

**LA DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO
APLICABLE EN SITUACIONES DE CONCURRENCIA
CONFLICTIVA Y NO CONFLICTIVA: VIEJOS PROBLEMAS Y
NUEVAS REGLAS**

***DETERMINING THE APPLICABLE COLLECTIVE AGREEMENT IN
CONFLICTUAL AND NON-CONFLICTUAL CONCURRENCY: OLD
PROBLEMS AND NEW RULES***

EVA LÓPEZ TERRADA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat de València

<https://orcid.org/0000-0002-7702-2393>

Cómo citar este trabajo: López Terrada, E. (2025). La determinación del convenio aplicable en situaciones de concurrencia conflictiva y no conflictiva: viejos problemas y nuevas reglas. *Lex Social, Revista De Derechos Sociales*, 15 (1), 1–32. <https://doi.org/10.46661/lexsocial.11355>

RESUMEN

La reforma del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores llevada a cabo por el Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo, ha intensificado los complejos problemas de inseguridad jurídica existentes para determinar con corrección el convenio colectivo aplicable. El presente estudio analiza críticamente dichos problemas, aportando posibles vías de solución tanto en situaciones de concurrencia no conflictiva como en situaciones de concurrencia conflictiva, y ofrece respuestas a las dudas interpretativas suscitadas por la nueva prioridad aplicativa de los convenios y acuerdos de Comunidad Autónoma.

PALABRAS CLAVE: concurrencia de convenios colectivos, determinación del convenio aplicable, artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores, Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo.

ABSTRACT

The reform of Article 84 of the Workers' Statute, introduced by Royal Decree-Law 2/2024 of May 21, has exacerbated the complex legal uncertainties surrounding the accurate determination of the applicable collective agreement. This study critically examines these issues and offers potential solutions for both non-conflictual and conflictual concurrency situations. Additionally, it addresses the interpretive uncertainties raised by the new priority application of regional community collective agreements and accords.

KEYWORDS: concurrency of collective agreements, determination of the applicable agreement, article 84 of the Workers' Statute, Royal Decree-Law 2/2024, of May 21.

SUMARIO

I. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES A MODO DE INTRODUCCIÓN

II. CONCURRENCIA NO CONFLICTIVA Y DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

- 1. Ámbitos funcionales de aplicación de los convenios supraempresariales*
- 2. Convenio aplicable a contratadas y subcontratadas*
- 3. Cambios de convenio en caso de aplicación del convenio erróneo e inexistencia de convenio aplicable*

III. CONCURRENCIA CONFLICTIVA Y DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE

- 1. Los cambios de unidad de negociación: el término final de la prohibición de afectación*

1.1. Primera etapa. La tesis “clásica”: el convenio ultraactivo no está vigente a efectos de prohibición de concurrencia, pero se impermeabilizan los niveles inferiores mientras la negociación esté viva

1.2. Segunda etapa. Durante la ultraactividad legal el convenio está vigente a efectos de prohibición de concurrencia

1.3. Tercera etapa. El convenio también está vigente a efectos de prohibición de concurrencia durante la ultraactividad pactada

1.4. Cuarta etapa. Vuelta a la tesis clásica, pero surgen dudas sobre la impermeabilización de las unidades inferiores y la vigencia del convenio durante la ultraactividad pactada

2. El convenio aplicable en materia salarial tras el fin de la prioridad aplicativa del convenio de empresa

2.1. Posibles interacciones entre convenios sectoriales y convenios de empresa tras la reforma de 2021

2.2. La compleja transitoriedad del fin de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial

3. La nueva excepción autonómica a la prohibición de concurrencia

3.1. La consecución de marcos autonómicos de relaciones laborales

3.2. El ámbito del convenio afectante

3.3. La interpretación del criterio de la mayor favorabilidad

3.4. Las limitaciones materiales de la concurrencia autonómica

IV. CONCLUSIONES

Bibliografía

I. ALGUNAS PRECISIONES CONCEPTUALES A MODO DE INTRODUCCIÓN

En su acepción más generalizada, el concepto de estructura de la negociación colectiva se identifica con la red de unidades de negociación de un determinado país -unidades que en el nuestro delimitan los ámbitos funcional, territorial y personal del convenio a que se refiere el artículo 85.3.b) del ET- y con las relaciones existentes entre ellas. De ahí que el estudio de la estructura de la negociación colectiva implique el tratamiento del grado de cobertura de los convenios colectivos; de la centralización o descentralización de la negociación colectiva; de la coordinación entre los niveles de negociación; o de la dimensión de la negociación colectiva, comprensiva no solo del “tamaño” de las unidades de negociación, sino también de su dispersión en divisiones horizontales o territoriales y en divisiones verticales, relativas a la mayor o menor amplitud del sector productivo considerado¹.

La complejidad técnica acompaña, pues, el análisis de las cuestiones relacionadas con la estructura de la negociación colectiva y, probablemente por ello, pasan inadvertidas imprecisiones conceptuales o confusiones interpretativas, queda empañada su trascendencia práctica, y resulta limitada, incluso, la repercusión mediática de su reforma, a pesar de que el alcance de sus efectos sobre la negociación colectiva pueda ser considerable. Así está sucediendo, sin duda, con las modificaciones introducidas en el artículo 84 del ET por el Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo.

Conviene, por ello, recordar, como punto de partida, que las condiciones de trabajo aplicables a un trabajador determinado únicamente pueden conocerse -y, en consecuencia, reclamarse- a partir de la correcta determinación del convenio que le resulta aplicable o, en su caso, de los convenios que le resultan aplicables. En este terreno no puede obviarse que, como luego se verá, ni existe ya un principio legal de unidad de empresa que impida la coincidencia simultánea de varios convenios², ni es imposible que resulten de aplicación técnicas de articulación entre los diferentes niveles de negociación, que vienen permitiendo desde hace décadas en los países de nuestro entorno que las condiciones de trabajo sean el resultado acumulado de varios convenios diferentes, no resultando, desde luego, infrecuente que acuerdos especialmente destinados a un territorio o empresa regulen aspectos que no se pueden tratar con carácter general o mejoren condiciones de un convenio más amplio³.

¹ MARIUCCI, Luigi, *La contrattazione collettiva*, Bologna, Il Mulino, 1985, pp. 104 y ss.; MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Madrid, Civitas, 1994, p. 106 y ss.; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, Miguel, “La problemática estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 3, 1996, p. 6.

² Principio que, sin embargo, recogía el artículo 5 de la Ley de 16 de octubre de 1942, por la que se establecen normas para regular la elaboración de las reglamentaciones de trabajo, en cuya virtud “A fin de mantener el principio de «unidad de empresa», las reglamentaciones serán asimismo aplicables, con las diferencias que procedan, en atención a las distintas categorías profesionales, a todo el personal que preste su trabajo, de cualquier clase que sea, en la rama o ciclo productivo objeto de regulación”.

³ Así lo constataba hace ya cincuenta años la Organización Internacional del Trabajo. Vid. OIT, *La negociación colectiva en países industrializados con economía de mercado*, 1ª ed., Ginebra, Atar, p. 127.

También es imprescindible señalar que las dificultades para determinar el convenio aplicable derivan, en ocasiones, de situaciones de concurrencia conflictiva, que en nuestro ordenamiento resuelve, como es sabido, y sin perjuicio de su última reforma, el artículo 84 del ET, por constituir una regla especial respecto a la de la mayor favorabilidad contenida en el artículo 3.3 del ET. Es importante precisar que las situaciones de concurrencia conflictiva y la consiguiente aplicación de las reglas contenidas en el artículo 84 del ET -a las que nos referiremos después- se ciñe a los supuestos en que se produzca entre los convenios colectivos una múltiple coincidencia -espacial, objetiva, subjetiva y temporal- y una regulación contradictoria (por todas, STS de 24 de junio de 2008, Rec. 128/2007)⁴.

Cuando falle alguno de esos elementos, estaremos ante una situación de concurrencia no conflictiva que puede requerir, no obstante, de consulta a la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos -u órgano autonómico correspondiente- o, incluso, de intervención judicial para la no siempre fácil determinación del convenio colectivo aplicable. Así sucedió, por ejemplo, en el supuesto enjuiciado por la STS de 24 de noviembre de 2015, seguida por las de 9 de diciembre de 2015 y 2 de febrero de 2017 (respectivamente, Rec. 136/2014, Rec. 135/2014 y Rec. 2012/2015), en las que el Tribunal rechaza la existencia de concurrencia conflictiva entre dos convenios pues, a pesar de que coincidían en tres de los cuatro parámetros que definen el ámbito de los convenios (funcional; temporal; y geográfico), divergían en el ámbito personal. La propia declaración del ámbito de aplicación subjetivo de ambos convenios unida al principio de especialidad determinan, a juicio del Tribunal Supremo, la elección de la norma sectorial aplicable (*“el Convenio del sector de Limpieza tiene -o en todo caso debe tener- por destinatario exclusivo a los trabajadores con relación ordinaria de trabajo, en tanto que el ámbito personal Convenio de Centros de Trabajo y Servicios de Asistencia a personas con discapacidad específicamente comprende -aparte de quienes prestan servicios en relación ordinaria de trabajo- a los que se hallan vinculados al centro o servicio por la relación laboral especial que define y regula el RD 1368/1985”*).

⁴ Merece la pena reproducir la literalidad de la STCT de 21 de julio de 1988, que ya ilustraba claramente la cuestión: *“la concurrencia, en general, pues, de ambos convenios, y el cabal entendimiento del precepto, presupone la dualidad dentro de la pactación colectiva, de dos cuerpos distintos homólogos comparables y por esto concurrentes cuyo paralelismo aplicatorio provenga de que en los dos quepa predicar las cuatro dimensiones en que se diversifica su alcance o campo de aquella incidencia o aplicación: 1) la dimensión espacial, o se proyectan en los mismos espacios de territorialidad, o que uno, por su mayor extensión, incluya al otro; 2) dimensión objetiva, o que también en todo o en parte, reglamenten dentro de la actividad del sector, una común zona o materia dentro de las relaciones laborales; 3) la dimensión subjetiva, o sea, que comprendan en su onda ordenadora a los trabajadores del mismo colectivo empresarial o que estén, por su actividad, adscritos al mismo sector del mundo del trabajo, y, por último, 4) la dimensión temporal, esto es, que el período de vigencia o duración de los dos convenios concurrentes coincidan el tiempo, bien de modo idéntico o porque uno rija con una duración superior en la que el otro también impere”*.

II. CONCURRENCIA NO CONFLICTIVA Y DETERMINACIÓN DEL CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

1. Ámbitos funcionales de aplicación de los convenios supraempresariales

Son muchas, en definitiva, las dificultades existentes para determinar el convenio aplicable pues, aun sin la existencia de una situación de concurrencia conflictiva, resulta perfectamente posible que la actividad de la empresa no quede incluida con claridad en el ámbito funcional de aplicación de ningún convenio⁵, pero también puede suceder, como acabamos de ver, que pueda incluirse en el de varios. Además, son de sobra conocidos los problemas que en la práctica plantean los ámbitos funcionales de aplicación de los convenios colectivos supraempresariales, cuya mala concreción (por anticuada o excesivamente genérica) impide saber muchas veces cuál es el convenio colectivo aplicable a determinadas empresas del sector⁶.

Puede resultar de utilidad a este respecto la guía publicada en el año 2017 por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (“Determinación del convenio colectivo aplicable atendiendo a su ámbito funcional. Perspectiva de la CCNCC”), en cuanto órgano con funciones consultivas en orden al planteamiento y determinación del ámbito funcional de los convenios colectivos, cuyos dictámenes, si bien no pueden vincular a los tribunales (*vid.* art. 3 RD 1362/2012, de 27 de septiembre, por el que se regula la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos), constituyen, según ha reconocido el Tribunal Supremo (STS de 15 de junio de 2000, Rec. 4006/1999), un dato “cuyo valor orientativo no cabe desconocer sin más, en la medida que reflejan un dato socio-económico innegable”. La Guía defiende, en lo esencial, la aplicación del criterio de la actividad principal de la empresa cuando en ella se desarrollen varias actividades, salvo que estas sean independientes y autónomas entre sí, en cuyo caso es posible la convivencia de distintos convenios en función de las distintas actividades realizadas. Igualmente, incluye criterios para determinar la actividad empresarial⁷, para llevar a cabo la selección de la actividad principal de la empresa⁸ e, incluso, para interpretar el

⁵ Las recientes SS.TS de 25 de enero de 2022 (Rec. 1565/2020), 21 de diciembre de 2023 (Rec. 2900/2021) y de 30 May. 2024 (Rec. 2901/2021) estiman que “acreditado que la actividad preponderante de la empresa consiste en la comercialización e intermediación como agente distribuidor entre los diferentes operadores de telecomunicaciones y los clientes finales de los mismos para la realización de ofertas y tramitaciones de altas entre dichos operadores y clientes, es claro que dicha actividad no se subsume ni en el convenio colectivo para el Comercio Vario de la Comunidad de Madrid, ni en el convenio colectivo para el Comercio en General de Málaga y su provincia”.

⁶ El tema se ha estudiado ampliamente, por ejemplo, por THIBAUT ARANDA, Xavier, *Convenio colectivo aplicable en la empresa por razón de su actividad*, Tirant lo Blanch, 2008; o MENDOZA NAVAS, Natividad, *La selección del convenio colectivo aplicable en la empresa*, Bomarzo, 2014.

⁷ Epígrafe declarado a efectos del IAE; código CNAE declarado; actividad indicada en la comunicación de apertura del centro de trabajo; actividad declarada en la inscripción en la Seguridad Social; objeto social declarado; funciones concretas desempeñadas por los trabajadores; proceso económico o productivo concreto del trabajo desarrollado; materiales empleados en el proceso productivo, así como el tipo de instalaciones de la empresa.

⁸ Cifras económicas de las distintas actividades; plantilla destinada a cada actividad; finalidad del negocio concreto llevado a cabo; y subordinación y dependencia de unas actividades respecto de la actividad principal.

contenido de una cláusula sobre ámbito funcional de un convenio colectivo⁹. La Guía efectúa, no obstante, dos advertencias del máximo interés: una, que en el caso de la determinación de la actividad empresarial, se enuncian criterios a valorar en cada supuesto concreto y de manera conjunta, junto con el desarrollo de la actividad empresarial; dos, que la utilización de los códigos CNAE (Clasificación Nacional de Actividades Económicas) en la determinación del ámbito funcional deben ser interpretados “en relación y subordinados” a la cláusula convencional, no pudiendo sustituir, por sí solos, a la definición contenida en las cláusulas convencionales de ámbito funcional.

El Tribunal Supremo utiliza, del mismo modo, “el criterio de unidad de empresa complementado con el de la actividad preponderante de la misma” (STS de 10 de octubre de 2023, Rec. 4202/2020). Es un criterio reiterado y pacífico que, cuando las actividades de la empresa puedan subsumirse en varios convenios colectivos, deberá aplicarse aquel que se corresponda con la actividad preponderante de la empresa (por todas, SS.TS de 31 de octubre de 2003, Rec. 17/2002; de 1 de diciembre de 2015, Rec. 349/14; o de 25 de enero de 2022, Rec. 1565/2020) con independencia, por tanto, de las tareas de cada uno de los trabajadores (STS de 21 de octubre de 2010, Rec. 56/2010 y de 4 de noviembre de 2010, Rec. 9/2010). Las pautas admitidas para la determinación y prueba de tal actividad difieren según el supuesto enjuiciado: así, mientras en ocasiones se opta por el convenio cuyo ámbito funcional se corresponda con la actividad principal entendida como “la más importante o la que cubra el mayor número de cometidos” (*vid.* STS de 17 de marzo de 2023, Rec. 933/2020, con cita de jurisprudencia anterior), en otras se alude al predominio de la actividad y de los ingresos obtenidos por ella frente a otras (29 de enero de 2002, Rec. 1068/2001) y, en otras más, por ejemplo, a la utilización de un producto -como materia prima o manufacturado para su comercialización- o al epígrafe en el que está dada la empresa en el IAE (STS de 31 de enero de 2008, Rec. 2604/2007). El recurso a la actividad descrita en el objeto social está también presente en algunos casos, pero sin que se permita su equiparación automática con la actividad principal, por ser lo “relevante y decisorio” la actividad “real” preponderante, a cuyo efecto habrá de valorarse, principalmente, a juicio del Tribunal, la actividad organizativa, productiva y económica de la empresa (por todas, SS.TS de 10 de julio de 2000, Rec. 4315/1999; de 31 de enero de 2008, Rec. 2604/2007; o de 17 marzo de 2015, Rec. 1464/2014).

En todo caso, como se ha adelantado, lo principal es retener que la utilización de este criterio de la actividad principal o preponderante para la determinación del convenio en empresas que desarrollan más de una actividad, en ningún caso puede interpretarse como una suerte de vuelta al tradicional principio de unidad de empresa que impida la aplicación simultánea de más de un convenio colectivo. Contrariamente, se reconoce que el principio cede, por ejemplo, cuando no ha quedado determinada la actividad principal

⁹ La literalidad de la cláusula convencional; la interpretación en su conjunto del convenio; el contexto de la normativa general donde se inserta la norma sectorial; los usos y costumbres; la negociación previa del convenio colectivo; y las empresas representadas por las partes firmantes.

por desarrollar la empresa varias actividades autónomas o independientes (STS de 15 de junio de 2005, Rec. 191/2004)¹⁰, o cuando hay que dejar paso a la aplicación del principio de especialidad o especificidad porque existe un convenio en cuyo ámbito de aplicación encaja más precisamente una determinada actividad desarrollada por el trabajador (STS de 17 de marzo de 2023, Rec. 933/2020)¹¹.

En realidad, si se piensa bien, reconocida constitucionalmente su autonomía colectiva, es la voluntad de los negociadores en la selección de la unidad de negociación la variable que realmente determina el convenio colectivo que resulta de aplicación, siempre que se respeten, obviamente, los límites que condicionan esa libre elección, como son los derivados del principio de igualdad y no discriminación o de las reglas legales que regulan su propia representatividad, la articulación y concurrencia de convenios o, en su caso, la transmisión de empresas¹². Para comprender hasta qué punto esto es así resulta muy útil recordar que cualquier unidad de negociación imaginable se origina del acoplamiento de un “tipo” con un “área”. El “área” se define sobre la dimensión de la organización empresarial, siendo las más significativas la sección de centro de trabajo, el centro de trabajo y la empresa, sea una, varias o todas las empresas de una industria o sector productivo en los diversos escalones territoriales, desde el local hasta el estatal. Por su parte, el “tipo” se define sobre la base asociativa del grupo que negocia en representación de los trabajadores, y puede originar unidades horizontales si se toma en consideración el oficio, función o profesión realizada por los trabajadores, o bien unidades verticales si, como es habitual, se tiene en cuenta la actividad económica¹³. Por eso, si no hay un descarte de la viabilidad jurídica de otro tipo de unidades que sería contrario al artículo 37.1 de la CE, la regla de la actividad principal o preponderante de la empresa se podría aplicar, aunque no se recurriera al principio de unidad de empresa, simplemente apelando al principio de verticalidad cuando los negociadores lo hayan utilizado libremente para trazar el ámbito de aplicación del convenio colectivo¹⁴.

El propio Tribunal Supremo descartó hace tiempo que la inercia terminológica pudiese desembocar en una inercia conceptual, declarando expresamente en su sentencia de 10 de julio de 2007 (Rec. 27/2006) la pérdida de actualidad del principio de unidad de empresa que se recogió en su día en el artículo 5 de la Ley de Reglamentaciones de Trabajo de 1942 en la medida en que “desde el principio de libertad de fijación de los ámbitos de

¹⁰ Son muchas las sentencias de suplicación -por todas, STSJ de Cataluña de 9 de diciembre de 2004, Rec. 7434/2003; o STSJ de Andalucía (Sevilla) de 7 de febrero de 2008, Rec. 2408/2006- que reconocen la quiebra del principio de unidad de empresa en los casos en que exista una diversidad de actividades en distintos centros de trabajo con organización productiva independiente.

¹¹ La sentencia admite, utilizando el criterio de actividad principal combinado con el de especificidad, la aplicación de dos convenios (contratas ferroviarias y limpieza de edificios y locales) si se decidió asignar y vincular a la trabajadora a dos contratas diversas e independientes: una para limpiar la estación del AVE y otra para limpiar un edificio oficial.

¹² Al respecto puede verse, por todas, la STS de 21 de diciembre de 2010, Rec. 208/2009.

¹³ Por todos, RODRÍGUEZ PIÑERO, Miguel, “La unidad de negociación del convenio colectivo de trabajo”, *Revista de Política Social*, nº 84, 1969, p. 12-14.

¹⁴ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Negociación colectiva y principio de unidad de empresa”, *Relaciones Laborales*, I, 1999, p. 195 y 201.

negociación que se contiene en el artículo 83.1 del ET en conexión con el principio de libertad sindical del artículo 28.1 de la Constitución, existe la posibilidad legal y real de que una empresa se rija por varios convenios, sea por voluntad de los particulares (convenio de centro o convenios de franja, por ejemplo), o por imperio de la Ley (caso de la sucesión de empresas...), entre otras posibles situaciones”¹⁵.

2. Convenio aplicable a contratistas y subcontratistas

Con todo, en este terreno de la determinación del convenio aplicable sin que exista una situación de concurrencia conflictiva, los principales problemas se han planteado tradicionalmente respecto al convenio sectorial aplicable en ausencia de convenio propio a las empresas contratistas y subcontratistas¹⁶. La reforma laboral de 2021 incidió sobre la cuestión dejándonos un muy confuso artículo 42.6, cuya correcta comprensión exige, como ha señalado acertadamente la doctrina, invertir el orden del precepto para determinar con éxito el convenio colectivo aplicable¹⁷.

Si bien, como veremos, el propio artículo prevé, en efecto, dos excepciones y la Disposición Adicional 27ª ET excluye la aplicación del régimen del artículo 42.6 ET en los casos de contratistas y subcontratistas suscritas con centros especiales de empleo, tras la reforma como regla general el convenio aplicable será el del sector de la actividad específicamente desarrollada en la contrata o subcontrata, es decir, la actividad específicamente contratada en virtud del referido encargo¹⁸. Se confirma, pues, pese a la

¹⁵ La STSJ de Andalucía (Sevilla) de 12 Jun. 2024, Rec. 1886/2024 constituye un ejemplo reciente de reconocimiento de que la aplicación de la jurisprudencia relativa a la actividad principal o preponderante de la empresa debe ceder ante el supuesto específico de un colectivo de trabajadores que han sido objeto de una sucesión empresarial que cuenta con su propia regulación normativa en artículo 44.4 del ET “cuya aplicación en tal supuesto es preferente a la de la jurisprudencia establecida para supuestos genéricos, que no encuentran encaje particular en el caso”.

¹⁶ La STS de 6 de octubre de 2022, Rec. 35/2021 precisa que determinar si el convenio aplicable a una empresa concesionaria del servicio de limpieza y lavandería en las residencias para personas mayores de un organismo autónomo adscrito a una Consejería autonómica es el convenio colectivo de limpieza de edificios y locales del Principado de Asturias, o el convenio colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, no constituye “un problema de concurrencia entre convenios, en el que ambos sean potencialmente aplicables, sino de cuál es el único convenio colectivo aplicable a la vista de los ámbitos de aplicación de los convenios alegados”.

¹⁷ DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratistas y subcontratistas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 88, 2022, p. 5.

¹⁸ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, “La determinación del convenio aplicable a contratistas y subcontratistas: la vida sigue igual...”. Disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2023/02/la-determinacion-del-convenio-aplicable-a-contratistas-y-subcontratistas-la-vida-sigue-igual/>. La *ratio legis* del precepto, así como su ubicación sistemática, permiten afirmar -como señala, por todos, NORES TORRES, Luis Enrique, “La reforma del art. 42 en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3, Número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022, pp. 77-78- que la regla está pensada para todo tipo de contratistas, sean o no de propia actividad. No lo entiende así, sin embargo, la SAN de 11 de julio de 2023 (Rec. 103/2023) que considera, por aplicación del artículo 42.6 del ET, que los convenios colectivos de aplicación a los trabajadores de una empresa subcontratista (Internet Commerce Solution) que presta servicios para otra (Immediate Delivery S.L) con objeto de llevar a cabo la entrega de paquetería de la empresa Amazon son los provinciales de transporte de mercancías por carretera que procedan, según la ubicación geográfica en la que se encuentren los centros de trabajo a la que resulten adscritos, “al encuadrarse la actividad desarrollada en la contrata suscrita entre Internet Commerce Solution e Immediate Delivery S.L en el ámbito funcional del II AG para las empresas de transporte de mercancías

existencia de algunas opiniones en contra¹⁹, la interpretación que venía efectuando el Tribunal Supremo, cuya sentencia de 11 de junio de 2020 (Rec. 9/2019) defendió como criterio de aplicación el de “la real y verdadera actividad ejercida por los trabajadores” por atender “a lo que dispone el convenio de referencia” sin afectar a la competencia en el mercado de trabajo “pues se establece una misma regulación unitaria a todos los trabajadores que realizan el mismo trabajo, con independencia de la configuración jurídica del sujeto empleador, esto es, de si se trata de una empresa especializada en la prestación de un solo servicio o una empresa multiservicios”²⁰.

Existen, no obstante, dos excepciones a esta regla general.

En primer lugar, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este “en los términos que resulten del artículo 84”. Dada la finalidad de la reforma de 2021 y lo anunciado expresamente en su Exposición de Motivos, es más que razonable cuestionarse si se trata, en realidad, de una remisión al artículo 84.2 en exclusiva, pues ello implicaría que, en materia salarial, no se aplicará, salvo mayor favorabilidad, el convenio de la empresa contratista o subcontratista, sino el convenio sectorial de la actividad desarrollada en la empresa principal²¹. La literalidad de la norma, sin embargo, que envía al artículo 84 en su totalidad, ha llevado a la doctrina mayoritaria a entender que en estos casos no se están introduciendo excepciones a las reglas generales de concurrencia de convenios, por lo que la regla del *prior in tempore* podrá resultar de aplicación²².

por carretera descrito en su art. 3, esto es, la actividad de logística y mensajería que requiere los títulos habilitantes exigidos por el citado precepto para desempeñar la misma”.

¹⁹ MERINO SEGOVIA, Amparo; GRAU PINEDA, Carmen “La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de piso”, *Revista de Derecho Social*, n.º 96, 2022, p. 38-39 (seguidas, por ejemplo, por GOÑI SEIN, José Luis, “Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, n.º 13, 2022, p. 93-94) consideran que el artículo 42.6 ET, aun sin mencionar de forma expresa el convenio colectivo sectorial que aplica la empresa de principal, se está refiriendo a dicho convenio al incluir la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata. Aludiendo, en particular, a las camareras de piso, afirman que “son las tareas realizadas en cada contrata –limpieza y puesta a punto de habitaciones y zonas comunes en la empresa hotelera, (...)– las que determina el convenio sectorial de aplicación –hostelería–, y no la actividad o actividades que se incluyen en el objeto social de la empresa contratista”.

²⁰ Así se indica expresamente, aunque no sea aplicable al supuesto por razones temporales, en la STS de 6 de octubre de 2022 (Rec. 35/2021): “El caso es que el criterio del vigente artículo 42.6 ET (la aplicación del convenio sectorial de “la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata”) coincide con el criterio de la STS 438/2020, 11 de junio de 2020 (Rec. 9/2019), de la “la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata”. Por su parte, la STS de 20 de diciembre de 2022 (Rec. 1871/2019), confirma que la Disposición Adicional 27ª corrobora, igualmente, la interpretación ya efectuada por el Tribunal Supremo respecto a los centros especiales de empleo.

²¹ SALA FRANCO, Tomás, *La reforma laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 86.

²² Entre otros, NORES TORRES, Luis Enrique, “La reforma del art. 42 en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3, Número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022, pp. 80-81; DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”, en GOERLICH PESET, José María; MERCADER UGUINA, Jesús Rafael; DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 147; BALLESTER PASTOR, María Amparo, *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y

En segundo lugar, el artículo 42.6 ET envía a ese enigmático “otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III” que, tras provocar una perplejidad generalizada, está siendo objeto de lecturas contradictorias. Las opciones hermenéuticas son, en cualquier caso, diversas y no necesariamente excluyentes entre sí.

Así, además de plantearse la hipotética negociación de un convenio colectivo de las empresas multiservicios²³, se ha pensado, otorgando un carácter real y tangible a la referida remisión legal, en los convenios cuyo ámbito de aplicación incluya la prestación de trabajo en contratas, es decir, en los convenios concluidos por empresas contratistas en determinados y concretos sectores de actividad cuyo ámbito funcional más específico determinaría su aplicación. Sería el caso del convenio colectivo para el sector de contratas ferroviarias –al que ya se ha referido el Tribunal Supremo como un convenio cuyo ámbito funcional tiene entidad específica (vid. STS de 17 de marzo de 2023, Rec. 933/2020, con cita de sentencias anteriores)- o del importante número de convenios concluidos en el País Vasco entre empresas adjudicatarias de servicios y el Gobierno vasco²⁴.

Por otra parte, la doctrina ha indicado que la referencia a “otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III” comprendería los supuestos, ya existentes en la práctica negocial -en hostelería, fundamentalmente- y avalados por la jurisprudencia, en los que el convenio sectorial impone a las empresas incluidas en su ámbito de aplicación que externalicen alguna de sus actividades la obligación de garantizar la aplicación de sus condiciones a las personas que trabajen en contratas²⁵.

Mucho más cuestionable es, a mi juicio, por vulnerar las exigencias del Título III en materia de representatividad, que la redacción del artículo 42.6 permita aplicar el convenio colectivo de la empresa principal cuando la actividad desarrollada por las personas trabajadoras en la contrata tenga las “especialidades y las condiciones o contenidos específicos” definidos en él (v.g. funciones de las camareras de piso en el Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería)²⁶.

Economía Social, 2022, p. 166 o LAHERA FORTEZA, Jesús, *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 54.

²³ VICENTE PALACIO, A., Obituario. contrato para obra o servicio determinado: descanse en paz. ¡Viva el contrato fijo-discontinuo!, en: *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022*. Madrid, Cinca, 2022, p. 69.

²⁴ MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, “La determinación del convenio aplicable a contratas y subcontratas: la vida sigue igual...”.

²⁵ SS.TS de 12 de marzo de 2020 (Rec. 209/2018), de 13 de julio de 2022 (Rec. 161/2020), o de 13 de septiembre de 2022 (Rec. 10/2021).

²⁶ Por todos, DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 88, 2022, pp. 8-9; THIBAUT ARANDA, Xavier, Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas, en: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Franciso, *et al.*, *La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023, pp. 125-128.

3. Cambios de convenio en caso de aplicación del convenio erróneo e inexistencia de convenio aplicable

Sin perjuicio de que sean muchos más los interrogantes suscitados por la determinación del convenio aplicable en situaciones de concurrencia no conflictiva, cabría destacar para finalizar, por su trascendencia práctica, algunas cuestiones relacionadas con la eficacia que el artículo 82 del ET otorga a los convenios colectivos estatutarios. Dicha eficacia es la que explica que la determinación del convenio colectivo aplicable no sea disponible ni renunciable para las partes, sino que se trate de una cuestión indisponible y de orden público, de manera que, por utilizar palabras del Tribunal Supremo “no cabe elegir, ni adherirse, ni aplicar un convenio colectivo distinto del que debe aplicarse por estar incluida en su ámbito de aplicación la actividad realizada por la empresa” (por todas, STS de 21 de enero de 2021, Rec. 158/2019, con cita de jurisprudencia anterior).

Ahora bien, sentado que la elección de uno u otro convenio queda fuera de la esfera de la autonomía de la voluntad de las partes, es perfectamente posible que, como consecuencia de las muchas dificultades existentes para determinar con corrección el convenio colectivo aplicable, se aplique por error un convenio que no sea el correspondiente a la actividad desarrollada por la empresa, en cuyo caso estaríamos ante un error de derecho cometido por el empresario (*vid.* artículo 6.1 del Código Civil)²⁷ que impondría un cambio de convenio aplicable, situación que, desde luego, no habría que confundir, como ha confirmado el Tribunal Supremo (STS de 3 de febrero de 2021, Rec. 93/2019, Rec. 30/2020, por todas), con una inaplicación del convenio correctamente aplicado amparada en el artículo 82.3 del ET.

Pues bien, si ese convenio indebidamente aplicado contiene condiciones -salariales, por ejemplo- menos favorables a las del convenio cuya aplicación era pertinente, será posible exigir, y de hecho son reclamaciones que se plantean con mucha frecuencia, el reconocimiento de las diferencias correspondientes²⁸. El salario regulador de la indemnización por despido será, además, como expresamente ha reconocido el Tribunal Supremo (STS de 23 de junio de 2020, Rec. 1124/2018, por todas), el establecido en ese convenio colectivo pertinente, aunque en el momento del cese se percibiera realmente uno inferior.

Si, por el contrario, el convenio erróneamente aplicado contiene condiciones más favorables a las del convenio cuya aplicación es pertinente, puede defenderse que habrá nacido tácitamente, como consecuencia de la conducta empresarial, una condición más beneficiosa de origen contractual que podrá modificarse mediante la aplicación del

²⁷ SALA FRANCO, Tomás, *La modificación de las condiciones de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, p. 117.

²⁸ Aunque, como veremos *infra*, el Tribunal Supremo ha interpretado (STS de 12 de junio de 2012, Rec. 3518/2011) que la aplicación del nuevo cuadro retributivo como consecuencia de la adecuación al nuevo convenio colectivo aplicable no permite considerar los conceptos aislados, porque ello daría lugar a la suma de complementos nuevos con complementos del convenio anterior. Procede, pues, aplicar el nuevo convenio colectivo cuya estructura salarial difiere del anteriormente aplicable y, no obstante, se supera con ella el salario anterior.

procedimiento de modificación sustancial de condiciones de trabajo del artículo 41 del ET. No se trata, por tanto, de que el cambio de convenio se pueda sustanciar por la vía de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, sino que las condiciones más beneficiosas surgidas como consecuencia de dicho cambio podrían modificarse, en su caso, a través de dicho procedimiento (*cf.* STS de 1 de julio de 2010, Rec. 91/2009).

Por otro lado, con independencia de la aplicación del convenio erróneo, también puede suceder que en determinados subsectores de actividad no exista un convenio colectivo de aplicación, normalmente como resultado de las deficiencias en la actualización del ámbito funcional del convenio. En este tipo de situaciones sí resultaría lícito acordar individualmente la sujeción a un convenio colectivo, y así lo han corroborado últimamente las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de enero de 2022 (Rec. 1565/2020), de 21 de diciembre de 2023 (Rec. 2900/2021) y 30 de mayo de 2024 (Rec. 2901/202) en un supuesto relativo a una empresa cuya actividad -la intermediación entre operadores de telecomunicaciones y clientes finales, y no la de venta de terminales móviles- no encaja en el ámbito de los convenios de comercio en liza. A juicio del Tribunal, si no hay convenio de aplicación, nada impide que las partes acuerden libremente la aplicación de un convenio colectivo -comercio de Madrid, en concreto- de conformidad con lo dispuesto en el art. 3.1.c) del ET, en relación con los artículos 1089, 1091 y 1255 del Código Civil “no vulnerándose, por tanto, lo dispuesto en el artículo 37.1 CE, ni los artículos 82 y 85.1 y 2 ET, toda vez que, el pacto antes dicho tuvo un objeto lícito, al no ser aplicable ningún convenio, lo que impide por sí mismo, que en el mismo se estableciera condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos”.

Obviamente, cuando no haya un convenio aplicable podría haberse producido, sin acuerdo expreso entre las partes, la aplicación errónea por el empresario de un convenio colectivo cuyo ámbito funcional no se corresponda, en realidad, con la actividad desarrollada. Con toda probabilidad en estos casos también surge del error empresarial la presunción de existencia de un acuerdo contractual tácito, es decir, de que las condiciones de ese convenio colectivo de referencia se han incorporado al contrato constituyendo una condición más beneficiosa de naturaleza contractual que el empresario debería respetar mientras no se acuerde otra cosa, o mientras la condición en cuestión no sea compensada, neutralizada o modificada según el procedimiento del artículo 41 del ET²⁹.

III. CONCURRENCIA CONFLICTIVA Y DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE

Refiriéndonos ya a los problemas relativos a la determinación del convenio aplicable cuando existen situaciones de concurrencia conflictiva -a resolver mediante la aplicación de las reglas del artículo 84 del ET- es necesario abordar, por su actualidad, tres cuestiones

²⁹ En este sentido también SALA FRANCO, Tomás, *La modificación de las condiciones de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, p. 117.

que dejan entrever con claridad la influencia que tienen en la conformación de la estructura de la negociación colectiva factores en principio ajenos al marco normativo, como son las características del tejido productivo, constituido, esencialmente, por pequeñas y medianas empresas carentes, en muchos casos, de representantes legitimados para negociar convenios de empresa; los problemas derivados del reparto de poder entre los distintos niveles de las estructuras sindicales y empresariales; o el deseo de conformar marcos autonómicos de relaciones laborales.

Dichas cuestiones son las relativas a los cambios de unidad de negociación, tema que, como es sabido, guarda relación con la ultraactividad del convenio colectivo; al fin de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial; y a la reforma del artículo 84 procedente del pacto PSOE-PNV.

1. Los cambios de unidad de negociación: el término final de la prohibición de afectación

En primer lugar, parece obligado hacer referencia al principal problema aplicativo que plantea la pervivencia del *prior in tempore* como regla general de solución de conflictos de concurrencia entre convenios, que es el final de la regla de no afectación: ¿desde cuándo el convenio que finaliza su vigencia pierde su prioridad, abriendo así la posibilidad de que otro, de ámbito distinto, entre en su espacio de regulación?

En principio, queda fuera de toda duda que, durante la vigencia inicialmente pactada por las partes, durante la vigencia prorrogada expresamente por ellas, o durante la vigencia prorrogada del artículo 86.2 del ET –que se asimila a la vigencia plena del convenio por voluntad de las partes– rige la prohibición de concurrencia de convenios (SSTS de 5 de junio de 2001, Rec. 2160/2000, de 9 de marzo de 2009, Rec. 70/2008 o de 27 de enero de 2022, Rec. 33/2022). Sin embargo, el tema se complica cuando se trata de determinar si la “vigencia” del artículo 84.1 del ET comprende también la prórroga ultraactiva del convenio prevista en el artículo 86.3 del ET. Resulta enormemente clarificador, por ello, distinguir las cuatro etapas fundamentales por las que parece haber atravesado la interpretación jurisprudencial de la materia.

1.1. Primera etapa. La tesis “clásica”: el convenio ultraactivo no está vigente a efectos de prohibición de concurrencia, pero se impermeabilizan los niveles inferiores mientras la negociación esté viva

Como regla general, el Tribunal Supremo ha mantenido tradicionalmente que la prohibición de concurrencia no se aplica a los convenios colectivos en situación de ultraactividad del artículo 86.3 del ET, ya que esta prórroga de efectos “no es confundible con la vigencia a que se refiere el artículo 84 del mismo cuerpo legal”, pues otra conclusión “supondría la petrificación de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes” (por todas, SS.TS de 2 de febrero de 2004, Rec. 3069/2002 o de 17 de mayo de 2004, Rec. 101/2003). No obstante, esta regla general se exceptuó con el fin de proteger la unidad de negociación inferior preexistente frente a

su absorción por las de ámbito superior cuando la negociación de sustitución de aquella estuviese activa (“es cierto que en algunas sentencias de la Sala se admite la protección de la unidad de negociación anterior –la denominada «impermeabilización»–, cuando, expirada la vigencia del convenio y denunciado éste, se ha iniciado la negociación de otro convenio en la misma unidad (sentencia de 29 de enero de 1997) (...) “esta conservación de la unidad de negociación tenía la finalidad de proteger las unidades inferiores, para que éstas no quedaran absorbidas por las de ámbito superior (...) esa protección requiere además que la negociación esté activa”, STS de 17 de Mayo de 2004, Rec. 101/2003, por todas). La impermeabilización no dependía, pues, “de que las condiciones laborales reguladas en el convenio de ámbito superior puedan ser más beneficiosas en su conjunto para los trabajadores que las del convenio de ámbito inferior ... sino, exclusivamente, de que deba entenderse finalizado sin acuerdo el proceso negociador “activo” (...) de la norma convencional de inferior o más reducido ámbito territorial” (STS de 20 de junio de 2012, Rec. 31/2011).

1.2. Segunda etapa. Durante la ultraactividad legal el convenio está vigente a efectos de prohibición de concurrencia

La STS de 30 de diciembre de 2015 (Rec. 255/2014) admitió al respecto, sin embargo, y sin hacer distinciones, que “la prohibición de concurrencia persiste, una vez finalizada la vigencia del convenio y durante el periodo de ultraactividad del mismo, puesto que durante este periodo se mantiene la expectativa de la negociación de un nuevo convenio. La protección legal de la unidad de negociación no se refiere a un convenio aislado, sino a la unidad de negociación delimitada históricamente por la sucesión temporal de diversos convenios”. En realidad, dicha sentencia se refería al caso en el que no se ha pactado el mantenimiento de la vigencia tras la denuncia en el convenio y regía el régimen del artículo 86.3 del ET anterior a la reforma, y afirmaba que la prohibición de concurrencia subsiste durante el anterior período de ultraactividad de un año, ya que el precepto mantenía la vigencia del convenio durante ese período (salvo las cláusulas por las que se hubiera renunciado a la huelga) que, además, tiene por finalidad la negociación de un nuevo convenio. Ello le llevaba a entender que no es posible la secesión de partes del convenio o caída de una parte de esa unidad negociadora en el ámbito de otro convenio, anterior o posterior. No se trataba ya, por tanto, de la protección de las unidades de negociación inferiores frente a su posible absorción por las de ámbito superior que, por lo demás, el Tribunal Supremo parecía reiterar en su sentencia de 13 de julio de 2017 (Rec. 246/2016), en la que se protegía al convenio de empresa de su absorción por el sectorial. Aun así, resultaba arriesgado hablar de un cambio en la orientación jurisprudencial “clásica” sobre el tema, fundamentalmente porque la sentencia de 30 de diciembre de 2015 no se planteaba un supuesto de concurrencia de convenios, sino que resolvía un caso relativo a la adecuación del ámbito funcional del convenio colectivo general de la industria química. Pese a ello, esta fue la línea interpretativa seguida por la SAN de 24 de Abril de 2017 (proc. núm. 94/2017), confirmada por la STS de 12 de diciembre de 2018 (Rec. 166/2017), que sí resolvía la concurrencia entre un convenio

estatal en situación de ultraactividad y otro convenio estatal posterior de ámbito funcional más reducido.

1.3. Tercera etapa. El convenio también está vigente a efectos de prohibición de concurrencia durante la ultraactividad pactada

Con posterioridad, de lo dispuesto en la STS de 21 de enero de 2019 (Rec. 25/2018) resultaba posible deducir claramente, además, si bien sin ser el argumento que sostenía la *ratio decidendi*, que en caso de no regir el régimen legal, por haberse pactado la pervivencia de la vigencia del convenio tras su denuncia, también habría que entender que estamos ante situaciones en las que, con independencia de su duración, el convenio ultraactivo se encuentra vigente a efectos de la prohibición de concurrencia mientras esté viva la negociación, aunque no se esté impermeabilizando una unidad inferior frente a su absorción por la superior³⁰.

Este posible cambio en la orientación “clásica” implicaba aceptar que el convenio ultraactivo se encontraba siempre vigente a efectos de la prohibición de concurrencia (tanto durante el año del anterior artículo 86.3 como durante la vigencia prorrogada por voluntad de las partes) y equivalía a mantener la tesis de la impermeabilización si la negociación estaba activa con independencia de que el convenio denunciado fuese el de ámbito superior o el inferior. Era posible plantearse, en consecuencia, si esta nueva postura respetaba o no los argumentos que justificaban la tesis interpretativa “clásica”.

1.4. Cuarta etapa. Vuelta a la tesis clásica, pero surgen dudas sobre la impermeabilización de las unidades inferiores y la vigencia del convenio durante la ultraactividad pactada

Sea como fuere, la STS de 5 de octubre de 2021 (Rec. 4815/2018) ha supuesto la vuelta a la posición interpretativa tradicional del Tribunal Supremo sobre el tema. En ella se indica que la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos se extiende durante la vigencia del convenio preexistente, entendida “como la referida a la vigencia inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes, pero no al período posterior a tal vigencia, una vez el convenio ha sido denunciado, conocido como de vigencia ultraactiva, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el artículo 86.3 ET”.

Este cambio de orientación –plenamente compatible con el nuevo régimen de la ultraactividad– plantea, no obstante, la duda de si la vuelta a la postura “clásica” comprende o no también la impermeabilización de las unidades inferiores de negociación antes descrita que esa tesis incluía. Aunque existe algún pronunciamiento de suplicación en sentido contrario –como la STSJ del País Vasco de 19 de septiembre de 2023, Rec. 1471/2023– la impermeabilización de las unidades inferiores no debería descartarse sin

³⁰ Sin embargo, en materia de transmisión de empresa podían mencionarse otras sentencias –como la de 24 de septiembre de 2018 (rec. 173/2017)– en las que el Tribunal continuaba manteniendo la tradicional falta de vigencia del convenio ultraactivo a efectos de la prohibición de concurrencia y el consiguiente cambio de unidad de negociación (a pesar de ser la unidad inferior la que se encontrase en situación de ultraactividad).

más, a mi juicio, pese a que la rotundidad con la que se manifiesta la sentencia pudiera hacer pensar que la vuelta a la tesis clásica se ha hecho “sin fisuras”. En primer lugar, porque en el supuesto planteado era el convenio colectivo sectorial –no el de empresa, que además contenía una regulación menos favorable en materia de jornada– el que se encontraba en situación de ultraactividad; y, en segundo lugar, porque no cabe olvidar que la tesis tradicional –y, más concretamente, la STS de 17 de mayo de 2004, Rec. 101/2003, a la que la sentencia de 5 de octubre de 2021 refiere expresamente– partía de la base de que la finalidad de la prórroga del artículo 86.3 es cubrir vacíos normativos y no impedir el paso a las restantes unidades de negociación y pretendía originalmente proteger la libertad de elección de unidad de negociación consagrada en el artículo 83.1 ET y el derecho a la negociación colectiva de los sujetos legitimados en los niveles inferiores de negociación frente a su absorción por los niveles de ámbito superior, siempre que se haya iniciado y esté viva, lógicamente, la negociación de otro convenio en esa misma unidad inferior.

Pues bien, la STS de 12 de septiembre de 2023 (Rec. 127/2021) parece haber reconocido, en esta línea, una vuelta por completo a la tesis clásica. En efecto, si bien hay que tener presente que se enjuiciaba un supuesto de determinación del convenio aplicable sin concurrencia conflictiva y que se trata de un *obiter dicta*, se efectúa por parte del Tribunal una remisión expresa a su sentencia de 8 de enero de 2020 (Rec. 129/2018) en la que hay una asunción clara de la tesis clásica enunciada en la STS de 17 de mayo de 2004. Concretamente, el Tribunal manifiesta que: “El cambio de unidad de negociación (...) sólo será posible tras la pérdida de vigencia del convenio colectivo cuyo ámbito se pretende abandonar ya que la prohibición de concurrencia se extiende durante la vigencia del convenio pero decae una vez el convenio ha perdido su vigencia ordinaria, momento a partir del cual es posible el cambio de unidad de negociación, salvo la existencia de negociaciones serias encaminadas a la continuidad de la unidad negocial. Tras la pérdida de vigencia de un convenio, una vez acreditado que la unidad de negociación anterior sólo subsiste porque en su momento se pactó una ultraactividad de sus cláusulas normativas hasta la entrada en vigor de un convenio nuevo, cualquiera de las partes puede desistir de dicha unidad de negociación y optar por elegir una nueva y más amplia, pues entender lo contrario implicaría la petrificación de unidades de negociación que es algo no querido por el ordenamiento jurídico” (STS 4/2020, de 8 de enero, Rec. 129/2018).

Lo que parecía no ofrecer lugar a dudas a la vista de la STS de 5 de octubre de 2021, era que no rige la prohibición de concurrencia durante el período de ultraactividad del convenio de ámbito superior, se trate de la ultraactividad prevista en el propio convenio colectivo o de la prevista en el artículo 86.3 del ET. Se rechazaba, pues, con toda claridad, la impermeabilización de las unidades superiores de negociación, aunque se hubiese pactado la prórroga de la vigencia del convenio tras su denuncia. Es, por ello, incomprensible que la STS de 27 de enero de 2022 (Rec. 33/2020), pese a referirse expresamente a la STS de 5 de octubre de 2021, asimile el período de vigencia ultraactiva pactado en el convenio colectivo (que implicaba, además, la prórroga íntegra del convenio hasta su sustitución por otro convenio de igual ámbito y eficacia) con el período de

vigencia del convenio a efectos de prohibición de concurrencia. Puesto que tal “impermeabilización” de las unidades de negociación superiores –“petrificadora” de la estructura de la negociación colectiva- resulta a todas luces incompatible con los argumentos que sostienen la tesis “clásica”, a la que se vuelve tras la STS de 5 de octubre de 2021, cabe preguntarse si lo que se produjo no fue, en realidad, una confusión entre vigencia prorrogada y ultraactividad pactada del convenio.

2. El convenio aplicable en materia salarial tras el fin de la prioridad aplicativa del convenio de empresa

2.1. Posibles interacciones entre convenios sectoriales y convenios de empresa tras la reforma de 2021

Queda claro, en consecuencia, que únicamente teniendo en cuenta los problemas relacionados con los cambios de unidad de negociación será posible determinar el convenio que regulará las cuantías salariales tras decretar la reforma de 2021 el fin de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa y asimilados.

Así, si estuviese vigente un convenio sectorial anterior, únicamente rige la prioridad aplicativa del convenio de empresa posterior en las materias enumeradas en el artículo 84.2, entre las que ya no se encuentra la cuantía del salario base y de los complementos salariales. Con todo, según acaba de indicarse, habrá que tener presente que el convenio de sector dejará de estar vigente tras la denuncia y, a partir de ese momento, puede entrar en su espacio de regulación cualquier convenio de ámbito distinto, incluyendo convenios de empresa, cuyas condiciones salariales podrán ser más o menos favorables que las fijadas en el sector (STS de 5 de octubre de 2021, Rec. 4815/2018).

Sin embargo, de lo dispuesto en el artículo 84.1 ET resulta que, si el convenio de empresa es anterior al de sector, sus cláusulas prevalecerán -todas- por tratarse del convenio primero en el tiempo, siempre y cuando no existiese un convenio marco en el que se hubiese pactado lo contrario. Lógicamente, en este caso habría que decidir qué sucederá cuando el convenio de empresa se encuentre en situación de ultraactividad, pues la jurisprudencia todavía no se ha pronunciado con contundencia acerca de los cambios de unidad de negociación en estos casos, existiendo, como se ha dicho, dudas al respecto. Además, en supuestos de este tipo -convenio de empresa anterior al de sector, cuyas cláusulas prevalecen por ser el primero en el tiempo- se plantea una duda relevante en relación con la capacidad ordenadora del convenio marco: si se negocia un convenio marco con posterioridad ¿pueden quedar afectados esos convenios de empresa anteriores?

En principio, cabría pensar, de mantenerse la tesis de la impermeabilización de las unidades inferiores de negociación, que ésta podría impedir la aplicación de lo dispuesto en el convenio marco mientras estuviese activa la negociación de sustitución. En este sentido, el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de julio de 2017 (Rec. 246/2016), mantuvo que el convenio marco sectorial no puede afectar a un convenio de empresa anterior que considera en vigor, pese a tratarse de un convenio de empresa ultraactivo en situación de vigencia prorrogada como consecuencia del régimen de ultraactividad

pactado y en fase de renegociación no culminada. Según indica el Tribunal, cabe discutir hasta qué punto pudiera afectar este convenio sectorial a los sucesivos convenios de empresa que de futuro se pacten, pero ello no puede hacerse extensivo al que se había concertado con anterioridad en el seno de la empresa y que continua vigente “que fue acordado en base a unas reglas sobre la estructura de la negociación colectiva a las que no les resultaban de aplicación las previsiones del posterior convenio sectorial en esta materia, y por otra diferente unidad de negociación legitimada para ello conforme al art. 83 ET”.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que el convenio marco, según ha reconocido el Tribunal con posterioridad, tiene la capacidad de secuenciar su entrada en vigor en los niveles inferiores de negociación a los que afecta, definiendo su concurrencia con los convenios precedentemente aplicados en cada territorio. De esta forma, como sucedió en el sector de restauración colectiva, es perfectamente posible que el convenio marco, al declarar que su aplicación se producirá cuando pierdan convenios anteriores su “vigencia inicial ordinaria” (es decir, cuando se agote el plazo fijado inicialmente para su duración), excluya el mantenimiento de los convenios anteriores en fase de ultraactividad (por todas, STS de 13 de enero de 2021, Rec. 191/2019, con cita de jurisprudencia anterior).

2.2. La compleja transitoriedad del fin de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial

Con todo, no era difícil presagiar que la principal dificultad práctica en este terreno iba a derivar de la interpretación de los términos con que la Disposición transitoria sexta del Real Decreto-ley 32/2021 decidió modular la aplicación del fin de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa y asimilados en materia salarial.

En primer lugar, porque esta modificación debía afectar, además de a los convenios suscritos y presentados a registro con posterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 32/21, a los convenios suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a esa fecha una vez que estos perdiesen “su vigencia expresa” y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley. Aunque en el Estatuto de los Trabajadores el calificativo “expresa” queda referido a la denuncia (artículo 86.2 ET), necesaria para que el convenio deje de producir efectos, y no a la vigencia del convenio, el sentido de la norma -que otorgaba un plazo máximo de un año, hasta el 31 de diciembre de 2022, para continuar aplicando el régimen anterior- llevaba a pensar en la duración inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes antes de la llegada de ese término final. En consecuencia, no parece que la aplicación de la prioridad aplicativa en materia salarial pueda persistir durante una hipotética prórroga de vigencia pactada de forma sobrevenida, que no sería hábil a estos efectos³¹, ni durante la prórroga automática del convenio por falta de denuncia del artículo 86.2, ni, desde luego, durante

³¹ *Cfr.* STS de 13 de enero de 2021 (Rec. 191/2019), que considera que la prórroga pactada de vigencia del convenio (XV CC de hostelería de las Islas Baleares) no es hábil para impedir que entre en juego el convenio marco superior (I CC Estatal de restauración colectiva).

el período de vigencia ultraactiva, pactada o legal, del convenio³². Así lo ha reconocido la STSJ de Cataluña de 16 de enero de 2024 (Rec. 5904/2023), en cuya virtud “a efectos de interpretar el alcance de la expresión “vigencia expresa”, el legislador lo que pretendía era referirse a la vigencia ordinaria, es decir la pactada en la norma convencional de aplicación, y no la prorrogada”.

Esta aplicación de la reforma a los convenios anteriores a ella se debía realizar, por lo demás, “sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1”, de forma que debía afectar en exclusiva a los convenios que, vigente un convenio sectorial, hubiesen hecho uso de la facultad otorgada en el artículo 84.2 por la reforma de 2012, pero no a los convenios de empresa anteriores negociados al amparo de la regla del *prior in tempore* -así se confirma en la SAN de 1 de abril de 2024, Rec. 12/2024- o negociados tras la denuncia del convenio sectorial, en cuyo caso se habría producido un cambio de unidad de negociación “correcto” estableciéndose una nueva unidad de negociación de nivel inferior³³.

El apartado segundo de la Disposición transitoria comentada introdujo, por su parte, un enigmático mandato, en virtud del cual las modificaciones operadas en el artículo 84 (es decir, el fin de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial) no podría tener como consecuencia la “compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras”. Se trataba de un mandato que causaba desconcierto, fundamentalmente, porque en un contexto de cambio en las reglas de concurrencia de convenios no es fácil otorgar un significado preciso a la referencia a la no aplicación de la absorción y compensación o a la mención de las condiciones más beneficiosas.

Así, de un lado, no se entendía la referencia a la técnica de la absorción y compensación cuando la norma tenía por finalidad la aplicación preferente del régimen salarial del convenio sectorial. Tratándose de convenios ya vigentes al entrar en vigor el Real Decreto-ley, en el momento señalado en el apartado primero de la Disposición transitoria, procedía, pues, la aplicación de la cuantía salarial (en principio mayor) fijada en el convenio sectorial. En realidad, la estructura salarial de ambos convenios debería ser idéntica, pues la prioridad aplicativa quedaba circunscrita a la cuantía, sin comprender la estructura salarial: como declaró el Tribunal Supremo, el convenio de empresa no podía tener prioridad aplicativa para suprimir el pago de conceptos salariales regulados en el

³² CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, No. 1, 2022, pp. 137-138; SAEZ LARA, Carmen, “Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022, p. 352; MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, “El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial ¿punto de llegada o de partida?”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, Número extraordinario dedicado a la reforma laboral de 2021, 2022, p. 126.

³³ Ver *infra*. Reviste especial interés a este respecto lo dispuesto en la STS de 30 de junio de 2009 (Rec. 91/2007), según la cual, si al negociar un primer convenio de empresa ya había expirado la vigencia de los convenios del sector, queda establecida una unidad de negociación colectiva de nivel inferior a la hasta entonces existente, de forma que cuando un segundo convenio de empresa sustituya al primero no se dará una situación de concurrencia prohibida.

convenio sectorial, pudiendo efectuar únicamente disminuciones “no disuasorias” (SSTS de 1 de abril de 2016, Rec. 147/2015 o 2 de diciembre de 2020, Rec. 86/2019). Por tanto, al aplicar de nuevo el convenio sectorial no tenía sentido hablar de pérdida de derechos ni de la necesidad de no aplicar la absorción y compensación, es decir, de no evitar o permitir la superposición de mejoras salariales. Aceptando, no obstante, que la estructura salarial hubiera sido distinta, tampoco sería factible, por absurdo, pensar, con fundamento en la no aplicación de la absorción y compensación, en una reclamación basada en la técnica del espiguelo en virtud de la cual se tuviese derecho a los complementos establecidos en ambos convenios, aunque estuviesen presentes en uno y no en otro, y se tuviese derecho a percibir la cuantía más elevada de estar el complemento en ambos convenios³⁴. De hecho, el Tribunal Supremo tiene declarado a este respecto en casos de aplicación de un nuevo convenio colectivo que la absorción y compensación no opera entre conceptos retributivos concretos, sino que procede la comparación de todo lo percibido en su conjunto y en cómputo anual (STS de 12 de junio de 2012, Rec. 3518/2011, por todas).

Igualmente resultaba confusa, de otro lado, la referencia a las condiciones más beneficiosas en un supuesto relativo a la regla que debe solucionar una situación de concurrencia entre dos convenios colectivos. Como es sabido, las condiciones más beneficiosas no pueden derivar de disposiciones convencionales al regirse los convenios por el principio de modernidad, de forma que las condiciones colectivamente pactadas no generan derechos adquiridos, ya que están establecidas mediante instrumentos siempre susceptibles de variación (por todas, STS de 24 de enero de 2018, rec. 72/2017, con cita de jurisprudencia anterior)³⁵. Ello permitía pensar que la Disposición transitoria estaba reproduciendo, en realidad, una confusión frecuente en la práctica convencional, donde muchas veces la cláusula de absorción y compensación de condiciones se utiliza como sinónimo de la de garantía *ad personam* y se refiere, además, a las disposiciones legales y convencionales anteriores “organizando un “totum revolutum” de muy difícil operatividad e interpretación”³⁶. Desde este punto de vista, y al margen del respeto a las condiciones más beneficiosas de origen contractual que siempre constituye un límite para el convenio (artículo 3.1 c) ET) con independencia de la absorción y compensación, el apartado segundo de la Disposición transitoria sexta simplemente estaría contemplando

³⁴ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, No. 1, 2022, p. 138. Según el autor “Comoquiera que este es un resultado que conduce a un manifiesto absurdo, particularmente en términos comparativos con lo que es la regla general de concurrencia convencional y, por añadidura, iría en contra de la idea final de simple respeto a las condiciones más beneficiosas adquiridas que debe entenderse en su conjunto, creo que ha de superarse en este punto la lectura meramente gramatical de lo previsto en esta disposición transitoria, para interpretar, en una lectura finalista y sistemática, que realmente lo que ha querido establecer el legislador es todo lo contrario: el respeto a las condiciones más beneficiosas adquiridas pero a través del método tradicional de como es entendida la compensación y absorción”.

³⁵ Los convenios extraestatutarios, según la jurisprudencia (por todas, STS de 11 de mayo de 2009, Rec. 2509/2008) pese a su eficacia contractual, tampoco generan condiciones más beneficiosas que deba respetar el convenio posterior.

³⁶ SALA FRANCO, Tomás, *Guía de la negociación colectiva 2018*, Madrid, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2018, p. 113

la posibilidad de que existieran convenios de empresa que no usaron a la baja su prioridad aplicativa en materia salarial. Como lo pretendido por el Real Decreto-ley 32/2021 fue que la aplicación del convenio sectorial se produjese en la medida en que supusiera una mejora en materia salarial para las personas trabajadoras, de no ser ello así, por resultar más favorable el convenio de empresa en su conjunto y en cómputo anual, la reforma -es decir, la pérdida de prioridad del convenio de empresa- carecía de efectividad aplicativa en estos casos³⁷.

La Disposición transitoria sexta disponía, ya finalmente, en su apartado tercero, una obligación de adaptación de los textos convencionales a la reforma del artículo 84 para la que se concedía un plazo de seis meses desde que esta “resulte de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero”. A la vista de la literalidad de la Disposición transitoria -que diferencia “aplicación” de “adaptación” - y de la remisión al apartado primero, dirigido a los convenios de empresa “devaluadores”, debe descartarse que esta exigencia de adaptación de los textos convencionales implique la concesión de un nuevo plazo para proceder a la aplicación de la cuantía salarial del convenio sectorial: ésta, en realidad, se podrá exigir desde el fin de la vigencia del convenio o, en su caso, a partir del 31 de diciembre de 2022, aunque no se proceda a la debida adaptación del texto del convenio³⁸. Por lo demás, según ha entendido la Audiencia Nacional en su sentencia de 1 de julio de 2024 (Rec. 84/2024), como en el apartado tercero se recoge una norma que se dirige a los sujetos negociadores, si estos deciden modificar el convenio de empresa para adaptarlo a la nueva legalidad podrían decidir alterar la estructura salarial existente, pues estaremos ante un supuesto que “no se puede ubicar en la esfera de la institución jurídica de la compensación y absorción, no solo porque no estamos ante un supuesto de aplicación unilateral por parte del empresario, premisa en la que se sustenta dicha institución, sino porque lo que se ha producido realmente es una sucesión normativa concretada en la adaptación del de un convenio a una nueva legalidad mediante un acuerdo parcial de los mismos negociadores de ese convenio”.

3. La nueva excepción autonómica a la prohibición de concurrencia

En cuanto a la nueva “excepción autonómica”, procedente del acuerdo suscrito entre el PSOE y el PNV y contenida, finalmente, tras las modificaciones introducidas por el Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo, en los apartados 3, 4 y 5 del artículo 84, es posible realizar cuatro apreciaciones de interés: una, más evidente, relativa a su finalidad, y otras

³⁷ UGT, “Análisis del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre. Una nueva perspectiva en la negociación colectiva: la reforma laboral de diciembre del 2021”, Apuntes, nº 40, 24 de enero de 2022, p. 10; SALA FRANCO, Tomás, *La reforma laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 83.

³⁸ VIVERO SERRANO, Juan, “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, disponible en <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/Juan-vivero.pdf>, enero de 2022; LAHERA FORTEZA, Jesús, *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 43.

tres relacionadas con los principales problemas interpretativos suscitados por la nueva literalidad de la norma.

3.1. La consecución de marcos autonómicos de relaciones laborales

Comenzando, pues, por su propósito, es evidente que la reforma pretende la consecución de la histórica reivindicación relativa a la conformación de marcos autonómicos de relaciones laborales que plasmó el “Acuerdo interprofesional en relación con la estructura de la negociación colectiva en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco” de 2017. Con independencia de la valoración que merezca la reforma, esta consecución de marcos autonómicos de relaciones laborales, como el propio Tribunal Constitucional señaló en su momento, es una opción política que no puede ser objetada jurídicamente (STC 98/1985, de 29 de julio), máxime cuando la CE no contiene un modelo cerrado de negociación colectiva, sino que, como ha subrayado recientemente el Tribunal Supremo (STS de 12 de abril de 2023, Rec. 4/2021), la lectura de la STC 119/2014, de 16 de julio, “nos recuerda que el legislador puede adoptar lícitamente muy diversas posiciones”.

El logro de marcos autonómicos resultaba, sin embargo, inviable con la anterior redacción de la excepción autonómica a la concurrencia de convenios y la interpretación que de la misma ha prevalecido. En consecuencia, la reforma se plantea para superar los obstáculos derivados de una interpretación jurisprudencial del artículo 84.3 –y, más concretamente, de su inciso “Salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2”- que avalaba la posibilidad de que un convenio marco estatal impidiese una articulación diversa en el ámbito autonómico: “La propia literalidad del artículo 84.3 ET subordina la validez del pacto autonómico sobre estructura o contenido de la negociación colectiva que incide sobre el estatal a una condición. De este modo el “pacto en contrario negociado según el artículo 83.2” ocupa un lugar condicionante” (*vid.*, por todas, la STS de 25 de abril de 2019, Rec. 40/2018, sobre concurrencia del Acuerdo estatal para el sector de hostelería y el autonómico). De existir esta articulación autonómica –y ser posterior- se aplicaba la regla de no concurrencia del artículo 84.1 del ET y el convenio autonómico quedaba en situación de ineficacia aplicativa.

Pues bien, esa preferencia legal que hasta ahora se otorgaba a la articulación efectuada por parte del convenio estatal ahora cesa para permitir en mayor medida el desarrollo de marcos autonómicos de relaciones laborales, al declararse la prioridad aplicativa no solo de los convenios colectivos, sino también de los “acuerdos interprofesionales” autonómicos. La literalidad legal, cuyo primer inciso refiere en la actualidad al “artículo anterior” (“No obstante lo establecido en el artículo anterior...”) no deja lugar a dudas en este sentido.

3.2. El ámbito del convenio afectante

Esta certeza deja paso, no obstante, como se ha adelantado, a distintas dudas interpretativas. La primera de ellas -relativa al ámbito del convenio afectante- se planteó, en realidad, a raíz de la literalidad de la primera versión de esta nueva excepción autonómica, fruto de la reforma llevada a cabo por el Real Decreto-ley 7/2023, de 19 de

diciembre, derogado por Acuerdo del Congreso de los Diputados de 10 de enero de 2024. Concretamente, como en esta primera versión se mencionaba la posibilidad de negociar convenios colectivos y acuerdos interprofesionales “en la comunidad autónoma” se cuestionó si los convenios afectantes debían ser necesariamente de ámbito autonómico o podían ser también convenios provinciales, lo cual era lógico teniendo en cuenta las prácticas negociadoras en el País Vasco, donde prevalece la negociación colectiva de este ámbito³⁹.

Aunque la interpretación histórica conducía a una conclusión distinta -pues la mencionada referencia a la negociación “en el ámbito de una comunidad autónoma” se venía identificando, desde que se reformara el precepto en el año 2011, con la negociación de convenios autonómicos⁴⁰- el debate ha quedado zanjado con la redacción del Real Decreto-ley 2/2024, de 21 de mayo, que opta por permitir la afectación de lo dispuesto en convenios sectoriales o acuerdos de ámbito estatal por parte de convenios colectivos y acuerdos interprofesionales “de comunidad autónoma”.

Cuestión distinta es, como se verá, si como resultado de la aplicación de ese convenio afectante de Comunidad Autónoma pueden acabar teniendo prioridad aplicativa convenios colectivos de otros ámbitos, como son los provinciales.

3.3. La interpretación del criterio de la mayor favorabilidad

La puesta en práctica de esta nueva afectación autonómica sigue vinculándose, por otro lado, a que los sujetos negociadores reúnan una serie de requisitos de legitimación idénticos a los que vienen rigiendo hasta ahora, pues no se modifica la necesidad de que se trate de convenios y acuerdos negociados por los sindicatos y las asociaciones empresariales que reúnan los requisitos de legitimación de los artículos 87 y 88, que obtengan, además, el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación⁴¹. Pero, tras la reforma, como novedad, se exige -introduciendo un criterio específico en la selección del convenio aplicable que viene a unirse a la regla de articulación derivada del listado material del apartado quinto- que su regulación resulte más favorable para las personas trabajadoras que la fijada en los convenios o acuerdos estatales. Esta introducción del criterio de la mayor favorabilidad, totalmente ajeno hasta ahora a la regulación legal de la concurrencia de convenios del artículo 84, aunque viejo conocido de la práctica convencional, resulta problemática desde varios puntos de vista.

³⁹ MARTÍNEZ GAYOSO, Nieves, “Estado de las autonomías y negociación colectiva”, *Brief AEDTSS*, nº 62, 2023. Disponible en: <https://www.aedtss.com/estado-de-las-autonomias-y-negociacion-colectiva/>.

⁴⁰ Así se deducía de lo dispuesto en la Exposición de Motivos del Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio: “Los apartados 3 y 4 del renovado artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores propician también la simplificación de las unidades de negociación al favorecer una negociación más articulada, situada en los ámbitos territoriales superiores, aunque estableciendo la posibilidad de afectación del convenio estatal solo por los convenios de Comunidad Autónoma, afectación que no será posible en determinadas materias”.

⁴¹ Se exige, por tanto, que los sindicatos, federaciones o confederaciones y las asociaciones empresariales representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de los comités de empresa y delegados de personal, en su caso, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio (*vid.* art. 88.2 ET).

1º) Por un lado, el criterio de la mayor favorabilidad no parece de aplicación cuando de lo que se habla es de la propuesta articuladora de los convenios marco (o, si se prefiere, del contenido exclusivamente marco de los acuerdos marco, que normalmente son mixtos, como sabemos, e incorporan también la regulación de las condiciones de trabajo): a priori, se desconoce si se garantizará con esa articulación o reglas de solución de conflictos de concurrencia la mayor favorabilidad de condiciones o no. Resulta claro, por ello, que la regla se refiere, necesariamente, a los convenios colectivos o, en su caso, a la regulación de condiciones del convenio marco.

Esto implicaba, en la versión del Real Decreto-ley 7/2023, que no incluía el actual apartado cuarto, que no quedara del todo claro si era posible precisamente lo que se pretendía, esto es, si era factible que el convenio marco autonómico declarase en cualquier momento -aún vigente el convenio marco estatal- la preferencia de los convenios provinciales de la Comunidad Autónoma, como hacía el acuerdo vasco de estructura, que recogía la prioridad aplicativa de los “convenios y acuerdos territoriales e interterritoriales” de la Comunidad Autónoma vasca. Es decir, se podría haber cuestionado la preferencia de la articulación autonómica a menos que se interpretase que la ley estaba marcando en parte la regla de solución de conflictos de concurrencia que podía negociar ese acuerdo marco en el ámbito de la Comunidad Autónoma. La necesidad de superar estas incertidumbres explica que esta última interpretación haya quedado, finalmente, incorporada de forma expresa en un nuevo apartado cuarto del artículo 84, en cuya virtud “Podrán tener la misma prioridad aplicativa prevista en el apartado anterior los convenios colectivos provinciales cuando así se prevea en acuerdos interprofesionales de ámbito autonómico suscritos de acuerdo con el artículo 83.2 y siempre que su regulación resulte más favorable para las personas trabajadoras que la fijada en los convenios o acuerdos estatales”.

2º) Por otro lado, es de sobra conocido que las dificultades aplicativas de la determinación de la mayor favorabilidad -que en ocasiones incorporan los convenios marco- son muchas. En la regulación del Estatuto de los Trabajadores únicamente se hace referencia a este criterio como solución de los conflictos entre los preceptos de “normas pactadas” en el artículo 3.3, según el que dichos conflictos “se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su conjunto, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables”. Su interpretación ha llevado a descartar la comparación global -debido, fundamentalmente, a la heterogeneidad de las materias a comparar- y a optar por el criterio analítico, pero descartando una solución “radicalmente atomizadora”⁴² pues la referencia a los “preceptos” como unidades de comparación supone atender a los mandatos normativos que responden a una misma *ratio*. En materia salarial (a la que en buena medida se refiere el artículo 3.3 al hablar de “conceptos cuantificables”) son clásicas las dificultades de orden práctico y el seguimiento para su

⁴² CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “Las fuentes del Derecho del Trabajo (III)”, en: ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis Miguel, LÓPEZ GANDÍA, Juan y SALA FRANCO, Tomás, *Compendio de Derecho del Trabajo, Tomo I. Fuentes y relaciones colectivas*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, p. 61.

solución de las reglas sobre absorción y compensación como guía para la identificación de los preceptos a comparar en este ámbito. A este respecto, como ya se ha señalado, el Tribunal Supremo tiene declarado en casos de aplicación de un nuevo convenio colectivo que la absorción y compensación no opera entre conceptos retributivos concretos, sino que procede la comparación de todo lo percibido en su conjunto y en cómputo anual. Así lo recordaba, por ejemplo, la STS de 12 de junio de 2012 (Rec. 3518/2011): “En el presente caso se da la circunstancia de que se ha procedido a la adecuación y aplicación de un nuevo convenio colectivo cuya estructura salarial difiere del anteriormente aplicable y, no obstante, se supera con ella el salario anterior, pretendiéndose que se mantenga uno de los elementos integrantes de aquella estructura salarial, de modo que venga a sumarse a los que configuran ahora la retribución acorde con la norma convencional. No hay duda de que ello implicaría la alteración del equilibrio de esa estructura bajo la excusa de la norma más favorable. Dicha norma más favorable no se puede construir sobre la base de desmembrar el todo configurado por los conceptos salariales regulares y sumar los importes de todos ellos aunque provengan de dos regulaciones distintas, pues de ser así, se produciría la alteración del equilibrio interno del mismo, pues como con carácter general razona la sentencia de esta Sala de 8 de junio de 2009 (Rec. 67/2008), “la aplicación del criterio de la norma más favorable ha de hacerse respetando la unidad de regulación de la materia”, como recordábamos en la STS de 27 de junio de 2011 (Rec. 205/2010)”. Queda patente, pues, como se puso de manifiesto en el análisis de la Disposición Transitoria 6ª, que no hay que pensar en reclamaciones basadas en la técnica del “espiguelo” en virtud de la cual se tenga derecho a los complementos establecidos en ambos convenios, aunque estén presentes en uno y no en otro⁴³.

3.4. Las limitaciones materiales de la concurrencia autonómica

Finalmente, en cuanto a las materias que pueden gozar de prioridad aplicativa en el ámbito de la Comunidad Autónoma, puesto que hay que cumplir siempre con la exigencia de la mayor favorabilidad, parece que, además de no estar en el listado del artículo 84.5, tendrán que ser materias que puedan “cuantificarse”: así, es posible pensar, por ejemplo, además de en la retribución, en la duración de los permisos o en el crédito de horas laborales retribuidas de los representantes del personal. Es obvia, en todo caso, la diferencia con el artículo 84.2 ET. Allí la prioridad aplicativa se produce con independencia de que la regulación del convenio de empresa o asimilado sea o no más favorable, ya que en la selección del convenio aplicable la norma que rige es, simplemente, como ha declarado el Tribunal Supremo, “la determinada por la ley para cada concreta materia” (STS de 1 de abril de 2016, Rec. 147/2015).

Esta misma prioridad independiente de la mayor favorabilidad resulta igualmente de aplicación tratándose de “las materias no negociables” del artículo 84.5, donde impera la regulación del convenio estatal, no la más favorable, de manera que, por ejemplo, no se

⁴³ CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, No. 1, 2022, p. 138.

podría mejorar la jornada máxima vigente el convenio estatal, salvo que este lo permitiese. En el caso de la prevención de riesgos laborales, como lo reservado es lo “mínimo” habrá que admitir regulaciones que no impliquen una minoración respecto de lo establecido en el convenio estatal, resultando también aplicables aquellos preceptos que añadan derechos no contemplados en el convenio estatal (*cfr.* STS de 26 de mayo de 2021, Rec. 171/2019). Es clásico, en este sentido, el debate sobre las disfunciones que existen en materia de concurrencia de convenios a la hora de calificar como afectación prohibida las negociaciones adaptativas y las suplementarias o de mejora, interpretación a la que nos lleva, sin duda, por mucho que la “afectación” implique una regulación contradictoria (por todas, STS 24 de junio de 2008, Rec. 128/2007), la literalidad del artículo 84 *a contrario*: el 84.2 en su letra c) y d) menciona “adaptaciones” permitidas - del sistema de clasificación profesional y de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por el ET a los convenios de empresa- dando a entender *a contrario sensu* que, en lo no autorizado por el precepto, estaremos ante negociaciones adaptativas que incurrirán en una concurrencia prohibida; en el 84.5 se reservan, según se ha visto las “normas mínimas” en materia de prevención de riesgos laborales. Por ello, la calificación como concurrencia prohibida seguirá exigiendo, salvo en las materias en las que se declara la prioridad aplicativa, una indagación en la voluntad de las partes negociadoras del primer convenio⁴⁴ que podrían haber incluido, por ejemplo, como salvedad, tras declarar la prevalencia del convenio estatal, la mayor favorabilidad de lo negociado en niveles inferiores de negociación, incluso tratándose de materias reservadas al ámbito estatal⁴⁵.

El listado del artículo 84.5 es, en todo caso, como ya ocurría con el listado del 84.3, una referencia necesaria para articular la estructura de la negociación colectiva, puesto que en él se enumeran las materias que un hipotético marco estatal de sector puede regular de forma centralizada, sin posibles afectaciones por parte de los niveles autonómicos. De ahí que sea importante recordar, para finalizar, que, en este contexto de la descentralización autonómica, el Tribunal Supremo viene sosteniendo que el incumplimiento de la prohibición de negociar determinadas materias mientras se halle en vigor un convenio de ámbito superior constituye la infracción de una norma de derecho necesario “de contenido muy distinto a la que dispone la no afectación entre convenios del apartado 1 del artículo 84 ET” y, en consecuencia, dicha infracción habrá de ser calificada como un supuesto de nulidad (STS de 28 de enero de 2004, Rec. 100/2002, con cita de jurisprudencia anterior: SSTS de 22 de septiembre de 1998, Rec. 263/1997, de 3 de noviembre de 2000, Rec. 1554/2000 o de 17 de octubre de 200, Rec. 4637/2000).

⁴⁴ MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Artículo 84. Concurrencia”, en BORRAJO DACRUZ, Efrén, *et al.*, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, vol. II, Madrid, EDERSA, 1985, p. 36-39.

⁴⁵ *Vid.* CC del sector de saneamiento público, limpieza viaria, riego, recogida, tratamiento y eliminación de residuos, limpieza y conservación de alcantarillado (BOE de 30 de julio de 2013); CC del sector de empresas organizadoras del juego del bingo (BOE de 7 de octubre de 2017); VIII CC nacional para el sector de auto-taxis (BOE de 17 de mayo de 2017), entre otros.

IV. CONCLUSIONES

Es por todos conocido que, una vez establecidos, los sistemas de negociación colectiva tienden a conservar su estructura primigenia como consecuencia de los fenómenos de mimetismo o inercia por parte de los agentes sociales, que suelen verse reforzados por su resistencia a perder el poder negociador del que tradicionalmente han disfrutado. Pese a ello, resulta urgente que se generalice una mejora en la definición de los ámbitos funcionales de aplicación de los convenios colectivos, cuya imprecisión y falta de actualización está desembocando, además de en aplicaciones del convenio erróneo, en preocupantes situaciones de vacíos de cobertura -sobre todo para nuevas actividades económicas que, sin duda, seguirán proliferando ante el avance imparable de las nuevas tecnologías y el proceso de digitalización- que vienen a agravar los problemas tradicionales de una estructura negocial como la española atomizada y escasamente articulada. Los dictámenes de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos y los múltiples pronunciamientos judiciales relacionados con las dificultades para determinar el convenio aplicable demuestran esta realidad, así como la confusión reinante a la hora de definir la actividad principal o preponderante de la empresa, dada la inexistencia de pautas claras.

Cabría plantearse, en consecuencia, la posibilidad de negociar acuerdos interprofesionales de cobertura de vacíos, o la conveniencia de una intervención legal que precise, de haber optado los negociadores por la verticalidad, y sin descartar cuando proceda la aplicación simultánea de varios convenios, los criterios a utilizar para concretar la actividad principal o preponderante de la empresa que determinará, de existir varias, la elección de un convenio. Sería deseable, en todo caso, que cualquier actuación legal en este terreno, en el que es especialmente importante el diálogo social, evitara el recurso a redacciones ambiguas y/o a conceptos jurídicos indeterminados que ha caracterizado finalmente, como a otros muchos aspectos de la reforma de 2021, la regulación estatutaria relativa a la determinación del convenio aplicable a contratadas y subcontratadas del artículo 42.6 del ET. La oscuridad de los términos legales, que ya están siendo objeto de interpretaciones encontradas, puede enquistar, en lugar de esclarecer, los múltiples problemas aplicativos ya existentes.

Por si esto fuera poco, la reforma de 2024, además de prescindir del diálogo social, ha intensificado los problemas de inseguridad jurídica que acompañaban también la determinación del convenio aplicable tratándose de situaciones de concurrencia conflictiva de convenios.

Estos problemas ya existían, por un lado, porque la regla del *prior in tempore* -que, no hay que olvidar, se introdujo en el Estatuto frente al criterio de la mayor favorabilidad para garantizar la estabilidad en la aplicación del convenio- se encuentra afectada por la necesidad de determinar el término final de la “vigencia” del convenio y, por tanto, por el complejo juego de los cambios de unidad de negociación, carentes de una regulación legal adecuada y objeto de una interpretación jurisprudencial cambiante.

Por otro lado, porque cualquier intento de generalizar un modelo de negociación articulada basada en el reparto material efectuado por el convenio marco estatal se encuentra con el obstáculo de la regla contenida en el artículo 84.2 en materia de prioridad aplicativa de los convenios de empresa y asimilados. Es verdad que la reforma de 2021 recuperó la capacidad de ordenación de los convenios marco en materia salarial al suprimir el grueso de dicha materia del artículo 84.2, pero también lo es que en cualquier propuesta de articulación de la negociación colectiva sigue siendo ineludible respetar lo dispuesto en dicho precepto por lo que a las materias enumeradas en él respecta.

A estos escollos se añaden ahora los derivados de la nueva regulación de la excepción autonómica que, situándose en el extremo opuesto de una reforma “autónoma y no dirigista de la estructura de la negociación colectiva”⁴⁶, impone la prioridad aplicativa de la regulación de los convenios y acuerdos de Comunidad Autónoma que sean más favorables y permite que la articulación autonómica prevalezca sobre la estatal si declara la prioridad de los convenios provinciales más favorables. Además de la evidente merma en la estabilidad en la aplicación del convenio y en la capacidad de ordenación de los convenios marco que ello supone, las muchas -y conocidas- dificultades prácticas derivadas del principio de norma más favorable como criterio de solución a la concurrencia de convenios harán que sean todavía mayores las complicaciones para seleccionar con acierto el convenio aplicable.

Por todo ello, es especialmente importante que los negociadores de los convenios marco, asumiendo que en parte su proyecto articulador viene predeterminado por la ley, no abandonen el margen de actuación con el que cuentan. En sus manos sigue quedando, por ejemplo, el diseño de esa “correcta relación” entre los convenios sectoriales y de empresa que no garantizó *per se* la reforma de 2021; o la negociación de cláusulas, expresamente admitidas por el Tribunal Supremo, que, al programar la entrada en vigor del convenio marco haciéndola coincidir con el momento en que los convenios anteriores e inferiores pierdan su “vigencia inicial ordinaria”, solucionan el problema de la posible impermeabilización de dichos convenios anteriores en fase de ultraactividad. El papel homogeneizador que muchas veces los convenios marco de sector se atribuyen puede seguir desempeñándose, en definitiva, pese al recorte de su capacidad, declarando el respeto a las facultades otorgadas a los negociadores que, teniendo legitimación, decidan hacer uso de las posibilidades de afectación que el artículo 84 les otorga, o, simplemente, acogiendo como regla de solución de los conflictos de concurrencia -como ya se hace en algunos sectores- la mayor favorabilidad de lo negociado en los niveles inferiores de negociación.

⁴⁶ VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Por una reforma autónoma y no dirigista de la estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2001.

Bibliografía

BALLESTER PASTOR, María Amparo, *La reforma laboral de 2021. Más allá de la crónica*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Economía Social, 2022.

CAMPS RUIZ, Luis Miguel, “Las fuentes del Derecho del Trabajo (III)”, en: ALBIOL MONTESINOS, Ignacio, CAMPS RUIZ, Luis Miguel, LÓPEZ GANDÍA, Juan y SALA FRANCO, Tomás, *Compendio de Derecho del Trabajo, Tomo I. Fuentes y relaciones colectivas*, 5ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2010.

CRUZ VILLALÓN, Jesús, “El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, No. 1, 2022.

DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “El impacto de la reforma laboral en la prestación de trabajo en contratas y subcontratas. Convenio colectivo aplicable y régimen de contratación laboral”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 88, 2022.

DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”, en GOERLICH PESET, José María; MERCADER UGUINA, Jesús Rafael; DE LA PUEBLA PINILLA, Ana, *La reforma laboral de 2021. Un estudio del Real Decreto-ley 32/2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

GOÑI SEIN, José Luis, “Contratas, subcontratas y convenio colectivo aplicable”, *Estudios Latinoamericanos de Relaciones Laborales y Protección Social*, nº 13, 2022.

LAHERA FORTEZA, Jesús, *La negociación colectiva tras la reforma laboral de 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

MARIUCCI, Luigi, *La contrattazione collettiva*, Bologna, Il Mulino, 1985.

MARTÍN VALVERDE, Antonio, “Artículo 84. Concurrencia”, en BORRAJO DACRUZ, Efrén, *et al.*, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, vol. II, Madrid, EDERSA, 1985.

MARTÍNEZ GAYOSO, Nieves, “Estado de las autonomías y negociación colectiva”, *Brief AEDTSS*, nº 62, 2023. Disponible en: <https://www.aedtss.com/estado-de-las-autonomias-y-negociacion-colectiva/>.

MENDOZA NAVAS, Natividad, *La selección del convenio colectivo aplicable en la empresa*, Bomarzo, 2014.

MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Madrid, Civitas, 1994.

MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, “El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial ¿punto de llegada o de partida?”, *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, Vol. 3, Número extraordinario dedicado a la reforma laboral de 2021, 2022.

MERCADER UGUINA, Jesús Rafael, “La determinación del convenio aplicable a contratas y subcontratas: la vida sigue igual...”. Disponible en: <https://www.elforodelabos.es/2023/02/la-determinacion-del-convenio-aplicable-a-contratas-y-subcontratas-la-vida-sigue-igual/>.

MERINO SEGOVIA, Amparo y GRAU PINEDA, Carmen “La subcontratación de obras y servicios en el RD-L 32/2021: a propósito de la realidad social y laboral de las camareras de piso”, *Revista de Derecho Social*, n.º 96, 2022.

NORES TORRES, Luis Enrique, “La reforma del art. 42 en el RDL 32/2021, de 28 de diciembre”, *LABOS Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 3, Número extraordinario “La reforma laboral de 2021”, 2022.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “La unidad de negociación del convenio colectivo de trabajo”, *Revista de Política Social*, nº 84, 1969.

RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, “La problemática estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 3, 1996.

SÁEZ LARA, Carmen, “Concurrencia entre convenios y modernización de la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, nº 161, 2022.

SALA FRANCO, Tomás, *Guía de la negociación colectiva 2018*, Madrid, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, 2018.

SALA FRANCO, Tomás, *La reforma laboral. La contratación temporal y la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

SALA FRANCO, Tomás, *La modificación de las condiciones de trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2024.

THIBAUT ARANDA, Xavier, *Convenio colectivo aplicable en la empresa por razón de su actividad*, Tirant lo Blanch, 2008.

THIBAUT ARANDA, Xavier, Las condiciones de trabajo aplicables a los trabajadores empleados en las contratas, en: PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, Francisco, *et al.*, *La regulación laboral de las contratas y subcontratas: puntos críticos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2023.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Negociación colectiva y principio de unidad de empresa”, *Relaciones Laborales*, I, 1999.

VALDÉS DAL-RÉ, Fernando, “Por una reforma autónoma y no dirigista de la estructura de la negociación colectiva”, *Relaciones Laborales*, nº 2, 2001.

VICENTE PALACIO, A., Obituario. contrato para obra o servicio determinado: descansa en paz. ¡Viva el contrato fijo-discontinuo!, en: *Los Briefs de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Las claves de 2022*. Madrid, Cinca, 2022.

VIVERO SERRANO, Juan, “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”. Disponible en: <https://www.aedtss.com/wp-content/uploads/2022/01/Juan-vivero.pdf>, enero de 2022.