contenido esencial del mismo.

Asimismo, el convenio colectivo deberá formalizarse siempre por escrito, es decir, que si se produjese un proceso de diálogo entre los sujetos autorizados para alcanzar un acuerdo y el mismo no se materializase por escrito, dicho acuerdo no podrá tener, en ningún caso, la consideración o naturaleza de convenio colectivo, pues la obligación de la escritura se erige en requisito *sine qua non* para que el convenio colectivo adquiera validez y despliegue eficacia jurídica, constituyendo un verdadero requisito de forma *ad solemnitatem*, cuyo incumplimiento produciría la nulidad del mismo (ex artículo 90 ET).

Por su parte, el artículo 85 ET establece un catálogo, *numerus apertus*, de materias que puede regular el convenio colectivo: “Dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular 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 asociaciones empresariales, incluidos procedimientos para

⁸ STC 210/1990: “la ley ocupa en la jerarquía normativa una superior posición a la del convenio colectivo, razón por la cual éste debe respetar y someterse a lo dispuesto con carácter necesario a aquella, así como, más genéricamente a lo establecido en las normas de mayor rango jerárquico” (SSTC 58/1985, 177/1988 y 171/1999).

⁹ GARCÍA VIÑA, J; *Cuestiones Actuales de la Negociación Colectiva en España*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2016, p. 62.

resolver las discrepancias surgidas en los periodos de consulta previstos en los artículos 40, 41, 47 y 51 (...).”.

Seguidamente, en su apartado 3 se regula el contenido mínimo de todo convenio colectivo, cuyo defecto produciría la invalidez o ineficacia del convenio, siendo este:

- a) Determinación de las partes firmantes.
- b) Ámbitos de aplicación.
- c) Procedimientos que permitan la inaplicación del propio convenio (el antiguo descuelgue).
- d) Denuncia del convenio.
- e) Designación de una comisión paritaria de la representación de las partes negociadoras.
- f) Medidas dirigidas a promover la igualdad (real y efectiva) entre hombres y mujeres.

“Como regla general, un convenio que no contenga alguna cláusula que se acaban de enunciar no puede ser calificado como convenio estatuario, desde luego, y en algunos casos ni siquiera podrá ser considerado válido como convenio de cualquier clase (...) Sin embargo, no parece que la nulidad sea el efecto en todos los casos; no lo será cuando la norma pueda sobrevivir pese a su silencio sobre el tema de que se trate”¹⁰.

1.4 Clases de convenios colectivos, especial mención al convenio colectivo estatutario

En primer lugar y antes de abordar la categorización legal del convenio colectivo, resulta necesario hacer mención al artículo 37.1 de la CE, que garantiza “la fuerza vinculante de los convenios”. Álvarez de la Rosa establece que: “Sea lo que fuere esta fuerza vinculante, lo cierto es que se trata, en todo caso, de un contenido esencial dentro del precepto. No hay, pues, derecho a la negociación colectiva si su producto, el convenio colectivo, no tiene fuerza vinculante. La STC 58/1985, destaca la función normativa de los convenios colectivos cuando sostiene que el contenido de estos “se impone a las relaciones individuales de trabajo incluidas en su ámbito de aplicación de manera automática, sin precisar el auxilio de técnicas de contractualización y sin necesitar el complemento de voluntades individuales”¹¹.

¹⁰ MERCADER UGUINA, J. R.; *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, 14ª edición, 2021, p. 817.

¹¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M.; y otros, *Derecho del Trabajo*, op. cit, p. 185.

Por su parte, García Perrote estima que: “La CE establece que la ley ha de garantizar la “fuerza vinculante” del convenio colectivo, lo que se proyecta no solo sobre el convenio estatutario, sino también sobre el extraestatutario. Aunque hay que reconocer que la fuerza vinculante exigida por el artículo 37.1 CE no es exactamente igual que la eficacia normativa, la jurisprudencia del TS atribuye únicamente al convenio colectivo estatutario eficacia normativa y al extraestatutario mera eficacia contractual, situando al convenio estatutario en el artículo 3.1 b) ET y al extraestatutario en el artículo 3.1 c) ET”¹².

En el mismo sentido se pronuncia Moll Noguera, quien, siguiendo la corriente jurisprudencial elaborada por el TC y el Tribunal Supremo (en adelante TS), considera que: “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”¹³, aunque no es este el criterio mayoritario en la doctrina laboralista, que entiende que la eficacia normativa (fuerza vinculante) encuentra su fundamento y origen en la Constitución española y, por ello, es predicable de cualquier expresión del convenio colectivo.

Finalmente, y respecto del convenio extraestatutario resulta necesario destacar que: "En muchas ocasiones, su carácter (extraestatutario) es resultado de la imposibilidad de los sujetos negociadores de reunir los requisitos de representatividad o mayoría que se requieren para un convenio de eficacia general, o de la frustración del proceso de negociación de éste. La ausencia de estos requisitos no puede subsanarse con posterioridad a la firma del convenio; el convenio colectivo acordado bajo esta modalidad mantiene su condición y sus efectos hasta el término de su vigencia”¹⁴.

1.5 Vigencia y denuncia del convenio colectivo

Las partes negociadoras gozan de total libertad para fijar el ámbito temporal del convenio. Esta plena libertad implica por un lado, la posibilidad de determinar la duración del convenio colectivo, es decir, el período de tiempo en que el convenio va a estar en vigor y por otro lado, la

¹² GARCÍA PERROTE, I.; *Manual de Derecho del Trabajo*, op. cit., p. 936.

¹³ MOLL NOGUERA, R.; *Negociación colectiva y dimensión de la empresa*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2019, p. 144.

¹⁴ DE LA PUEBLA PINILLA, A.; y otros, *Esquemas de Derecho del Trabajo II. Derecho Sindical*, op. cit, p. 107.

eficacia retroactiva de todo o parte del convenio (ex artículo 86.1 ET). Durante la vigencia del convenio, los legitimados, lo hayan pactado previamente o no, podrán negociar su revisión en cualquier momento¹⁵. Una vez finalice el período de vigencia del convenio es posible que las partes adopten dos actitudes:

1. No denunciar expresamente: si no media denuncia expresa una vez alcanzado el término del convenio, este se prorrogará de año en año¹⁶, salvo que las partes hayan convenido una mayor o menor duración de la prórroga en el momento de la firma o revisión del mismo. Solo podrá efectuarse la denuncia, de forma válida y eficaz, por parte de los sujetos legitimados cuando se produzca la finalización del correspondiente período de prórroga. Así, “la pérdida de vigencia de un Convenio Colectivo no se produce de forma automática por el mero transcurso del plazo de vigencia pactado por las partes. Es necesario que se cumpla un requisito adicional: una declaración de voluntad de cualquiera de los sujetos con legitimación inicial para negociar en la que se exprese su negativa a continuar rigiéndose por el Convenio Colectivo una vez agotada su vigencia. A esta declaración de voluntad se la denomina denuncia”¹⁷.
2. Denunciar expresamente: solo mediante denuncia expresa finalizará el período de vigencia del convenio. La denuncia del convenio implica la apertura de una fase de negociaciones. Puede producirse la sucesión de convenios, solo si media pacto expreso entre las partes por medio del cual acuerden un nuevo convenio o la continuidad de determinados aspectos del convenio vencido.

¹⁵ GIL PLANA, J.; y otros, *Denuncia y Ultraactividad del Convenio Colectivo*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2015, p. 21.

¹⁶ Artículo 86.2 ET: “Salvo pacto en contrario, los convenios colectivos se prorrogarán de año en año si no mediara denuncia expresa de las partes”.

¹⁷ MERCADER UGUINA, J. R.; *Lecciones de Derecho del Trabajo*, op. cit, p. 829.

2. PRIMER MECANISMO: LA PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO DE EMPRESA

2.1 Definición legal y constitucional

El convenio colectivo de empresa se erige en *tertium genus* entre el convenio colectivo estatuario y el convenio colectivo extraestatuario. La doctrina no es pacífica a la hora de otorgarle eficacia personal general y eficacia normativa al convenio colectivo de empresa, considerando algunos autores que el único convenio que puede desplegar dichos efectos no es otro que el convenio colectivo estatuario.

No obstante, ello no es óbice para reconocer que el convenio colectivo de empresa despliega fuerza vinculante (como todo convenio colectivo ex artículo 37.1 CE), pero dicha fuerza no es la misma fuerza que despliega el convenio colectivo estatuario. “En el supuesto de los acuerdos reguladores estatuarios suscritos con las formalidades legales y con la representación legal de los trabajadores, aún constituyendo “expresiones de la negociación colectiva que, al igual que los convenios colectivos regulados en el Título III ET, traen causa en el art. 37.1 CE” nos encontramos ante un tercer modelo de negociación colectiva, dado que puede afirmarse rotundamente que ninguno de los dos tipos de acuerdo colectivo, incluyendo aquéllos a los que la ley concede la misma eficacia del convenio colectivo son propiamente convenios colectivos”¹⁸.

2.2 Sujetos legitimados para la firma del convenio de empresa

El artículo 87.1 del ET resuelve la cuestión planteada acerca de quiénes son los sujetos legitimados para negociar convenios de empresa, de grupo de empresas o pluralidad de empresas relacionadas por causas organizativas, entre otras, y para ámbitos inferiores y establece que: “En representación de los trabajadores estarán legitimados para negociar en los convenios de empresa y de ámbito inferior, el comité de empresa, los delegados de personal, en su caso, o las secciones sindicales si las hubiere que, en su conjunto, sumen la mayoría de los miembros del comité. La intervención en la negociación corresponderá a las secciones sindicales cuando estas así lo

¹⁸ DE CASTRO MARÍN, E.; *El “descuelge” del convenio colectivo*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2016, p. 49.

acuerden, siempre que sumen la mayoría de los miembros del comité de empresa o entre los delegados de personal”.

Se observa así que, a diferencia de lo que ocurre con los convenios colectivos de cualquier otro de ámbito superior al de la empresa donde la legitimación para su negociación la ostentan los sindicatos de mayor representatividad, la representación para la negociación de un convenio de empresa recae, principalmente, sobre las secciones sindicales y en defecto de estas, en los representantes unitarios de los trabajadores, ya sean delegados de personal o comités de empresa.

El legislador ordinario, por tanto, otorga un papel privilegiado a los trabajadores de la propia empresa organizados en comités de empresa o delegados del personal, si bien no desplaza completamente el poder de los sindicatos (vía secciones sindicales), pues posibilita su intervención siempre y cuando cumplan con los requisitos de: a) existir en dichas empresas, b) ostentar la mayoría de miembros en los órganos de representación unitaria de los trabajadores de aquellas y c) siempre que así lo hayan acordado.

Asimismo, establece el legislador en el párrafo tercero del mentado artículo 87 que: “Cuando se trate de convenios para un grupo de empresas, así como en los convenios que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación para negociar en representación de los trabajadores será la que se establece en el apartado 2 para la negociación de los convenios sectoriales”. En este sentido el legislador ordinario refuerza la condición de sujetos legitimados para la firma del convenio colectivo correspondiente cuando quienes lo negocien sean un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas, puesto que la incidencia que dicho convenio pueda tener en el mercado laboral, en cualquier caso, será de mayor envergadura que la de un simple convenio de empresa o de unidades inferiores, acercándose a la dimensionalidad de un convenio sectorial si el número de empresas agrupadas fuese tal, es decir, el ámbito de aplicación del convenio podría coincidir con el ámbito propio de un convenio colectivo sectorial, y es por ello que se le otorga la legitimación para negociar a los sindicatos.

Finalmente, en el cuarto párrafo del artículo 87 se hace referencia a los convenios para grupos de trabajadores con perfil profesional específico, otorgando legitimación en este caso a “las

secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta”.

En suma, las principales diferencias entre el convenio colectivo de empresa y el convenio colectivo estatutario sectorial estriban en los sujetos legitimados para su negociación y aprobación y en el ámbito de aplicación del mismo (la empresa, grupos de empresas o unidades inferiores), pues por lo demás funciona de igual manera que lo hace un convenio colectivo estatutario de ámbito estatal, autonómico, provincial, etc.

2.3 La prioridad aplicativa del convenio de empresa ex artículo 84.2 ET y sus consecuencias: *reformatio in peius*, vulneración del principio de neutralidad, y desolación del principio *prior in tempore*

La prioridad aplicativa del convenio negociado en el ámbito funcional de la empresa determina, como ya ha sido expuesto, la aplicación preferente de este convenio frente a otros de ámbito sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior respecto a un grupo de materias:

- g) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- h) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
- i) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores.
- j) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa.
- k) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal.
- l) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

“Conviene precisar que el establecimiento de la regla del artículo 84.2 ET no supone una atribución de preferencia absoluta e incondicionada de los convenios de empresa en relación con lo establecido en los convenios de ámbito superior sino, únicamente, una preferencia relativa durante la vigencia del convenio de ámbito superior concurrente, exclusivamente, en las concretas materias

que expresamente le atribuye la Ley. Ello significa, obviamente, que en aquellas otras que no quedan expresamente reservadas al nivel de la empresa, continua conservando pleno vigor la prohibición de concurrencia que admite con carácter general el artículo 84.1 ET¹⁹.

En este sentido se pronuncia la STS de 1 de abril de 2016, según la cual: “La prioridad aplicativa del convenio de empresa se circunscribe a estas materias, rigiendo en las demás el convenio colectivo sectorial, si lo hay y salvo que la regulación de convenio de empresa sea más favorable, por lo que se producirá una situación de espiguo”²⁰.

La prioridad aplicativa del convenio de empresa se regula a modo de excepción en el artículo 84.2 ET a la regla general de no concurrencia entre convenios del artículos 84.1 ET. Su naturaleza excepcional refleja por tanto, la clara intencionalidad del legislador ordinario de recurrir a ella solo en casos puntuales y concretos, debiendo utilizarse genéricamente la regla del apartado primero.

Sin embargo, la otorgación legal de esta facultad al empresario, cuya finalidad ulterior no es otra que la finalidad mercantilista *supra omnia*, abre una puerta trasera en el ámbito de la negociación colectiva de convenios y que deviene en una especie de “potestad diabólica” al concederle un uso preferente, frente a la regla de no concurrencia.

La prioridad aplicativa del convenio de empresa constituye, desde el año 2012 y en la actualidad, la mayor medida de descentralización de la negociación colectiva que existe en nuestro país, incidiendo en toda la estructura de la misma, hasta tal punto que dejar casi sin efecto la configuración de este derecho.

Se observa una clara evolución del derecho a la negociación a lo largo de las diversas reformas legislativas, siendo innegable la tendencia hacia la flexibilización interna de la empresa que comenzó con la reforma de 1994 y que alcanzó su culmen con la reforma del 2012.

¹⁹ MERCADER UGUINA, J. R.; *Lecciones de Derecho del Trabajo*, op. cit, p. 851.

²⁰ GARCÍA PERROTE, I.; *Manual de Derecho del Trabajo*, op. cit, p. 1006.

Fruto de esta descentralización existe una amplia jurisprudencia del Tribunal Supremo, donde se ilustra de forma clara y evidente la evolución normativa, *in peius*, del derecho a la negociación colectiva: cuando antes se regulaba para suplir las posibles lagunas jurídicas del convenio colectivo sectorial y complementar su contenido, en la actualidad se configura con el único fin de adaptar las necesidades de la empresa a las necesidades económicas, en detrimento de las condiciones y contratos de trabajo. En otras palabras, la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa es un mecanismo legal creado por y para el titular del poder de dirección, desvirtuando la voluntad del legislador laboral de regular en *pro* del trabajador y en *pro* de unas condiciones de trabajo justas, dignas y de calidad.

“Una reflexión del Maestro Baltazar Cavazos Flores incide muy precisamente en la negociación colectiva cuando dice cuáles eran los principios del Derecho del Trabajo “respeto mutuo de derechos, la comprensión recíproca de necesidades y la coordinación técnica de esfuerzos”, lo cual es muy apropiada, ya que cuando exista un respeto de los derechos de ambas partes, que estén conscientes de las necesidades de cada quien y haya la combinación eficaz en actividades, se lograrían muy buenos resultados”²¹.

A modo ilustrativo, resulta necesario hacer mención a dos sentencias del Alto Tribunal en las que se recoge con perfección el reflejo de la descentralización de la negociación colectiva antes y después de la reforma.

Antes de la reforma: STS 21 de diciembre de 2009: “Los convenios de empresa pueden actualizar las disposiciones del convenio aplicable, suplir las lagunas del mismo y mejorar sus condiciones, pero no modificar en perjuicio de los trabajadores las condiciones de un convenio colectivo provincial durante su periodo de vigencia, por cuánto durante ese periodo sus disposiciones tienen el carácter normativo que les atribuye el artículo 82.3 ET”.

En la actualidad, desde la reforma del 2012: STS 1 de abril de 2016: “La prioridad aplicativa sobre esas materias se produce en todo caso, aunque la regulación del convenio de empresa no sea más favorable”.

²¹ GLEZ SALAZAR, A.; y otros, *Derecho del Trabajo para empresas*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2020, p 113.

Con el ejemplo citado, no solo se observa el papel privilegiado que se le otorga al convenio de empresa en la actualidad, sino, además, la ya mencionada característica de la *reformatio in peius* del mismo, demostrando la ultraprotección del papel de la empresa en la negociación colectiva al permitir aplicar condiciones laborales más desfavorables para los trabajadores. El objetivo de un Estado de Derecho digno no debería ser regular o permitir regular, mecanismos que vayan en contra de una parte de la ciudadanía que permiten su normal funcionamiento, sino por el contrario, debería ser crear normas que permitan el pleno desarrollo de las personas con el fin de alcanzar unas condiciones de vida dignas, incluyendo unas condiciones laborales dignas. “El maestro y Doctor Luis Manuel Díaz Mirón Álvarez, nos dice que “Las negociaciones colectivas son más que una lucha un reto; más que un poder es un placer, más que una carga una autentica misión por el servicio”²².

En segundo lugar, la prioridad aplicativa del convenio no solo se caracteriza por ser excepcional, sino que además es una norma imperativa, de derecho necesario absoluto, lo cual impide que se establezcan pactos que la inhabiliten o la dejen sin efecto. Ello se desprende del artículo 84.2 tercer párrafo ET, en razón del cual: “Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 no podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado”. Asimismo, y en palabras de Goerlich Peset: “La reforma de 2012 ha alterado de manera radical el carácter supletorio de la regla de concurrencia a examen, atribuyendo la condición de regla de aplicación directa que, adicionalmente, no consiente ni tolera modificación alguna por parte de la propia autonomía colectiva”²³.

En tercer lugar, al otorgarle el legislador esta prioridad aplicativa al convenio de empresa, no solo le reviste de todos los privilegios anteriormente desarrollados, sino que además establece que el convenio de empresa “podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior”, es decir, sea cual fuere el nivel, lo cual acarrea serios problemas de seguridad jurídica, al operar este privilegio desde el mismo momento de vigencia del convenio colectivo superior hasta su término, tratándose por tanto de un prioridad aplicativa en el tiempo “*sine die*”, cuya duración temporal irá directamente ligada a la de aquel convenio que pretenda revocar.

²² GLEZ SALAZAR, A.; y otros, *Derecho del Trabajo para empresas*, op, cit, p 113.

²³ GOERLICH PESET, J.M.; *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, op, cit, p. 1334.

La consecuencia directa que se desprende de este apartado no solo es la inseguridad jurídica, sino la alteración y desolación del principio general del derecho *prior in tempore, potior in iure*. Resulta completamente indiferente para la prioridad aplicativa del convenio de empresa que exista un convenio colectivo de ámbito superior y que lleve en vigencia años; el convenio de empresa dejará sin efectos aquel, con la razón de adaptar las necesidades de la empresa a la situación económica actual y con independencia de los derechos y condiciones de trabajo adquiridas (y otorgadas mediante el correspondiente convenio colectivo en vigor).

En cuarto lugar, la prioridad aplicativa del convenio de empresa desequilibra la balanza de la negociación colectiva que el legislador pretendía mantener indemne mediante el principio de neutralidad, estructurando la negociación colectiva desde la igualdad de armas entre las partes, desde posiciones equitativas y en definitiva, neutras, que permitieran que el proceso de diálogo entre los representantes de los trabajadores y los empresarios se desarrollara mediante un intercambio y cesión de compromisos recíprocos para edificar un sistema donde los intereses de las partes estuviesen protegidos *erga omnes*, y donde se fomentase una negociación colectiva real, efectiva y de buena fe, sin que existiese la figura de un *primus inter pares*.

Este desequilibrio se observa en la configuración legal de la legitimación, apriorística y preferentemente atribuida a los representantes unitarios de los trabajadores (comités de empresa o delegados de personal) para la negociación de los convenios de empresa (ex artículo 87.1 ET), en lugar de a los representantes sindicales de los trabajadores, que si bien también están legitimados para la negociación de estos convenios a través de las secciones sindicales (siempre que las hubiese y estas sumen la mayoría de los miembros de los comités de empresa o delegados de personal de la empresa, ex artículo 87.1 segundo párrafo ET), cuando tradicionalmente han sido los protagonistas en los procesos de negociación colectiva. Ello implica, aunque no se prevea expresamente en la ley, que la negociación del convenio de empresa vaya a realizarse con aquellos representantes de los trabajadores que más cerca se encuentran del empresario y que por tanto, quienes mayores influencias pueden sufrir por parte de este. Esta influencia aumenta las posibilidades de cesión de intereses propios, en consecuente detrimento de los intereses del conjunto de los trabajadores y de adoptar medidas más favorables para quien, *supra omnia*, ejerce el poder de dirección frente a aquellos.

Finalmente, el artículo 84.2 ET contiene una disposición genérica en el apartado g) de las materias sobre las que tiene prioridad aplicativa el convenio de empresa: “g) Aquellas otras que

dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2”. Ello determina que: “Los acuerdos o convenios colectivos de ámbito estatal o autonómico ex artículo 83.2 ET puede ampliar, pero no reducir, las materias en las que tiene prioridad aplicativa el convenio colectivo de empresa. De este modo, la ley trata de garantizar un espacio autónomo de negociación, descentralizado en unidades empresariales, e inmune a las decisiones de estructuración de la negociación que pretendan adoptarse en unidades sectoriales o interprofesionales. Esta descentralización ha sido avalada por el TC en sus SSTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015 de 22 enero”²⁴.

2.4 Extensión de los efectos de la prioridad aplicativa del convenio de empresa

¿Es posible extender los efectos de la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al convenio colectivo cuando se trate de un convenio de ámbito inferior a la empresa?

La doctrina no es pacífica en esta cuestión y tampoco lo es la jurisprudencia del Tribunal Supremo, encontrando sentencias del Alto Tribunal en ambos sentidos. *A priori* y siguiendo una interpretación literal del precepto 84.2 ET, parece razonable afirmar que la prioridad aplicativa le es otorgada exclusivamente al convenio de empresa. En este sentido establece el artículo 84.2 segundo párrafo que: “Igual prioridad aplicativa tendrán en estas materias los convenios colectivos para un grupo de empresas o una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas a que se refiere el artículo 87.1”.

Así, resulta lógico pensar que si el legislador ordinario otorga prioridad aplicativa a los convenios colectivos de empresa, de grupos de empresas o pluralidad de empresas vinculadas por causas organizativas o productivas, la voluntad de este no es otra que determinar y diferenciar con claridad aquellos convenios “preferentes”, frente aquellos otros que no lo son, con independencia del razonamiento de que las unidades inferiores a la empresa forman parte de la misma. Pensar lo contrario redundaría en una descentralización y flexibilización interna de la empresa casi absoluta, dejando vacío de contenido no solo el derecho a la negociación colectiva *per se*, sino desbancando a cualquier sujeto legitimado ex lege distinto de los propios trabajadores de la correspondiente unidad productiva, que ni siquiera empresa.

²⁴ MERCADER UGUINA, J. R.; *Lecciones de Derecho del Trabajo*, op. cit, p. 851.

Por otro lado, no solo realizando una interpretación literal del precepto se llegaría a la conclusión de que los convenios colectivos con prioridad aplicativa son un *numerus clausus*, sino que además, no cabe olvidar que el artículo 84.2 ET ya es por sí mismo un precepto con naturaleza excepcional frente a la regla general del apartado primero que recoge la imposibilidad de concurrencia entre convenios. Así, considerar que los convenios aprobados en ámbitos inferior a la empresa consistirían una excepción, dentro de la excepción, con todas las consecuencias de inseguridad jurídica y dinamismo que ello acarrearía.

La extensión *ultra vires* de la prioridad aplicativa del convenio de empresa a unidades inferiores “haría desvanecer las posibilidades de negociación colectiva integral entre trabajadores de la empresa, aludiendo incluso a la protección del principio de igualdad entre trabajadores de la misma organización o al respeto del principio de unidad de empresa”²⁵. En este sentido resulta interesante mencionar dos sentencias del Tribunal Supremo que se pronuncian sobre esta materia.

La Sentencia 469/2015 de 18 de mayo de 2015 reza que: “En consecuencia con este planteamiento, la prioridad aplicativa del convenio de empresa se nos ofrece como una regla de concurrencia de orden público pero materialmente limitada: el convenio de empresa se aplica en las materias que se enumeran en el art. 84.2ET con independencia del convenio que exista a nivel no solo superior sino también inferior (...) En consecuencia, si la ley establece una preferencia aplicativa de la negociación colectiva en la que la unidad de fijación de las condiciones de trabajo es el concepto empresa (empresa, grupos de empresas, empresas vinculadas), esta unidad no puede, a su vez, ser desmembrada por la negociación colectiva empresarial en unidades privilegiadas inferiores de fijación de condiciones de trabajo (centro o centros de trabajo en una ciudad, provincia o provincias, Comunidad o Comunidades Autónomas...) con igual preferencia aplicativa. Sencillamente, ya no sería una empresa (grupo de empresa o pluralidad de empresas vinculadas) o el ámbito de la empresa, sino la parte de un todo. La ley no permite la sustitución de la parte por el todo y el todo, insistimos, es la empresa en sentido estricto o amplio (el grupo de empresas o la pluralidad de empresas vinculadas)”.

Y finalmente, STS número 404/2017 de 9 de mayo de 2017 recoge que: “Coincidimos aquí con los razonamientos de la sentencia recurrida, la cual acertadamente señala que el legislador no ha

²⁵ DE CASTRO MARTIN, E.; *La Prioridad Aplicativa del Convenio de Empresa del Art. 84. 2 ET: Puntos Críticos en la Jurisprudencia del Supremo*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2017, p. 59.

optado por generalizar la prioridad de los convenios inferiores sobre los de ámbito superior. Entendemos que del juego de los apartados 1 y 2 del art. 84 ET 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. Es más, 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 éstos últimos tendrían repercusión las mismas materias (...) A ello podemos añadir, por un lado, que cuando el legislador quiso ampliar la referencia aplicativa más allá de los convenios de empresa lo hizo expresamente ampliándola a los convenios “de grupo o grupo de empresas”, no haciéndolo respecto de unidades de negociación de ámbito inferior a la empresa”.

2.5 Análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional: STC 119/2014 de 16 de julio y STC 8/2015 de 22 de enero. Constitucionalidad o inconstitucionalidad del mecanismo de la prioridad aplicativa del convenio de empresa

Las SSTC 119/2014 de 16 de julio y la 8/2015 de 22 de enero son las dos sentencias más importantes del Tribunal Constitucional en materia laboral, pues analizan de forma pormenorizada el nuevo modelo de negociación colectiva aprobado por la reforma laboral del 2012 y resuelven un recurso de inconstitucionalidad presentado por Diputados de varios partidos políticos, pronunciándose acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del artículo 84.2 del Estatuto de los Trabajadores y la descentralización que este supone para el derecho preconizado *ex constitutione* en el artículo 37.1 de la *Carta Magna*.

Las tres grandes cuestiones que se discuten acerca de la negociación son: 1) la prioridad aplicativa de los convenios de empresa frente a los convenios de ámbito superior en una serie de materias; 2) la posible negociación de convenios de empresa en cualquier momento de la vigencia de los convenios de ámbito superior; 3) la indisponibilidad de la regla de la prioridad aplicativa por parte de los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos sectoriales, a los que se refiere el art. 83.2 LET y finalmente acerca del descuelgue, se discute 4) la inaplicación del convenio colectivo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción y la intervención decisoria de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

1º La prioridad aplicativa de los convenios de empresa frente a los convenios de ámbito superior en una serie de materias.

En nuestro ordenamiento jurídico, la CE no establece un modelo de negociación colectiva concreto y determinado, simplemente reconoce este derecho y le encarga a la Ley su garantía (a través de la regulación establecida en el Título III LET), establece los sujetos legitimados y/o titulares del derecho a la negociación colectiva, es decir, los representantes de los trabajadores y empresarios, así como establece la fuerza vinculante de los convenios colectivos.

En base a ello, a ojos del TC resulta totalmente válida cualquier tipo de regulación de la negociación colectiva, ya sea para otorgar prioridad aplicativa al convenio de empresa o al convenio colectivo sectorial, ya que en todo caso ambos convenios constituyen el resultado de la negociación colectiva, lo que implica que son fruto de un acuerdo alcanzado por los sujetos legitimados a tal fin.

Asimismo, se considera a la empresa como la unidad de negociación colectiva idónea para determinar las condiciones de trabajo, pues en definitiva, quienes van a aplicar los convenios colectivos van a ser las propias empresas. En otras palabras, una parte de la negociación colectiva gira entorno a la empresa y a sus necesidades, motivo por el cual se dota de prioridad aplicativa al convenio de empresa fruto de la correspondiente negociación entre los representantes unitarios o sindicales de los trabajadores y la empresa, frente al convenio colectivo de ámbito superior y negociado por los sindicatos y organizaciones empresariales más representativos en sus correspondientes ámbitos.

2º La posible negociación de convenios de empresa en cualquier momento de la vigencia de los convenios de ámbito superior.

Primeramente es necesario señalar que la legitimación de los convenios de empresa o de ámbito inferior es otorgada preferentemente a las secciones sindicales frente a la representación unitaria de los trabajadores (vía comités de empresa y delegados de personal), si bien ambos órganos de representación están legitimados para la negociación de los convenios de empresa o de ámbito inferior. La legitimación de los representantes unitarios de los trabajadores no conculca con la regulación constitucional, pues tal y como se ha mencionado anteriormente la CE no establece un modelo predeterminado de negociación colectiva, simplemente reconoce ese derecho y legitima a

los representantes de los trabajadores, con independencia de la naturaleza unitaria o sindical de los mismos.

Los convenios de empresa gozan de prioridad aplicativa frente a los convenios colectivos sectoriales sobre un catálogo determinado de materias, pero nada impide a los convenios sectoriales regular también sobre esas materias, sobre las que posteriormente los convenios de empresa gozarán de la prioridad aplicativa. Consecuentemente, todo aquello regulado por el convenio colectivo sectorial tendrá eficacia normativa y eficacia personal *erga omnes*, y por tanto se aplicará también a las empresas que carezcan de convenio colectivo propio, lo que indudablemente sucederá con un grandísimo número de empresas teniendo en cuenta que casi el 94% del tejido empresarial en España está formado por pequeñas y medianas empresas, que seguramente carezcan de representación unitaria o sindical para poder negociar sus propios convenios, quedando sujetas a los convenios colectivos sectoriales en vigor y dentro de su ámbito de aplicación.

3º La indisponibilidad de la regla de la prioridad aplicativa por parte de los acuerdos interprofesionales y convenios colectivos sectoriales, a los que se refiere el art. 83.2 LET y finalmente.

La Ley regula la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el convenio colectivo sectorial en un número determinado de materias, resultando en todo caso indisponible para las partes dicha prioridad aplicativa. Tampoco por los acuerdos interprofesionales puede disponerse sobre la prioridad aplicativa.

Ello encuentra su sentido en que se pretende facilitar la negociación colectiva de las condiciones de trabajo en el nivel más cercano de aplicación y el más adecuado a la situación real de las empresas, facilitando por tanto la flexibilidad interna y la descentralización de la negociación en aquellas materias en las que el legislador ordinario entiende que puede resultar más conveniente la acomodación de las necesidades de la empresa y sus trabajadores. No obstante, ello no implica que los acuerdos interprofesionales puedan establecer “cláusulas sobre la estructura de la negociación colectiva, fijando, en su caso, las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito” (ex artículo 83.2 ET).

En definitiva, la prioridad aplicativa del convenio de empresa encuentra su fundamento constitucional en el derecho al trabajo (ex artículo 35.1 CE), en el derecho a la libertad de empresa (ex artículo 38 CE) y en el fomento del empleo (ex artículo 40.1 CE), pues se establecen como objetivos necesarios “la defensa de la productividad y viabilidad de la empresa y, en última instancia, del empleo”, y es por todo ello que a ojos del TC la prioridad aplicativa “responde a una finalidad constitucionalmente legítima”.

Voto particular

Se formula un voto particular en ambas sentencias por el Magistrado Don Fernando Valdés Dal-Ré, quien se postula radicalmente contrario a la Sentencia principal dictada por el TC y al que se adhieren los Magistrados Doña Adela Asua Batarrita y Don Luis Ignacio Ortega Álvarez.

Respecto a esta materia, Don Fernando Valdés Dal-Ré basa su voto particular entorno al argumento esbozado por la sentencia principal respecto a la ponderación entre la negociación colectiva, como derecho inserto en la estructura del derecho a la libertad sindical y la libertad de empresa, en su vertiente de defensa de la productividad y el mantenimiento de la actividad empresarial.

La principal consecuencia derivada de la reforma legislativa del año 2012 ha sido la descentralización de la negociación colectiva y la correlativa pérdida de influencia de los órganos de representación sindical de los trabajadores y los órganos de representación de los empresarios más representativos (de ámbito estatal o autonómico) en la mesa de negociación de convenios colectivos, así como la afectación a la estructura misma de la negociación y al conflicto de concurrencia de convenios. Consecuentemente se produce una vulneración del derecho a la libertad sindical, ex artículo 28.1 CE, en tanto se limita el poder de actuación de los sindicatos, titulares exclusivos del derecho a la libertad sindical. Asimismo, en la medida en que el derecho a la negociación colectiva, ex artículo 37.1 CE, se considera inserto de la estructura del derecho a la libertad sindical, la prioridad aplicativa del convenio de empresa también produce una lesión del mismo.

El mecanismo de la prioridad aplicativa del convenio de empresa se erige en norma de derecho necesario absoluto. La dotación del carácter de norma de derecho necesario absoluto

implica la legitimación para la limitación de derechos fundamentales, en este caso del derecho fundamental a la negociación colectiva y del derecho a la libertad sindical *per se*. Dicha limitación (realizada por el legislador ordinario) se justifica por el deber de consecución de unos determinados objetivos de alcance o relevancia constitucional. Estos objetivos bien pueden ser i) la protección de un derecho que goce de la misma naturaleza que aquel que limita, es decir, la protección de un derecho constitucional, o ii) la protección del ordenamiento jurídico globalmente considerado, es decir, la protección de la seguridad jurídica.

El principal fundamento sobre el que el TC erige su fundamentación para defender la constitucionalidad de la prioridad aplicativa del convenio de empresa es el mantenimiento de la productividad, entendiendo el mismo dentro del derecho a la libertad de empresa (ex artículo 38 CE) y dentro del principio rector de la política económica de fomento del empleo (ex artículo 40.1 CE). En este sentido, “la invocación del art. 38 CE adquiere, cuando menos y formulado el juicio desde el lado empresarial, un sentido manifiestamente contradictorio y circular, pues, al parecer, sirve simultáneamente como fundamento constitucional tanto del ejercicio de la libertad de estipulación contractual colectiva como de la restricción y limitación de esta misma libertad”.

Realmente la prioridad aplicativa del convenio de empresa no cumple con ninguno de los objetivos anteriormente mencionados y que lo legitimarían para poder limitar derechos constitucionales, es decir, ni pretende proteger otros derechos, ni protege la coherencia del ordenamiento jurídico. En todo caso la atribución de prioridad aplicativa al convenio de empresa produce los efectos contrarios, pues ataca el sistema negocial de los representantes de los trabajadores y empresarios y ataca además la propia fuerza vinculante del convenio y ello sin existir otro derecho constitucional en juego, es decir, sin que se realice un verdadero y justo ejercicio de ponderación entre derechos, conculcando consecuentemente con la seguridad jurídica del sistema.

En palabras del Magistrado Don Fernando Valdés Dal-Ré: “la medida, en efecto, en que el juego de la tan citada prioridad comporta una alteración de los ámbitos de aplicación de toda índole (subjetivo, material y temporal, por mencionar los más significativos) del convenio colectivo al que quedó sujeta la empresa cuyo titular decide, a pesar de la existencia de una norma convencional ya en vigor, abrir un trato contractual con vistas a alcanzar un pacto cuyo único y verdadero objetivo es implantar unas condiciones salariales o de tiempo de trabajo menos favorables que las fijadas en el convenio de vigencia originaria, el precepto legal impugnado quiebra el principio de *stare pactis*,

que constituye una pieza central para un ordenado y equilibrado funcionamiento del sistema normativo de origen convencional”. Es decir, otro de los efectos de la prioridad aplicativa es la alteración y desolación de los ámbitos de aplicación del convenio y de las condiciones laborales (que ya estaban pactadas y que se encontraban en vigor), que pueden ser alterados de forma inmoderada, sin mayor impedimento, atacando directamente las bases sobre las que se erige el sistema de negociación colectiva (vía descomposición de la garantía del cumplimiento de las condiciones pactadas) e indirectamente, a las propias bases del Estado de Derecho y del sistema democrático de relaciones de trabajo en España.

Todo ello ha propiciado el fortalecimiento de la parte empresarial en el juego de la negociación, en claro detrimento de la parte trabajadora, eliminando la aspiración a alcanzar una igualdad real entre las partes en el ámbito de las relaciones de trabajo, produciéndose una completa asimetría de la autonomía negocial de los trabajadores en la balanza que representa -o que pretendía representar- la negociación colectiva en sus orígenes.

En suma, el mecanismo de prioridad aplicativa del convenio de empresa se erige en un verdadero óbice a la negociación colectiva y a la libertad sindical, pues se limita el pleno ejercicio de dichos derechos a los sujetos originariamente legitimados *ex constitutione* a tal fin y se restringe la acción sindical y por todo ello el Magistrado Don Fernando Valdés Dal-Ré entiende que debería haberse declarado inconstitucional este mecanismo y por lo tanto, haber sido anulado.

Opinión personal

Mediante la creación del mecanismo legal introducido por la reforma del 2012 que supone la prioridad aplicativa del convenio de empresa se introduce uno de los principales mecanismos de ataque frontal al derecho a la negociación colectiva, entendido tanto de forma autónoma, como de un derecho inserto en la estructura del derecho a la libertad sindical. Esta prioridad aplicativa se justifica al igual que lo hace el mecanismo de inaplicación del convenio, en el mantenimiento de la productividad de la empresa *supra omnia*, permitiendo incluso la restricción de derechos fundamentales en aras de mantener la actividad productiva de la empresa; productividad entendida como sinónimo de rentabilidad, más que de supervivencia.

El problema de la prioridad aplicativa del convenio de empresa no reside tanto en la naturaleza preferente de este convenio frente al convenio colectivo estatutario sectorial, sino en la posibilidad que otorga la Ley y que avala la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, de que el contenido del convenio de empresa pueda reformar *in peius* de los derechos y condiciones con las que ya contaban los trabajadores en el convenio colectivo vigente y al que deja sin efectos el nuevo convenio de empresa y que además puede entrar en vigor en cualquier momento de la vigencia de aquel.

Son varias las preguntas que pueden surgir con la lectura y estudio de las citadas sentencias, como ¿qué valor tiene la negociación colectiva y el convenio colectivo en España? ¿Por qué se utilizan criterios con un trasfondo político para regular o limitar el funcionamiento de derechos fundamentales? ¿Qué función tienen los sindicatos si su papel en la negociación colectiva lo pueden asumir, por mandato legal, los representantes unitarios de los trabajadores? O en otras palabras ¿por qué la Ley otorga a los representantes unitarios de los trabajadores funciones que la Constitución le otorga a los representantes sindicales?

La prioridad aplicativa del convenio de empresa constituye una fractura al principio de igualdad entre las partes en el ámbito de la negociación colectiva, ahondando en una profunda desigualdad y subvirtiendo el mandato constitucional de que el diálogo social entre las partes en esta materia fuese el idóneo para la consecución de acuerdos beneficiosos para todas las partes en negociación y sobretodo para dotar de dignidad a la condiciones y las relaciones de trabajo.

Mediante este instrumento jurídico pierde el sentido negociar convenios colectivos en cualquier ámbito superior al de la empresa, pues de nada sirve sentar a los agentes sociales y a la patronal en una mesa de diálogo si meses después estos últimos van a poder negociar en un ámbito inferior, un nuevo convenio colectivo o incluso el descuelgue de aquel convenio ya firmado, aprobado y en vigor. Asimismo la facultad que el legislador le otorga a las partes en esta materia permite o legitima la derogación unilateral de los convenios colectivos en vigor, que fueron libremente pactados y aprobados, redundando en la vulneración de “la obligación de promover procedimientos de negociación, no resultando conforme con el art. 6.2 de la Carta Social Europea”, en palabras del Comité de Libertad Sindical de la OIT.

Por otro lado, el legislador se asegura de fortalecer y dotar de un extraordinario poder al mecanismo de la prioridad aplicativa introduciendo la imposibilidad de las partes de disponer sobre dicha disponibilidad, convirtiéndose por tanto en una norma de derecho necesario absoluto y a su vez limitadora de derechos fundamentales.

No hay dudas al afirmar que los derechos fundamentales no son absolutos y que es común que se produzca una colisión entre varios de ellos, siendo el juez, titular del órgano jurisdiccional correspondiente, el encargado de resolver sobre la preeminencia de uno u otro derecho en el supuesto concreto. Lo que sucede en este caso es que se permite la restricción de un derecho fundamental sin existir otro derecho fundamental en conflicto; lo que hace el TC es superponer la productividad de la empresa (que casi se trata más de un principio rector de política social y económica) a la negociación colectiva, a la fuerza vinculante del convenio y a la libertad sindical *per se*. En otras palabras, se otorga prevalencia al interés privado de la empresa frente al interés colectivo que representa el derecho fundamental a la negociación colectiva y/o libertad sindical.

Esta idea se refleja perfectamente en el Informe emitido por el Consejo de Administración de la OIT, procedido de dictámenes del mencionado Comité de Libertad Sindical (conclusiones específicas, apartado 453), según el cual: “El Comité constata que la elaboración de procedimientos que favorecen de manera sistemática la negociación descentralizada de disposiciones derogatorias menos favorables que las disposiciones de nivel superior puede desestabilizar globalmente los mecanismos de negociación colectiva así como las organizaciones de empleadores y de trabajadores y debilita la libertad sindical y la negociación colectiva en violación de los principios consagrados en los Convenios núms. 87 y 98”.

Con todo ello se pone de manifiesto que es siempre la parte más débil quien paga las consecuencias producidas por los más fuertes y que en un Estado social y democrático de Derecho como el nuestro, no pueden ser los trabajadores los que continúan y sistemáticamente vean menoscabados sus derechos.

3. SEGUNDO MECANISMO: LA CONCURRENCIA ENTRE CONVENIOS

3.1 Introducción

La negociación colectiva parte de un presupuesto básico en su constitución, desarrollo y conclusión: la temporalidad del convenio colectivo. Las partes, bajo su deber de negociar de buena fe (ex artículo 89.1 ET), realizan cesiones recíprocas con el fin ulterior de obtener un convenio colectivo. “Cada una de las partes asume temporalmente unos compromisos y tiene por buenas las condiciones de trabajo contenidas en ellos: en función de una y otra cosa, se dota de estabilidad a las relaciones laborales y se asegura de algún modo la tregua respecto de las relaciones conflictivas entre las partes. Sin una temporalidad limitada no se podrían aceptar determinado tipo de compromisos”²⁶.

El artículo 86.1 del ET establece que son las partes negociadoras las responsables, en virtud de su autonomía colectiva, de determinar la duración y vigencia de los convenios colectivos que negocien. Rige, por tanto, una libertad casi absoluta de la autonomía colectiva respecto a la temporalidad del convenio colectivo.

Sin embargo, es posible que se originen conflictos entre convenios cuando se produce la concurrencia entre varios de ellos, con independencia de sus ámbitos de aplicación y naturaleza (ya sean estatutarios, extraestatutarios o de empresa). Para solventar esta cuestión se crea el artículo 84 ET, según el cual: “1. Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario, negociado conforme a lo dispuesto en el artículo 83.2, y salvo lo previsto en el apartado siguiente”.

Seguidamente en su apartado 2 se recoge la prioridad aplicativa del convenio de empresa, mecanismo que refleja la tendencia hacia la descentralización del sistema y que pone en jaque, en cierta medida, la fuerza vinculante de los convenios como ya ha sido expuesto. El artículo 84.2 reza así: “La regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá

²⁶ MERCADER UGUINA, J. R.; *Lecciones de Derecho del Trabajo*, op. cit, p. 827.

prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias”.

3.2 La concurrencia entre convenios: prohibición de concurrencia o pacto de no afectación

En el ordenamiento jurídico laboral rige “el principio general de no alterar lo dispuesto en un convenio por otro de ámbito distinto”²⁷, solo y exclusivamente durante el período de vigencia del mismo²⁸ y salvo pacto en contrario.

La prohibición de concurrencia entra en juego cuando se tratan de convenios colectivos con diferente ámbito de aplicación, pues entre convenios coincidentes en sus ámbitos de aplicación rige el principio general de modernidad²⁹, según el cual entre normas de idéntico rango se aplica con preferencia la más moderna y que deroga a la anterior en todo lo que resulte incompatible, es decir, palabras, el principio de modernidad implica que la norma posterior deroga la anterior en todo su contenido³⁰, salvo en lo compatible. Para ello es necesario que exista una identidad objetiva, una identidad personal y una identidad temporal³¹.

La concurrencia adquiere relevancia cuando la misma se produce por una diferencia en los ámbitos de aplicación, con independencia de la naturaleza de los convenios convergentes. Ello es así porque cuando se produce la concurrencia entre convenios estatuarios y extraestatuarios, rige el principio general del derecho de jerarquía normativa, preconizado *ex constitutione* en el artículo 9.3 de la *Carta Magna* y *ex lege* en el artículo 1.2 del CC³²; en la medida en que el convenio estatuario tiene fuerza normativa y se trata de una verdadera fuente del Derecho Laboral y el convenio

²⁷ PALOMEQUE LÓPEZ, M.; y otros, *Derecho del Trabajo*, op. cit, p. 203.

²⁸ STSJ País Vasco, de 26 de marzo de 2013 y STS de 2 de febrero de 2004: "La prohibición de concurrencia de convenios opera en el tiempo de vigencia de estos, pero no para el tiempo de ultraactividad".

²⁹ Artículo 2.2 del Código Civil: “2. Las leyes sólo se derogan por otras posteriores. La derogación tendrá el alcance que expresamente se disponga y se extenderá siempre a todo aquello que en la ley nueva, sobre la misma materia sea incompatible con la anterior. Por la simple derogación de una ley no recobran vigencia las que ésta hubiere derogado”.

³⁰ STS de 22 de diciembre de 2011: “Sean cuales sean las especialidades de las leyes, sobre las mismas prevalece el principio básico de nuestro sistema de fuentes: que cualquier norma jurídica puede ser derogada o modificada por cualquier otra norma posterior de igual o superior rango (principios de modernidad y jerarquía, conjuntamente), y a ello debemos atenernos”.

³¹ DE LA PUEBLA PINILLA, A.; y otros, *Esquemas de Derecho del Trabajo II. Derecho Sindical*, op. cit, p. 104.

³² Artículo 1.2 del Código Civil: “Carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior”.

extraestatutario cuenta con mera eficacia contractual, no cabe duda alguna de que el segundo se somete al primero en caso de conflicto. “Con independencia de que el artículo 84 ET no regula concurrencia de convenios estatutarios y extraestatutarios (por todas, SSTS 17 octubre 1994 y 14 febrero 1996), lo cierto es que, para la jurisprudencia y en razón al artículo 3.1 c) ET, el convenio extraestatutario no puede establecer condiciones menos favorables que el convenio estatutario”³³.

En los mismos términos se pronuncia la STS 18 febrero 2003, en virtud de la cual: “en el orden jerárquico de la relación laboral previsto en el artículo 3 ET, el puesto que corresponde al pacto colectivo extraestatutario será sin duda el tercero, es decir, después de las normas legales y reglamentarias y de los convenios colectivos de eficacia general, situándose al mismo nivel que el contrato de trabajo, aunque su ámbito subjetivo no sea individual propiamente dicho”.

Respecto a los efectos derivados de la prohibición de concurrencia o de no afectación entre convenios, la consecuencia no es la nulidad del convenio invasor, sino la inaplicación temporal del mismo, salvo supuestos excepcionales que requieran la nulidad total o parcial del convenio, por ejemplo, cuando conculcan con normas sustantivas de derecho necesario absoluto. En este sentido se pronuncia la STS de 8 de junio de 2005, según la cual: “El efecto derivado de la prohibición de concurrencia no debe ser la nulidad del convenio colectivo invasor, sino la declaración de su inaplicación temporal (...) o la ineficacia aplicativa, como declaró la Sala en sus sentencias de 27 de marzo de 2000 (...) o de mera inaplicabilidad en los términos de la sentencia 5 de junio del 2001”.

En conclusión, “la cláusula del art. 84.1 ET actúa, básicamente, como regla de solución en los siguientes supuestos de concurrencia: a) entre convenios verticales de carácter sectorial o de empresa y convenios horizontales o “franja”; b) entre convenios sectoriales anteriores, estatales o de ámbito inferior al autonómico, y convenios de ese mismo ámbito geográfico, posteriores; c) entre convenios sectoriales y convenios de empresa y d) entre convenios sectoriales estatales y convenios sectoriales autonómicos. En estos cuatro supuestos, la aplicación de esa regla no rige, sin embargo, conforme a criterios idénticos. En los dos primeros, la primacía aplicativa otorgada al convenio anterior es plena. En los dos últimos, en cambio, dicha primacía alcanza exclusivamente a aquellas materias para las que se ha mantenido en vigor la regla de la no-afectación; por una parte, las que no

³³ GARCÍA PERROTE, I.; *Manual de Derecho del Trabajo*, op. cit, p. 937.

entran en el catálogo enunciado en el párrafo primero del art. 84.2 ET y, de otro, las mencionadas en el listado del art. 84.4 de ese mismo texto legal”³⁴.

3.3 Excepciones a la regla general de prohibición de concurrencia. La previsión convencional y la prioridad aplicativa del convenio de empresa

La prohibición de concurrencia entre convenios tiene dos excepciones legalmente previstas en el propio artículo 84.1 ET: por un lado, la previsión de concurrencia en el propio convenio y por otro, la prioridad aplicativa del convenio de empresa del apartado 2.

Respecto a la previsión legal de concurrencia Mercader Ugina expone que: “Como puede ocurrir cuando el convenio anterior remite expresa o tácitamente al de ámbito distinto para completar su regulación (en el que se este se aplica, pero no por su propio imperio sino por integrar la ordenación del primero) o le cede el paso en el ámbito concurrente. No se trata, en estos casos, de excepciones a la regla de concurrencia, sino de simples casos de colaboración entre convenios”.

Respecto a la prioridad aplicativa del convenio negociado en el ámbito funcional de la empresa determina, como ya ha sido expuesto, la aplicación preferente de este convenio frente a otros de ámbito sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior respecto a un grupo de materias: a) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos, b) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones, c) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores, d) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa, e) Las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal, f) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

³⁴ GOERLICH PESET, J.M.; *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, op. cit, p. 1342.

4. TERCER MECANISMO: LA INAPLICACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO

4.1 Concepto legal

El artículo 82.3 ET reconoce explícitamente la eficacia *erga omnes* de los convenios colectivos regulados por el ET (refiriéndose a los convenios colectivos estatutarios que son los únicos que se crean en virtud de las reglas recogidas en el Título III del ET). Por ello, el procedimiento de inaplicación del convenio colectivo o de descuelgue del convenio colectivo, como es conocido tradicionalmente, constituye una excepción a esta regla de eficacia general (“sin perjuicio de lo anterior”, continúa estableciendo el artículo 82.3 del ET). Ahora bien, “a la hora de referirnos a la naturaleza jurídica de la institución, debemos tener presente que el resultado del proceso negociador en que va a consistir el descuelgue va a poder serlo como consecuencia de un acuerdo alcanzado entre las partes negociadoras en el denominado período de consultas, pero también como resultado de un acuerdo alcanzado en las sucesivas fases del procedimiento en la denominada “gestión del desacuerdo”: bien ante la comisión paritaria del convenio colectivo, bien en el seno de los órganos de solución autónoma de conflictos creados mediante acuerdos estatales o autonómicos ex art. 83 ET. A mayor abundamiento, el propio convenio podría haber regulado su propio procedimiento para la solución de la discrepancia ex art. 85.1 c. ET, posibilidad ésta que no debe pasar desapercibida tal y como nos recuerda el propio Tribunal Constitucional en el enjuiciamiento sobre la constitucionalidad de la decisión arbitral en la última fase del procedimiento”³⁵.

Luego la inaplicación del convenio colectivo es una manifestación de la autonomía colectiva, dentro del ámbito funcional de la empresa, pues esta inaplicación debe producirse como resultado de un proceso de negociación o acuerdo entre ambas partes de la relación jurídica laboral, es decir, entre los trabajadores a través de sus representantes y el empresario, por sí o por medio de sus representantes.

El mecanismo de inaplicación o descuelgue del convenio colectivo se trata verdaderamente de una herramienta jurídica de inmenso poder, que recae en manos del empresario y que debilita en gran medida la fuerza vinculante del convenio, en tanto en cuanto faculta al titular del poder de

³⁵ DE CASTRO MARÍN, E.; *El “descuelgue” del convenio colectivo*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2016, p. 28.

dirección (en su vertiente de *ius variandi*) para inaplicar un convenio colectivo, ya sea sectorial o de empresa, por él firmado, afectando directamente a la negociación colectiva en sí misma considerada. En este sentido se pronuncia Álvarez de la Rosa, quien reza que: “a partir de la reforma introducida en el Estatuto de los Trabajadores por el Real Decreto Ley 3/2012, la negociación colectiva tiene su eje principal en la empresa y así será mientras no se derogue la norma que lo regula, el artículo 83.2 LET”³⁶.

4.2 Causas motivadoras de la inaplicación del convenio

Los motivos que puede esbozar la parte empresarial para proceder a la inaplicación o descuelgue de uno o varios convenios colectivos en vigor, cualesquiera que fuere su ámbito de aplicación, se encuentran taxativamente regulados en el artículo 82.3 del ET y estas son: causas económicas, técnicas, organizativas o de producción (las comúnmente conocidas como causas ETOP, que son aquellas que además permiten, entre otras cosas, la suspensión del contrato de trabajo y la reducción de la jornada en los términos del artículo 47 ET, o que fundamentan el despido colectivo del artículo 51 ET o el despido objetivo del artículo 52 c) ET)³⁷.

Las materias que pueden verse afectadas por la inaplicación del convenio, en los términos del referido artículo 82.3 de ET son: a) jornada de trabajo, b) horario y distribución del tiempo de trabajo, c) régimen de trabajo a turnos, d) sistema de remuneración y cuantía salarial, e) sistema de trabajo y rendimiento, f) funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39 y g) mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social³⁸.

Como contramedida o medida de cortafuegos a esta amplia facultad legal del empresario, el ET regula las causas que podrían dar lugar al uso del mentado mecanismo de inaplicación, tratándose de una lista limitada o de *numerus clausus*. La doctrina es pacífica a la hora de conceptualizar el sentido de las causas E.T.O.P, no presentando la jurisprudencia ninguna duda al respecto.

³⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M.,; y otros, *Derecho del Trabajo*, op. cit, p. 218.

³⁷ GARCÍA PERROTE, I.; *Manual de Derecho del Trabajo*, op. cit, p. 978

³⁸ GOERLICH PESET, J.M.,; *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2016, p. 1301.

Según el ET, se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante dos trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción, y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado.

Por otro lado, el legislador vuelve a configurar una medida de contención frente al descuelgue del convenio colectivo y recoge la necesidad de que exista acuerdo entre la empresa los representantes de los trabajadores, así como la necesidad de que se abra un periodo de consultas previo, en los términos del artículo 41.4³⁹, para inaplicar las condiciones de trabajo previstas en el convenio colectivo aplicable a la empresa. En este sentido, “el artículo 7.6 LISOS considera infracción grave la modificación de las condiciones sustanciales de trabajo impuesta unilateralmente por el empresario sin acudir al procedimiento legalmente previsto, bien sea el de modificación sustancial de condiciones de trabajo (artículo 41 ET), bien sea el de descuelgue del convenio colectivo (artículo 82.3 ET)”⁴⁰.

³⁹ Artículo 41.4 ET: “Sin perjuicio de los procedimientos específicos que puedan establecerse en la negociación colectiva, la decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter colectivo deberá ir precedida de un periodo de consultas con los representantes legales de los trabajadores, de duración no superior a quince días, que versará sobre las causas motivadoras de la decisión empresarial y la posibilidad de evitar o reducir sus efectos, así como sobre las medidas necesarias para atenuar sus consecuencias para los trabajadores afectados. La consulta se llevará a cabo en una única comisión negociadora, si bien, de existir varios centros de trabajo, quedará circunscrita a los centros afectados por el procedimiento. La comisión negociadora estará integrada por un máximo de trece miembros en representación de cada una de las partes”.

⁴⁰ MERCADER UGUINA, J. R.; *Lecciones de Derecho del Trabajo*, op. cit, p. 824.

4.3 Efectos jurídicos del descuelge del convenio colectivo: inaplicación del principio *pacta sunt servanda*, aplicación *sui generis* del principio *rebus sic stantibus* y vulneración del principio de seguridad jurídica

Una vez se abre el período de consultas y se desarrolla el mismo por los sujetos legitimados a tal fin, pueden darse dos situaciones: a) que el período de consultas finalice con acuerdo o b) que finalice sin acuerdo⁴¹. En el primer caso, opera una presunción *iuris tantum* de concurrencia efectiva de las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción y por ende solo podrá ser impugnado el acuerdo ante la jurisdicción social si media fraude, dolo, coacción o abuso de derecho en su conclusión. En el segundo caso, se podrá abrir un procedimiento de desbloqueo ante la comisión del propio convenio, o ante la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos.

Continúa el artículo 82.3 estableciendo que "el acuerdo deberá determinar con exactitud las nuevas condiciones de trabajo aplicables en la empresa y su duración, que no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa".

Un análisis pormenorizado de la expresión "no podrá prolongarse más allá del momento en que resulte aplicable un nuevo convenio en dicha empresa" permite concluir que mediante la misma, lo que realmente está otorgando el legislador es una oportunidad de inaplicar el convenio colectivo más allá del tiempo en el que concurren las causas motivadoras de tal inaplicación, es decir, produciéndose una ultraactividad *sui generis* del descuelge del convenio colectivo.

Son cuatro los principios que se ven implicados y/o afectados mediante la inaplicación del convenio colectivo. Por un lado, el principio *pacta sunt servanda*, por otro lado el principio *rebus sic stantibus* y finalmente el principio de seguridad jurídica, que impera en todo el ordenamiento jurídico.

El principio *pacta sunt servanda* se puede definir como aquel por el cual las partes deben cumplir con lo pactado ("los pactos deben cumplirse"), y se trata de un principio que se encuentra presente en todo el ordenamiento jurídico. Asimismo, es un principio que se encuentra íntimamente relacionado con la buena fe y la seguridad jurídica, pues el incumplimiento de aquel implica el

⁴¹ DE LA PUEBLA PINILLA, A.; y otros, *Esquemas de Derecho del Trabajo II. Derecho Sindical*, op. cit, p. 105.

correlativo cumplimiento de los otros. Este principio encuentra su encaje legal en los artículos 1091 y 1258 del CC, principalmente y su contravención implica la nulidad o anulabilidad del negocio jurídico pactado.

A pesar de que el convenio colectivo estatuario ostenta eficacia normativa y se trata de una verdadera fuente del derecho Laboral, lo cierto es que el principio de *pacta sunt servanda* opera de forma *sui generis* respecto de su funcionamiento en el Derecho Privado, pues un convenio colectivo, al igual que el contrato, consiste en un acuerdo de voluntades por medio del cual las partes libremente pactan una serie de condiciones y que en este ámbito trascenderá a las condiciones de trabajo y al mercado laboral en general, y que por tanto, la inaplicación de estas condiciones implica necesariamente la vulneración del principio *pacta sunt servanda*, en la medida en que la inaplicación del convenio, como ha sido expuesto con anterioridad, constituye un mecanismo de no aplicación de lo pactado originariamente por las partes legitimadas.

La principal excepción al principio *pacta sunt servanda* se instrumentaliza a través del principio *rebus sic stantibus*. La jurisprudencia del TS se refiere al principio *rebus sic stantibus* como “la alteración de las circunstancias que puede provocar la modificación o, en último término, la resolución de un negocio jurídico, ha de ser de tal magnitud que incremente de modo significativo el riesgo de frustración de la finalidad del mismo” (por todas, STS 791/2020).

Realmente la inaplicación del convenio no denota una lesión del principio *rebus sic stantibus*, mas una aplicación *sui generis* del mismo⁴² en la medida en que permite el mantenimiento de las condiciones modificadas alcanzadas en el período de consultas de inaplicación del convenio, incluso en el supuesto de que desapareciesen las causas motivadoras de dicha inaplicación, es decir, incluso cuando las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción hubieren desaparecido, produciéndose una ultraactividad *sui generis* de este principio y por ende, un fraude legalmente consentido y un ataque directo al espíritu con el que dicho principio

⁴² STS 25/2011, de 28 de septiembre de 2011: “La cláusula ‘rebus sic stantibus’ no se puede aplicar ‘cuando las obligaciones han sido pactadas en Convenio colectivo, pues tal institución es impredecible de las normas jurídicas y el pacto colectivo tiene eficacia jurídica normativa ex. Art. 37.1 CE’, de suerte que nunca alcanzaría a justificar la supresión o modificación del mismo por unilateral voluntad de la empresa”.

ha sido creado⁴³ que no es otro que permitir la modificación de las condiciones de trabajo cuando cambian las circunstancias para adaptar así el convenio correspondiente a la situación vigente de la empresa en cada momento.

Por tanto, a través del mecanismo de la inaplicación del convenio, el empresario puede regular *in peius* las condiciones de trabajo de los trabajadores de la empresa que previamente tenían reconocidas “a mejor” en el convenio que ha resultado inaplicado (autodescuelgue en el caso de inaplicarse un convenio de empresa), produciéndose, como ya ha sido mencionado, una ultraactividad del mecanismo de inaplicación hasta el límite temporal fijado *ex lege*, esto es, hasta que sea de aplicación otro convenio y no en el momento mismo en el que desaparezcan las causas que motivaron la apertura del período de consultas entre los representantes de los trabajadores y el empresario y permitieron alcanzar un acuerdo de inaplicación del convenio en vigor.

Asimismo y en tercer lugar, la inaplicación del convenio ataca directamente el ámbito temporal del convenio y período de vigencia pactada, y consecuentemente altera el normal funcionamiento de la negociación colectiva y del convenio colectivo *per se*. En relación a la afectación al ámbito temporal del convenio cabe hacer mención a la STS 57/2019, según la cual la inaplicación del convenio no puede ser retroactiva; la STS 99/2019 de 7 de febrero establece, por su parte, que la inaplicación del convenio se puede ejecutar respecto de un convenio ultraactivo.

Finalmente y en cuarto lugar, la vulneración de todos los principios anteriormente citados ocasiona necesariamente una vulneración del principio de seguridad jurídica, en tanto que se produce una descentralización y un dinamismo casi absoluto de la negociación colectiva, desembocando en una inestabilidad que aflora e incide directamente en las relaciones jurídico-laborales.

En suma, la creación del mecanismo de inaplicación o descuelgue del convenio colectivo produce, en detrimento del derecho a la negociación colectiva previsto *ex constitutione*, la pérdida de la naturaleza vinculante del convenio colectivo, provocando una situación de inestabilidad en

⁴³ Exposición de Motivos al Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, primer párrafo, apartado segundo: “La reforma laboral que recoge este Real Decreto Ley es completa y equilibrada y contiene medidas incisivas y de aplicación inmediata, al objeto de establecer un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones laborales y que facilite la creación de puestos de trabajo, así como la estabilidad en el empleo que necesita nuestro país”.

cuanto a negociación colectiva se refiere y que genera el desequilibrio en la balanza que la *Carta Magna* pretendía evitar cuando se plasmó la creación del derecho de negociación colectiva en la misma. Asimismo, contraviene los principios de la OIT, quien también recoge esta idea: “Si la negociación colectiva sigue revistiendo tanta importancia en el siglo XXI es por las posibilidades que ofrece, al ser un instrumento potente para lograr un compromiso entre los empleadores y los trabajadores con objeto de atender las preocupaciones económicas y sociales. Puede reforzar la voz de las partes débiles y reducir la pobreza y las desventajas sociales. Estos objetivos pueden alcanzarse mediante la negociación colectiva para atenderlas necesidades de las partes y promover acuerdos voluntarios que permitan sostener el bienestar de las personas y las empresas”⁴⁴.

4.4 Diferencia entre la inaplicación y la revisión del convenio

La utilización de la herramienta de la inaplicación frente a otras alternativas con las que cuenta el empresario denota, y pone de relieve el privilegiado papel que este juega en el marco de la negociación colectiva, observándose una rotura del principio de igualdad o neutralidad entre partes en la medida en que se crean mecanismos legales que influyen directamente en la balanza y que producen como resultado la inestabilidad de la misma, en aras de la defensa de la descentralización, para adaptar así y en todo momento, las necesidades con las que cuenta la empresa a la situación económica general.

Hablamos, en este sentido, de la revisión del convenio colectivo fijado en el artículo 86.2 ET *in fine*, según el cual: “Durante la vigencia del convenio colectivo, los sujetos que reúnan los requisitos de legitimación previstos en los artículos 87 y 88 podrán negociar su revisión”.

La revisión consiste en un nuevo examen del convenio colectivo en vigor⁴⁵, para adaptar, en su caso, las modificaciones que fuesen necesarias, con el fin ulterior de adaptar las necesidades de la empresa a la situación económica coyuntural en cada momento. Esa herramienta permitiría evitar a las partes representadas en la relación laboral acudir al mecanismo de inaplicación, en el caso en el que la empresa sufriese alguna de las circunstancias que le autorice *ex lege* a inaplicar aquel, es

⁴⁴ Organización Internacional del Trabajo. *Libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva*, accedido desde: <https://www.ilo.org/declaration/principles/freedomofassociation/lang-es/index.htm>

⁴⁵ STC 73/1984, 184/1991, 213/1991: “La llamada revisión no es otra cosa que la nueva negociación de un grupo homogéneo de materias”.

decir, la revisión se erige en vía alternativa para reexaminar las condiciones de trabajo y demás cuestiones previstas en el convenio colectivo correspondiente, sin necesidad de proceder a la inaplicación del convenio aunque concurriesen causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

Mercader Ugina expone que: “La revisión del convenio colectivo supone una actividad, llevada a cabo por los firmantes del convenio o sus representantes, con la finalidad de adaptar o actualizar los contenidos convencionales en base a la delegación existente en el propio acuerdo. Típicamente, con la finalidad de evitar posibles pérdidas de poder adquisitivo de los trabajadores, los firmantes incluyen en sus acuerdos cláusulas de revisión salarial de tipología diversa”⁴⁶.

Por otro lado, García Perrote realiza la siguiente afirmación al referirse a la revisión del convenio: “Al tratarse de establecer nuevas previsiones convencionales, y no meramente aplicar o interpretar las existentes, la negociación de esos nuevos contenidos tiene que estar abierta a todos los legitimados para negociar el convenio colectivo y no puede ceñirse a las partes firmantes del convenio que integrarán su comisión paritaria”⁴⁷.

Finalmente, De Castro Martín distingue con claridad la figura de la revisión ante tempus y el mecanismo de descuelgue del convenio, según el cual: “Así, mientras que en la negociación anticipada del convenio colectivo antes de su duración inicialmente convenida el producto negocial se sustituye íntegramente por otro nuevo, que podrá disponer del mismo en los términos que se pacten, en el descuelgue el convenio colectivo continúa vigente, adaptándose de manera temporal en alguna de sus condiciones para adecuarse a las exigencias empresariales habilitantes”⁴⁸.

En conclusión, el mecanismo de revisión *ante tempus* del convenio colectivo sirve para otorgar al texto convencional una mayor contemporización y adecuación a la situación económica del momento, en aquellos elementos en los que el convenio es más sensible al paso del tiempo.

⁴⁶ MERCADER UGUINA, J. R.; *Lecciones de Derecho del Trabajo*, op. cit, p. 828.

⁴⁷ GARCÍA PERROTE, I.; *Manual de Derecho del Trabajo*, op. cit, p. 988

⁴⁸ DE CASTRO MARÍN, E.; *El “descuelge” del convenio colectivo*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2016, p. 218.

4.5 La intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, ¿arbitraje obligatorio?

Dispone el artículo 82.3 *in fine* ET que: “Cuando el periodo de consultas finalice sin acuerdo y no fueran aplicables los procedimientos a los que se refiere el párrafo anterior o estos no hubieran solucionado la discrepancia, cualquiera de las partes podrá someter la solución de la misma a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos cuando la inaplicación de las condiciones de trabajo afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos. La decisión de estos órganos, que podrá ser adoptada en su propio seno o por un árbitro designado al efecto por ellos mismos con las debidas garantías para asegurar su imparcialidad, habrá de dictarse en plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos. Tal decisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en periodo de consultas y solo será recurrible conforme al procedimiento y en base a los motivos establecidos en el artículo 91”.

En primer lugar, del artículo se desprende que la intervención de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (en adelante CCNCC) solo se producirá en aquellos casos en los que el período de consulta para la inaplicación del convenio finalice sin acuerdo entre los representantes unitarios de los trabajadores o sindicales en su caso, y el empresario o sus representantes.

En segundo lugar, la intervención de la CCNCC se reserva para aquellos supuestos en donde no resulten de aplicación el resto de procedimientos previstos a lo largo del artículo 82.3 (actuación de la comisión paritaria del convenio principalmente), o cuando aún siendo de aplicación, finalicen con un acuerdo insuficiente para solventar la discrepancia originada.

En tercer lugar, se atribuye la legitimación para plantear la cuestión a la CCNCC a cualquiera de las partes intervinientes, entendiendo como tal a los representantes unitarios de los trabajadores, o sindicales en su caso, y el empresario o sus representantes. Por tanto, el mecanismo previsto en este apartado será de aplicación con la mera solicitud de una de las partes, sin que sea necesaria una manifestación de voluntad a favor de la otra.

En cuarto lugar, el legislador delimita con claridad los supuestos en los que será posible acudir a este procedimiento y que por tanto podrá operar la CCNCC, reseñándose para los supuestos de inaplicación de condiciones de trabajo, siempre y cuando esta afectase a centros de trabajo de la empresa situados en el territorio de más de una comunidad autónoma, o a los órganos correspondientes de las comunidades autónomas en los demás casos.

En quinto lugar, una vez se incoe el procedimiento de intervención de la CCNCC esta resolverá acerca de la controversia planteada, de forma imparcial e independiente, bien por sí misma (en su propio seno), o mediante la designación de un árbitro a tal efecto con las mismas garantías por ella. Esta decisión que deberá ser proporcionada, razonada y fundamentada, deberá dictarse en un plazo no superior a veinticinco días a contar desde la fecha del sometimiento del conflicto ante dichos órganos.

Finalmente y en sexto lugar, se otorga fuerza vinculante a la decisión emanada de la CCNCC, desplegando eficacia jurídica y general o *erga omnes*, como si de un convenio alcanzado en período de consultas se tratara, siendo recurrible en los términos del artículo 91 ET.

4.6 Constitucionalidad o inconstitucionalidad del mecanismo de inaplicación del convenio colectivo

Respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad del procedimiento de inaplicación del convenio colectivo por causas E.T.O.P, por la posible vulneración a la fuerza vinculante del convenio ex artículo 37.1 CE, al tratarse de un procedimiento en el que se permite la intervención de un tercero, en este caso la CCNCC, y cuya decisión podrá acordar la inaplicación definitiva de un convenio colectivo, se pronuncia el Tribunal Constitucional en dos importantes sentencias: la STC 119/2014, de 16 julio y la 8/2015, de 22 de enero. Son seis los argumentos que da el Tribunal Constitucional para considerar constitucional el mecanismo de inaplicación del convenio y la intervención de la CCNCC:

1º. La no existencia un modelo cerrado de negociación colectiva en España

Resultaría incorrecto afirmar que, cuando el constituyente reconoce que “la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y

empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios” está reconociendo un modelo de negociación colectiva predeterminado (y al que estaría vinculado el legislador ordinario). La CE simplemente reconoce el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios colectivos, dejando su regulación al legislador ordinario, al mismo tiempo en el que le atribuye la función de garantista del mismo.

Consecuentemente el convenio colectivo, pese a tratarse de una verdadera fuente normativa en el ordenamiento jurídico laboral y manifestación de la autonomía colectiva de los sujetos legitimados *ex lege*, queda sometido al imperio de la Ley.

2º. Causas tasadas que permiten la inaplicación

El mecanismo de inaplicación del convenio colectivo debe realizarse sobre un conjunto de materias concretas y determinadas, no pudiendo solicitarse una inaplicación genérica del convenio; depende de la existencia de limitaciones causales (causas E.T.O.P) y materiales, pues solo se permite para el catálogo de materias reguladas en el artículo 82.3 ET.

Desde la perspectiva de la eficacia personal de los convenios, en el caso de descuelgue en convenios colectivos sectoriales, la inaplicación del mismo vía resolución obligatoria de la CCNCC (a través del arbitraje) o en su caso del órgano autonómico correspondiente, se circunscribe solamente a aquellas empresas en las que existan las causas de inaplicación. Por ende, la fuerza vinculante del convenio no se altera para el resto de empresas en las que sea de aplicación el convenio a inaplicar (al encontrarse dentro de sus ámbitos de aplicación) y en la que no concurren las causas de inaplicación.

3º. La limitación temporal del mecanismo de inaplicación y subordinación a la autonomía colectiva

El principal límite legal que encuentra el mecanismo de inaplicación del convenio es su límite temporal, no pudiendo mantenerse la inaplicación una vez desaparezcán las causas que la motivaron. En este sentido, “la decisión arbitral de inaplicación tiene, pues, una eficacia temporal limitada, cediendo en todo caso ante un nuevo fruto de la autonomía colectiva aplicable en la empresa”.

4°. La CCNCC como organismo independiente

Según la disposición adicional novena del ET, la CCNCC es un “órgano colegiado, adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social a través de la Dirección General de Empleo, de carácter tripartito y paritario e integrado por representantes de la Administración General del Estado, así como de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas”.

De este modo se garantiza que se encuentren representados todos los intereses en conflicto, es decir, los intereses de la parte empresarial y los intereses de la parte trabajadora y finalmente se compone también de representantes del Estado garantizando así la independencia e imparcialidad en su funcionamiento y resolución y garantizando la “igualdad de armas” entre las partes.

5°. El carácter subsidiario del procedimiento de la CCNCC

La intervención de la CCNCC se produce en defecto de acuerdo entre las partes y ante la imposibilidad de continuar por medio de los mecanismos de resolución de conflictos previstos en la Ley. Una vez se someta el conflicto a la CCNCC, esta resolverá por medio de un árbitro por ella designado o por sí misma, siendo en todo caso necesario el consenso de sus miembros. Se garantiza así el carácter subsidiario del procedimiento de la CCNCC y se permite el posterior control jurisdiccional del laudo arbitral que en su caso se dicte.

La Ley fija un orden de prelación a la hora de resolver el conflicto entre las partes, debiendo acudir primeramente a la propia autonomía colectiva de las partes (representantes de los trabajadores: secciones sindicales, comités de empresa o delegados de personal; y el empresario por sí mismo o por medio de sus representantes); en caso de desacuerdo, resolverá la propia comisión paritaria del convenio; en su defecto, se acudirá “medios de autocomposición fijados mediante la autonomía colectiva”. Una vez agotadas todas estas vías se podrá someter la discrepancia a la CCNCC, cuya intervención opera como *ultima ratio* para la resolución del conflicto. En suma, la Ley prioriza la resolución de la discrepancia originada por la inaplicación del convenio colectivo a través de la propia autonomía colectiva de los representantes trabajadores y los empresarios.

6º. El control judicial de la decisión de la CCNCC

Se legitima la intervención de la CCNCC y su resolución final a través de laudo arbitral bajo el argumento de que la Ley prevé y permite un control jurisdiccional pleno sobre dicha resolución definitiva y por tanto se entiende que dicho mecanismo es constitucional.

Esta idea la recoge el TC en su argumentario de manera clara y precisa: “el art. 82.3 ET, párrafo octavo, somete expresamente la decisión arbitral de la CCNCC o del órgano autonómico correspondiente a un control judicial que no se limita a aspectos externos o procedimentales; se extiende también a aspectos de fondo del asunto objeto de la decisión o arbitraje, pues más allá del enjuiciamiento sobre el cumplimiento de los requisitos y formalidades del desarrollo de la actuación arbitral, así como de la valoración sobre el carácter ultra vires de la resolución emitida, la revisión por parte de los órganos judiciales alcanza también a impugnaciones fundadas, no sólo en motivos de lesividad a terceros, sino también de ilegalidad, sin establecerse precisiones respecto a esta última causa”.

Voto particular

Se formula un voto particular en ambas sentencias por el Magistrado Don Fernando Valdés Dal-Ré, quien se postula radicalmente contrario a la Sentencia principal dictada por el TC y al que se adhieren los Magistrados Doña Adela Asua Batarrita y Don Luis Ignacio Ortega Álvarez.

Respecto a esta materia, Don Fernando Valdés Dal-Ré basa su voto particular entorno al argumento esbozado por la sentencia principal respecto a la ponderación entre la negociación colectiva, en su vertiente de inaplicación del convenio colectivo y la libertad de empresa, en su vertiente de defensa de la productividad y el mantenimiento de la actividad empresarial.

La libertad de empresa, al igual que el resto de derechos de rango constitucional no son absolutos y efectivamente admite ponderación. Sin embargo, la libertad de empresa del artículo 38 CE no abarca toda regulación que tenga incidencia o repercusión en el ámbito empresarial, es decir, no todo ataque al interés empresarial cuenta con el amparo constitucional del artículo 38.

El artículo 38 CE lo que protege es la denominada “actividad económica de mercado”, que engloba tanto la libertad de iniciativa y las condiciones de la actividad en el mercado, el resto de elementos que queden subsumidos en el interés empresarial, pero que queden fuera de la libertad de iniciativa y las condiciones de la actividad en el mercado no estarán amparados por el artículo 38.

En otras palabras, el artículo 38 abarca la regulación de la economía de mercado y las vías ordenación de la misma y no “las fuentes de la relación laboral, el patrimonio jurídico de los trabajadores o los límites del legislador laboral al incidir en derechos fundamentales de los trabajadores y sus organizaciones; como tampoco en los del empresario (por ejemplo, en cuanto titular del derecho a la negociación colectiva)”.

Por otro lado, el argumento esbozado por el TC para defender la constitucionalidad del mecanismo de inaplicación del convenio colectivo, que no es otro que el mantenimiento de la productividad de la empresa para evitar así “la extinción de puestos de trabajo” y conservar así el empleo constituye, según el Magistrado Don Fernando Valdés Dal-Ré, “una novedosa interpretación de la medida legal aquí cuestionada, expresiva de un ejercicio de “ingeniería jurídica” que carece, sin embargo, del menor apoyo no ya solo ni tanto en la legalidad constitucional sino, más lisamente, en la propia legalidad ordinaria”, pues se le otorga facultades limitativas de verdaderos derechos constitucionales a principios rectores de la política económica, aunque sea de forma implícita.

Sin duda alguna, para que exista una regulación y normas de naturaleza laboral es necesaria la idea primigenia de que primero debe existir trabajo al que aplicarle dichas normas, por ello es necesario que existan principios rectores que impulsen la política económica en España y alienten a mejorar la productividad de las empresas; es bueno que el funcionamiento e impulso de las empresas, de su productividad, rentabilidad y competitividad sea un objetivo de nuestro ordenamiento jurídico, pues de ello dependerá consecuentemente la existencia de relaciones de trabajo.

Sin embargo, lo que no puede permitirse en un Estado social y democrático de Derecho al amparo de la libertad de empresa, es limitar intereses colectivos para satisfacer intereses privados, es decir, no puede articularse un sistema en el que las empresas puedan decidir en cada momento de

su “vida empresarial” las medidas de calado económico-laboral que están dispuestas a aplicar para acomodarlas así a sus necesidades particulares y poder alcanzar los objetivos de crecimiento económico previstos en sus planes de crecimiento, pues generalmente, ello se produce en detrimento de las condiciones laborales de los trabajadores, de sus derechos y por tanto en los derechos de todos, pues en esa tarea de adaptación se ven inmersos derechos de calado constitucional y principios informadores de todo el ordenamiento jurídico como es la seguridad jurídica.

Según Valdés Dal-Ré: “es evidente que las fórmulas de composición del conflicto colectivo de intereses o, más en general, de la conflictividad laboral, no pueden ser enjuiciadas desde una perspectiva constitucional, conforme acomete la Sentencia de mi discrepancia, con arreglo a cánones de mera utilidad, funcionalidad o eficiencia para la satisfacción de determinados objetivos, sean estos la pacificación social, el desarrollo económico o la mejora de los indicadores de competitividad o productividad de la empresa, por citar algunos ejemplos significativos. El problema de aquellas fórmulas no puede valorarse, en suma, a la luz de concretas opciones políticas sino, y ello es bien diferente, en atención y consideración a las consecuencias jurídicas que la consagración constitucional del derecho a la negociación colectiva lleva aparejadas”.

Finalmente cabe destacar que la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los mecanismos legales de resolución extrajudicial de conflictos a través de laudos de obligado cumplimiento ya fueron resueltos por la la STC 11/1981, declarando la inconstitucionalidad de los mismos. Asimismo, “la jurisprudencia constitucional entendió que la decisión administrativa obligatoria para resolver cualquier desacuerdo nacido de un proceso de renovación o modificación negocial de condiciones de trabajo no resultaba constitucionalmente aceptable por carecer de los más elementales motivos justificativos de la restricción impuesta al derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE)”.

Opinión personal

Respecto a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del mecanismo de inaplicación del convenio colectivo y el arbitraje obligatorio de la CCNC, se comprueba que el TC avala la constitucionalidad de los mismos, pese a la existencia del mentado voto particular formulado por el Magistrado Don Fernando Valdés Dal-Ré.

No obstante, la descentralización de la negociación colectiva pretendida desde la reforma de 1994, hasta la reforma del 2012 ha permitido la dotación de numerosos mecanismos a las unidades productivas, organizadas en forma de empresa, para inaplicar el convenio colectivo en vigor, ya sea en todo o en parte. Inicialmente era necesario alcanzar un acuerdo entre las partes legitimadas para proceder al descuelgue del convenio y en caso de no alcanzarlo, no era posible proceder a dicho descuelgue. Sin embargo, una vez aprobada la reforma laboral de 2012 se permite la inaplicación del convenio colectivo aún sin acuerdo entre las partes legitimadas, a través de la creación del procedimiento de la CCNCC.

Se observa así que la intervención de la CCNCC constituye un mecanismo de resolución extrajudicial del conflicto, articulado a través del arbitraje, siendo este de carácter obligatorio para las partes en desacuerdo y que no son capaces de poner fin a la desavenencia derivada de la correspondiente inaplicación del convenio colectivo en vigor.

De dicha intervención se desprenden cuatro rasgos diferenciados de este procedimiento para la inaplicación del convenio: i) el carácter defectivo o subsidiario de este procedimiento, ii) el carácter obligatorio del arbitraje, iii) la intervención de un tercero ajeno al proceso que va a resolver sobre el conflicto, iv) el carácter definitivo de la resolución dictada por la CCNCC (por sí misma o por el árbitro por ella designada).

Todo ello supone un ataque frontal a la fuerza vinculante del convenio y el deterioro de la negociación colectiva *per se*, porque una vez alcanzado este momento la decisión final la tendrá un tercero no legitimado originariamente para intervenir en la negociación y que es ajeno al conflicto. En otras palabras, con el nacimiento de la competencia de la CCNCC decae definitivamente la intervención de la comisión paritaria del convenio o del órgano designado en los acuerdos interprofesionales correspondientes para resolver sobre la inaplicación del convenio.

Don Gorelli Hernández considera que la asunción de la competencia para resolver el conflicto por parte de la CCNCC determina la completa desolación de la fuerza vinculante del convenio colectivo establecida *ex constitutione*, pues aquellos sujetos legitimados por la propia Carta Magna para tal fin y a los que esta les otorga la capacidad negocial, deben apartarse en favor de un órgano que, *prima facie*, poco o nada tiene que ver con el asunto en debate, es decir, que

mediante este procedimiento para la inaplicación del convenio se suplanta la voluntad constitucional por una resolución heterónoma dictada por un tercero.

Todo ello se agrava si con la simple voluntad de una de las partes en conflicto se permite la apertura de este mecanismo de inaplicación caracterizado por su absoluta descentralización (siendo realmente la empresa quien hará uso de este mecanismo para inaplicar todas aquellas cuestiones que no le resulten favorables para alcanzar sus objetivos de productividad y rentabilidad), que concluirá ineludiblemente y por imperativo legal mediante una resolución de un tercero ajeno al conflicto. El mecanismo de inaplicación y el arbitraje obligatorio de la CCNCC constituyen el principio del fin de la fuerza vinculante del convenio, de la negociación colectiva y del convenio del que la parte empresarial pretende descolgarse⁴⁹.

5. CONCLUSIONES

PRIMERA. La Ley se erige en garantía de la fuerza vinculante de los convenios, por tanto todos los convenios, cualesquiera que sea sus ámbitos de aplicación, tienen poder normativo y están dotados de fuerza vinculante.

SEGUNDA. El modelo de negociación que se recoge en la Ley y que trae su origen en la Constitución es aquel que se realiza entre los representantes sindicales de los trabajadores y los empresarios o representantes de estos.

TERCERA. El mecanismo de prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al convenio colectivo estatutario de ámbito superior al de la empresa puede encontrar su fundamento en el principio general del Derecho de prevalencia de la norma especial frente a la general; por ello la existencia de un convenio colectivo de empresa (especial) frente a uno estatal (general) determinaría la aplicación preferente del primero frente al segundo.

CUARTA. En todo convenio colectivo se representan y defienden intereses colectivos, por ello la adaptación del contenido del convenio o del convenio mismo no debería quedar supeditado a

⁴⁹ GORELLI HERNÁNDEZ, J.; *El arbitraje obligatorio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos como mecanismo de descuelgue o inaplicación de condiciones de trabajo*, El derecho a la negociación colectiva, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014.

las las circunstancias concurrentes en el momento concreto, pues ello acarrearía una gran inseguridad jurídica.

QUINTA. Por otro lado, en defensa de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, resulta favorable cambiar lo establecido en un convenio colectivo cuando cambien las circunstancias y no esperar al término de este, pues no tiene sentido aplicar normas cuyo contenido y vigencia no se adaptan a las circunstancias del momento y que podrían resultar anacrónicos. El dinamismo permite la adaptación de las condiciones del trabajo a las necesidades actuales dentro de ese sector.

SEXTA. En el convenio de empresa se le da un poder a la representación unitaria de los trabajadores que en el convenio estatal no tienen, pues es ejercida exclusivamente por los sindicatos.

SÉPTIMA. En atención al principio de complementariedad, el convenio colectivo se crea para añadir un plus en la regulación de las relaciones de trabajo respecto de la Ley. En otras palabras, no resulta lógico que se permita que un convenio -el de empresa- pueda reformar a peor, pues el convenio colectivo se crea para mejorar lo ya existente.

OCTAVA. La inaplicación del convenio es un mecanismo que permite la pérdida de fuerza vinculante del convenio al criterio o expectativas del empresario, que trae origen en las causas ETOP pero que la ley permite su aplicación más allá del momento en el que desaparezcan estas.

NOVENA. La descentralización de la negociación colectiva en España a lo largo de las diferentes reformas legislativas, ha supuesto en la práctica la rendición de la negociación colectiva al poder de dirección del empresario.

DECIMOPRIMERA. La inaplicación del convenio es un mecanismo que permite a las partes apartarse del principio general del derecho de *pacta sunt servanda* y que ataca la fuerza vinculante del convenio y a la autonomía colectiva.

DECIMOSEGUNDA. La inaplicación del convenio genera inseguridad jurídica al permitir que cualquiera de las partes firmantes del convenio se descuelguen de él para adaptar las

condiciones de trabajo a la productividad de la empresa, en atención a la situación coyuntural general, generando una gran inseguridad jurídica.

DECIMOTERCERA. La intervención de la CCNCC constituye un mecanismo extrajudicial de resolución del conflicto, vía arbitraje, por parte de un tercero ajeno al proceso y que cuya intervención, a diferencia de lo sucede tradicionalmente con la utilización de estos mecanismos, se caracteriza por su carácter obligatorio, ante el desacuerdo entre las partes negociadoras.

6. OPINIÓN PERSONAL

Según estudios estadísticos el tejido empresarial en España está formado principalmente por pequeñas y medianas empresas (PYMES), alcanzando un umbral de más del 90% del tejido empresarial. Ello dificulta en gran medida el efectivo y pleno desarrollo de la negociación colectiva que el Estatuto de los Trabajadores pretende, pues en ocasiones la práctica real dista mucho de la teoría conceptual.

Las reformas legislativas de las relaciones de trabajo y del mercado de trabajo, desde 1994 hasta la del 2012, han intentado adaptar las necesidades de la parte empresarial a las necesidades de situación económica vigente, con independencia de las consecuencias que esta adaptación pudiera irrogar a las condiciones de trabajo. El objetivo que se pretendía alcanzar con las reformas del Estatuto de los Trabajadores era evitar a toda costa la destrucción del empleo y, por otro lado, la intención de crear más puestos de trabajo para paliar los efectos derivados de la crisis económica sufrida por nuestro país desde hace ya más de una década.

Productividad, producción, eficiencia en el ejercicio de la actividad económica... todos ellos son cánones a los que, con indudable buena intención aspiraba el legislador a la hora de elaborar las sucesivas reformas, pero, ¿cuál ha sido el precio a pagar? ¿El precio del mantenimiento de la productividad ha sido la dignidad de las condiciones de trabajo?

Con respecto a la reforma producida en la negociación colectiva, introducida por la reforma laboral del 2012, se observa que la vía abierta a través de la flexibilización interna de la empresa y de la descentralización de la negociación colectiva, ha llevado a la creación de mecanismos que se han erigido en verdaderos chalecos salvavidas para la parte empresarial, tratándose de herramientas

que le han permitido adaptar sus necesidades privadas a la situación económica coyuntural en cada momento y todo ello en claro detrimento de los intereses colectivos, que no son otros que las condiciones de trabajo.

El mecanismo de inaplicación del convenio colectivo, pese a contar con el sello de garantía del Tribunal Constitucional constituye, indudablemente, una herramienta en manos del titular del poder de dirección para descolgarse de todas aquellas cuestiones del convenio colectivo vigente (y del que forma parte) que le resultan desfavorables, o en su caso, no tan beneficiosas en términos de productividad. Y desde luego que no hay nada más injusto que la tolerancia de una falsa justicia, o en términos platónicos “la peor forma de injusticia es la justicia simulada”.

En realidad la relación de trabajo es, en definitiva, una relación simbiótica constituida entre la empresa y los trabajadores, pues la empresa no se entiende sin los trabajadores, así como el trabajador no se entiende sin una empresa en la que prestar su trabajo. Más allá de toda pugna política respecto a esta cuestión y desde un punto de vista pragmático, lo cierto es que no existe una igualdad real entre ambas partes y ello quizás porque efectivamente no se tratan de partes iguales en la relación, pues en definitiva el empresario ejerce el poder de dirección sobre los trabajadores y estos prestan su trabajo subordinados a dicho poder de dirección. No por ello se trata de posturas completamente enfrentadas e irreconciliables, sino que por el contrario y con el fin de paliar esta posible y natural desigualdad, el legislador crea mecanismos para equilibrar la balanza y evitar así que exista una posición de preeminencia de uno sobre el otro, ni del otro sobre el uno; equilibrio que se ve mermado por la inaplicación del convenio colectivo y por la prioridad aplicativa del convenio de empresa.

La verdad es que el mecanismo de descuelgue en nada o en poco favorece al trabajador que venía disfrutando de una serie de derechos y condiciones en su relación laboral y que, por potestad legal puede ver disminuidos los mismos a coste cero. Asimismo este mecanismo de inaplicación del convenio implica un ataque directo a la fuerza vinculante del convenio negociado, concluido, aprobado y que se encontraba en vigor, pues ¿qué sentido tiene que los convenios colectivos tengan el carácter de norma si se crea una válvula de escape cuando la situación va mal? ¿Es justo que sean los trabajadores los que tengan que asumir toda la responsabilidad por el mal funcionamiento del mercado, o por la mala gestión de la situación económica de un país?

No solo la descentralización de la negociación colectiva se materializa a través de mecanismo de descuelgue, sino que encuentra otra de sus máximas representaciones a través de la ya referida prioridad aplicativa del convenio de empresa. Nuevamente se observa cómo la negociación colectiva se ha visto atacada, pues se deja en una posición herida a los representantes de la libertad sindical. Ciertamente es que el Estatuto de los Trabajadores permite intervenir, en la negociación colectiva de un convenio colectivo de empresa a los sindicatos, a través de sus secciones sindicales, el problema reside en que, como ha sido mencionado anteriormente, la mayor parte del tejido empresarial en España está formado por pequeñas y medianas empresas (más del 90% de empresas en España son PYMES), en donde resulta muy complicado e incluso improbable que los sindicatos vayan a ostentar representación en las mismas. Por tanto, aunque la Ley permita la intervención de los sindicatos en la negociación colectiva de los convenios de empresa, lo cierto es que en la realidad práctica esta situación constituye una “situación de laboratorio”, pues es muy difícil que se produzca.

Cabe destacar que con el fin de blindar a la prioridad aplicativa, el legislador la reviste del carácter de norma de derecho necesario absoluto y por tanto inquebrantable e indisponible para las partes, así como la libertad de su aprobación en cualquier momento de la vigencia del correspondiente convenio colectivo estatuario al que pretende dejar sin efectos respecto de una serie de materias, que son, en definitiva, las materias más trascendentales en la relación laboral. Dotar de todos estos caracteres a una norma de carácter excepcional deriva en la peligrosa concepción de que la misma es legítima para restringir derechos fundamentales, siendo esta una concepción no solo peligrosa, sino además errónea.

Finalmente y para concluir este trabajo, me gustaría formular la siguiente reflexión: si el mayor límite a la libertad lo es la seguridad, ¿es la productividad el límite a la dignidad de las condiciones de trabajo?

7. BIBLIOGRAFÍA

DE CASTRO MARÍN, E.; *El “descuelge” del convenio colectivo*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2016.

DE CASTRO MARTIN, E.; *La Prioridad Aplicativa del Convenio de Empresa del Art. 84. 2 ET: Puntos Críticos en la Jurisprudencia del Supremo*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2017.

DE LA PUEBLA PINILLA, A.; y otros, *Esquemas de Derecho del Trabajo II. Derecho Sindical*, Tirant Lo Blanch, 4ª edición, 2020.

GARCÍA VIÑA, J; *Cuestiones Actuales de la Negociación Colectiva en España*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2016.

GARCÍA PERROTE, I.; *Manual de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, 11ª edición, 2021.

GIL PLANA, J.; y otros, *Denuncia y Ultraactividad del Convenio Colectivo*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2015.

GOERLICH PESET, J.M.; *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2016.

GORELLI HERNÁNDEZ, J.; *El arbitraje obligatorio de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos como mecanismo de descuelgue o inaplicación de condiciones de trabajo*, El derecho a la negociación colectiva, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2014.

GLEZ SALAZAR, A.; y otros, *Derecho del Trabajo para empresas*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2020.

LAHERA FORTEZA, J.; *La reforma de la negociación colectiva*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2021.

LÓPEZ GUERRA, L.,; y otros, *Derecho Constitucional, volumen I, El ordenamiento constitucional, Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant Lo Blanch, 9ª edición, 2013.

MERCADER UGUINA, J. R.,; *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, 14ª edición, 2021.

MERCADER UGUINA, J. R.,; *Los Principios de Aplicación del Derecho del Trabajo*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2015.

MOLL NOGUERA, R.,; *Negociación colectiva y dimensión de la empresa*, Tirant Lo Blanch, 1ª edición, 2019.

PALOMEQUE LÓPEZ, M.,; y otros, *Derecho del Trabajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Vigésimocuarta edición, 2017.

Organización Internacional del Trabajo. *Libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva*, accedido desde: <https://www.ilo.org/declaration/principles/freedomofassociation/lang--es/index.htm>