

## Desarticulación y desactivación del sistema de negociación colectiva. El declive de la fuerza vinculante del convenio colectivo antes de la reforma laboral de 2021

Amparo Merino Segovia<sup>1</sup>

Recibido: 22 de Agosto de 2021 / Aceptado: 18 de enero de 2022

**Resumen.** Los espacios en los que actualmente se desenvuelve la negociación colectiva y aquellos otros que le quedan por explorar dotan –dotarán– a su estructura de mayor complejidad. A la emergencia de nuevas unidades de contratación, mayoritariamente de empresa, se suman otras realidades que contribuyen a dibujar una estructura negocial que agrega perfiles difusos escasamente predefinidos. El reto es avanzar hacia condiciones de trabajo dignas, ajustadas a las realidades cambiantes de los sectores y de las empresas, a sus necesidades y transformación –prescindiendo de orientaciones desvinculadas de una construcción de las relaciones sociales equitativas y justas– que, facilitadas por el acuerdo y el diálogo, garanticen que la negociación colectiva es plenamente administrada por quienes son parte de ella, gestando sus propias reglas de actuación. Las líneas de actuación propuestas, fundadas en refuerzos a la representatividad y a la seguridad jurídica y en el enriquecimiento de los contenidos convencionales, hallan estrecha conexión con el mantenimiento de la vigencia del convenio colectivo denunciado, la coordinación interniveles de contratación y la inaplicación de las condiciones de trabajo objeto de trato negocial.

**Palabras clave:** Negociación colectiva, estructura, ultraactividad, fuerza vinculante, poder contractual

[en] Dismantling and deactivation of the collective bargaining system. the decline of the binding force of the collective agreement before 2021 labour law reform

**Abstract.** The spaces in which collective bargaining currently takes place and those others that remain to be explored will endow its structure with greater complexity. In addition to the emergence of new recruitment units, mainly for companies, there are other realities that contribute to the drawing of a negotiated structure that adds diffuse profiles that are scarcely predefined. The challenge is to move towards decent working conditions, adjusted to the changing realities of sectors and companies, their needs and transformation –leaving aside orientations unrelated to the construction of equitable and just social relations– which, facilitated by agreement and dialogue, ensure that collective bargaining is fully administered by those who are part of it, developing their own rules of action. The proposed lines of action, based on reinforcements to representativeness and legal certainty and on the enrichment of conventional content, are closely connected with the maintenance of the validity of the collective agreement denounced, the internal coordination of recruitment and the non-application of negotiated working conditions.

**Keywords:** Collective agreement, structure, ultra-activity, binding force, contractual power.

**Sumario:** 1. Introducción. 2. Lo viejo y lo nuevo en la estructura negocial: algunas referencias relativas a la formación de unidades de negociación. 3. Desajustes y puntos de reforma del sistema de negociación colectiva. 4. Conclusiones. 5. Referencias bibliográficas.

<sup>1</sup> Universidad de Castilla-La Mancha. Departamento de Derecho del Trabajo y Trabajo Social.  
Correo electrónico: [Amparo.Merino@uclm.es](mailto:Amparo.Merino@uclm.es)

## 1. Introducción

En su hoja de ruta, el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia<sup>2</sup> menciona entre sus componentes principales de reforma “la necesidad de abordar una agenda de nuevas políticas públicas para un mercado laboral dinámico, resiliente e inclusivo”, que solvente, asimismo, “los problemas estructurales que se arrastran desde hace décadas”. El programa incluye la modernización de los mecanismos de negociación colectiva como un elemento central de garantía del trabajo digno y, a la par, de exigencia ante la intensa digitalización en los procesos productivos. La componente 23, *Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo*, aporta algunos avances en el proceso de modernización de la negociación colectiva, con mención expresa a su desempeño en el trabajo a distancia y en la lucha contra la brecha de género. Con todo, quizás lo más significativo del programa de reforma recién esbozado para su perpetración e implantación a lo largo de este año es el tratamiento exclusivo que en la C23.R8 recibe la negociación colectiva como pieza clave de democratización de las relaciones de trabajo y herramienta fundamental de adaptación propia y adaptabilidad de las condiciones de trabajo en los sectores y empresas en los que se enmarca. Se mencionan, en este contexto, las amplias capacidades de la negociación colectiva como aporte de seguridad que resta conflictividad y facilitadora de una competencia saludable interempresas, fundada en la calidad y no en rebajas o en el abaratamiento de los costes laborales.

Para que los objetivos trazados sean viables la negociación colectiva debe dotarse de eficiencia; eficiencia que, explicada en términos de dominio, vigencia y validez, ha de ser sostenida e impulsada por el poder heterónimo a través de un sistema legal que garantice en plenitud –sin injerencias, por tanto– la autonomía colectiva de las partes intervinientes<sup>3</sup>. No es pensable tal autonomía sin un equilibrio de fuerzas que proporcione instrumentos de poder contractual ponderado y que preserve de fricciones y fisuras la fuerza vinculante que el art. 37.1 CE reconoce a los convenios colectivos, sin gradaciones ni devaluaciones de niveles y unidades de contratación que sustraigan eficacia a lo pactado en ámbitos determinados. Como ha advertido el TC, únicamente la unión de las y los trabajadores a través de los sindicatos de los que obtienen representación posibilita una “negociación equilibrada de las condiciones de trabajo que persiguen los convenios colectivos”, traducida en la fuerza vinculante de la que están provistos<sup>4</sup>. Es esta exigencia de eficacia real en términos de equilibrio en la relación de partes la que invita a cuestionar la reforma laboral del año 2012, uno

---

<sup>2</sup> Presentado por el Gobierno de España el 30 de abril de 2021 a la Comisión Europea como condición *sine qua non* para acceder a los instrumentos comunitarios de financiación *Next Generation EU*, que dotarán a España de hasta “140.000 millones de euros en transferencias y créditos en el periodo 2021-2026”, que se sumarán “al resto de instrumentos previstos en el Marco Financiero Plurianual para impulsar inversiones y reformas en los ámbitos prioritarios a nivel europeo”, Gobierno de España (2021). *Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*.

<sup>3</sup> Como indica la OIT, la promoción de la negociación colectiva por las autoridades públicas, respetando el carácter voluntario de la negociación y la autonomía colectiva de quienes participan en el proceso supone el diseño de estrategias que fomenten negociaciones constructivas, fundamentadas e informadas, que prevengan y resuelvan los conflictos laborales, que den efecto a los acuerdos colectivos y que fortalezcan la capacidad de las empleadoras y de los sindicatos para negociar con eficacia, OIT (2016). *Negociación colectiva. Guía de políticas*. Lima.

<sup>4</sup> STC 105/1992.

de cuyos efectos más nocivos ha sido la erosión del modelo de representación de intereses entre las organizaciones sindicales y empresariales (Luque, 2012: 32-33)<sup>5</sup>. Afrontar cambios adaptados en la arquitectura negocial no es, en consecuencia, suficiente si no se es capaz de crear espacios de poder contractual equilibrados. El proyecto de reforma debe ser global y con perspectiva constitucional, debiendo desecharse cualquier propuesta de reconducción del derecho del trabajo, y de la negociación colectiva misma, hacia lineamientos economicistas que evalúen “la oportunidad de las normas laborales con parámetros” exclusivamente “de eficacia económica”<sup>6</sup>.

Los niveles de negociación, condicionados por el contexto institucional y el marco en el que se desenvuelven las relaciones de trabajo, definen en cada país la estructura negocial, en la que se dan cita unidades de contratación más o menos consolidadas con otras de reciente formación. Se ha subrayado, en el caso de España, “cierta pervivencia de la estructura de siempre, como armazón básico de referencia”, a la que paulatinamente se yuxtaponen –en los últimos tiempos con mayor intensidad–, complementos negociales, algunos novedosos; los cambios organizativos y productivos, así como las reformas laborales acontecidas en el país, que transforman, directa o indirectamente, las reglas de la estructura negocial, han facilitado la gestación de realidades cambiantes, que no siempre se acomodan a los niveles tradicionales de negociación colectiva, dando paso a unidades de contratación antes inexistentes que podrían llegar a debilitar “los escenarios más clásicos de la negociación colectiva” (Cruz, 2015: 26).

Los entornos en los que actualmente planea la negociación colectiva y aquellos otros que aún le quedan por explorar dotarán, sin duda, a su estructura de mayor complejidad y versatilidad. A una tasa de cobertura total ligeramente disminuida en 2019 y 2020, próxima en 2016 al 80 por 100, y a la emergencia de nuevas unidades de contratación, mayoritariamente de empresa, posiblemente por efecto de la modificación incorporada por la L 3/2012 en el art. 84.2 ET –con preferencia aplicativa del convenio de empresa y de grupo de empresas frente al sectorial en materias relevantes<sup>7</sup>–, hoy revertida en materia salarial a raíz del RD-L 32/2021, se suman otras realidades, que, en parte disruptivas, contribuyen a configurar una estructura negocial que agrega perfiles difusos escasamente predefinidos<sup>8</sup>. El reto del sistema es avanzar hacia condiciones de trabajo dignas, ajustadas a la realidad cambiante de las empresas y de los sectores, a sus necesidades actuales, y a su transformación. Es verdad que la pretendida ‘adaptación’ de la negociación colectiva a las realidades productivas –tantas veces

<sup>5</sup> Sobre los efectos de las reformas de la crisis sobre la negociación colectiva, véase, Casas (2014: 275 ss) y Cruz (2013: 199-214).

<sup>6</sup> Véase, en relación con la función protectora del derecho del trabajo y las limitaciones a la libre competencia, Guamán (2011:12).

<sup>7</sup> Los nuevos convenios de empresa representan el 95 por 100 del total de los creados entre 2011 y 2019, pero solo afectan al 24 por 100 de las personas trabajadoras. “Por el contrario, los pocos convenios de ámbito superior a la empresa aportan un volumen muy importante de cobertura personal”, Confederación Sindical CC.OO. (2019). *Balance y propuestas de la negociación colectiva. Negociación colectiva septiembre 2019. Avance propuestas negociación colectiva 2020*, Madrid. 31 octubre.

<sup>8</sup> Según la última estadística de convenios colectivos, con datos cerrados en 2019, en España existen en la actualidad 4359 convenios colectivos en vigor, que dan cobertura a 9,6 millones de personas. Estos convenios se distribuyen en 3347 convenios de empresa y 1012 de ámbito superior –grupos de empresas y, sobre todo, convenios sectoriales (estatales, autonómicos, interautonómicos y provinciales)–.

publicitada en las EEMM de las normas laborales reformativas— se acomete hoy desde perspectivas desvinculadas de una construcción de las relaciones sociales equitativas y justas facilitadas por el acuerdo y el diálogo entre partes.

Ha habido en los países de la UE un descenso del porcentaje de personas trabajadores con convenio colectivo, pasándose, en la última década de un 72 a un 66 por 100; el impacto de esta caída se concreta en pérdidas salariales significativas y en pérdidas de euros en impuestos y cuotas sociales<sup>9</sup>. Para conocer las causas de este declive hay que dirigir la mirada hacia las políticas de la UE, que han señalado el marco legal y político de la negociación colectiva a escala nacional, contribuyendo de forma activa a la descentralización en las legislaciones estatales de negociación colectiva tras la crisis de 2008 con intervenciones gubernamentales que la potencian<sup>10</sup>. La utilidad de la negociación colectiva para garantizar a las personas trabajadoras derechos laborales y su poder adquisitivo reduciendo las desigualdades es objeto de atención en la Propuesta de Directiva sobre salarios mínimos en la UE, cuyo considerando 19 indica que, “en un contexto de reducción de la cobertura de la negociación colectiva”, es esencial que los Estados miembros la promuevan para optimizar el acceso de las personas trabajadoras a la protección del salario mínimo prevista en los convenios colectivos. “Los Estados miembros con una amplia cobertura de la negociación colectiva” son proclives a unos salarios mínimos elevados y a un bajo porcentaje de personas trabajadoras con bajos salarios<sup>11</sup>.

Carencias, problemas y algunos obstáculos podrían hacer pensar en una desestabilización de la negociación colectiva y de las líneas maestras definitorias de su estructura, que entorpece la conformación de un sistema ordenado y articulado que la racionalice, y, derivado de tal condición, que dote de eficacia y de verdadero valor a sus productos, formalmente expresados en convenios y acuerdos. Actualmente se constata una orientación alineada hacia patrones descentralizados/descoordinados de negociación colectiva, que predisponen hacia una gestión de las condiciones de trabajo en la empresa, con opciones de inaplicación de lo pactado sectorialmente. Los que en 2011 se presentaban como criterios de descentralización negocial, con posibilidad de que las partes mantuvieran intacta su capacidad de ordenación y articulación de la estructura en el conjunto del sector, en 2012 pasan a ser mecanismos de intervención legal, de descentralización —descontrolada—, que cuestionan la oportunidad de la negociación colectiva sectorial y su función como instrumento racionalizador de la competencia entre las empresas (Merino, 2012: 249-262<sup>12</sup>). Posiblemen-

---

<sup>9</sup> UNI Europa asegura que las y los trabajadores de servicios excluidos de los convenios colectivos en la UE dejan de percibir 25.000 millones de euros al año en salarios y que los Estados pierden otros 28.000 millones en impuestos y cuotas sociales, UNI Europa Global Union (2021). *Collective bargaining systems in Europe. Some stylized facts*. Abril.

<sup>10</sup> UNI Europa Global Union (2021). *Collective bargaining systems in Europe. Some stylized facts*. Abril.

<sup>11</sup> Los Estados miembros con limitada proporción de personas trabajadores con salarios bajos tienen una tasa de cobertura de la negociación colectiva superior al 70 por 100. La mayoría de los Estados miembros con salarios mínimos elevados, en relación con la media salarial presentan una cobertura negocial superior al 70 por 100, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, COM(2020) 682 final, Bruselas, 28.10.2020.

<sup>12</sup> Lo novedoso no es la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre el de sector, cuyo origen se sitúa en el RD-L 7/2011, sino que tal preferencia con la Ley 3/2012 no deja de operar en los supuestos en los que un acuerdo o convenio sectorial o estatal o de CCAA, negociado de conformidad con lo dispuesto en el art. 83.2 ET, establece reglas distintas sobre estructura negocial y concurrencia de convenios. Así pues, lo dispositivo en el RD-L 7/2011 pasa a ser imperativo en la L 3/2012. Véase, Valdés (2012: 239 ss).

te esta es la razón por la que la C23.R8, tras enfatizar que la modernización del sistema de negociación colectiva “constituye una [...] pieza clave del paquete de reformas” para su abordaje a través del diálogo social, subraya que las sucesivas reformas emprendidas han conducido a una arquitectura negocial que no responde bien a las demandas actuales, desde la perspectiva “de la adaptación a las necesidades de los diferentes sectores y empresas”, así como de la “vertebración de un sistema de relaciones laborales equilibrado a nivel nacional, en un contexto de intenso cambio como consecuencia de la transición ecológica y la digitalización”.

Revertir este proceso obliga a un cambio de perspectiva, en los términos anunciados por la Comisión Europea<sup>13</sup>, con una construcción velada en la que subyace un propósito de corregir errores, porque la debilitación de la negociación colectiva sectorial que menciona le es en buena medida imputable; su “mantra de la ‘descentralización contractual’ y la estrecha vinculación entre salarios y productividad como única dinámica salarial concebible” (Loffredo y Orlandini, 2021)<sup>14</sup>, han cuajado en distintos los países de la UE, con tendencias conocidas a crear espacios regulatorios propios descentralizados, que debilitan el poder contractual de las personas trabajadoras y restan eficacia a sus productos negociales.

Ultraactividad del convenio colectivo, interrelaciones entre unidades de contratación –sectoriales, grupales y de empresa o de ámbito inferior–, y procesos de consulta y negociación para la modificación sustancial de las condiciones de trabajo son tres de los institutos básicos para el cambio que el Gobierno de la Nación se propone abordar, con alcances directos en la estructura negocial y en la eficiencia del sistema. No en vano, la C23.R8 señala que la modernización de la negociación colectiva debe agregar también “cambios en la propia estructura de negociación”, fortaleciendo la representatividad de quienes son partes negociadoras, “enriqueciendo sus contenidos y reforzando la seguridad jurídica en su aplicación y en sus efectos”.

Las líneas de actuación propuestas, clave para contribuir a la racionalidad de la estructura negocial, fundadas en refuerzos a la representatividad y a la seguridad jurídica y en el enriquecimiento de los contenidos convencionales, hallan estrecha conexión con el mantenimiento de la vigencia del convenio colectivo denunciado, la coordinación interniveles de contratación y la inaplicación de las condiciones de trabajo objeto de trato negocial. Buena parte de estos lineamientos encuentran realización en el reciente RD-L 32/2021.

## **2. Lo viejo y lo nuevo en la estructura negocial: algunas referencias relativas a la formación de unidades de negociación**

Desde su promulgación, en 1980, el ET ha experimentado modificaciones de relevancia en sus instituciones, con derivaciones en el modelo legal y convencional de

---

<sup>13</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre unos salarios mínimos adecuados en la Unión Europea, COM(2020) 682 final, Bruselas, 28.10.2020.

<sup>14</sup> Ahora, no obstante, la Comisión Europea se vincula expresamente al Convenio núm. 131 OIT –1970– relativo al salario mínimo para afirmar en el considerando 7 de la Propuesta de Directiva que “los salarios mínimos [si son adecuados] ayudan a apoyar la demanda interna, fortalecen los incentivos al trabajo y reducen la pobreza laboral”. Es esta. “una afirmación casi keynesiana, inquietante si consideramos que proviene de quienes hasta hace poco impulsaban políticas contrarias” (Loffredo y Orlandini, 2021).

negociación colectiva. Son preceptos nucleares en el análisis de las reglas sobre el sistema de negociación y su estructura, los arts. 83 y 84 ET, sin perjuicio de otros elementos que determinan una competencia material, compartida o no, entre unidades de contratación, sectoriales y/o de empresa, con presencia de otros niveles de negociación, en virtud de la libertad de selección del ámbito de contratación que el art. 83.1 ET reconoce a las partes.

Fruto en buena parte de la ordenación del sistema es la cobertura de la negociación colectiva, que garantiza hoy que cientos de miles de empresas y cerca de diez millones de personas asalariadas regulen sus condiciones laborales por convenio o acuerdo colectivo. Tales afectaciones hacen de la negociación colectiva “una pieza central no solo en nuestro modelo de relaciones laborales, sino en la estructura económica y social del país”<sup>15</sup> –C23.R8–.

En España el modelo convencional de negociación colectiva abarca multiplicidad de niveles de contratación que, perfilando la estructura negocial, se ha consolidado a lo largo del tiempo, con algunos cambios cuantitativos y cualitativos de relevancia que paulatinamente se concretan en un ensanche, sin apenas supresiones, de las unidades de negociación (Cruz, 2015: 24-25). Este proceso obedece a causas de distinta naturaleza y entidad; es consecuencia de la emergencia de nuevas realidades sociales auspiciadas por reformas laborales estructurales en sus componentes esenciales –la del año 2012, sin duda–. Pero no solo; las formas vigentes de organización de la producción y los cambios habidos en el sistema de relaciones laborales contribuyen y propician este proceso de transformación, que puede llegar a alterar los esquemas tradicionales por los que clásicamente ha transitado la negociación colectiva<sup>16</sup>.

Hay evidencias de este transcurso, que no se detiene en un incremento cuantitativo de las unidades de empresa, facilitado, con seguridad, por la reforma laboral de 2012, con algunos condicionantes jurisprudenciales de relevancia cuando la empresa abarca pluralidad de centros de trabajo, fundados en la ineluctable y forzosa correspondencia entre el ámbito de constitución de la mesa de negociación asumida por las representaciones electivas y el espacio de afectación del convenio<sup>17</sup>; o cuando se pretende habilitar a comisiones *ad hoc* para negociar sobrepasando los supuestos legalmente tasados<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> “Porque la fijación de los salarios y sus incrementos anuales, o los cambios en la jornada laboral, por citar dos ejemplos, tienen una influencia relevante sobre la economía, el empleo y el bienestar del país” (C23.R8).

<sup>16</sup> En relación con otros factores que explican la configuración y evolución de la estructura negocial, Cruz (2015: 33-34).

<sup>17</sup> Proclamada en repetidos pronunciamientos del TS. Por todas, SSTS 17-03-2020 (rec. 136/2018), 30-10-2019 (rec. 191/2017), 20-05-2015 (rec. 6/2014), 10-06-2015 (rec.175/2014), 09-06-2015 (rec.149/2014) y 07-03-2012 (rec. 37/2011), en cuya virtud, el principio de correspondencia entre el ámbito del convenio y la representación social –de aplicación a las representaciones electivas de empresa–, obliga a que el espacio de actuación del órgano de representación de las personas trabajadoras en el ámbito del convenio de empresa se corresponda estrictamente con el de afectación del convenio colectivo. “No afecta a la legitimación –que es una cuestión de orden público– el hecho de que los restantes centros de trabajo de la empresa no tengan representación unitaria”; la designación de los órganos de representación unitaria de los centros de trabajo se atribuye a las personas trabajadoras de tales centros, de forma tal que su inexistencia “no puede producir el efecto de otorgar legitimación a la representación legal de otro centro de trabajo”. Véase, Castro (2019: 374 ss).

<sup>18</sup> Véase, entre otras, STS 25-05-2021 (rec. 186/2019), que, en atención a la naturaleza de normas de orden público laboral de las disposiciones sobre legitimación negocial, declara que los planes de igualdad deben negociarse colectivamente por las representaciones, unitaria o sindical, legitimadas para negociar convenios de eficacia general, sin que pueda atribuirse esta facultad a una comisión *ad hoc*, aunque se haya bloqueado la negociación del convenio de empresa.

Por otra parte, los impactos de la transformación digital y las empresas 4.0 en la negociación colectiva dibujan una realidad en auge que, lejos de ser ignorada o apartada, sugiere algunos planteamientos acerca de si nuestro ordenamiento jurídico está verdaderamente preparado para arrostrar las disrupciones tecnológicas en las relaciones de trabajo, considerando, asimismo, que la puesta a punto de sistemas tecnológicos de comunicación en la organización empresarial facilita la descentralización y externalización de servicios hacia empresas y trabajadoras y trabajadores autónomos<sup>19</sup>. La existencia de voces favorables, unas, a la autorregulación, otras, a una opción ordenadora con intervención del legislador laboral y de la negociación colectiva, explica la complejidad de los territorios digitalizados en referencia a la definición de unidades de contratación en sectores plurales<sup>20</sup>, y a si “la tecnología digital se perfila como un medio o constituye el objeto de la actividad de la empresa” (Cavas, 2019: 81), con alternativas, que van desde la constitución de ámbitos sectoriales de regulación, con convenios para cada tipo específico de plataformas en atención a las actividades desarrolladas, hasta la negociación de convenios colectivos de empresa de aplicación a la gestora de una concreta plataforma (Rodríguez-Piñero, 2017: 34). Una cuestión que, a la espera de una ordenación legal fundada en estas entidades que les garantice un marco convencional adecuado para el conjunto de las plataformas digitales, corresponderá abordar a la doctrina judicial en lo que respecta a la determinación del convenio colectivo aplicable<sup>21</sup>, definición de unidades de contratación afines a la realidad de un mundo digitalizado por el que discurre variedad de actores y actividades profesionales, que suma dificultades a la identificación de interlocutores válidos con capacidad convencional.

Añaden complejidad a la arquitectura negocial los obstáculos subyacentes en la definición/formación de unidades de contratación en estructuras organizativas y productivas descentralizadas, y en la selección del convenio colectivo aplicable<sup>22</sup>, en buena parte paliados por el vigente art. 42.6 ET, que en redacción dada por el RDL

---

<sup>19</sup> Hasta el punto de que en determinados sectores, más próximos a la economía digital y/o con procesos productivos fragmentados y/o definidos por micro y pequeñas empresas, las resistencias a la sindicalización dificultan que la negociación colectiva ocupe un espacio relevante de dominio, propiciando mecanismos pseudonegociales sin presencia sindical o con signos evidentes de debilitación, que una mera apariencia de negociación colectiva.

<sup>20</sup> Sin olvidar que una forma de empleo no determina una unidad de contratación (Rodríguez Piñero, 2017: 34).

<sup>21</sup> Véase al respecto, Muñoz (2017: 1 ss).

<sup>22</sup> El convenio colectivo de la empresa principal, el convenio sectorial –más o menos ventajoso en atención a si es o no específico para actividades auxiliares–, el convenio de la empresa subcontratista y/o multiservicios, o los mínimos legales, si se carece de una norma colectiva de referencia. Teniendo en cuenta, además, que la prioridad aplicativa del convenio de empresa *ex art. 84.2 ET* ha propiciado en los multiservicios la formación de convenios colectivos propios, cuyos contenidos, en las materias que recoge el precepto legal, adquieren eficacia en cada uno de los ámbitos de los respectivos convenios sectoriales. La denuncia de estos últimos determinará el cese de la prohibición de concurrencia *ex art. 84.1 ET*; a partir de entonces, se consolida la unidad de empresa autonomizada del ámbito sectorial, si esta ha sido la voluntad de los negociadores. Finalizada la vigencia del convenio colectivo sectorial, el que quede en vigor ocupará su completo ámbito y pasará a ser el único convenio de aplicación, STS de 1 de abril de 2016, rec. 147/2015. Un problema controvertido es la determinación del convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas, especialmente a las multiservicios sin convenio propio. La STS de 17 de marzo 2015, rec. 1464/2014, aplica como criterio el de la actividad preponderante de la empresa multiservicios en la cliente. La STS de 11 de junio de 2020, rec. 9/2019, entiende que el convenio colectivo aplicable es el que se corresponde con la actividad efectivamente ejecutada por las personas trabajadoras de la contratista. Por último, la STS de 12 de febrero 2021, rec. 2839/2019, con un voto particular, aplica el convenio sectorial de limpieza y no el de hostelería a una camarera de piso de una empresa contratista que presta sus servicios en un hotel. Estas sentencias en López (2021). Sobre los cambios jurisprudenciales en subcontratación, multiservicios y convenio aplicable, véase Esteve (2021: 39-61)

32/201, ha supuesto avances en la problemática determinación del convenio colectivo aplicable en el marco de la subcontratación, con referencia expresa al convenio sectorial que se corresponda con la actividad desarrollada en la contrata y subcontrata, que, con carácter general, será el que aplique la empresa principal. La amplitud, por otra parte, de espacios funcionales destinada a salvaguardar las condiciones laborales de las personas más precarizadas no permite, sin embargo, establecer condiciones de trabajo para su asunción por las empresas subcontratistas que han quedado fuera del ámbito funcional del convenio<sup>23</sup>; sí es dable, no obstante, la incorporación de determinadas empresas que, a partir de ese momento, pasan a formar parte del espacio funcional del convenio colectivo, “sin que puedan pertenecer a otro”. Cabría también la posibilidad de que un convenio, sin agregar en su ámbito funcional a empresas de otro sector, determine que las empresas ajenas que realicen uno o varios servicios de actividad de tareas en los establecimientos o empresas del sector correspondientes al propio convenio, aplicarán, solo durante el tiempo de prestación de los servicios, las condiciones generales en él previstas<sup>24</sup>.

La concentración empresarial en grupos<sup>25</sup> da cuerpo a otra realidad con tintes heterogéneos<sup>26</sup>, que propicia la emergencia de unidades de contratación a este nivel. No es casual que empresas contratistas/multiservicios traben relaciones entre sí y con ETT, y que unas y otras se agrupen, alternando la prestación de servicios a una misma empresa principal. El número de estas agrupaciones es notable, siendo, no obstante, limitados los niveles de contratación de estas características por cierta tendencia a aplicar condiciones laborales diferentes a las y los trabajadores de las distintas empresas del grupo, y por la diversidad de actividades que predisponen a la negociación de convenios de empresa o, en su caso, a la aplicación del convenio o convenios sectoriales de referencia (Monereo y Moreno, 2004: 262).

La unidad de negociación grupal, con legitimación mixta<sup>27</sup>, refuerza la posición del sindicato representativo como interlocutor social en estas formaciones comple-

<sup>23</sup> STSJ Islas Canarias/Las Palmas, de 30 de diciembre de 2019, rec. 48/2018. “Solo pueden estar comprendidos quienes, formal o institucionalmente, estuvieron representados por las partes intervinientes en la negociación del convenio”, SSTs de 28 de octubre de 1996, rec. 566/96, y; de 14 de marzo de 2005, rec. 6/04. “Un convenio colectivo no puede válidamente establecer normas que produzcan sus efectos fuera” del ámbito que le corresponde; carecerán de validez “las disposiciones que impongan una aplicación que sobrepase ese ámbito”, STS de 23 de julio de 2003, rec. 75/02.

<sup>24</sup> “Viene, pues, el legislador convencional a regular la prestación de servicios dentro de su propio ámbito, estableciendo una regla, análoga” a la que recoge la LETT, para las empresas de servicios, STSJ Islas Canarias/Las Palmas, de 30 de diciembre de 2019, rec. 48/2018; esto supone, “no que las empresas de servicios entren en el ámbito funcional de la actividad de hostelería”, sino que teniendo ellas un ámbito funcional distinto, “si prestan servicios en régimen de contrata”, habrán de retribuir a las personas trabajadoras que temporalmente presten servicios en esas empresas de hostelería, con arreglo a lo establecido en el convenio de dicho sector.

<sup>25</sup> Véase, Monereo y Moreno (2004: 262).

<sup>26</sup> Esta composición grupal en la que convergen unidades empresariales de naturaleza y con funciones diversas, en ocasiones ETT y multiservicios, pero también empresas productivas, puede provocar lo que se ha dado en denominar ‘unidad de plantillas’, que supone que el/la trabajador/a presta servicios indistintamente para dos o más empresas del grupo; en estos casos, se produce una confusión de la plantilla formalmente asignada a cada empresa y la prestación del trabajo indistinta, para cada empresa (Preciado, 2014: 31 ss).

<sup>27</sup> Según el art. 87.1 ET cuando se trate de convenios para un grupo de empresas, o empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación, la legitimación negocial en representación de las y los trabajadores será la que se establece en el art. 87.2 ET para la negociación de los convenios sectoriales. En estos ámbitos la representación de las y los trabajadores en las empresas carece de la representatividad requerida en el art. 87.2 ET, STSJ Islas Canarias/Las Palmas, de 24 de septiembre de 2018, rec. 615/2018.

jas, a quien se reconoce capacidad contractual para participar en los procesos de negociación colectiva del grupo. Solución que se extiende a las unidades de contratación transversales cuando exista afectación de una pluralidad de empresas, que, sin pertenecer a un grupo ni constituir una unidad sectorial, presenten una vinculación organizativa o productiva. La negociación colectiva transversal asumida por organizaciones sindicales representativas da un paso hacia la acción coordinada y gestación de espacios comunes de intervención sindical, que puede contribuir a que la descentralización productiva no devalúe las condiciones laborales de las y los trabajadores vinculados a ella. Que exista, además, una expresa normatividad legal relativa a la formación de espacios de negociación grupales y transversales solventa la problemática derivada de constituir unidades artificiales de negociación colectiva, sin un sustrato natural de conexión con la realidad.

### 3. Desajustes y puntos de reforma del sistema de negociación colectiva

Ha habido en los últimos tiempos cambios legales que han inducido modificaciones en las reglas que gobiernan la estructura de la negociación colectiva, con efectos tan relevantes en el sistema español de relaciones laborales que se ha llegado a sugerir la conformación de “un nuevo modelo de comportamiento de los actores” (Casas, 2014: 305). Sin negar que el diseño normativo del art. 83.2 ET, que deja en manos de las organizaciones empresariales y sindicales más representativas la definición de la estructura negocial, busca que la ordenación de su esqueleto responda a la voluntad de las partes (Cruz, 2015: 29), lo cierto es que las normas reformadoras del sistema legal de negociación colectiva y las técnicas que incorporan han mermado la eficacia del precepto legal, con tendencias que no parecen equilibrar ni compensar la posición de partes en los procesos de negociación, hoy con mayor debilidad convencional de las organizaciones sindicales (Rodríguez-Piñero et al, 2013: 27 y 32)<sup>28</sup>.

Quizá lo más destacado del modelo vigente hasta la reforma laboral 2021 sea el dilatado espacio de intervención que el legislador reformista se arroga en el sistema de negociación colectiva, que, para “favorecer la flexibilidad interna en las empresas como alternativa a la destrucción de empleo” –Preámbulo L 3/2012–, perfila unos objetivos concretos a cuya consecución contribuyen la inaplicación en la empresa de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo –art. 82.3 ET–; la prioridad aplicativa del convenio de empresa, de grupo de empresas o de uniones de empresas, obligada en determinadas materias para los acuerdos interprofesionales y convenios sectoriales, y; la limitación temporal de la ultraactividad legal a un año, salvo pacto en contrario –art. 86.3 ET–, hoy revertida con una reformulación del precepto legal, que mantiene la vigencia del convenio denunciado durante los procesos de negociación.

Determinar hasta dónde la norma legal puede penetrar en la negociación colectiva, cuáles son, a la postre, sus límites y condicionantes en el diseño de la estructura negocial, no es tarea sencilla. Si nos atenemos a los pronunciamientos del TC, “el reconocimiento autónomo y diferenciado de la negociación colectiva” en el art. 37.1 CE “supone la superación de la mera idea de libertad de negociación, como esfera libre de injerencias”, y garantiza, a través de una labor específicamente encomendada al legis-

---

<sup>28</sup> Véase, asimismo, Escudero (2012: 11 ss).

lador, “un sistema de negociación y contratación colectiva y la eficacia jurídica del convenio colectivo”. Corresponde al legislador desarrollar un rol activo en la concreción y desarrollo del derecho a la negociación colectiva, dotando de “efectividad y apoyo al proceso de negociación y a su resultado [...]”<sup>29</sup>. Es la libertad de negociación y contratación, “sin interferencias ni limitaciones injustificadas”, la que define el contenido esencial del derecho, entendida como “el espacio vital de la negociación colectiva”: “el poder de la autonomía colectiva de organización de su derecho” y de su ejercicio, “de modo que a ese poder pertenece la elección del nivel y de las materias a negociar, la conclusión del convenio y su administración”, y; la fijación en general del contenido de la relación laboral [...] y cuantas cuestiones afecten a los intereses económicos y sociales” de las y los representados por las partes negociadoras (Casas, 2014: 290)<sup>30</sup>. Tal posicionamiento<sup>31</sup> permite sostener que la L 3/2012 “construye la autonomía colectiva y su poder de organización del régimen jurídico de la propia negociación colectiva” y que “el perímetro del derecho de negociación colectiva, en su contenido de libertad de negociación, se estrecha y la fuerza vinculante del convenio colectivo se debilita [...]”. Se ha desvirtuado, asimismo “la eficacia jurídica del convenio”, al facilitar a las empresas su alteración e inaplicación parciales “sin el acuerdo de los sujetos titulares del derecho a la negociación colectiva” (Casas, 2014: 291-293)<sup>32</sup>.

Exista o no apoyo constitucional, en los términos antedichos, la realidad es que la reforma de 2012 impuso importantes limitaciones a las partes en lo concerniente al diseño con libertad plena de la estructura negocial. Ha habido interferencia legal y obstáculos a la puesta en práctica de los principios y reglas autónomos definitorios del sistema convencional de negociación colectiva<sup>33</sup>, con algunas repercusiones de trascendencia; los nuevos convenios colectivos de empresa suponen más del 90 por 100 de los creados desde la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012<sup>34</sup>. Siendo bajo el porcentaje de las y los trabajadores afectados por estas unidades de contratación –inferior al 25 por 100–, estas prácticas sí revelan tendencias a desplazar hacia la empresa la toma de decisiones, aun cuando el sector mantenga la aportación más relevante de cobertura personal.

Lo decisivo en aquella ordenación no reside tanto en el porcentaje de incremento de los convenios de empresa experimentado en la última década –un dato relevante,

<sup>29</sup> STC 208/1993. Recuerda el TC que el derecho de negociación colectiva garantiza a las representaciones de las personas trabajadoras y a las empresas “un ámbito de libertad de negociación y de contratación para ejercer la facultad de regular sus intereses recíprocos mediante convenios colectivos dotados de fuerza vinculante”; tal facultad o “poder de autorregulación contractual y la fuerza vinculante de los convenios” emana de la CE, que, igualmente, “ordena garantizarla[s] de manera imperativa al legislador ordinario”, STC 58/1985.

<sup>30</sup> Con cita a Valdés (2012: 221-257).

<sup>31</sup> Sin olvidar la STC 118/2014 que se ha pronunciado sobre el particular, validando la prioridad aplicativa del convenio de empresa.

<sup>32</sup> “Es la ley la que, para imponer a la negociación colectiva los resultados que se propone alcanzar, ejerce su poder sobre el poder o competencia” de las partes negociadoras”, así como “sobre el derecho a la negociación colectiva que asegura un ámbito de libertad que, además, la ley debe garantizar”. (Casas, 2014).

<sup>33</sup> Tal y como ejemplificaba el II AENC de 25 de enero de 2012 con medidas y criterios consensuados que quedaron neutralizados por la reforma laboral de 2012: RDL 3/2012 y ulterior L 3/2012.

<sup>34</sup> El mayor aumento en el número de nuevos convenios de empresa tiene lugar en 2013 –el doble, prácticamente que en el año 2012– “como respuesta inmediata a la reforma laboral, siendo también el año en que se alcanza el punto más álgido de la serie; a partir de ahí se inicia un descenso lento pero sostenido a lo largo de los años siguientes”, CC.OO. (2019). *Balance y propuestas de la negociación colectiva*. Secretaría Confederal de Acción Sindical. 31 octubre.

en cualquier caso—, como en las consecuencias prácticas de la priorización legal del convenio de empresa, con interdicción a los acuerdos marco y convenios sectoriales, estatales y autonómicos, en orden a disponer de esa preferencia aplicativa, salvo que se trate de ampliar los contenidos materiales amparados por la precitada prioridad<sup>35</sup>. La prohibición de afectación del convenio de empresa, que con carácter intemporal establece la ley, permite una ordenación de corte peyorativo de condiciones de trabajo de relevancia (Gorelli, 2013: 161); salarios, tiempo de trabajo, modalidades de contratación y otras materias quedan comprometidas por la regla del art. 84.2 ET, con funciones no necesariamente adaptativas. La recuperación, no obstante, de la materia salarial por obra del RD-L 32/2021, que suprime el art. 82.a) ET, en redacción dada por la L 3/2012, rompe con la devaluación salarial, como cauce para la obtención de ventajas competitivas, fundamentalmente en los sectores de actividad de limitada productividad. Debe constatarse, ante todo, que el art. 84.2 ET y las materias que introduce discurren por un territorio amplio de ‘afectación’ de convenios colectivos de ámbitos distintos; o, si se prefiere, por espacios que, por ser coincidentes, exigen concretar qué convenio o convenios, de entre los vigentes, y en qué contenidos materiales, tienen preferencia en la aplicación de las relaciones jurídicas empresa/persona trabajadora. Es una concurrencia que desfila por zonas de ‘afectación’, que complejizan una armonización de las normas que entran en conflicto. El principio consagrado en el art. 83.1 ET, que reconoce a las partes libertad para fijar el ámbito de contratación, no impide al convenio colectivo penetrar en el espacio regulativo de otro diferente, invadiendo su ámbito aplicativo. La intervención del legislador, ausente en la definición de la unidad de contratación, está presente e interfiere en la estructura negocial, a tenor de determinados planteamientos imperativos que restan capacidad a las partes para su gobierno —art. 83.2 ET—. La preferencia que la ley reconoce al convenio de empresa desvela lineamientos hacia desarrollos descentralizados/descoordinados, propiciados por el asentamiento de estructuras empresariales fragmentadas y de limitada dimensión, que dificultan propuestas de armonización empresa/sector facilitadas por mecanismos de responsabilidad endo-sindical.

Es verdad que la aplicación del art. 84.2 ET queda excluida en situaciones de reenvío legal, genéricas al convenio de sector o, en su caso, al convenio sectorial estatal y, en su defecto, a los sectoriales de ámbito inferior, en virtud del principio de competencia material. Existirá la posibilidad, entonces, de que el convenio sectorial habilite espacios de coordinación e intervención a la negociación colectiva de empresa —al convenio o al acuerdo colectivo—, no de ‘afectación’, hasta el punto de que si la empresa invadiera espacios no autorizados por el convenio sectorial procedería la declaración judicial de nulidad de la cláusula convencional transgresora.

Conviene recordar, por otra parte, que la adaptación por convenio colectivo de empresa, en clave de mejora y desarrollo, de las condiciones laborales objeto de regulación en los convenios colectivos sectoriales era/es admisible antes y después de la reforma laboral de 2012. No hay ‘afectación’ en estos casos; no es dable invocar, por tanto, el art. 84 ET en ninguna de sus reglas. Lo singular del art. 84.2 ET es la posibilidad que se reconoce para que en la empresa se introduzcan regulaciones de signo devaluador, contrarias o discrepantes, con lo previamente acordado en el con-

---

<sup>35</sup> Véase, Casas (2016: 17 ss).

venio del sector, en un escenario de ‘afectación’ o de conflicto entre normas convencionales concurrentes. De ahí que un convenio colectivo de empresa pueda regular y garantizar la aplicación de cualquier materia, listada o no en el art. 84.2 ET, cuando su ordenación no produzca ‘afectación’ del convenio sectorial. Sin olvidar, además, que la regla general, *prior in tempore* –art. 84.1 ET– permanece, con preferencia aplicativa, por tanto, del convenio de empresa vigente –en todos sus contenidos– ante posibles afectaciones provenientes de un convenio sectorial o de otro ámbito; preferencia que se mantiene, también en los periodos de ultraactividad, cuando la empresa se ha consolidado en el tiempo como unidad de contratación.

Más allá del incremento real del número de convenios de empresa que provoca<sup>36</sup>, los alcances prácticos de la regla del art. 84.2 ET son conocidos. Sin que se detecten cambios de trascendencia en su cobertura personal, la preferencia aplicativa del convenio de empresa<sup>37</sup> ha condicionado hasta el RD-L 32/2021 los procesos de negociación sectorial y complementado otras actuaciones que influyen en la arquitectura del sistema, con devaluaciones salariales, por debajo de la media sectorial, sostenidas también en tiempos de crecimiento económico<sup>38</sup> –anteriores a la pandemia<sup>39</sup>–.

<sup>36</sup> Según el INE:

- 2014: 575 convenios de empresa –48696 personas trabajadoras afectadas– y 33 de ámbito superior a la empresa –95995 personas trabajadoras afectadas–.
- 2015: 524 convenios de empresa –32675 personas trabajadoras afectadas– y 21 de ámbito superior a la empresa –359066 personas trabajadoras afectadas–.
- 2016: 480 convenios de empresa –50560 personas trabajadoras afectadas– y 26 de ámbito superior a la empresa –71893 personas trabajadoras afectadas–.
- 2017: 479 convenios de empresa –46360 personas trabajadoras afectadas– y 21 de ámbito superior a la empresa –59429 personas trabajadoras afectadas–.
- 2018: 471 convenios de empresa –27460 personas trabajadoras afectadas– y 28 de ámbito superior a la empresa –50163 personas trabajadoras afectadas–.
- 2019: 380 convenios de empresa –37789 personas trabajadoras afectadas– y 25 de ámbito superior a la empresa –71989 personas trabajadoras afectadas–.
- 2020 (enero-octubre): 72 convenios de empresa –3747 personas trabajadoras afectadas– y 8 de ámbito superior a la empresa –75429 personas trabajadoras afectadas–.

Como puede comprobarse, desde la entrada en vigor de la reforma laboral de 2012 hasta la actualidad– decrece el número de unidades de empresa de nueva creación, que, no obstante, ascienden a 3211 desde 2013 a octubre de 2020. Hay razones de esta tendencia: limitado interés de algunas empresas por negociar un convenio propio por mor de la conflictividad que puede provocar, optando las empleadoras por que sean sus organizaciones representativas las que negocien convenios de sector con los sindicatos; costes de tiempo e infraestructuras de negociación, que quedan diluidas cuando el convenio es de aplicación a más de un centenar de empresas, e; imposibilidad de negociar convenios de empresa cuando no se hayan constituido en la empresa representaciones con legitimación negociadora o cuando la empresa se estructura por centros de trabajo sin representación unitaria en todos ellos.

<sup>37</sup> Teniendo en cuenta, por lo demás, que el convenio de centro de trabajo no es, a efectos de la preferencia aplicativa del art. 84.2 ET, convenio de empresa, y que, en consecuencia, las condiciones de trabajo de los convenios colectivos de ámbito inferior a la empresa no tendrán prioridad aplicativa frente al convenio sectorial, en los términos previstos en el precepto legal, por todas, SSTS de 22 de septiembre de 2016, rec. 248/2015; de 9 de mayo de 2017, rec. 115/2016, y; de 10 de julio de 2019, rec. 49/2018.

<sup>38</sup> Las empresas multiservicios son un claro exponente de esta tendencia ordenadora de condiciones de trabajo devaluadas, con reducciones salariales, unas imputadas al salario base, otras a través de los sistemas de clasificación profesional –en los que el convenio de empresa tiene preferencia aplicativa para su adaptación–, y dobles escalas salariales. Véase, STC 122/2017, de 16 de octubre, acerca de la exigencia de justificar en la firma de cada convenio la necesidad de mantener la doble escala salarial, a fin de no vulnerar el derecho a la igualdad *ex art. 14 CE*.

<sup>39</sup> Ha descendido también el número de descuelgues –art. 82.3 ET–, masivamente empleados en los inicios de la anterior crisis económica. Este decrecimiento se mantiene con la pandemia, debido, en parte, a que la mayoría de las empresas con más dificultades económicas tenía a su plantilla en suspensión de empleo a través de ERTE.

La dimensión temporal del convenio colectivo ha suscitado, asimismo, algunas cuestiones relativas al diseño de la estructura negocial y a la posición de las partes en el gobierno de los procesos de negociación. La flexibilización por la L 3/2012 del factor tiempo a través de la pérdida de ultraactividad del convenio colectivo –fórmula insistentemente reclamada por las organizaciones empresariales para solventar desajustes derivados de una supuesta petrificación de la negociación colectiva– ha aportado más problemas que soluciones, sin que se haya reparado en los instrumentos y fórmulas vigentes de ajuste interno, de renovación y revisión de los contenidos convencionales, de coordinación entre unidades de contratación..., que permiten mayor estabilidad en sus contenidos, pero también mayor flexibilidad en aquellos elementos en los que el convenio se manifiesta más sensible al transcurso del tiempo. La adaptación del convenio no tiene, en consecuencia, que esperar a la finalización de la vigencia pactada porque existen mecanismos internos y externos que, gestionados por quienes son parte en la negociación, la facilitan y garantizan (González, 2004: 142). Con todo, no corresponde aquí hacer reflexiones acerca de los métodos habidos –sobradamente conocidos– para la actualización de los contenidos del convenio colectivo durante su vigencia; en materia retributiva, principalmente, a través de las cláusulas de garantía salarial o de fórmulas de retribución variable, o en lo relativo a la duración de la jornada laboral y a la organización y distribución de los tiempos de trabajo y descansos, con encajes en los cuadros horarios y el calendario laboral; tampoco es momento de detenerse en los frecuentes reenvíos del convenio sectorial a los ámbitos inferiores de contratación –por lo común, al acuerdo colectivo de empresa– para facilitar operaciones de ajuste y de flexibilidad interna. Estas prácticas, presentes en la negociación colectiva, introducen la suficiente ‘adaptabilidad’ y ‘flexibilidad’ de la regulación colectiva como para desaconsejar la ordenación legal acometida de la ultraactividad, que busca la conservación por tan solo un año del convenio denunciado, aunque se trate de una norma disponible por la autonomía colectiva<sup>40</sup>; y ello, por mucho que el TS pretenda justificar la regla legal vigente hasta la reforma 2021, al entender que la voluntad legislativa es “procurar también una adaptación del contenido de la negociación colectiva a los cambiantes escenarios económicos y organizativos”, incentivando, de una parte, “que la renegociación del convenio se adelante al fin de su vigencia sin necesidad de denuncia del conjunto del convenio, como situación que resulta a veces conflictiva y que no facilita un proceso de renegociación sosegado y equilibrado”, y evitando, por otra, cuando ello no sea posible, una “petrificación de las condiciones de trabajo pactadas en convenio”, así como “que no se demore en exceso el acuerdo renegociador mediante una limitación temporal de la ultraactividad del convenio a un año”<sup>41</sup>.

---

Ofrece datos, con desagregación de empresas en atención a su dimensión, Confederación Sindical CC.OO. (2020). *Balace negociación colectiva 2020. Negociación colectiva septiembre 2020*. Madrid. 11 noviembre. El informe revela que el recurso al autodescuelgue es muy limitado –el 96,5 por 100 de las inaplicaciones registradas en 2020 se produce del convenio sectorial– y que la inmensa mayoría de las condiciones de trabajo inaplicadas están, de una u otra manera, relacionadas con los salarios, incidiendo en una aminoración de las cuantías retributivas. Del resto de las materias sometidas a la técnica dispositiva, la distribución del tiempo de trabajo y las mejoras complementarias a la acción protectora de la seguridad social expresan unos porcentajes muy limitados, en la mayoría de los casos combinados con cuestiones retributivas.

<sup>40</sup> No para cubrir vacíos normativos derivados de la conclusión del convenio cuya vigencia ha finalizado, ni para perpetuarse intemporalmente, STS de 5 de junio de 2018, rec. 364/2017.

<sup>41</sup> STS de 19 de enero de 2021, rec. 47/2018.

Para ‘soslayar’ eventuales vacíos normativos derivados de la pérdida de vigencia del convenio denunciado, el art. 86 ET, en redacción dada por la L 3/2012, contemplaba la aplicación del convenio colectivo de ámbito superior, sin que exista “una sucesión natural de un convenio de ámbito inferior por otro de ámbito superior sino una *sustitutio in integrum* del convenio inferior”, que pasará a reglamentar, de forma autónoma, las relaciones laborales de la empresa<sup>42</sup>. Esta doctrina judicial, ya recogida en la STS de 28 de enero de 2020<sup>43</sup>, que niega la contractualización del convenio cuya duración ha finalizado, y aboga en pos de su absoluta desaparición del universo jurídico por decaimiento de su vigencia y plena sustitución por el convenio sectorial, da un giro orientativo a la teoría judicial de la contractualización del convenio, que, en un primer momento, sostuvo que los derechos y obligaciones de las partes habidos en la fecha en la que finaliza la ultraactividad de un convenio colectivo “no desaparecen en ese momento”<sup>44</sup>. Tras matizar entonces que la contractualización no ha lugar cuando exista un convenio colectivo de ámbito superior aplicable<sup>45</sup>, el TS declaraba que, salvo las materias reguladas en el convenio sectorial de ámbito superior, el resto de los contenidos fijados con anterioridad en el convenio sectorial del nivel inferior siguen siendo de aplicación a las personas trabajadoras afectadas que prestaban servicios en las empresas del sector cuando este perdió su vigencia<sup>46</sup>. Esta última solución, más ajustada a la realidad de una estructura negocial ordenada y coordinada, y que no excusa, con todo, un cambio legislativo del art. 86 ET, como el recientemente producido por el RD-L 32/2021, ha sido desplazada por una interpretación judicial que, haciendo caso omiso de las fórmulas de articulación y complementariedad del sistema convencional de negociación colectiva, imputa en bloque la contractualización del convenio, solo cuando no exista un convenio de ámbito superior aplicable; de existir, niega, además –como no podría ser de otra forma–, el recurso por parte de la empresa a la modificación sustancial de condiciones de trabajo *ex* art. 41 ET –no, naturalmente, al art. 82.3 ET–, que exige la concurrencia de razones económicas, técnicas, organizativas o de producción, “las cuales son ajenas a la aplicación de un nuevo convenio prevista en el art. 86.3 *in fine* del ET”<sup>47</sup>. La interpretación judicial, que no alcanzaba a justificar por qué la contractualización del convenio puede producirse solo unas veces –cuando no haya convenio de ámbito superior

<sup>42</sup> STS de 19 de enero de 2021, rec. 47/2018.

<sup>43</sup> Rec. 1294/2020: no se discute la existencia de un convenio de ámbito superior que resulta aplicable; “se impone el cumplimiento de la norma legal en su plenitud, sin que resulte procedente la aplicación de técnicas extrañas” al art. 86 ET, así como a la conformación del sistema de fuentes del derecho del trabajo “dispuestas excepcionalmente por esta Sala en un supuesto específico en que se produjo un vacío normativo absoluto y la única alternativa posible era la desregulación”, con consecuencias “especialmente extrañas en el ámbito de las relaciones laborales”. Existiendo, por otra parte, un convenio de ámbito superior, este es de aplicación, de forma tal que, cuando ha transcurrido un año desde la terminación del fenecido “y no se ha acordado un nuevo convenio, no continúan rigiendo las relaciones laborales de los incluidos en su ámbito de aplicación”.

<sup>44</sup> STS de 22 de diciembre de 2014, rec. 264/2014. Esto es así, no porque las normas del convenio extinto se contractualicen en ese momento “sino porque esas condiciones estaban ya contractualizadas” desde el momento en el que se constituyó la relación jurídico-laboral, “a partir del cual habrán experimentado la evolución correspondiente”. Véase también, SSTS 14 de febrero 2019, rec. 3253/2017, y de 25 de julio 2018, rec. 3584/2016.

<sup>45</sup> SSTS de 6 de julio 2016, rec. 155/2015) y de 18 de octubre 2016, recurso 205/2015.

<sup>46</sup> SSTS de 23 de septiembre 2015, rec. 209/2014; de 5, 6 y 21 de junio, de 3, 10 y 25 de julio (rec. 364/2017; rec. 427/2017; rec. 523/2017; rec. 663/2017; rec. 2602/2017; rec. 1300/2017; rec. 2730/2016; rec. 664/2017); de 6 y 20 de noviembre 2018 (rec. 584/2017; rec. 2148/2017); y de 13 de marzo 2019 (rec. 3797/2016).

<sup>47</sup> STS de 19 de enero de 2021, rec. 47/2018.

aplicable, con independencia de sus contenidos—, no ha impedido vacíos normativos, ni ha garantizado una adecuada y completa cobertura de la negociación colectiva. Prescinde, por lo demás, del principio de favorabilidad, con consecuencias prácticas de relevancia, habida cuenta de que para la determinación del salario regulador —y de otras condiciones de trabajo— será siempre de aplicación el convenio de ámbito superior y no el convenio cuya vigencia ha expirado<sup>48</sup>, en clave de contractualización, sea este o no más ventajoso para las personas trabajadoras.

Más allá de la dificultad de determinar si existe o no un convenio de ámbito superior, y, de haber varios, seleccionar el aplicable<sup>49</sup>, se han dado otras situaciones, de no menos enjundia, cuando el de ámbito superior regulaba materias, unas, de naturaleza procedimental, otras, de carácter estructural, sin apenas recoger aspectos normativos de aplicación inmediata al vínculo laboral individual<sup>50</sup>; estos elementos, con la reciente doctrina judicial, no parece que sean susceptibles de contractualización. Quedaba, además, por solventar si es factible o no aplicar simultáneamente varios convenios de ámbito superior articulados y complementarios entre sí, y, en su caso, con el de ámbito inferior que ha perdido ultraactividad. Estas complejidades evidencian la inconveniencia del cese de la vigencia ultraactiva en los términos previstos en la L 3/2012. La vuelta por obra del RD-L 32/2021 al marco normativo anterior en lo concerniente a la recuperación de la ultraactividad del convenio es el cauce más apropiado para resolver las discrepancias en la negociación, con fórmulas consensuadas que, evitando situaciones de conflicto, ofrezcan soluciones para ambas partes.

#### 4. Conclusiones

La negociación colectiva, su estabilidad y garantía, así como la racionalización de las estructuras empresariales son elementos clave del proceso de reforma. Para avanzar y cambiar hay que dirigir la mirada a un poder legislativo —L 3/2012— señaladamente nocivo para los derechos, individuales y colectivos, de las personas trabajadoras, “que expresa un claro desequilibrio de las posiciones de poder” entre partes (Baylos, 2021) y permite cuestionar el predominio de lo colectivo sobre lo individual, anteponiendo la voluntad unilateral de la empresa<sup>51</sup>. Una de las prioridades del RD-L 332/2021 ha sido preservar la negociación colectiva sectorial de la competencia que supone reconocer prioridad aplicativa al convenio de empresa en materia salarial, facilitador del *dumping* social, con una debilidad manifiesta de las estructuras representativas, y con carreras a la baja en las condiciones laborales que pueden llegar a presentar rasgos de abuso de

<sup>48</sup> STS de 9 de septiembre de 2020, rec. 121/2017.

<sup>49</sup> Sin que sea de aplicación un convenio que no tiene que ver con la actividad del que perdió su vigencia, STS de 27 de noviembre de 2015, rec. 316/2014. En el caso de sucesión de empresas, es de aplicación el convenio sectorial en cuyo ámbito funcional estaba incluida la empresa cuyo convenio ha perdido ultraactividad, hasta que sea sustituido por otro convenio sectorial, STS de 1 de junio de 2021, rec. 3788/2018.

<sup>50</sup> Sobre un supuesto de estas características, STS de 23 de septiembre de 2015, rec. 209/2014.

<sup>51</sup> La prevalencia que el TC reconoce a la autonomía colectiva sobre lo individual —STC 107/2000— constituye “un elemento de la configuración constitucional del derecho a la negociación colectiva como medio de acción sindical” —STC 225/2001—. Prevalencia, que no niega la modificación del convenio, “en cuanto expresión de su esencial temporalidad”, no siendo la “intangibilidad o inalterabilidad de lo convenido” elemento de la configuración constitucional del derecho de negociación colectiva, pues “no puede confundirse con la fuerza vinculante constitucionalmente garantizada” (Casas, 2014: 291).

derecho, debido a que la parte social negociadora del convenio no es libre de pactar lo que estime conveniente cuando se establecen estas diferencias de tratamiento, llegándose a cuestionar “el modelo interno de negociación colectiva”<sup>52</sup>. Una realidad, la recién descrita, que con la reforma laboral de 2012 ha fundado la competitividad de las empresas en la competencia entre estructuras organizativas de pequeña dimensión que actúan en un determinado ámbito geográfico y sectorial y que es favorable a quienes ocupan un lugar dominante, sin garantías directas de que las empresas se posicionan en el mercado en condiciones similares o equivalentes<sup>53</sup>.

La construcción de criterios de cierta homogeneidad que permitan (re)establecer una regulación uniforme de condiciones de trabajo para la totalidad de las empresas se consigue a través de convenios colectivos sectoriales, que, desde la perspectiva laboral, unifican costes sociales. A partir de este enfoque, la regulación uniforme del mercado de trabajo por parte del convenio colectivo facilita el libre juego de la competencia mercantil “en términos de transparencia y ausencia de competencia desleal”, y puede llegar a propiciar “un desarrollo correcto de la competencia”, impidiendo los desequilibrios subyacentes derivados de la inexistencia de unos estándares comunes de naturaleza laboral<sup>54</sup>. Este es uno de los elementos centrales de la reforma 2021 para sostener un diseño funcional, que garantice que la negociación colectiva es plenamente administrada por quienes son parte de ella, gestando sus propias reglas de actuación.

## 5. Referencias bibliográficas

- Baylos Grau, A. (2021). *La modernización y la reforma del sistema de relaciones laborales*, 19 marzo (<https://baylos.blogspot.com/2021/03/la-modernizacion-y-la-reforma-del.html>).
- Cabeza Pereiro, J. (2020). “Empresas multiservicios y negociación colectiva: balance en tiempos de cambio”. *Revista de Derecho Social*. 90: 201-232.
- Casas Baamonde, M.E. (2014). “Reforma de la negociación colectiva en España y sistema de relaciones laborales”. *Cuaderno de Relaciones Laborales*. 2. vol. 32: 275-309.
- Casas Baamonde, M.E. (2016). “La prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa”. En *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012* (pp. 13-29). Madrid: Lefebvre El Derecho.
- Castro Argüelles, M.A. (2019). “Límites a la negociación colectiva en el ámbito de la empresa: la aplicación jurisprudencial del principio de correspondencia representativa”, *Derecho de las Relaciones Laborales*. 2: 374-391.
- Cavas Martínez, F. (2019). “Breves apuntes para una regulación multinivel del trabajo en plataformas digitales”. *Revista de Derecho Social*. 87: 65-89.
- Cruz Villalón, J. (2013). “Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*. 12: 13-32.

<sup>52</sup> En referencia a las empresas multiservicios, Cabeza (2020: 201).

<sup>53</sup> El mercado, hoy transformado, no únicamente en “una técnica de organización de las relaciones económicas”, sino, asimismo, “en un agente de evaluación del resto de las instituciones, incluyendo las típicamente laborales, se refuerza jurídicamente, estructurando sistemas de protección de las libertades económicas con ánimo expansivo” (Guamán, 2011: 9).

<sup>54</sup> “Dicho de otro modo, la intervención de la negociación colectiva se convierte en obligada para evitar distorsiones en la competencia mercantil” (Cruz, 2019: 25).

- Cruz Villalón, J. (2015). “Estructura y concurrencia de niveles negociales dentro de un nuevo marco normativo”. En *Estructura de la negociación colectiva. XXVII Jornadas de estudio sobre negociación colectiva* (pp. 21-65). Madrid: Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos/Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- Cruz Villalón, J. (2019). “El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva”. *Temas Laborales.* 147: 13-46.
- Escudero Rodríguez, R. (2012). “El Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero: la envergadura de una reforma profundamente desequilibradora de la negociación colectiva”. En R. Escudero Rodríguez (coord.), *La negociación colectiva en las reformas de 2010, 2011 y 2012* (pp. 11-56). Madrid: Cinca.
- Esteve Segarra, A. (2021). “Cambios jurisprudenciales en subcontratación laboral ¿por qué son una condición necesaria pero no suficiente y por dónde habría que ir en la reforma?”. *Revista de Derecho Social.* 94: 39-61.
- González Ortega, S. (2004). “Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos”. *Temas Laborales.* 76: 135-163.
- Gorelli Hernández, J. (2013). *La negociación colectiva de empresa. Descuelgue y prioridad aplicativa del convenio de empresa*. Granada: Comares.
- Guamán Hernández, A. (2011). “Negociación colectiva, derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea” *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración.* Vol. 92: 143-191.
- Loffredo, A. y Orlandini, G. (2021). “La propuesta de directiva de la Unión Europea sobre el salario mínimo adecuado”, *NET21.* 4 (<https://www.net21.org>).
- López Anioarte, M.C. (2021). “Hacia la dignificación del trabajo externalizado, con particular atención a las empresas multiservicios”. *NET21.* 1 (<https://www.net21.org/>).
- Luque Balbona, D. (2012). “Huelgas e intercambio político en España”. *Revista Internacional de Sociología.* 3. Vol. 70: 561-585.
- Merino Segovia, A. (2012). “La reforma de la negociación colectiva en el RDL 3/2012: las atribuciones al convenio de empresa y novedades en la duración y vigencia de los convenios colectivos”. *Revista de Derecho Social.* 57: 249-262.
- Monereo Pérez, J.L. y Moreno Vida, M.N. (2004). “La negociación colectiva empresarial ante las exigencias de adaptabilidad y reorganización de los sistemas productivos”. *Temas Laborales.* 76: 255-285.
- Muñoz Ruiz, A.B. (2017). “Sector digital, plataformas profesionales y convenio colectivo aplicable”. *Revista de Información Laboral.* 2: 229-240.
- Preciado Domènech, C.H. (2014). *Los grupos de empresas tras las últimas reformas laborales*. Albacete: Bomarzo.
- Rodríguez-Piñero Royo, M. (2017). *El papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar; aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo* (pp. 1-42). XXX Jornada de estudio sobre negociación colectiva de la CCNCC. Madrid, 26 octubre.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., Valdés Dal-Ré, F. y Casas Baamonde, M. E. (2013). “La aplicación de la reforma laboral”. *Relaciones Laborales.* 12: 1-32.
- Valdés Dal-Ré, F. (2012). “La reforma de 2012 de la negociación colectiva: la irrazonable exacerbación de la función de gestión”, *Relaciones Laborales.* 23/24, Especial monográfico sobre la reforma laboral de 2012: 221-257.