

# LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS EN LA JURISPRUDENCIA LABORAL

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Huelva*

## EXTRACTO

**Palabras Clave:** Negociación Colectiva, estructura y concurrencia de convenios, excepciones

La posibilidad de negociar a diferentes niveles convenios colectivos plantea la posibilidad de que haya más de un convenio colectivo al mismo tiempo, que resulte aplicable a un colectivo concreto de trabajadores. Ello plantea la necesidad de utilizar criterios que determinen cuál es la norma o convenio aplicable. El ordenamiento responde a esta cuestión estableciendo una regla especial: el principio de prohibición de concurrencia de principios.

La brevedad con la que el legislador regula esta institución hace que surjan importantes dudas interpretativas sobre el mismo. Este trabajo plantea un análisis de las mismas a la luz de los últimos diez años de jurisprudencia laboral sobre la materia.

Comprobaremos cuál es el significado de este principio interpretativo, que establece una regla de prioridad temporal en la aplicación de los convenios que concurren, delimitaremos el ámbito de aplicación del mismo sobre todo desde la perspectiva de la exigencia de que haya convenios diferentes pero parcialmente coincidentes. Por último, analizaremos las excepciones que ha establecido el propio ordenamiento a la aplicación del principio de prohibición de concurrencia de convenios.

## ABSTRACT

**Key Words:** Collective Bargaining, structure, agreements, exceptions

The possibility of negotiating different levels of a collective agreement gives rise to have more than one collective agreement that, at the same time, is applicable to the same group of workers; therefore one would have two collective agreements affecting same type of workers. Thus, there is a need to specify which criteria shall be used in each agreement. The law answers this question while establishes one key rule: the principle of prohibition of agreements concurrences (in which the collective agreement cannot be affected by another one of different scope).

We have some doubts about this regulation because it seems that it has been shortened and may lead to confusion. Our study performs an analysis of the past ten years in the labour jurisprudence.

We will revise what is the interpretation principle, which establishes a general priority rule in the application of agreements that are under non-concurrence or non-competition principles. Also, we will limit the application scenario in some cases and basically on those cases in which it is intended to have different agreement but with some clauses that are similar.

And finally we will analyse those exceptions that such law has established to the application of its principles of non-concurrence or restraint on competition.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN: LA NORMA LEGAL Y LAS DIFICULTADES INTERPRETATIVAS
2. SIGNIFICADO Y FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS
3. LA ASIMETRÍA EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS A LOS DISTINTOS NIVELES DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA
4. EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS: INEFICACIA Y NO NULIDAD
5. DELIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA
  - 5.1. Coincidencia temporal.
  - 5.2. Coincidencia espacial, objetiva y subjetiva en el ámbito de aplicación
  - 5.3. No aplicación de la prohibición de concurrencia a la colisión con convenios extraestatutarios
6. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA
  - 6.1. La regulación de la concurrencia a través de los acuerdos interprofesionales
  - 6.2. La concurrencia descentralizadora
  - 6.3. Relación entre las dos excepciones
7. ALTERNATIVAS AL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN COMO CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE
8. CONCURRENCIA DE CONVENIOS EN SITUACIONES ESPECIALES

## 1. INTRODUCCIÓN: LA NORMA LEGAL Y LAS DIFICULTADES INTERPRETATIVAS

El origen del problema que vamos a tratar reside en el hecho de que nuestro ordenamiento admite una amplia libertad de negociación, especialmente para fijar los niveles de negociación<sup>1</sup>. Esta última cuestión se certifica a través de lo previsto por el art. 83.1 ET: “Los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”. En realidad, esta enorme libertad reconocida por nuestro ordenamiento se encuentra limitada legalmente, pues para poder negociar un convenio colectivo dentro de un determinado ámbito se exigen determinados requisitos de capacidad y legitimación<sup>2</sup>. De otro lado, no puede negarse que esa libertad de elección del nivel de negociación se ha visto afectada por sucesivas reformas laborales que han preferido unos ámbitos sobre otros de negociación, promoviéndose legalmente dichos ámbitos en distintos momentos (en algún caso con clara intención centralizadora, en otros casos favoreciendo el nivel empresarial de negociación). La consecuencia es

<sup>1</sup> La respuesta es absolutamente predominante dentro de la doctrina laboral española, pudiendo considerarse consolidada. Sobre esta cuestión, vid. Mercader Uguina, J.R.: *Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios*, Civitas, Madrid 1994, página 133; también López Anierte, M.C.: *La concurrencia de convenios colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, página 15; Molina Navarrete, C.: “La nueva dialéctica afectación/desafectación entre convenios y estructura de negociación tras las reformas laborales de 1994 y de 1997”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 1997, página 382.

<sup>2</sup> Vid. STSJ de Cantabria, de 21 de enero de 2009, AS 2009\1044.

que en nuestro sistema de relaciones laborales existe una compleja estructura de negociación colectiva, fruto de la libertad de fijación del ámbito de negociación, de las preferencias legales por ciertos ámbitos o del acarreo histórico.

Esta libertad nos conduce a la existencia de pluralidad de convenios en distintos niveles de la negociación colectiva; de manera que puede haber diferentes convenios colectivos de distinto ámbito, aplicables al mismo tiempo a un colectivo laboral concreto. A partir de ahí existe el importante problema jurídico de cuál es el convenio colectivo que regula las relaciones de trabajo cuando existen distintos que podrían ser de aplicación.

Todo ello se complica aún más por el hecho de que nuestro ordenamiento rechaza un planteamiento jerárquico entre los diferentes niveles de negociación (superior e inferior): el poder normativo del que emanan los convenios colectivos no es una fuente diversa que ofrezca productos de distinta jerarquía jurídica.

De otro lado, el art. 86.4 ET establece el principio de sucesión de convenios colectivos: “El convenio que sucede a uno anterior deroga en su integridad a este último, salvo los aspectos que expresamente se mantengan”. Ello implica que los convenios colectivos se van sucediendo ordenadamente en el tiempo, de manera que la existencia de un nuevo convenio implica necesariamente que no es factible la aplicación del anterior (salvo que el nuevo establezca expresamente lo contrario).

No obstante, no todos los problemas pueden resolverse por esta vía, pues en realidad este principio funciona cuando se trata de convenios colectivos de idéntico ámbito que no se superponen, sino que se sustituyen al agotarse el primero de ellos. Es decir, el principio de sucesión o modernidad implica que un mismo poder normativo actúe en momentos diferentes, pero no resuelve el problema de que haya convenios colectivos en distintos ámbitos aplicables al mismo tiempo.

El problema que nos ocupa, la concurrencia, va a aparecer en aquellos casos en los que existen más de un convenio colectivo de diferente ámbito (procedente, por tanto, de diferentes sujetos con poder normativo), pero que pueden ser aplicados a un mismo colectivo de trabajadores en el mismo momento: es en estos casos cuando hablamos de concurrencia de convenios colectivos. En estos casos, nuestro ordenamiento ha establecido una regla que se basa también sobre el principio de temporalidad: a tenor del art. 84 ET en su primer párrafo “Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto (...)”. La norma es reducida y aparentemente simple: vigente un convenio, que es el primero en el tiempo, no podrá verse afectado por convenios colectivos que tengan un ámbito distinto y sean posteriores o segundos en el tiempo; es decir, se establece un criterio de prioridad temporal o *prior in tempore*. Es lo que normalmente se denomina

como principio de prohibición de concurrencia de convenios. Sin embargo las dudas interpretativas que derivan de este precepto son importantes:

- De entrada, debemos hacer referencia a una cuestión crucial: ¿qué es la concurrencia?, ¿cómo se delimita? La cuestión es esencial, pues la regla de prioridad temporal se aplica sólo a los casos de verdadera y auténtica concurrencia de convenios.

- De otro lado, surge la cuestión relativa a si es el único principio que resuelve la situación de concurrencia de convenio, o si es posible la existencia de otras alternativas al art. 84 ET. La cuestión es de especial interés, pues hemos de recordar cómo la propia regulación laboral ha establecido expresamente un principio distinto que podría resultar de aplicación, me refiero al principio de norma más favorable, recogido expresamente en el art. 3.3 ET: “Los conflictos originados entre los preceptos de dos o más normas laborales, tanto estatales como pactados (...), se resolverán mediante la aplicación de lo más favorable para el trabajador apreciado en su cómputo, y en cómputo anual, respecto de los conceptos cuantificables”.

- ¿Qué debemos entender por vigencia? La cuestión es importante, pues el principio de prohibición de concurrencia se aplica sólo durante la vigencia del primer convenio. Surgen así dudas que nos remontan a delimitar cuál es la vigencia del convenio colectivo, con instituciones tales como la denuncia del convenio, la ultra actividad del convenio o la prórroga del mismo.

- ¿Qué significa que el primer convenio en el tiempo no puede verse “afectado” por otro de distinto ámbito y posterior? ¿Qué es la afectación de un convenio por otro? La cuestión tiene una especial importancia sobre todo desde el punto de vista de si el segundo convenio puede tener algún tipo de eficacia, o si, por el contrario estamos abocados a la nulidad del mismo.

- ¿Afecta el principio de prioridad temporal de igual manera a los convenios de diferente nivel? Dicho de otra manera; ¿es idéntica la situación de un convenio de empresa, primero en el tiempo, con un convenio de ámbito superior posterior, que la situación de un convenio de ámbito superior, primero en el tiempo, que concurre con un convenio de empresa posterior?

- ¿Se aplica esta regla sólo a los convenios regulados por el Estatuto de los Trabajadores, o también en la concurrencia entre convenios estatutarios y extraestatutarios (o en la concurrencia entre estos últimos)?

Una vez señalados los principales problemas interpretativos derivados del principio de prohibición de concurrencia y su significado, nos encontramos con el hecho de que existen, al menos, dos importantes excepciones al mismo: de entrada, el propio art. 84 ET en su primer apartado, y tras establecer el principio de prohibición de concurrencia señala que este se aplica “salvo pacto en contrario, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 83 (...)”; es decir, los acuerdos interprofesionales, que pueden establecer reglas de re-

solución de los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito; reglas que pueden ser diferentes al principio de prohibición de concurrencia de convenios.

De otro lado, también el propio párrafo primero del art. 84 ET exceptúa el principio de prohibición de concurrencia de convenios en función de lo previsto en el párrafo 2º, que prevé la posibilidad descentralizar la negociación colectiva afectando a convenios de ámbito superior y primeros en el tiempo, a través de convenios colectivos posteriores y de ámbito superior a la empresa, pero inferior al convenio al que afectan. Lo que se plantea, es la ruptura del principio de prioridad temporal, de manera que el segundo convenio en el tiempo pueda afectar al superior y primero en el tiempo.

## **2. SIGNIFICADO Y FUNDAMENTO DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS**

La concurrencia consiste en que dos normas convencionales que, aún siendo de distinto ámbito, coinciden parcialmente, de modo que ambas pueden regular al mismo tiempo las relaciones jurídicas de un concreto colectivo de sujetos. La concurrencia puede ser conflictiva o no; es decir, podemos encontrar situaciones en las que ambas normas son opuestas, ofreciendo regulaciones contradictorias, de manera que sólo sea posible aplicar una de ellas (concurrencia conflictiva); pero también podemos asistir a supuestos de concurrencia no conflictiva, pues las normas no se oponen entre sí, de manera que ambas puedan ser aplicadas al mismo tiempo (supuestos de complementariedad, suplementariedad o supletoriedad, por ejemplo<sup>3</sup>). El art. 84 ET viene a resolver en su primer párrafo los supuestos de concurrencia conflictiva entre diferentes convenios colectivos<sup>4</sup>, se requiere por tanto que ambos convenios colectivos sean de distinto ámbito, coincidan parcialmente y ofrezcan una regulación contradictoria<sup>5</sup>.

A tenor del art. 84 ET, un convenio colectivo que está vigente, “no podrá ser afectado” por un convenio colectivo de distinto ámbito. ¿En qué consiste esa prohibición de afectación? Tal como señala la jurisprudencia, significa que la regulación establecida en el primero convenio no puede ser sustituida de

<sup>3</sup> Vid. SS.TSJ de Castilla-La Mancha de 5 de diciembre de 2002, AS 2003\1532; Baleares de 3 de febrero de 2000, AS 2000\393

<sup>4</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2004, AS 2004\3051.

<sup>5</sup> Vid. Cruz Villalon, J.: “Estructura y concurrencia entre convenios colectivos”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* nº 68, página 92.

ninguna manera por la regulación del convenio posterior<sup>6</sup>. Significa que de los dos convenios que podrían ser aplicables para regular las relaciones jurídicas de un determinado colectivo de trabajadores, el ordenamiento prefiere a uno de ellos, el que está vigente. Ello nos plantea un importante problema, pues si hay una situación de concurrencia, es que ambos convenios colectivos están vigentes (de lo contrario no habría concurrencia). En realidad, cuando el legislador establece la prohibición de concurrencia de un convenio durante su vigencia, lo que está pretendiendo decir, de una manera bastante críptica, es que de los dos convenios colectivos vigentes, el que tiene preferencia aplicativa es aquel que ha aparecido primero en el tiempo: un convenio primero en el tiempo, que se aplica a un concreto ámbito laboral, se impone a los convenios de distinto ámbito que hayan aparecido posteriormente. Expresado en otros términos, en la situación de concurrencia conflictiva entre convenios, el que existe en segundo lugar no podrá alterar lo dispuesto por el primero.

La prohibición de concurrencia supone el establecimiento de un principio de prioridad temporal, a tenor del cual, cuando concurren dos convenios colectivos, se le da prioridad aplicativa al convenio que es el primero en el tiempo; es decir, a aquél de los dos que existe en primer lugar. La prohibición de concurrencia se plasma así en una prohibición de afectación del convenio posterior respecto del anterior; se rechaza la aplicación del convenio colectivo posterior a las relaciones jurídicas que han sido encuadradas con anterioridad por otro convenio colectivo<sup>7</sup>.

Desde el punto de vista doctrinal, podemos recordar cómo Molina Navarrete señalaba que la regla del art. 84 ET establece “la no afectación o intangibilidad del convenio *prior in tempore* mediante el impedimento de modificar sus contenidos o alterar sus presupuestos por el convenio posterior”<sup>8</sup>.

<sup>6</sup> Así la STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de octubre de 2006, AS 2007\830, señala que “La regla general del art. 84.1 ET es la no afectación del convenio anterior por los posteriores de ámbito distinto. El término «afectar» presenta un campo de significado relativamente amplio dentro del que pueden destacarse las acciones de «influir», «dañar» o «perjudicar». La idea de afectación como influencia negativa o perjudicial agrupa todas las formas de concurrencia conflictiva (...). En este sentido cualquier alteración del conjunto de derechos y obligaciones que se expresa en el convenio es susceptible de determinar en principio un supuesto de afectación (...) la regulación de una materia distinta por otro convenio puede «afectar» al convenio vigente si su introducción rompe el equilibrio contractual, aunque formalmente no altere lo pactado”.

<sup>7</sup> En este sentido, señala la STSJ de Galicia de 2 de julio de 2004, AS 2004\2463 que el art. 84 ET “sienta el principio general consistente en la prohibición de que un convenio, durante su vigencia, pueda ser afectado por lo dispuesto en otros de ámbito distinto (...) Por ello ante la concurrencia mencionada y como así expuso el Tribunal Supremo en sentencia de 29 de febrero de 1992 (RJ 1992,1155), se concede preferencia al convenio colectivo en vigor respecto al que invade posteriormente su ámbito de aplicación, consagrándose así el criterio del convenio «prior in tempore potior in ius».

<sup>8</sup> Op. cit., página 385.

De esta manera la jurisprudencia ha venido señalando la existencia de concurrencia en supuestos en los que existía un Convenio de Sector de Prótesis Dental de la provincia de Valencia y posteriormente y durante su vigencia se aprueba un Convenio de Laboratorios de Prótesis dentales de Castellón y Valencia<sup>9</sup>, o cuando para la provincia de Madrid se celebra un Convenio de Almacenistas de Plátanos y meses antes de llegar la fecha de denuncia del convenio y de que este pierda vigencia, se negocia para la misma provincia el Convenio de Mayoristas de Frutas, Hortalizas y Plátanos afectando al primero de ellos<sup>10</sup>. De igual manera hay concurrencia entre un convenio provincial de Vizcaya de empresas de Merchandising, que es el primero en el tiempo, y un convenio nacional posterior de la misma actividad<sup>11</sup>. También cuando se negocia un convenio de empresa del sector de pastelerías y panaderías, cuando estaban vigentes los convenios sectoriales de Panadería y el de Pastelería, Confitería y Bollería<sup>12</sup>; o cuando existiendo un convenio de empresa, el de ENATCAR, se pretende aplicar un convenio colectivo provincial de la actividad de transporte posterior en el tiempo<sup>13</sup>. En estos ejemplos nos hemos referido a situaciones diversas en las que se producen situaciones de concurrencia entre convenios de muy diferente ámbito funcional (nacional y de sector inferior, entre convenios de sector provincial, entre convenios de empresa y sector) abarcando la mayor parte de supuestos en los que se puede producir una situación de concurrencia de convenios, pero en todo caso los ejemplos son numerosos dentro de la jurisprudencia<sup>14</sup>.

Tradicionalmente se ha entendido que el principio de prohibición de concurrencia, que otorga prevalencia al primer convenio en el tiempo, tiene el objetivo de estabilizar la estructura de la negociación colectiva, dificultando los cambios de niveles de negociación si no existe acuerdo entre las partes para suprimir el concreto ámbito de negociación y permitir la aplicación de otros convenios. No obstante, hay que señalar que de la literalidad del precepto y las interpretaciones judiciales no se deduce realmente este objetivo:

- De entrada, a tenor del propio principio, la prioridad del primero en el tiempo sólo se mantiene durante su vigencia y dado que nada impide negociar convenios de distinto ámbito, incluso concurrentes, durante la vigencia del primero, puede ocurrir perfectamente que a la finalización del primer convenio

<sup>9</sup> STS de 5 de junio de 2001, RJ 2001\5488.

<sup>10</sup> STS de 16 de julio de 2001, RJ 2002\576.

<sup>11</sup> STSJ del País Vasco de 18 de octubre de 2006, JUR 2006\59329.

<sup>12</sup> STSJ de Valencia de 18 de junio de 2008, JUR 2008\301691.

<sup>13</sup> STSJ de 26 de septiembre de 2008, JUR 2008\14779.

<sup>14</sup> Vid. a modo de ejemplo las SSTSJ del País Vasco de 6 de noviembre de 2007, AS 2008\302; Madrid de 9 de abril de 2007, AS 2007\2838; País Vasco de 7 de febrero de 2006, AS 2006\1547; Cantabria de 23 de julio de 2004, JUR 2004\207504; Asturias de 15 de noviembre de 2003, AS 203\1429; Navarra de 23 de octubre de 2002, AS 2002\400; Valencia de 13 de septiembre de 2001, AS 2002\1382.

exista ya otro, que tras la pérdida de vigencia del primero, pase a convertirse en convenio aplicable, alterando por tanto ese ámbito de negociación.

- Lo anterior viene facilitado por la jurisprudencia que señala cómo durante los supuestos de prórroga y ultra actividad no resulta de aplicación la prohibición de concurrencia de convenios.

- También se rompe esa idea de estabilización como objetivo de la regulación si tenemos en cuenta que el convenio concurrente, según la jurisprudencia, no resulta anulado, sino que la no afectación implica establecer una situación de mera ineficacia aplicativa del segundo convenio en el tiempo, de modo que podrá aplicarse en el futuro perfectamente (cuando pierda vigencia el primero).

- El propio art. 84 ET establece excepciones al principio general. En concreto se han establecido mecanismos tendentes a favorecer la intromisión de negociación colectiva procedente de otros ámbitos, tal como sucede por ejemplo con la admisión de la concurrencia descentralizadora establecida en el propio art. 84 segundo párrafo ET; o el papel que juegan los acuerdos de empresa en materia de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o descuelgue salarial.

La conclusión de lo expuesto es que vamos a comprobar cómo realmente el ámbito de aplicación de la prohibición de concurrencia es más limitado de lo que parece en un primer momento; y la finalidad de estabilizar la negociación colectiva se ve limitada tanto por la propia literalidad del precepto, por la interpretación judicial que se realiza del mismo y por las excepciones que el mismo establece o que proceden de otras normas.

La interpretación del principio de prohibición de concurrencia como un mecanismo de estabilidad de la estructura de la negociación colectiva, pasa necesariamente por entender, que la prioridad temporal se refiere, no al concreto convenio, sino a la unidad negociadora que crea el primero de los ámbitos de negociación (la empresa o el sector): esto permitiría concluir que los convenios posteriores nunca podrán invadir ese ámbito, si no es con la conformidad de las propias partes afectadas. Justamente es lo que se ha planteado por la doctrina laboral en el marco de las relaciones entre convenios de empresa y convenios sectoriales: aún cuando el de empresa sea el primero en el tiempo, tarde o temprano perderá vigencia: en este caso, si existe un convenio posterior y de ámbito superior, una interpretación estricta del art. 84 ET supondría la imposibilidad de mantener vivo el ámbito de negociación de empresa (pues el convenio de ámbito superior sería, ahora, el primero en el tiempo). Sin embargo, la doctrina laboral<sup>15</sup> ha defendido que en estos casos se mantenga la existencia

<sup>15</sup> Vid. Martín Valverde, A.: “Concurrencia de los convenios colectivos de trabajo”, en AA.VV., dirigidos por E. Borrajo Dacruz, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, EDERSA, 1985, página 54; de igual modo Fernández López, M.F.: “Concurrencia de negociaciones y concurrencia de convenios”, *Revista de Política Social* nº 134 (1982), página 247 y ss.

del ámbito inferior de negociación, como expresión del propio art. 84 ET que debe ser entendido a favor del mantenimiento de la diversidad de la negociación colectiva; pues de lo contrario, tarde o temprano se nos conduciría a la homogeneidad negocial y haría inviable la negociación en ámbitos inferiores. Solo si las partes estuviesen de acuerdo en abandonar el ámbito negocial de empresa, se podría aplicar el resultado de la negociación de ámbito superior. Esta línea se sigue por parte de la jurisprudencia que admite que denunciado el convenio de empresa, si se procede a la apertura de un nuevo proceso de negociación real, se respetará dicho ámbito negocial, aún haya convenios en vigor de ámbito superior en dicho momento. La cuestión cambia cuando los procesos de negociación tengan carácter ficticio.

En cuanto al fundamento del principio de prohibición de concurrencia de convenios, es claro que reside en el propio carácter normativo del convenio colectivo: si dotamos al convenio de eficacia normativa, no sería factible que durante su vigencia pudiera verse afectado. Es este motivo el que limita también que puedan negociarse convenios del mismo nivel durante la vigencia del existente, no existiendo en estos casos deber de negociar; y de la misma manera, es lo que justifica que un convenio posterior pueda afectar al que ya había entrado en vigor con anterioridad. Admitir lo contrario con carácter general sería, cuanto menos anómalo, desde la perspectiva del disfrute de la condición de norma jurídica que se otorga al convenio colectivo. Por la misma razón, como veremos posteriormente, es por lo que no cabe aplicar el principio de prohibición de concurrencia cuando estamos ante una colisión entre convenios estatutarios y extraestatutarios, pues los segundos carecen de esa eficacia normativa que caracteriza a los primeros.

De otro lado, sería posible encontrar otro fundamento para justificar que el legislador haya optado por la prioridad temporal como norma de aplicación de los convenios colectivos concurrentes; me refiero al hecho de que a diferencia de otros principios aplicativos (especialmente el de norma más favorable), éste facilita una importante dosis de certeza y seguridad jurídica. También cabe señalarse como algún sector doctrinal ha estimado como fundamento de la concurrencia de convenios el principio *pacta sunt servanda*<sup>16</sup>.

### **3. LA ASIMETRÍA EN LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS A LOS DISTINTOS NIVELES DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

El principio de prohibición de concurrencia, aún cuando no se haya establecido de manera expresa, presenta un marcado carácter asimétrico del que

<sup>16</sup> Molina Navarrete, C.: Op. cit., página 381.

podría deducirse una apariencia de no aplicación en ciertas situaciones. Me refiero al hecho de que no es igual que el primer convenio en el tiempo sea de sector o de empresa; se establece así un confuso juego de relaciones entre convenios de ámbito superior e inferior que parece suponer una limitación en el juego de este principio.

En aquellos casos en los que estemos ante un convenio de sector, primero en el tiempo, por ejemplo un convenio provincial, su vigencia limita (salvo excepción ex art. 83.2 ET en relación con el primer párrafo del art. 84 ET) la existencia de convenios colectivos de ámbito de empresa. En estos casos estaríamos claramente ante una situación de concurrencia que debe resolverse a tenor de la regla general del art. 84 ET.

Por el contrario, la existencia de un convenio de empresa, que es el primero en el tiempo, no limita en absoluto la existencia de negociación colectiva estatutaria de nivel superior y posterior en el tiempo. Aparentemente ello supondría la no aplicación de la prohibición de concurrencia, pero no es así: este principio también se manifiesta en estos casos, pero de diferente manera, pues si bien la existencia del convenio inferior no impide la negociación en niveles superiores (lo cual es lógico, pues de darse la respuesta contraria impediríamos el ejercicio del derecho constitucional a la negociación en tales niveles superiores), en base al art. 84 ET, el convenio inferior no se verá afectado por el superior y posterior, su ámbito no será invadido, sino que debe ser forzosamente respetado. En conclusión, desde este punto de vista se evidencia que el principio de prohibición de concurrencia no impide que haya una pluralidad de convenios colectivos.

La respuesta es absolutamente coherente, pues si bien el convenio inferior y primero en el tiempo, no impide la existencia del superior y posterior, el art. 84 sí impide que el superior y posterior pueda afectar al inferior y previo. En todo caso, ello evidencia que existe una prohibición de concurrencia en sentido estricto cuando se relación un convenio superior y primero en el tiempo con convenio inferior (mejor diríamos de empresa, por la salvedad que vamos a ver a continuación), mientras que existe una prohibición de efecto más débil en la relación entre convenio inferior primero en el tiempo y un posterior de ámbito superior.

En todo caso, hay que señalar, no obstante, que esta situación no se repite de manera idéntica si tomamos como punto de referencia las relaciones entre convenios colectivos de ámbito superior a la empresa, pero de diferente ámbito (convenios de sector nacionales, autonómicos, provinciales, etc.). Ciertamente la existencia de un convenio superior a la empresa primero en el tiempo, no impide la existencia de convenios de ámbito aún superior y posterior (al igual que la relación entre convenio de empresa y superior), si bien ese convenio posterior no puede invadir el ámbito del primero e inferior; pero, ¿qué ocurre

en la situación contraria? En este caso debemos señalar cómo el legislador ha establecido una excepción al principio de prohibición de concurrencia que analizaremos posteriormente: la concurrencia descentralizadora del segundo párrafo del art. 84 ET; de manera que si se cumplen los requisitos, la existencia de un convenio de ámbito superior, no impide la existencia de un convenio de sector, pero de ámbito inferior, y posterior, admitiéndose legalmente la situación de concurrencia.

La consecuencia de esta situación es que se establezca una cierta dificultad a la hora de entender y aplicar la prohibición de concurrencia de convenios: sin dudas la asimetría y la excepción en forma de concurrencia descentralizadora, empañan la limpieza interpretativa de dicho principio.

En conclusión, hasta ahora el principio de prohibición de concurrencia supone:

1º Un convenio de empresa no impide jamás la existencia de uno posterior y superior, si bien este último debe respetar el ámbito del primero.

2º Un convenio superior primero en el tiempo impide la afectación por parte de uno posterior y de empresa<sup>17</sup>.

3º Si se cumplen los requisitos del art. 84 párrafo segundo, un convenio superior al de empresa y primero en el tiempo, puede verse afectado aún cuando sea el primero, por un convenio posterior, de ámbito superior a la empresa, pero de ámbito geográfico inferior al primero en el tiempo (por ejemplo convenio nacional primero en el tiempo y convenio provincial segundo en el tiempo; convenio nacional o autonómico primero en el tiempo y convenio provincial segundo en el tiempo).

#### **4. EFECTOS DE LA PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS: INEFICACIA Y NO NULIDAD**

Una vez que encontramos una situación en la que existen dos convenios colectivos concurrentes, siendo de aplicación la prohibición del art. 84 ET, surge la cuestión de cuáles son los efectos de la misma. A tenor del art. 84 ET el convenio anterior no puede verse afectado por el convenio posterior y de distinto ámbito; ello implica que el segundo convenio no puede invadir el ámbito del primero, de manera que las relaciones jurídicas reguladas por el primer convenio no se verán afectadas por el segundo. A tenor del art. 84 ET esta conclusión es bastante clara; ahora bien, ¿qué ocurre con el convenio posterior?

<sup>17</sup> Sobre estos dos primeros puntos, afirmaba Mercader Uguina, J.R. que “vigente un convenio colectivo en un determinado ámbito, no resultará posible negociar otro de ámbito más reducido, pudiendo en cambio, concluirse otro de ámbito superior, el cual no podrá, sin embargo, aplicarse a las relaciones jurídicas disciplinadas por el precedente”. Op. cit., página 173.

Para que haya concurrencia deben existir dos convenios colectivos diferentes, luego el convenio concurrente es un convenio perfecto, negociado de conformidad a la regulación legal; válido en definitiva. Esta afirmación es esencial, pues determina cuál va a ser la consecuencia de la concurrencia de convenios. Dado que se admite que la prohibición de concurrencia no impide la existencia de convenios de ámbito diferentes, la respuesta que defiende la jurisprudencia es que “si se da la situación de concurrencia de convenios que proscribe el art. 84 ET, ello no produce la nulidad del convenio invasor, sino tan sólo la ineficacia aplicativa del mismo”<sup>18</sup>; en idéntico sentido la doctrina laboral<sup>19</sup>. En definitiva, lo que se pretende con el art. 84 ET es dar preferencia aplicativa, pero no que haya una paralización de negociaciones conducentes a la obtención de otros convenios que sean aplicables al finalizar la vigencia de los anteriores<sup>20</sup>. En todo caso hay que señalar como en momentos anteriores la jurisprudencia se inclinó por la declaración de nulidad<sup>21</sup>.

Por lo tanto, hay que rechazar que el convenio segundo en el tiempo, que en principio es un convenio absolutamente válido, pues ha sido aprobado por los sujetos legitimados y con los requisitos establecidos por el ET, quede anulado por entrar en concurrencia con otro convenio anterior. Su situación es la de ineficacia o inaplicación al ámbito del convenio anterior.

Esto nos plantea un problema en cuanto a qué ocurre cuando el demandante de la concurrencia solicita la declaración de nulidad y no de la inaplicación del convenio. En estos casos la jurisprudencia estima que no se genera una situación de incongruencia procesal si pese al suplico de nulidad, dado que esta no es admisible, se declara la inaplicación en vez de la desestimación de la demanda: se considera que “lo que pretende la demanda, al invocar la situación

<sup>18</sup> STS de 13 de noviembre de 2007, RJ 2008\998. De igual manera la STS de 8 de junio de 2005, RJ 2005\6014: “(...) el efecto derivado de la prohibición de concurrencia no debe ser la nulidad del convenio colectivo invasor, sino la declaración de su inaplicación temporal. Ello obedece a que el art. 84.1 ET no prohíbe la negociación de un convenio colectivo concurrente por el hecho de que su espacio esté ya ocupado por otro anterior. Al contrario, de su literalidad se desprende claramente que su punto de partida es la existencia de dos convenios válidamente negociados que coinciden en el tiempo. Y el precepto se limita a establecer una regla de solución de conflictos que, al otorgar preferencia aplicativa al convenio anterior, está también indicando de modo implícito que la situación en la que queda el invasor es la de «ineficacia aplicativa», como declaró esta Sala en sus ss. de 27 de marzo de 2000 (RJ 2000\10542), y 31 de octubre de 2003 (RJ 2004\5889) o de «mera inaplicabilidad» (STS de 5 de junio de 2001 [RJ 2001\5488]”. En similares términos la STS de 31 de octubre de 2003, RJ 2004\589.

<sup>19</sup> Por todos, vid. Baylos Grau, A.: “Unidades de negociación y concurrencia de convenios”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* nº 100 (2000), página 1470. De igual manera, Cruz Villalón, J.: Op. cit., página 91; Molina Navarrete, C.: Op. cit., página 389.

<sup>20</sup> STS de 21 de diciembre de 2005, RJ 2006\1426. También las Sentencias de los TSJ: STSJ de Cataluña de 21 de mayo de 2007. JUR 2007\303992; Valencia de 24 de enero de 2007, AS 2008\5; Galicia de 21 de marzo de 2005, AS 2005\721.

<sup>21</sup> Vid. STS de 7 de abril de 1994, RJ 1161\94.

de concurrencia es evitar que dicho convenio desconozca y se entrometa en el ámbito funcional del convenio afectado, y, por ello, no se incurre en incongruencia si se concede la inaplicación en lugar de la nulidad<sup>22</sup>.

De otro lado, hay que subrayar que la vía procesal para reclamar por concurrencia de convenios, es la de impugnación de convenios colectivos<sup>23</sup>.

## 5. DELIMITACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONCURRENCIA

Una vez que hemos visto cuál es el sentido del principio de prohibición de concurrencia, hemos de centrarnos ahora en su delimitación; es decir, cuándo se aplica, cuáles son las situaciones en las que resuelve situaciones conflictivas.

De entrada debemos recordar que el legislador se refiere a la “concurrencia”, no como cualquier situación en la que confluyen dos convenios colectivos, sino que este principio funciona única y exclusivamente cuando esa concurrencia tiene carácter conflictivo; es decir, el art. 84 ET sólo resulta de aplicación cuando los dos convenios colectivos, de distinto ámbito (si no tienen ámbito distinto ni siquiera existe obligación de negociar el segundo convenio) tienen regulaciones opuestas, produciéndose una situación de colisión o conflicto entre convenios<sup>24</sup>, de manera que las regulaciones convencionales son contradictorias<sup>25</sup>. Por lo tanto, este principio aplicativo sólo debe utilizarse cuando las dos regulaciones resultan incompatibles entre sí, teniendo que excluirse una u otra. Ello implica que no resulta aplicable el art. 84 cuando estamos ante meras situaciones de “concurso” de convenios colectivos<sup>26</sup>; es decir, aquellos supuestos en los que se produce una efectiva coordinación entre los convenios colectivos, pudiendo aplicarse ambos a la vez, a un mismo colectivo, regulando los dos las relaciones jurídicas de este colectivo, sin que surja incompatibilidad entre los dos convenios (complementariedad de convenios, convenios que se declaran supletorios de otros, situaciones de reparto material en base a acuerdos interprofesionales, etc.).

<sup>22</sup> STS 24 de abril de 2006, RJ 2006\4708.

<sup>23</sup> STS de 31 de octubre de 2003, RJ 2004\589. También la STSJ de Galicia de 21 de marzo de 2005, AS 2005\721.

<sup>24</sup> En este sentido la STSJ del País Vasco de 19 de febrero de 2008, AS 2008\1336: “La concurrencia de convenios supone que un convenio de un determinado ámbito resulta afectado por otro de ámbito superior o inferior, concurriendo ambos sobre un mismo grupo de relaciones laborales, de manera conflictiva e irreconciliable, lo que concluirá con la inaplicación o el desplazamiento de la entrada en vigor del convenio invasor o concurrente, mediante la paliación del principio *prior in tempore*, dada la preferencia que se atribuye al primer convenio sobre el posterior que venga a alterarlo”.

<sup>25</sup> En este sentido Baylos Grau, A.: Op. cit., página 1470.

<sup>26</sup> Expresión utilizada por Mercader Uguina, J.R.: Op. cit., página 135.

Lo anterior supone que no resulta de aplicación el art. 84 ET en su primer párrafo, cuando, por ejemplo, hay un convenio colectivo de nivel superior, que admite expresamente la aplicación de convenios de nivel inferior, siempre y cuando mejoren lo establecido en el convenio superior (y primeros en el tiempo), lo cual sería un supuesto de complementariedad<sup>27</sup>; o es posible encontrar convenios que declaran expresamente que convenios de otros ámbitos (superiores o inferiores) son supletorios<sup>28</sup>, o simplemente se remiten para ciertas cuestiones a convenios de otro nivel<sup>29</sup>.

De otro lado, aún cuando el art. 84 establece una prohibición de concurrencia de convenios de “distinto ámbito”, en realidad, no debe realizarse una interpretación literal pues si los convenios tuviesen ámbitos totalmente diferentes, la concurrencia sería imposible; no se produciría conflicto entre ellos. Para que estemos ante un verdadero supuesto de concurrencia entre convenios la doctrina y la jurisprudencia ha venido señalando que, aún cuando los ámbitos sean diferentes, es necesario que se produzca una coincidencia parcial entre convenios, que se configura como supuesto de hecho para la aplicación del art. 84 ET; concretamente esta coincidencia debe ser doble. En primer lugar debe haber una coincidencia temporal entre los convenios colectivos, la cual no se requiere que sea plena (idénticas fechas de entrada en vigor y extinción), sino que basta con que se superpongan temporalmente, de manera que vigente el primero, en un momento determinado durante su vigencia, se intente imponer el segundo; en segundo lugar, es necesario una segunda coincidencia en cuanto al ámbito de aplicación objetivo, subjetivo y territorial de los convenios colectivos, si bien parcial.

### 5.1. Coincidencia temporal

La exigencia de coincidencia temporal deriva directamente de la literalidad del propio art. 84 ET, pues se establece una prohibición de concurrencia sobre el primer convenio durante su vigencia. Consecuentemente, los dos convenios deben superponerse temporalmente. La cuestión es mucho más compleja de lo que parece a simple vista debido a la propia configuración de la vigencia del convenio colectivo. Es necesario precisar el período de tiempo que el convenio está en “vigor”, pues la prohibición le protegerá sólo durante ese período de tiempo. Se plantean así dos problemas: cuándo entra en vigor y cuando finaliza su vigencia. La cuestión tiene especial importancia, pues una vez entrado en

<sup>27</sup> STS de 10 de octubre de 2000, RJ 2000\9423; STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2004, AS 2004\3051.

<sup>28</sup> SS.TSJ de Cantabria de 26 de enero de 2005, AS 2005\11; STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2004, AS 2004\3051; País Vasco de 11 de septiembre de 2001, AS 2001\3407.

<sup>29</sup> STSJ de Canarias de 31 de mayo de 2001, AS 2001\4205.

vigor el convenio colectivo no podrá verse afectado por el posterior, y una vez que finaliza la vigencia del convenio colectivo se pone término final a la prohibición de concurrencia.

Respecto de la primera cuestión, el momento de entrada en vigor, las normas a las que podemos remitirnos son dos, de un lado el art. 86.1 ET que establece que son las partes las que establecen la duración del convenio, pudiendo pactarse distintos períodos de vigencia para cada materia; de otro lado el art. 90.4 ET, precepto que señala que el convenio entra en vigor cuando las partes lo acuerden. Dado que las partes pueden establecer el momento de entrada en vigor, es perfectamente posible aplicar el convenio colectivo con efecto retroactivo al momento en que sea publicado en el boletín correspondiente o con anterioridad al momento de su aprobación.

Aparentemente deberíamos tener en cuenta el momento que las partes acuerdan como de entrada en vigor. Sin embargo, a los efectos del art. 84 ET, esta es una interpretación que se ha rechazado tradicionalmente, pues supondría que los sujetos negociadores del convenio tendrían la posibilidad de bloquear la aplicación del art. 84 ET o incluso limitar la negociación en ámbitos diferentes, por la simple vía de establecer fechas de entrada en vigor retroactivamente, es decir, con anterioridad al momento de la negociación, pudiendo afectar de esta manera a otros convenios que realmente se han negociado con anterioridad<sup>30</sup>. En consecuencia se requiere un sistema objetivo que determine el momento de entrada en vigor a estos efectos, con independencia de la voluntad de las partes.

Pues bien, ¿cómo determinamos la entrada en vigor? Las posibilidades son múltiples: fecha de inicio del proceso negociador, fecha de constitución de la mesa negociadora, fin efectivo de las negociaciones, el momento de la aprobación formal, la remisión del convenio a la autoridad laboral, fecha de publicación oficial, etc. Cada una de estas posibilidades tiene elementos positivos y negativos a la hora de determinar la entrada en vigor a efectos del art. 84 ET, pero habría que centrarse en un criterio que no permita a las partes evitar o imponer frente a otros un convenio, sino que se vaya a un criterio de

<sup>30</sup> Sería el caso de la STSJ del País Vasco de 7 de febrero de 2006, AS 2006\1438. Esta resolución se enfrentaba a un supuesto de ámbito funcional regulado por un convenio nacional (el XIII Convenio nacional de empresas de ingeniería y oficinas de estudios técnicos), hasta que se aprueba un convenio provincial que novedosamente incluye a las empresas de ingeniería y que si bien se aprueba posteriormente, se retrotrae a la fecha de efectos de entrada en vigor del convenio nacional. Pues bien ante esta situación señala la Sentencia, que esa cláusula de retroactividad “no produce el efecto de reemplazar a este convenio durante el tiempo en que estuvo en vigor, pues en dicho periodo tuvo fuerza obligatoria, resultando por ello inmune a la cláusula de retroactividad pactada con carácter general en un posterior convenio colectivo con ámbito territorial y funcional distintos. Estipulación que no puede utilizarse para privar de eficacia al convenio estatal durante todo el tiempo en que estuvo en vigor (...).

carácter objetivo; de ahí que normalmente se toma la fecha de publicación del convenio colectivo en el boletín oficial correspondiente; de hecho, a raíz de la publicación del convenio es cuando éste puede entrar efectivamente en vigor (tal como señala el art. 90.3 ET, para que el convenio tenga validez y eficacia, es necesario que sea publicado en el boletín oficial correspondiente)<sup>31</sup>, aún cuando formalmente pudiera retrotraerse.

De otro lado, también vamos a encontrar problemas en relación a la pérdida de vigencia del convenio colectivo. En principio, tal como establece el art. 86.1 ET, la duración de los convenios la fijan las partes, siendo contenido mínimo del convenio la determinación del ámbito temporal del convenio colectivo (art. 85.3 ET). En todo caso, para que el convenio colectivo pierda vigencia se exige la denuncia del mismo (art. 86.2 ET). En consecuencia, parecería que la determinación del momento de pérdida de vigencia es una cuestión bien sencilla. Sin embargo no es así, pues intervienen dos normas que generan importantes dudas desde el punto de vista de la prohibición de concurrencia: la prórroga automática (salvo pacto en contrario) cuando no media denuncia expresa de las partes (art. 86.2 ET) y el problema de la ultra actividad del convenio colectivo (art. 86.3 ET). A partir de aquí la cuestión es si un convenio en situación de prórroga automática o en situación de ultra actividad, tiene vigencia en el sentido del art. 84 ET; es decir, si en estos períodos de prórroga o ultra actividad, resulta o no de aplicación la prohibición de concurrencia de convenios.

Sobre esta cuestión podemos destacar que la posición que actualmente sostiene el TS y la jurisprudencia menor es que la prohibición de concurrencia no rige durante los períodos de prórroga automática, ni en los períodos de ultra actividad. Así, se afirma que “la ultra actividad (...) no es confundible con la vigencia a que se refiere el artículo 84 del mismo cuerpo legal, referida al ámbito temporal pactado. Conclusión distinta 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»<sup>32</sup>. Las situaciones de prórroga o ultra actividad son, en realidad, situaciones especiales en las que se mantiene la aplicación

<sup>31</sup> Vid. en este sentido la STSJ de Andalucía de 7 de octubre de 2008, AS 2009\1683.

<sup>32</sup> STS de 23 de octubre de 1995, RJ 1995\7864; cuya literalidad se reitera por la posterior de 2 de febrero de 2004, RJ 2004\1069, o por la STS de 17 de mayo de 2004, RJ 2004\4969. De igual manera la doctrina de los STSJ, como por ejemplo, las SSTSJ de Madrid, de 21 de mayo de 2007, AS 2007\1984; Andalucía de 11 de enero de 2007, JUR 2008\253471; País Vasco de 7 de febrero de 2006, AS 2006\1651; País Vasco de 11 de octubre de 2005, JUR 2006\59597; País Vasco de 12 de julio de 2005, AS 2005\2756; Cantabria de 1 de junio de 2005, JUR 2005\137440; Cantabria de 6 de abril de 2005, AS 2005\672; País Vasco de 8 de marzo de 2005, JUR 2005\198696; País Vasco de 1 de octubre de 2002, JUR 2003\41502; Asturias de 26 de enero de 2001, AS 2001\29; País Vasco de 4 de abril de 2000, AS 2000\3152; Baleares de 25 de enero de 2000, AS 2000\1045; Asturias de 14 de enero de 2000, AS 1999\6861.

de un convenio colectivo para evitar vacíos de regulación, vacíos que pueden ser también cubiertos perfectamente por la aplicación de otro convenio colectivo, de diferente ámbito, aplicable al ámbito concreto del convenio en estas situaciones. En conclusión, “la regla general de intangibilidad del convenio colectivo durante su vigencia por lo dispuesto en otro convenio de distinto ámbito que reza el art. 84 ET limita su eficacia al ámbito temporal pactado para el mismo, vencido el cual tal inmunidad desaparece no operando en la fase de ultra actividad de las cláusulas normativas a que se refiere el art. 86 de la misma norma (...)”<sup>33</sup>.

Esta es la posición predominante entre la jurisprudencia laboral, pues es posible encontrar resoluciones contrarias a este planteamiento<sup>34</sup>; habiéndose incluso llegado a afirmar que durante la situación de prórroga o ultra actividad resulta de aplicación el principio de norma más favorable<sup>35</sup>.

La justificación de esta postura que se basa en que aplicar la prohibición de concurrencia durante los períodos de prórroga o ultra actividad, supondría la práctica imposibilidad de crear nuevos ámbitos de negociación, facilitando una dosis de estabilidad excesiva a la estructura de la negociación colectiva<sup>36</sup>, generando situaciones de verdadera “petrificación” de la estructura negocial, de modo que la negociación se limitase a la mera y simple revisión de los convenios colectivos precedentes dentro de las mismas unidades de negociación, salvo que las partes, voluntariamente decidiesen acceder a un ámbito distinto de negociación. De otro lado, este planteamiento de estabilidad podría conducirnos en realidad a un abandono de la negociación por el bloqueo de una de las partes que se sienta cómoda con el convenio denunciado: esta situación se evita si la prohibición de concurrencia no es aplicable tras la denuncia.

Como prueba de que tras la denuncia del convenio éste pierde vigencia (a los efectos de posibles nuevas negociaciones), hemos de recordar cómo tras la denuncia surge de nuevo el deber de negociar, que durante la vigencia del convenio ha estado limitado a las partes del convenio; además, desaparece el contenido obligacional del convenio, pudiendo la parte laboral presionar al

<sup>33</sup> STSJ de 25 de abril de 2006, JUR 2006\188535.

<sup>34</sup> No obstante, es posible encontrar resoluciones contrarias en aquellos casos en los que se pacta expresamente el mantenimiento de la vigencia del convenio (en su totalidad) tras su denuncia y mientras se negocia el nuevo convenio; así la STS de 5 de marzo de 2008, RJ 2008\5067; en igual sentido la STSJ de Galicia de 16 de septiembre de 2003, JUR 2004\41245; Andalucía de 25 de marzo de 2003\1995; en otros casos se reconoce la no aplicación tras la denuncia, pero por haber pasado un largo tiempo sin que los sujetos legitimados en la unidad negociadora hayan alcanzado un acuerdo de sustitución del anterior convenio; así la STSJ del País Vasco de 5 de abril de 2005, AS 2005\2800; o de Andalucía de 23 de enero de 2003, AS 2003\2568.

<sup>35</sup> En este sentido la STSJ de 9 de mayo de 2000, AS 2000\3161.

<sup>36</sup> Rodríguez-Piñero, M.: “Ley y convenio colectivo en la reforma del mercado de trabajo”, *Relaciones Laborales* nº 14 de 1993, página 6. En idéntico sentido Mercader Uguina, J.R.: *Op. cit.*, página 190.

empresario en el ámbito de la negociación<sup>37</sup>; ello evidencia cómo tras la denuncia surge de nuevo la posibilidad de negociar convenios colectivos, lo que se proyectaría sobre el art. 84 ET en el sentido de facilitar el impulso a nuevos ámbitos de negociación colectiva.

La conclusión de no aplicar la prohibición de concurrencia durante las situaciones de prórroga o ultra actividad supone que dicho principio se aplica hasta el momento de la denuncia del convenio, o, ante la falta de denuncia, hasta el momento del término final fijado en el convenio colectivo. Se trata, por tanto, de una delimitación muy estricta del espacio temporal en el que se aplica la prohibición de concurrencia de convenios colectivos<sup>38</sup>. Ello implica que denunciado el convenio colectivo, podemos encontrar que haya sujetos legitimados para negociar en el mismo ámbito y que haya así una sucesión de convenios; o que haya sujetos legitimados para negociar en ámbitos distintos, por lo que si se pretende una sucesión de convenios, los sujetos legitimados deben proceder rápidamente a aprobar el nuevo convenio y no ser así invadidos por convenios procedentes de otro nivel.

También desde el punto de vista de la vigencia de convenios, hemos de tener en cuenta el funcionamiento de la prohibición de concurrencia en las situaciones en las que hay una extensión de convenio colectivo (art. 92 ET). Dicho de otra manera, si estamos ante un convenio extendido, ¿es de aplicación la prohibición de concurrencia en el ámbito al que ha sido extendido? La respuesta debe ser negativa, pues la extensión de un convenio colectivo no es más que una solución transitoria y provisional, dirigida a cubrir una laguna de regulación, por lo que no puede entenderse (en el ámbito en el que se ha extendido) como un convenio colectivo en plena vigencia<sup>39</sup>.

<sup>37</sup> López Anierte, M.C.: Op. cit., páginas 34 y 35.

<sup>38</sup> Molina Navarrete, C.: Op. cit., páginas 387 y 388.

<sup>39</sup> En este sentido la STSJ de Cantabria de 23 de marzo de 2005, AS 2005\640: “Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1995 (RJ 1995\396) «la extensión constituye una forma excepcional de integrar lagunas de la regulación profesional por especial dificultad en la negociación o por la presencia de circunstancias sociales y económicas de notoria importancia (art. 92.1 ET en su redacción anterior). Esta integración opera a través de una técnica de reenvío: se declara aplicable en un determinado ámbito una norma convencional que ha sido aprobada para otro (...). La norma extendida no resulta así modificada en su estructura, contenido o ámbito de aplicación por el acto de extensión que es accidental y externo a ella; simplemente actúa como elemento para la integración de una laguna de regulación en otro ámbito. Esto se advierte claramente a partir del propio carácter de la extensión que está siempre subordinada a la autonomía colectiva y tiene carácter provisional, de forma que no sólo es posible negociar otro convenio durante la vigencia de la extensión (...), sino que ésta cesa desde el momento en que se aprueba un convenio colectivo propio en el ámbito en que operaba la extensión» (...) Por tanto, es posible negociar un convenio colectivo durante la vigencia del convenio extendido, al no ser de aplicación la regla sobre no concurrencia del art. 84 ET (...)”. En idéntico sentido la STSJ de Cantabria de 10 de agosto de 2001, AS 2001\3033.

## **5.2. Coincidencia espacial, objetiva y subjetiva en el ámbito de aplicación**

A tenor de este planteamiento, para que haya concurrencia de convenios es necesario que haya al menos una zona de intersección entre los ámbitos subjetivo, funcional y territorial de dos convenios colectivos, o que uno de los convenios pudiera estar incluido dentro del ámbito de otro superior<sup>40</sup>. En todo caso, la coincidencia debe ser parcial. Esto supone que no puede ser total, de manera que ambos convenios tengan idéntico ámbito funcional, territorial y subjetivo. Aquí no hay concurrencia, sino que esta situación de distintos procesos de negociación para el mismo ámbito se resuelven bien por el principio de sucesión de convenios colectivos (art. 86.4 ET), o por la vía de que no existe obligación de negociar al tratarse de revisar un convenio que aún no ha vencido (89.1 ET). En conclusión, cuando se demanda por estimar que se ha producido una situación de concurrencia, lo primero que suelen hacer los órganos judiciales es constatar, no sólo si hay coincidencia temporal, sino también si hay un cruce de ámbitos funcionales entre ambos convenios.

El principio de prohibición de concurrencia de convenios será aplicado en aquellos casos en los que bien un convenio entre dentro del ámbito de aplicación de otro convenio superior, o bien cuando haya un supuesto de yuxtaposición de convenios colectivos, situación en la que dos convenios colectivos de sector reclaman un ámbito concreto, incluido dentro del propio de cada uno de los dos convenios. Por ejemplo, si tenemos una situación en la que una determinada actividad está siendo regulada por un convenio cuyo ámbito funcional es aún mayor, tal como ocurrió con la actividad de instalación de rótulos luminosos, que se incluye en el Convenio sectorial del Metal (aún cuando parezcan actividades diferentes tienen bastante que ver al utilizarse para la instalación gases inflamables), cuando posteriormente la misma actividad es regulada por el Convenio sectorial del Vidrio. El TS<sup>41</sup> estimó en este caso que la actividad podría ser perfectamente encuadrable en ambos convenios colectivos, existiendo homogeneidad funcional, por lo que sería de aplicación el principio de prohibición de concurrencia reconociéndose prioridad aplicativa al Convenio del sector del Metal (en este caso era de ámbito provincial).

Pues bien, desde este punto de vista nos vamos a encontrar cómo en múltiples ocasiones no podemos utilizar el art. 84 ET, pues estaremos fuera de su ámbito de aplicación, al tratarse de supuestos en los que no hay una situación de concurrencia de convenios, sino una duda relativa a cuál es el convenio aplicable a un ámbito funcional concreto. Esto no es un problema de concurrencia de convenios (pues no hay una situación de conflicto de normas), sino es un problema de delimitación de encuadramiento de la empresa en uno u otro

<sup>40</sup> En similares términos, López Aniorte, M.C.: Op. cit., página 42.

<sup>41</sup> STS de 8 de junio de 2005, RJ 2005/6014.

convenio colectivo (normalmente el problema se plantea judicialmente cuando se estima más favorable para los intereses concretos, otro convenio colectivo sectorial distinto al que se está aplicando, que es previo en el tiempo).

Podemos así acudir al ejemplo la STS de 28 de julio de 2008<sup>42</sup>, en el que una empresa se dedica a la actividad de venta al por menor de productos de alimentación y bebidas, ferreterías, droguería y perfumería, bricolaje, adorno, regalo y mercería en régimen de autoservicio, si bien cuenta con unos pocos establecimientos (los de mayor tamaño) con secciones de confección de caballeros, señoras, cama, lencería, bebé, bolsos cinturones, calzado, bazar, menaje, juguetes y electrodomésticos e informática. Surge así la duda de si resulta de aplicación el convenio de supermercados o el de grandes almacenes. La respuesta se da en función de la actividad preponderante de la empresa; y teniendo en cuenta que la mayoría de los establecimientos se dedican a la venta de productos propios de supermercados y en régimen de autoservicio, se concluye que el aplicable es el Convenio de Supermercados<sup>43</sup>.

Similar situación es la de la STS de 20 de mayo de 2003,<sup>44</sup> que resuelve un supuesto en el que se acude a la prohibición de concurrencia para impedir la aplicación del Convenio de Monitores Escolares de Aragón, por concurrir con el convenio nacional de Hostelería, previo en el tiempo. Concretamente el problema es la aplicación a los monitores, que tiene como trabajo la atención, vigilancia y cuidado de niños de centros escolares mientras asisten a los comedores de dichos centros. Para el TS no estamos ante una situación de concurrencia, pues los ámbitos funcionales son diferentes, dado que si bien el Convenio de Hostelería incluye en su ámbito a los de hospedaje y servicios de comidas y bebidas; es decir, se refiere a la actividad de alimentación, incluyendo la actividad de restauración de colectividades; pero no se incluye en este convenio la actividad de vigilancia y cuidado de los comensales, mientras que este es el objeto del convenio de Monitores. Por lo tanto, al ser dos ámbitos, cercanos, pero distintos, no cabe lugar a la aplicación de concurrencia de convenios (*prior in tempore*), sino que debe aplicarse cada convenio a su ámbito estricto.

<sup>42</sup> RJ 2008\7050.

<sup>43</sup> “Pero para conocer si el Convenio de la empresa incurrió en ilícita concurrencia prohibida en los artículos 83 y 84 ET, ha de analizarse, como ha dicho reiteradamente la jurisprudencia de esta Sala, citada por la recurrida (SSTS 4º de 29 de enero de 2002 [RJ 2002\2646] y 31 de octubre de 2003 [RJ 2004\589], entre otras) la actividad preponderante de la empresa, el examen completo de la perspectiva funcional de la empresa demandada que consta en los hechos probados, con arreglo a los que, en este caso, de los 95 establecimientos de la demandada instalados en el territorio de la Comunidad Aragonesa, la gran mayoría se identifica con el concepto de «supermercado», en la forma en la que se contemplan y definen éstos por el Decreto 172/2005, de 6 de septiembre del Gobierno de Aragón (...).” Sobre el significado del principio de actividad preponderante, vid. también la STSJ Andalucía de 30 octubre de 2006, JUR 2008\253588.

<sup>44</sup> RJ 2004\1568.

También podemos recordar el supuesto de la pretendida concurrencia entre el Convenio nacional de Empresas Concesionarias y Privadas de Aparcamientos y el Convenio de Regulación del Establecimiento limitado de Vehículos en la Vía Pública mediante Control Horario; supuesto en el que el TS utiliza todo un conjunto, amplio, de argumentos para distinguir entre estas dos actividades, señalando que al tener los dos convenios ámbitos funcionales distintos no cabía la concurrencia de convenios<sup>45</sup>. De igual manera, podemos remitirnos al caso de del conflicto del Convenio Colectivo de Actores de la Comunidad Autónoma de Madrid y el Convenio de telemárketing: la empresa se dedica al servicio de relaciones personales (se trataba de una línea telefónica pornográfica), cuyo cometido consiste en simular voces e interpretar personajes<sup>46</sup>. De igual modo está el problema de las oficinas y despachos (actividad normalmente regulada a través de Convenios colectivos provinciales), actividad que debe delimitarse de otras como el caso planteado por la STSJ de Cataluña de 25 de octubre de 2001<sup>47</sup>, que se planteaba una falsa situación de concurrencia entre un Convenio provincial de dicha actividad con un Convenio de Empresas de Ingeniería y Oficinas de Estudios Técnicos. Dado que la actividad de la empresa era encuadrable en el segundo (se trataba de una empresa de asesoría de ingeniería civil)<sup>48</sup>.

Hasta ahora hemos visto supuestos en los que las actividades productivas eran similares o parecidas, lo que puede generar la confusión sobre cuál es el convenio aplicable. Pero también nos podemos encontrar situaciones en que la empresa puede encuadrar actividades productivas diferentes, surgiendo la duda de cuál es el convenio aplicable, pues dichas actividades se encuadran en convenios distintos. Un supuesto ampliamente conocido es el caso de la posible concurrencia entre el Convenio de Estaciones de Servicio (aplicable a las empresas que desarrollan las actividad de explotación de las instalaciones para suministros

<sup>45</sup> STS de 16 de noviembre de 2002, RJ 2003\2698. No obstante, el voto particular a esta sentencia estima que la actividad de control horario del aparcamiento estaba contenida en el Convenio de Aparcamientos, por lo que había una situación propia de concurrencia de convenios.

<sup>46</sup> STSJ de 8 de noviembre, AS 2003\1197. En este caso se consideró aplicable el Convenio colectivo de Telemárketing, “ya que esta actividad es la que, ejercida vía telefónica o por medios telemáticos, se dirige a la promoción, difusión y venta de todo tipo de productos o servicios, realización o emisión de entrevistas personalizadas, recepción y clasificación de llamadas originadas por un estímulo externo, así como los diferentes servicios de atención telefónica a clientes. No cabe duda de que la actividad desarrollada es la prestación de un servicio telefónico, por lo que es aplicable (...) el convenio de telemarketing”.

<sup>47</sup> AS 2002\44.

<sup>48</sup> Otro ejemplo puede ser el de la STSJ de Galicia de 24 de noviembre de 2000, AS 2000\3865, donde se planteaba la posible concurrencia entre el Convenio nacional del sector de conservas, semiconservas y salazones de pescados y mariscos, con el Convenio de empresa cuya actividad se dedicaba a las actividades de clasificado, manipulado y tratamiento de productos alimenticios, para terceras empresas del sector de la alimentación. Se consideró en este caso que no había concurrencia, pues la empresa no se dedicaba a la actividad de elaboración de conservas.

de carburantes y combustibles líquidos a vehículos, así como las actividades complementarias tales como engrase, lavados, tiendas con o sin bar, establecimiento de tiendas de conveniencia cualquiera que sea el volumen de negocio) y el Convenio de Cadenas de tiendas de conveniencia (aplicable a las empresas que tengan como actividad principal la de tiendas de conveniencia y como complementaria a la principal de conveniencia el despacho en régimen de autoservicio de carburantes)<sup>49</sup>. Es evidente que ambos convenios pueden afectar al ámbito de las tiendas de conveniencia y a las estaciones de servicio. Siendo el de estaciones de servicio el primero en el tiempo, se reclama contra la invasión del segundo.

La aplicación de uno u otro depende realmente de cuál sea la actividad principal o preponderante, la de estación de servicio o la de tienda de conveniencia: si la actividad principal es la de estación de servicio, será de aplicación este convenio colectivo. Ciertamente puede aplicarse este convenio a la actividad de tienda de conveniencia, pero única y exclusivamente cuando constituye actividad complementaria de la estación de servicio. De otro lado, sólo será aplicable el convenio de tiendas de conveniencia cuando esta actividad sea la principal. En consecuencia, tal como señala la jurisprudencia, en estos casos no hay concurrencia de convenios.

Este planteamiento se complementa con otro principio, el de unidad de empresa, a tenor del cual debe tenderse hacia un único convenio colectivo para la empresa. Lo que realmente busca dicho principio es evitar desigualdades para los trabajadores de una misma empresa<sup>50</sup>. En la práctica implica averiguar cuál es la actividad real y preponderante (principio de actividad principal o preponderante) y a partir de ahí aplicar el convenio correspondiente para toda la empresa, aún cuando se desarrollen en la misma actividades accesorias<sup>51</sup>. En todo caso, debe tenerse en cuenta que para determinar cuál es la actividad

<sup>49</sup> Vid. STS de 17 de julio de 2002, RJ 2002\10542. Sobre la misma cuestión vid. al SAN de 9 de octubre de 2000, JUR 2001\21860.

<sup>50</sup> Tal como señala la STSJ de Cantabria de 21 de enero de 2009, AS 2009\1044: “Si la regla o criterio igualatorio del principio de unidad de empresa tiende a evitar mediante la aplicación de un solo convenio colectivo que dentro de una misma empresa —o centros de trabajo— exista un tratamiento desigual para los trabajadores, y solo es inaplicable, cuando la propia estructura empresarial tiene componentes productivos autónomos y que se dediquen a actividades tan dispares que no pueda ofrecer un punto común de encuentro, que de forma sustancial pueda aunarse en la dirección y estructuración (...)”. En idénticos términos la STSJ de Cantabria de 1 de octubre de 2007, AS 2007\3325.

<sup>51</sup> STSJ de Cantabria de 21 de enero de 2009, AS 2009\1044, relativas a una empresa que realiza actividad de handling en aeropuerto, aún cuando también realiza la limpieza de aeronaves que pertenecen al mismo grupo empresarial. En similar dirección y sobre un supuesto parecido, las SSTSJ de Cantabria de 1 de octubre de 2007, AS 2007\3325; Canarias de 4 de octubre de 2006, JUR 2007\1675. También la STSJ de Cantabria de 12 de septiembre de 2008, AS 2008\2504, sobre el convenio aplicable a una empresa de telecomunicaciones, cuya actividad principal es la de explotar redes de telefonía móvil, pero que también comercializa en tiendas sus teléfonos móviles.

preponderante, lo esencial no es el objeto declarado de la empresa, sino cuál sea la actividad principal real preponderante<sup>52</sup>.

No obstante, debemos tener en cuenta que se admiten excepciones a este planteamiento, pues podemos encontrarnos situaciones en que las actividades de una misma empresa son tan diferentes, que en la práctica tiene poco o ningún sentido aplicar un único convenio. Un supuesto excepcional en el que la empresa tiene un objeto social tan amplio que puede verse afectada por diversos convenios colectivos lo tenemos en las empresas de servicios o multiservicios, que orientan su actividad a el cuidado, conservación y mantenimiento de todo tipo de instalaciones y locales y edificios (servicios de portería, celadores, mantenedores, jardineros, etc.). En estos casos, la existencia de convenios anteriores que regulan cada una de, puede generar una auténtica situación de concurrencia de convenios que implica la aplicación del art. 84 ET en su primer párrafo<sup>53</sup>. Otro supuesto parecido sería el de una empresa que explota un complejo de grandes dimensiones que incluye varios campos de golf, así como hotel de lujo, spa, restaurante, bar y tienda de artículos relacionados con el deporte del golf; ciertamente es difícil distinguir aquí cuál es la actividad preponderante, de manera que se aplicaban dos convenios de sector diferentes, el de jardinería y el de hostelería<sup>54</sup>.

Tampoco resulta de aplicación la prohibición de concurrencia los supuestos en los que se hayan venido aplicando convenios colectivos a una determinada actividad que carece de regulación convencional, por existir cierta “proximidad”, aplicándose casi por analogía, pues ni expresa, ni tácitamente el ámbito de aplicación del convenio que se ha venido aplicando mencione dicho actividad; si bien, con el paso del tiempo, la concreta actividad es finalmente regulada de manera expresa por un convenio específico. Sería el caso de las tiendas de conveniencia, a las que durante mucho tiempo les fueron de aplicación diferentes convenios provinciales (así se vinieron aplicando Convenios como el Hostelería, Comercio Vario, Convenio de Panaderías, Convenio de Actividades de Comercio, Convenio de Supermercados y Autoservicios de alimentación, Comercio general, Comercio de Bazares, incluso por un Convenio de Salas de baile y discotecas, o por Convenio del metal); posteriormente surgió un convenio específico de tiendas de conveniencia (lógicamente el segundo en el tiempo), sin que el TS estimase que había lugar a la prohibición de concurrencia, pues al no existir referencia expresa o tácita a la actividad de tiendas de conveniencia, no existía un convenio en vigor para dicho ámbito<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> STSJ de La Rioja de 22 de diciembre 2005, AS 2006\144. El problema aquí pasaba por determinar entre el Convenio colectivo de Perfumerías y Afines y el Convenio Colectivo de Empresas Minoristas de Droguerías.

<sup>53</sup> Vid. STSJ de Valencia de 21 de diciembre de 2006, AS 2007\1229. Otro caso similar sería el de la STSJ de Castilla-La Mancha de 26 de julio de 2005, AS 2005\2366.

<sup>54</sup> STSJ Andalucía de 30 octubre de 2006, JUR 2008\253588.

<sup>55</sup> STS de 17 de julio de 2004, RJ 2004\1864.

Tampoco hay concurrencia cuando una actividad originalmente se regulaba por un solo convenio, si bien posteriormente se deciden las partes a crear dos ámbitos de negociación diferenciados, tal como ocurre con la actividad de transporte por carretera (de la Comunidad de Madrid) y el posterior convenio de transporte discrecional<sup>56</sup>.

Por último, debe tenerse en cuenta que el ámbito de aplicación del convenio no sólo plantea problemas desde el punto de vista funcional, pudiendo encontrar también alguna resolución que deniega la aplicación del art. 84 ET en función de la falta de coincidencia territorial<sup>57</sup>.

### **5.3. No aplicación de la prohibición de concurrencia a la colisión con convenios extraestatutarios**

Debemos tener en cuenta que el principio de prohibición de concurrencia sólo tiene aplicación al supuesto de colisión de convenios colectivos estatutarios, pues se regula en el art. 84 ET, dentro del conjunto normativo dedicado expresamente a los convenios estatutarios. Se trata, además, de una opinión defendida por parte de la doctrina laboral<sup>58</sup> y la jurisprudencia<sup>59</sup>.

Ello supone que no es posible acudir a la prohibición de concurrencia cuando hay una colisión entre convenio estatuario y extraestatutario: los conflictos en este caso se resuelven a través de la aplicación del principio de jerarquía normativa, pues el convenio estatuario tiene consideración de fuente del derecho, mientras que la eficacia del extraestatutario es meramente contractual; prevalece, por lo tanto, el pacto estatutario sobre el extraestatutario<sup>60</sup>.

No obstante, hay que tener en cuenta que al tener esa consideración de eficacia contractual, resulta de aplicación lo dispuesto por el art. 3.1 c) ET, de manera que es admisible la aplicación de la voluntad de las partes, siempre y cuando no sean condiciones menos favorables que las establecidas en el convenio estatutario; por el contrario, no sería aplicable en modo alguno el principio de norma más favorable del art. 3.3 ET<sup>61</sup>, aún cuando algún sector doctrinal se haya mos-

<sup>56</sup> Vid. STS de 12 de junio de 2009, RJ 2009\6056.

<sup>57</sup> STSJ Murcia de 9 de octubre de 2000, AS 2000\4123 o la STSJ del País Vasco de 10 de mayo de 2005, JUR 2005\192433.

<sup>58</sup> Mercader Uguina, J.R.: Op. cit., página 141; así como paginas 346 y ss.

<sup>59</sup> Vid. las SS.TS de 2 de marzo de 2007, RJ 2007\2381; 18 de febrero de 2003, RJ 2003\3372.

<sup>60</sup> SS.TS de 2 de marzo de 2007, RJ 2007\2381; 18 de febrero de 2003, RJ 2003\3372; SAN de 11 de octubre de 2005, AS 2006\612; SAN de 25 de abril de 2003, AS 2003\2897.

<sup>61</sup> En sentido favorable al art. 3.1 c) ET y contrario al art. 3.3 ET vid. las SAN de 9 de marzo de 2005, AS 2005\2546; SAN de 25 de abril de 2003, AS 2003\2897; también las SS.TSJ de Castilla-La Mancha de 4 de octubre de 2006, AS 2007\830; Cataluña de 13 de junio de 2006, AS 2006\3168; Castilla-La Mancha de 26 de septiembre de 2005, AS 2005\2716; Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2004, AS 2004\305120 de junio de 2000, JUR 2001\37491.

trado favorable a su aplicación<sup>62</sup>. En consecuencia, el convenio estatutario puede sufrir una situación de concurrencia con uno extraestatutario, siempre y cuando la regulación contractual mejore lo previsto en el convenio estatutario<sup>63</sup>. Idéntica respuesta debe darse en los casos de concurrencia entre el convenio estatutario y un pacto atípico o un acuerdo de empresa<sup>64</sup>. Desde esta perspectiva se llega a la interesante conclusión de que la inaplicación de la prohibición de concurrencia entre convenios estatutarios y extraestatutarios, conduce justamente a la debilitación de la prioridad temporal que establece la prohibición de concurrencia.

Para el caso de concurrencia entre dos convenios colectivos extraestatutarios, teniendo en cuenta el carácter contractual de los mismos, la solución pasa por estar al juego de la libre voluntad de la partes, de manera que vigente un convenio extraestatutario, es factible, si las partes están de acuerdo, aplicar un convenio extraestatutario posterior concurrente.

## **6. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONCU- RENCIA**

El propio art. 84 ET prevé expresamente dos excepciones a la regla de prioridad temporal. Tras fijar la regla general por la que durante la vigencia de un convenio, no puede verse éste alterado por otro de ámbito distinto, la literalidad del precepto añade, “salvo pacto en contrario, conforme a lo dispuesto en el apartado 2 del art. 83 y salvo lo previsto en el apartado siguiente”. Veamos tales excepciones a la regla general, que reducen aún más, el principio de prioridad temporal.

### **6.1. La regulación de la concurrencia a través de los acuerdos interprofesionales**

La primera excepción a la prioridad temporal es la posibilidad de que los acuerdos interprofesionales establezcan alternativas o soluciones diferentes al problema de la concurrencia conflictiva. Dicho precepto establece que “Mediante acuerdos interprofesionales o por convenios colectivos las organizaciones sindicales y patronales más representativas, de carácter estatal o de Comunidad Autónoma, podrán establecer la estructura de la negociación colectiva, así como fijar las reglas que ha de resolver los conflictos de concurrencia entre

<sup>62</sup> Molina Navarrete, C.: Op. cit., página 389.

<sup>63</sup> Gutierrez-Solar Calvo, B.: “La impugnación de convenios colectivos extraestatutarios en supuestos de concurrencia con convenios estatutarios”, Relaciones Laborales Tomo II de 2002, página 666.

<sup>64</sup> STSJ de Canarias de 27 de marzo de 2006, JUR 2006\175454.

convenios de distinto ámbito y los principios de complementariedad de las diversas unidades de contratación, fijándose siempre en este último supuesto las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores”<sup>65</sup>. Es lo que Casas Baamonde ha denominado como “conurrencia convencional autorizada por pacto de afectación”<sup>66</sup>.

A tenor de esta regulación podemos señalar como esta excepción puede desarrollarse a través de dos vías: bien a través del mecanismo de los acuerdos interprofesionales (los convenios para convenir, que no regulan condiciones de trabajo, sino que estructuran la negociación colectiva en niveles inferiores<sup>67</sup>), o bien convenios de ámbito superior que, además de regular condiciones de trabajo<sup>68</sup>, puedan regular el desarrollo de la negociación en niveles inferiores.

En cuanto a las actuaciones que pueden establecer estos acuerdos o convenios en materia de concurrencia, pueden ser diferentes. De entrada, se puede establecer la estructura de la negociación colectiva, de manera que esta funcione “en cascada”, articulando la negociación de manera que las materias se repartan entre los diferentes niveles de negociación; de hecho esta posibilidad está expresamente recogida por el art. 83.2 al señalar “in fine” que deberá fijarse “las materias que no podrán ser objeto de negociación en ámbitos inferiores”; admitiendo así el reparto de materias o de competencia material entre los distintos ámbitos de negociación<sup>69</sup>. De otro lado, también es posible que los acuerdos o convenios fijen límites máximos o mínimos (orquillas de negociación), dentro de los cuales pueden moverse los convenios colectivos de niveles inferiores. En realidad en estos casos de negociación articulada no estamos ante verdaderas situaciones de concurrencia conflictiva, sino una ordenación del desarrollo de la negociación, por lo que, en principio no puede haber situaciones de colisión entre diferentes niveles de negociación colectiva.

De otro lado, se pueden fijar las reglas que han de resolver los conflictos de concurrencia entre convenios de distinto ámbito y los principios de comple-

<sup>65</sup> Con carácter general sobre esta posibilidad, vid. las SS.TSJ de Cantabria de 9 de mayo de 2008, AS 2008\2204; Castilla y León de 3 de noviembre de 2005, AS 20053589.

<sup>66</sup> Casas Baamonde, M.E.: “La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos”, en AA.VV., coordinados por F. Valdes Dal-Re y M.E. Casas Baamonde, *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, Madrid 1994, página 308.

<sup>67</sup> Sobre la configuración y finalidad de los acuerdos interprofesionales, vid. Baylos Grau, A.: Op. cit., página 1460. Vid. también la SAN de 27 de abril de 2000, AS 2001\1231.

<sup>68</sup> Hay que ir a una interpretación amplia del precepto, por lo que los convenios comunes pueden exceptuar lo previsto en el art. 84 ET, en este sentido se ha manifestado la doctrina laboral, así Molina Navarrete, C.: Op. cit., página 391; de igual modo Casas Baamonde, M.E.: Op. cit., página 307. En contra, vid. la STSJ de Andalucía de 25 de marzo de 2003, AS 2003\1995.

<sup>69</sup> Vid. sobre esta posibilidad la SAN de 5 de diciembre de 2001, JUR 2002\56390; y las SS.TSJ de Cantabria de 9 de mayo de 2008, AS 2008\2204; Cantabria de 24 de abril de 2002, JUR 2002\157920.

mentariedad entre las distintas unidades de negociación<sup>70</sup>. Es evidente que si el acuerdo interprofesional o el convenio establecen reglas de complementariedad, por las que sean necesarios convenios de diferente nivel para regular distintos aspectos de las condiciones de trabajo, tampoco habrá situación de concurrencia conflictiva de convenios, sino que, al contrario, resulta necesaria la participación de distintos convenios para regular completamente una determinada materia.

El supuesto que nos interesa realmente es cuando el acuerdo interprofesional o el convenio regulan una verdadera situación de concurrencia conflictiva, tal como la hemos descrito *supra*. Pues bien, en estos casos el legislador ha previsto la posibilidad de evitar el principio de prioridad temporal y resolver el problema de concurrencia a través de un mecanismo alternativo. La libertad de los acuerdos interprofesionales o convenios es bastante amplia, pudiendo establecer criterios que hemos visto han sido desechados por parte del legislador para resolver la concurrencia conflictiva de convenios<sup>71</sup>: la norma más favorable, por ejemplo<sup>72</sup>. También sería factible acudir al principio de especialidad, a tenor del cual se otorga prioridad aplicativa al convenio colectivo de menor ámbito<sup>73</sup>. O simplemente, se puede establecer como regla de solución, la contraria a la prevista por el art. 84 ET, de manera que el convenio de distinto ámbito y posterior, si pueda afectar al convenio anterior en el tiempo.

También debemos tener en cuenta la posibilidad de que los convenios colectivos superiores, al regular el ámbito funcional de aplicación, prevean expresamente la aplicación del convenio a todas las empresas y trabajadores del sector, exceptuando aquellas que tengan su propio convenio colectivo, o excluyan a empresas por otros motivos<sup>74</sup>. En estos casos, realmente tampoco estamos ante una situación de concurrencia de convenios, justamente por el hecho de que el convenio superior la evita<sup>75</sup>. En el fondo este tipo de mecanismo es muy similar a regular la concurrencia estableciendo una regla de prioridad del convenio inferior.

<sup>70</sup> Vid. STSJ de Castilla y León de 3 de noviembre de 2005, AS 2005\3589; STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2004, AS 2004\3051; Cataluña de 15 de febrero de 2000, AS 2000\1220.

<sup>71</sup> Sobre distintas alternativas puede verse Cruz Villalón, J.: "Estructura y concurrencia entre convenios colectivos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 68, páginas 87 y 88; también Molina Navarrete, C.: Op. cit., páginas 392 y 393.

<sup>72</sup> SS.TSJ de Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2004, AS 2004\3051; Valencia de 11 de marzo de 2003, AS 2003\3282.

<sup>73</sup> Principio que puede aplicarse, en función del acuerdo interprofesional o del convenio, con carácter general o sólo a ciertas materias, tal como ocurre con la STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2006, AS 2006\2296. Con carácter general vid. la STSJ de Castilla-La Mancha de 23 de noviembre de 2004, AS 2004\3051.

<sup>74</sup> Vid. la STS de 6 de julio de 2005, RJ 2005\8821. De igual manera la STSJ de Andalucía de 26 de marzo de 2009, AS 2009\1595.

<sup>75</sup> De otro lado, si el convenio de empresa es el primero en el tiempo, no estaríamos sino ante una aplicación del art. 84 ET y de su principio de prohibición de concurrencia de convenios.

## 6.2. La concurrencia descentralizadora

De las excepciones que presenta el principio de prohibición de concurrencia, ha tenido especial trascendencia entre doctrina y jurisprudencia, la segunda de las previstas expresamente por el art. 84 ET (párrafo segundo): será posible que un convenio colectivo, primero en el tiempo y de ámbito superior a la empresa, pueda ser afectado por lo dispuesto por un convenio posterior cuyo ámbito sea superior al de empresa, pero inferior al afectado. Es decir, se plantea la posibilidad de que puedan verse afectados los convenios superiores y anteriores, por parte de convenios inferiores y posteriores siempre que éste último tenga un ámbito superior a la empresa; de ahí que se hable de concurrencia descentralizadora. En definitiva, supone consagrar el principio de prioridad de la “lex posterior et inferior”<sup>76</sup>.

Probablemente el origen de esta posibilidad, que surge con la reforma del ET de 1994, residía en la posibilidad de crear un ámbito de negociación colectiva a nivel de Comunidad Autónoma<sup>77</sup>. La existencia de negociación en dicho ámbito era realmente difícil debido a la existencia de un nivel de negociación, el nacional, que se había venido desarrollando con anterioridad a la negociación de comunidad autónoma, y que, por tanto, tenía preferencia aplicativa. De ahí que se plantease la afectación de convenios superiores y primeros en el tiempo, por convenios de nivel inferior y se impulsase la descentralización de la negociación colectiva. Sin embargo, desde el punto de vista estructural, la viabilidad de un ámbito de negociación a nivel de Comunidad Autónoma choca con dos circunstancias que derivan del propio art. 84 ET: en primer lugar, que la concurrencia descentralizadora exige “el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora”, lo cual supone una mayoría para aprobar el convenio concurrente muy superior a la regulada en el art. 89.3 ET. Ello supone la participación, casi con toda seguridad de los sindicatos más representativos a nivel estatal, que a buen seguro no van a ver con buenos ojos la “derogación” parcial de los convenios nacionales que ellos han suscrito. De otro lado, la excepción regulada en el art. 84 ET presenta en su literalidad un problema, pues no se ha planteado expresamente como mecanismo de afectación del convenio nacional por parte del autonómico; sino que la posibilidad de concurrencia descentralizadora tiene carácter general; y como sabemos la principal unidad de negociación en nuestro país es el convenio de sector provincial; dicho de otra manera: es más fácil que un convenio provincial afecte a un autonómico, que un autonómico pueda afectar a un convenio nacional. La conclusión es que curiosamente, una regla que pretendía impulsar una alteración a la estructura de la negociación colectiva posibilitando la ne-

<sup>76</sup> Casas Baamonde, María Emilia: “La estructura de la negociación ...”, op. cit., página 313.

<sup>77</sup> Baylos Grau, A.: Op. cit., página 1471.

gociación autonómica, ha tenido un efecto distinto, consagrando la tradicional estructura o diseño de cántaro (utilizando la expresión de Ojeda Aviles<sup>78</sup>) de la negociación colectiva española<sup>79</sup>. En todo caso, es evidente que el legislador ha previsto la posibilidad de una excepción a la prioridad temporal, “de claro contenido descentralizador, tendente a a permitir la negociación colectiva en ámbitos inferiores a los de ámbito estatal, superando así no sólo la anterior imposibilidad de esa negociación descentralizada”<sup>80</sup>. En definitiva, lo que establece el legislador es la posibilidad de fuga de unidades de negociación de ámbitos inferiores, con la exclusión de los convenios de empresa<sup>81</sup>.

Existe, por tanto, la posibilidad de que convenios de sector se vean afectados por otros convenios de sector pero inferiores y que son posteriores en el tiempo, descentralizando la negociación colectiva. Pero para que ello ocurra deben cumplirse los requisitos previstos en el art. 84 párrafo segundo ET y las limitaciones materiales del tercer párrafo de este precepto. Veamos ambas cuestiones.

Para que pueda producirse esta situación de concurrencia descentralizada es necesario que el convenio sea aprobado por una mayoría idéntica a la exigida para constituir la comisión negociadora (regulada en el art. 88.1 ET)<sup>82</sup> y no la mayoría simple de cada una de las dos representaciones (regulada en el art. 89.3 ET)<sup>83</sup>. Es decir, el convenio de ámbito superior a la empresa y posterior en el tiempo podrá afectar lo dispuesto por el convenio anterior y de ámbito aún superior, cuando sea aprobado por sujetos (tanto por parte laboral como empresarial) que representen como mínimo a la mayoría absoluta de los afectados por dicho convenio; en este sentido podemos encontrar como, en ocasiones, se ha rechazado la aplicación del art. 84 segundo párrafo, justamente por no cumplir con esta exigencia<sup>84</sup>.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que esa concurrencia descentralizadora presenta un límite, pues en estos casos hay determinadas materias que no

<sup>78</sup> *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid 2003, página 674.

<sup>79</sup> Sobre la estructura de la negociación vid. Cruz Villalón, J.: Op. cit., páginas 80 y 81.

<sup>80</sup> STSJ del País Vasco de 4 de abril de 2000, AS 2000\3152.

<sup>81</sup> Baylos Grau, A.: Op. cit., página 1471.

<sup>82</sup> La mayoría exigida para constituir la comisión negociadora se regula en el artículo 88 del Estatuto de los Trabajadores, y para el caso de convenios de ámbito superior a la empresa, se requiere que los sindicatos y las asociaciones empresariales representen como mínimo y respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de comités de empresa y delegados de personal, y a la mayoría de empresarios, que a su vez den ocupación a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio.

<sup>83</sup> Ciertamente la exigencia de esta mayoría no es clara, pues el precepto habla de “respaldo de la mayoría”, mientras que el art. 89.3 ET al regular la mayoría ordinaria de aprobación de un convenio utiliza la expresión mucho más clara de “voto favorable”; pero la interpretación debe ser necesariamente la que defendemos, pues no tendría sentido exigir un “respaldo” si no es a los efectos de la aprobación de lo pactado. En este sentido Molina Navarrete, C.: Op. cit., página 401.

<sup>84</sup> Vid. STSJ del País Vasco de 22 de marzo de 2005, AS 2005\1988.

serán negociables, de modo que aunque se cumplan las condiciones de mayoría que hemos visto, tales materias recogidas en el convenio superior y anterior en el tiempo no podrán verse afectadas por lo dispuesto en el convenio inferior y posterior<sup>85</sup>. Se trata de reservar un conjunto mínimo de materias que deberán regularse de manera unitaria u homogénea para todo el sector<sup>86</sup>. Estas materias son el período de prueba, las modalidades de la contratación (excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa), los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica. En verdad es difícil señalar si existe un elemento común a todas estas materias mencionadas, pero son las que el legislador ha querido vetar expresamente a la posibilidad de la concurrencia descentralizadora. Ello supone que si el convenio de sector posterior negocia materias que está reservadas al superior y anterior, esa regulación será nula. Obsérvese que aún cuando se incumple lo establecido en el art. 84 párrafo segundo, no se va a condenar a la ineficacia de todo el convenio; sino a la nulidad de aquellos preceptos que entran a regular una materia que le corresponde a un convenio de nivel superior y anterior en el tiempo<sup>87</sup>.

Pero junto a las materias que establece de manera expresa el art. 84 en su párrafo tercero, hemos de tener en cuenta que el legislador ha realizado todo un conjunto de reservas materiales a favor de la negociación colectiva sectorial estatal, o en su defecto (si falta la negociación estatal o ésta no contempla dichas materias), del convenio sectorial inferior: arts. 11.1 a) sobre los puestos de trabajos que pueden ocuparse por contratos en prácticas; 11.1 b) duración del contrato en prácticas; 11.2 b) sobre número máximo de contratos para la formación a realizar; 11.2 c) ET sobre duración del contrato para la formación; 12.4 b) sobre la posibilidad de establecer más de una interrupción en caso de jornada continuada en los contratos a tiempo parcial; 15.1 b) ET sobre duración de los contratos eventuales. ¿Cómo se relacionan el art. 84 párrafo segundo ET y estos preceptos que fijan una reserva material por la negociación colectiva de sector a nivel nacional? Desde mi punto de vista hay que entender que el legislador ha querido expresamente atribuir la competencia a la negociación sectorial nacional, por lo que no puede verse afectado lo previsto por este conjunto de preceptos por el principio de concurrencia descentralizadora.

<sup>85</sup> El artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores en su último apartado menciona que “se considerarán materias no negociables en ámbitos inferiores el período de prueba, las modalidades de contratación, excepto en los aspectos de adaptación al ámbito de la empresa, los grupos profesionales, el régimen disciplinario y las normas mínimas en materia de seguridad e higiene en el trabajo y movilidad geográfica”.

<sup>86</sup> Casas Baamonde, María Emilia: “La estructura de la negociación ...”, op. cit., página 314.

<sup>87</sup> En este sentido las SS.TS de 19 de julio de 2007, RJ 2008\293; 7 de noviembre de 2005, RJ 2006\1302. También las SS.TSJ de Andalucía de 16 de julio de 2009, AS 2009\1937; Castilla-La Mancha de 15 de junio de 2006, AS 2006\2121.

Dicho de otro modo, la atribución de una reserva material por el legislador y la concurrencia descentralizadora son excepciones a la prohibición de concurrencia de convenios<sup>88</sup>, pero la concurrencia descentralizadora no juega como excepción a la atribución de esa reserva material por el legislador al convenio de sector nacional, y ello se advierte claramente si tenemos en cuenta que el legislador ha utilizado para atribuir esa competencia material la fórmula “por convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, por convenio colectivo sectorial de ámbito inferior”; es decir, sólo habrá juego al convenio sectorial inferior en defecto del convenio sectorial nacional.

### **6.3. Relación entre las dos excepciones**

Acabamos de señalar como existen dos excepciones diferentes al principio de prioridad temporal, lo cual puede conducirnos a la existencia de criterios diferentes de solución de conflictos de concurrencia; más aún, nos podemos encontrar que ambas excepciones pueden aplicarse al mismo tiempo, a idéntico supuesto de concurrencia, y que establecen soluciones contradictorias. Se trata de supuestos en los que se ha regulado una excepción a la prioridad temporal a través de acuerdo interprofesional o convenio colectivo, excepción que se remite al convenio de ámbito superior; y sin embargo, a través del art. 84 segundo párrafo se plantea un supuesto de concurrencia descentralizadora, siendo aplicable el convenio inferior.

¿Cómo se resuelve esta situación?, ¿cuál de las dos excepciones resulta aplicable o se impone al otro? Sobre esta cuestión podemos señalar como existe una respuesta absolutamente unánime entre la jurisprudencia, que se muestra favorable a entender el predominio de lo dispuesto por el art. 84 pá-

<sup>88</sup> En puridad la excepción sólo es el principio de concurrencia descentralizadora, la atribución de competencia material a los convenios de sector es un mecanismo de delimitación de la prohibición de concurrencia.

rrafo segundo, sobre la excepción que se establece en el art. 83.2 ET<sup>89</sup>. Así, se viene afirmando por parte de la jurisprudencia, que “La extensión y vigencia aplicativa del art. 83.2 del Estatuto de los Trabajadores han quedado sensiblemente reducidas por mor de lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 84, pues ya no alcanzan a aquellos convenios y acuerdos colectivos que, siendo de ámbito inferior a los pactos a que alude este art. 83.2, tienen un radio de acción superior a la empresa”<sup>90</sup>.

En todo caso, para que la concurrencia descentralizada pueda imponerse a lo previsto por el art. 83.2 ET deben cumplirse los requisitos previstos en el párrafo segundo del art. 84 y las limitaciones materiales del párrafo tercero de dicho precepto: “Ahora bien, las reglas que se contienen en estos preceptos son de una marcada complejidad, lo que significa que no todos los convenios de ámbito superior a la empresa e inferior al de los contemplados en el art. 83.2 quedan fuera del alcance de este último artículo; puesto que para que tal

<sup>89</sup> Vid. en este sentido lo señalado por la STS de 17 de octubre de 2001, RJ 2002\3075: “No cabe duda que los mandatos que recogía y recoge el referido art. 83.2 han resultado afectados por la nueva redacción del art. 84, párrafo segundo, pues éste ha reducido y limitado el alcance y extensión de aquellas disposiciones. Puede sostenerse que este nuevo párrafo segundo del art. 84 ha venido a implantar fórmulas de dirigismo contractual que ponen de manifiesto la preferencia hacia ciertos niveles de negociación de ámbito reducido. Este art. 84, párrafo segundo, ha estatuido, por razones de carácter político un sistema de descentralización contractual que restringe las facultades que el art. 83.2 ha venido concediendo a los convenios colectivos y a los acuerdos interprofesionales (...) el párrafo segundo del art. 84 concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que no sean las que se exponen en el párrafo tercero de este art. 84. Siendo claro, como se ha dicho, que el mandato establecido en la norma comentada (párrafo segundo del art. 84) «no es disponible a través de los instrumentos contractuales ahí mencionados, siendo ineficaces los pactos en contrario, sea cuales fueren sus ámbitos territorial y funcional». La redacción y expresiones de este párrafo segundo del art. 84, sobre todo las frases «en todo caso» y «a pesar de lo establecido en el art. anterior», dejan patente que, en primer lugar, esta disposición prevalece sobre el número 2 del art. 83; y, en segundo lugar, que se trata de un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales». En idénticos términos las SS.TS de 16 de febrero de 2010; 1 de junio de 2005, RJ 2005\7320; 26 de enero de 2004, RJ 2004\1373; 27 de marzo de 2003, RJ 2003\5163; 3 de noviembre de 2000, RJ 2000\9631; también en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, podemos ver las SS.AN de 5 de diciembre de 2004, JUR 2004\205567; 20 de noviembre de 2003, AS 2003\501; o la SAN de 24 de abril de 2002, AS 2002\2698. De igual manera los Tribunales Superiores de Justicia, SS.TSJ de Andalucía de 30 de septiembre de 2009, JUR 2009\460275; Canarias de 28 de marzo de 2008, AS 2008\1646; Andalucía de 17 de mayo de 2006, AS 2007\1845; Cataluña de 14 de febrero de 2006, JUR 2006\213402; Cataluña de 8 de febrero de 2006, AS 2006\1909; Andalucía de 10 de abril de 2003, AS 2003\2371; Galicia de 30 de mayo de 2002, AS 2002\1645; País Vasco de 27 de febrero de 2001, AS 2001\1279; Galicia de 31 de octubre de 2000, AS 2000\3745. Un amplio comentario sobre esta línea jurisprudencial puede verse en Cabeza PereirO, J.: “Sobre la concurrencia descentralizadora de convenios y sus efectos en el convenio o acuerdo afectados. A propósito de la STS de 22 de septiembre de 1998”, *Aranzadi Social* nº 6 de 1999, página 569 y ss.

<sup>90</sup> SS.TS de 19 de julio de 2007, RJ 2008\293; 26 de enero de 2004, RJ 2004\1372; 3 de noviembre de 2000, RJ 2000\9631.

exclusión se produzca es necesario además que el convenio cumpla los requisitos que determina el comentado párrafo segundo del art. 84, y también que la regulación contenida en el mismo no se refiera a ninguna de las materias que se reseñan en el párrafo tercero de dicho art. 84<sup>91</sup>.

A tenor de la regulación y de la interpretación que de la literalidad de los arts. 84 y 83.2 ET realiza el TS, hay que reconocer que la regla de concurrencia descentralizada no supone una especie de derogación tácita, ni mucho menos, del art. 83.2 ET, pues sigue pudiendo actuar en diferentes situaciones de concurrencia<sup>92</sup>:

- Cuando no hay concurrencia descentralizada. El supuesto es evidente.
- Cuando se trata de regular la concurrencia entre convenios de empresa o ámbito inferior a la empresa.
- Cuando se trata de regular la concurrencia de convenios de ámbito superior a la empresa y no se cumplan los requisitos del art. 84 párrafo segundo ET.
- Cuando se trata de regular concurrencia de convenios de ámbito superior a la empresa y se trate de materias excluidas de la concurrencia descentralizada ex art. 84 párrafo tercero ET.

En conclusión, las reglas sobre concurrencia que puedan ser establecidas a través del art. 83.2 ET carecen de virtualidad y fuerza de obligar en lo que concierne a aquellos otros convenios que, encontrándose en el ámbito de los anteriores, son de ámbito superior a la empresa, cumplen con los demás requisitos del art. 84 en su segundo párrafo, y respetan el ámbito material del párrafo tercero de dicho precepto<sup>93</sup>.

## **7. ALTERNATIVAS AL PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN COMO CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL CONVENIO APLICABLE**

Debemos tener en cuenta que la prohibición establecida en el art. 84 ET y que se expresa en un principio de prioridad temporal no es el único criterio que podría utilizarse por parte del legislador a la hora de dilucidar la concu-

<sup>91</sup> SS.TS de 19 de julio de 2007, RJ 2008\293; 26 de enero de 2004, RJ 2004\137; 23 de noviembre de 2000, RJ 2000\9631.

<sup>92</sup> SS.TS de 19 de julio de 2007, RJ 2008\293; 26 de enero de 2004, RJ 2004\1372; 1 de junio de 2005, RJ 2005\7320; 26 de enero de 2004, RJ 2004\1373; 27 de marzo de 2003, RJ 2003\5163; 23 de noviembre de 2000, RJ 2000\9631; 3 de noviembre de 2000, RJ 2000\9631; también las SS.AN de 5 de diciembre de 2004, JUR 2004\205567; 20 de noviembre de 2003, AS 2003\501; 24 de abril de 2002, AS 2002\2698. Entre la doctrina de los TSJ, vid. las SS.TSJ de Andalucía de 30 de septiembre de 2009, JUR 2009\460275; Andalucía de 14 de abril de 2009, JUR 2009\258836; Canarias de 28 de marzo de 2008, AS 2008\1646; Andalucía de 22 de febrero de 2009, JUR 2009\150081; Andalucía de 7 de febrero de 2007, JUR 2007\127123; Galicia de 31 de octubre de 2000, AS 2000\3745. Doctrinalmente vid. CABEZA PEREIRO, J.: Op. cit., página 582.

<sup>93</sup> STSJ de Cataluña de 19 de mayo de 2006, JUR 2006\271146.

rrencia de convenios: de hecho, el propio art. 84 ET reconoce excepciones a este principio. Pero más allá de estas excepciones, históricamente nuestro ordenamiento ha reconocido la posibilidad de utilizar otros criterios de solución de la concurrencia conflictiva; así la Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, hacía expresa referencia al principio de norma más favorable. De hecho, la regulación hoy vigente sigue reconociendo al principio de norma más favorable con carácter general. Surge así la duda de si el art. 3.3 ET resulta de aplicación, junto a la prohibición de concurrencia, como principio de aplicación de las normas en los supuestos de concurrencia de convenios. Pues bien, es evidente que ambos principios de aplicación (3.3 y 84 ET) no coinciden en la respuesta jurídica de cuál es el convenio colectivo aplicable (el más favorable para los trabajadores, el primero en el tiempo), colisionando entre sí. La consecuencia es que no podemos aplicarlo conjuntamente y que uno de ellos debe imponerse al otro.

Sobre esta cuestión podemos señalar que si bien la utilización del art. 3.3 ET como principio aplicativo en caso de concurrencia de convenios ha sido una cuestión discutida<sup>94</sup>, en la actualidad hay un rechazo a su aplicación, optándose por el principio de prohibición de concurrencia. Juega a favor de esta interpretación el hecho de que el principio de prohibición de concurrencia de convenios aporta una certeza mucho mayor (las dificultades de objetivar que es lo más favorable ha sido siempre el principal problema de la norma más favorable); además, se estima que el art. 84 ET en su primer párrafo funciona como ley especial respecto del art. 3.3 ET. En este sentido se afirma que “El principal escollo que ofrece la aplicación del principio de la norma más favorable en

<sup>94</sup> Sobre las diferentes posturas enfrentadas sobre esta cuestión, vid. López Anioarte, M.C.: Op. cit., páginas 54 y ss. Jurisprudencialmente resulta interesante acudir a la STSJ del País Vasco de 9 de mayo de 2000, AS 2000\3161, que ante los arts. 84 y 3.3 ET se plantea el problema de resolver cuál de los dos criterios utilizar: “(...) si el primero establece una regla específica para resolver los conflictos entre convenios colectivos, o si se trata de una norma que cumple una función distinta debiendo resolverse los conflictos entre convenios de distinto ámbito, de acuerdo con el principio de favorabilidad del art. 3.3 ET (...). La doctrina se ha decantado en uno y otro sentido. Así para un sector (Martín Valverde) el art. 84 contiene una regla de solución del conflicto entre convenios colectivos que consagra la preferencia del convenio *prior in tempore* y esta regla, por su carácter especial, debe prevalecer sobre la general del art. 3.3 ET (...) Pero esta conclusión no es pacífica apoyando otro sector doctrinal la tesis de que el art. 84 no contiene un criterio de selección para resolver el conflicto, sino una mera garantía negativa (Rodríguez Piñero, González Ortega) debiendo ser el principio de favorabilidad del art. 3.3 ET el que resuelva el conflicto (...) Este debate está asimismo reflejado en la doctrina de Suplicación (...) Con todo, parece que la línea predominante es la que acepta la aplicación del art. 84.1 ET como norma de resolución de la concurrencia de convenios. Los antecedentes y la elaboración del precepto confirman que se ha querido reforzar la estabilidad de la negociación y esta finalidad se frustraría si la regla de concurrencia fuese la del art. 3.3 ET, por lo que el carácter específico de la regla del art. 84 determina que debe primar sobre la del art. 3.3 (...)”. En idéntico sentido la STSJ de Andalucía de 26 de marzo de 2009, AS 2009\1595

cualquier supuesto de concurrencia conflictiva, es que, en la práctica, reduciría a letra muerta lo dispuesto en el primer párrafo del art. 84 ET, solución que, por lo mismo, desde un punto de vista de estricta técnica jurídica, no parece la más acertada<sup>95</sup>.

Sin embargo, aún cuando, inicialmente, el principio de norma más favorable no resulta de aplicación en el supuesto de prohibición de concurrencia de convenios, cabe una posibilidad para su aplicación a través de acuerdo interprofesional (art. 83.2 ET): los negociadores pueden decidir que a ciertos efectos y en función de determinadas situaciones pueda aplicarse la norma más favorable como criterio de determinación de cuál es el convenio colectivo que resulta de aplicación<sup>96</sup>. De otro lado, se ha destacado por parte de algún sector de la doctrina laboral la posibilidad de que se aplique el principio de norma más favorable en situaciones marginales<sup>97</sup>, y nunca con carácter general: sería el caso de empresas afectadas por convenio de sector que hayan cambiado de actividad y puedan verse afectadas por convenios de sector distinto; o supuestos de imposibilidad de determinación con absoluta certeza el convenio aplicable en función de la actividad de la empresa (supuesto más teórico que real, pues sería de aplicación el convenio en función de cuál fuese la actividad principal); o los casos de sucesión de empresas ex art. 44 ET (en la actualidad este supuesto está regulado ya expresamente, determinándose cuál es el convenio aplicable en estos casos, por lo que este supuesto excepcional tampoco tendría aplicación); o el caso de yuxtaposición de convenios (cuando dos convenios colectivos de ámbito superior a la empresa pueden reclamar para sí una determinada parcela de la actividad, incluida en un ámbito mayor, de manera que no se superponen totalmente, sino que son simplemente coincidentes)<sup>98</sup>. En todo caso son situaciones muy limitadas y tal como hemos mencionado, en más de uno de esos supuestos no tiene cabida ya el principio de norma más favorable.

Otro principio que puede resultar importante es el de competencia. En principio y con carácter general, no se establece una atribución de competencias reguladoras sobre determinadas materias a los convenios colectivos en

<sup>95</sup> STSJ de Madrid de 17 de mayo de 2006, JUR 2006\296719.

<sup>96</sup> Sería, por ejemplo, el caso de la STSJ de 29 de enero de 2010, JUR 2010\148634, que recoge una situación aplicable a las empresas de handling, donde existe un convenio sectorial, así como convenio de empresa y que afirma que “Sin duda se está en el supuesto previsto en el art. 8.2 del Convenio de sector según el que “De acuerdo con el principio de norma más favorable, establecido en el art. 3.3 del ET, los convenios colectivos de ámbito inferior se aplicarán en su totalidad cuando su contenido sea más favorable para los trabajadores que el presente convenio”. Por lo que entendiéndose que se está ante un supuesto de concurrencia aplicativa (...), que da libertad a los convenios inferiores para regular la forma y condiciones en que serán retribuidos sus trabajadores”.

<sup>97</sup> Vid. Martín Valverde, A.: Op. cit., páginas 66 y ss; Mercader Uguina, J.R.: Op. cit., página 144; López Anioite, M.C.: Op. cit., página 57.

<sup>98</sup> STSJ de Andalucía, de 19 de mayo de 1992, AS 1992\6509.

función de su pertenencia a niveles concretos de negociación colectiva. Sin embargo, podemos rastrear dentro del ordenamiento laboral la atribución de ciertas competencias a determinados niveles de negociación. De entrada ello es perfectamente posible en el caso de acuerdos interprofesionales (art. 83.2 ET), que pueden estructurar la negociación colectiva en base a la atribución de competencia sobre determinadas materias a cada uno de los diversos niveles inferiores de la negociación colectiva. De otro lado, otro ejemplo de cómo nuestro ordenamiento admite la posibilidad de atribución de competencia lo encontramos en el hecho de que el propio art. 84 ET, al regular la excepción al principio general de prohibición de concurrencia, admitiendo la descentralización convencional (convenios de ámbito superior a la empresa que pueden afectar a convenios aún superiores y primeros en el tiempo); a su vez esta excepción está limitada al señalar expresamente un conjunto de materias que no serán negociables en los convenios de ámbito superior a la empresa y segundos en el tiempo, sino que se conservan para el convenio aún superior y primero en el tiempo (periodo de prueba, modalidades de contratación, grupos profesionales, régimen disciplinario y normas mínimas de seguridad e higiene y movilidad geográfica).

Pero además de estas posibilidades, hemos de tener en cuenta cómo nuestro ordenamiento reconoce todo un conjunto de supuestos en los que el legislador realiza verdaderas reservas materiales a favor de ciertos niveles de la negociación colectiva<sup>99</sup>. Se trata de cláusulas que normalmente realizan reservas a favor de la negociación de carácter sectorial (se trata de cláusulas del tipo “Mediante convenio colectivo de ámbito sectorial estatal o, en su defecto, en los convenios sectoriales de ámbito inferior”, se podrá regular determinada materia). Ejemplos interesantes los podemos encontrar en materia de modalidades de la contratación laboral: arts. 11.1 a) sobre los puestos de trabajos que pueden ocuparse por contratos en prácticas; 11.1 b) duración del contrato en prácticas; 11.2 b) sobre número máximo de contratos para la formación a realizar; 11.2 c) ET sobre duración del contrato para la formación; 12.4 b) sobre la posibilidad de establecer más de una interrupción en caso de jornada continuada en los contratos a tiempo parcial; 15.1 b) ET sobre duración de los contratos eventuales<sup>100</sup>.

En todos estos casos se realiza una atribución de competencia a determi-

<sup>99</sup> Sobre esta cuestión vid. Cruz Villalón, J.: Op. cit., página 96.

<sup>100</sup> Existen otras fórmulas en otros preceptos a los que no vamos a hacer alusión, pues en realidad no se trata de auténticas reservas materiales a concretos niveles de negociación, sino que se trata de remisiones expresas a la negociación colectiva de ciertas materias; por ejemplo en los contratos a tiempo parcial (art. 12.4 letra e, 12.4 letra g, 12.5 primer párrafo, 12.5 letra c) en los que se establece que “Los convenios colectivos sectoriales y, en su defecto, de ámbito inferior (...)”. No se trata de verdaderas reservas materiales pues se refiere a convenios sectoriales o en su defecto de ámbito inferior; es decir, todo tipo de convenios.

nados niveles de la negociación colectiva. La gran duda sobre esta cuestión es si ello significa que sólo esos niveles de negociación colectiva tienen la capacidad legal para regular estas materias. En principio, si un convenio sectorial regula alguna de estas cuestiones y un convenio inferior las regula igualmente, en base al carácter imperativo de la regulación legal, es evidente que el convenio de empresa cede ante lo establecido en el convenio de ámbito superior, lo cual supone una clara preferencia por la negociación de nivel sectorial respecto de la negociación de nivel inferior. Por otra parte, la atribución material a los convenios sectoriales de nivel inferior al estatal, tiene sólo carácter subsidiario: se atribuye la competencia al convenio sectorial estatal, y en su defecto (si este no existe o no regula la cuestión), podrá ser asumida la materia por el convenio colectivo de ámbito inferior<sup>101</sup>.

El carácter imperativo de estas reglas implica que estas normas de atribución competencial deben primar sobre lo establecido en el art. 84 ET<sup>102</sup>, de modo que si el convenio de empresa es el primero en el tiempo, no podría acudir al principio de prohibición de concurrencia para defender la no afectación por el convenio sectorial posterior que también regula estas materias. También se imponen estas reglas a lo previstos en el art. 84 segundo párrafo (la concurrencia descentralizadora), de hecho, debemos recordar que el art. 84 en su párrafo tercero, al regular las materias excluidas de la concurrencia descentralizadora prevista en el párrafo segundo como excepción al principio de prohibición de concurrencia, señala expresamente que son materias excluidas las modalidades de contratación; y tal como hemos visto, todos los supuestos de atribución material se refieren a los arts. 11 (contratos formativos) y 15 (contratos temporales) ET, por lo que se confirmaría el predominio de esas normas de atribución sobre lo dispuesto por la regla de concurrencia descentralizadora del art. 84 segundo párrafo. En definitiva, las llamadas a que la negociación sectorial nacional debe hacerse cargo de ciertas materias y sólo en su defecto la sectorial inferior, es una *lex specialis* respecto de lo previsto en materia de concurrencia descentralizada<sup>103</sup>. Los convenios sectoriales inferiores al nacional sólo intervienen subsidiariamente (en defecto del convenio sectorial estatal).

De otro lado, ¿qué ocurre en aquellos casos en los que el convenio de ámbito sectorial no regule estas materias?, ¿puede asumir la regulación de las mismas el convenio de empresa? Desde mi punto de vista, si bien las normas son imperativas, pero la respuesta va a depender de cuál sea la finalidad que se otorgue a las

<sup>101</sup> Cruz Villalón, habla de que “la remisión es escalonada y por tanto jerarquizada”. Op. cit., página 97.

<sup>102</sup> En este sentido Cruz Villalón, J.: Op. cit., página 98.

<sup>103</sup> Sobre las diferentes posturas interpretativas que ofrece la relación de las normas de atribución material con el art. 84 segundo párrafo ET, vid. López Terrada, E.: “La compatibilidad entre el artículo 84 del ET y las llamadas a la negociación colectiva en materia de contratación”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 1999, páginas 692 y ss.

mismas. Si se entiende que estamos ante normas cuya finalidad es específicamente la atribución de competencias negociales; o si se trata de reglas dirigidas a regular la concurrencia de convenios. Si se estima lo primero, ello implica que estas materias están vedadas a la negociación colectiva de distinto ámbito; de manera que no sólo es una regla de atribución de competencia, sino de limitación material de la negociación colectiva. Si se estima lo segundo, es evidente que la regla tiene sentido cuando hay dos convenios que regulan la misma cuestión, resolviéndose la cuestión aplicando el convenio sectorial; pero si este no existe, nada impediría que el convenio inferior regule la cuestión. Entiendo que, en base a la defensa del derecho constitucional a la negociación colectiva, salvo que se haya establecido una clara prohibición de regular determinadas materias, que además debe estar suficientemente justificada, la solución más adecuada es la segunda.

La jurisprudencia también ha destacado el papel del principio de complementariedad, que puede derivar del art. 83.2 ET; es decir, cuando un acuerdo interprofesional establece una estructuración de la negociación colectiva; pero que también ha sido aceptado para resolver la concurrencia no conflictiva al regular el convenio posterior, lagunas del convenio colectivo anterior<sup>104</sup>. También los supuestos de coordinación, es decir cuando regulen coordinadamente una determinada materia, sin que haya contradicción entre ellos<sup>105</sup>.

De otro lado, también se puede hacer referencia a criterios como el de unidad de empresa, o el de actividad especialidad de la empresa. En realidad, tales criterios no funcionan como principios para resolver los problemas de concurrencia conflictiva entre dos convenios incompatibles; sino que en realidad son mecanismos que están dirigidos a resolver un problema diferente: determinar cuál es el convenio aplicable en función de su ámbito funcional. En consecuencia determinan que es uno u otro convenio es el que debe aplicarse, evitando la situación de concurrencia conflictiva.

## 8. CONCURRENCIA DE CONVENIOS EN SITUACIONES ESPECIALES

Para terminar este análisis hemos de hacer referencia a determinadas situaciones en las que nuestro ordenamiento establece reglas especiales en cuanto a la concurrencia de regulaciones convencionales.

En primer lugar, debemos señalar la situación que acontece en los casos de transmisión de empresas<sup>106</sup>. En estos casos no siempre se va a producir una situación conflictiva, pues no hay necesariamente dos convenios distintos

<sup>104</sup> Vid. STSJ de Andalucía de 19 de noviembre de 2008, AS 2009\438.

<sup>105</sup> STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de octubre de 2006, AS 2007\830.

<sup>106</sup> Recordemos al respecto que este ha sido un ámbito en el que se ha defendido la aplicación del principio de norma más favorable, así la STSJ de Aragón de 17 de abril de 2001, JUR 2001\172374.

aplicables a ambas empresas (una de ellas no tenía convenio, ambas empresas están afectadas por el mismo convenio de sector, se trata de dos empresas pertenecientes a ámbitos distintos de la actividad productiva y están afectadas por convenios colectivos de ámbitos funcionales diferentes). La situación de concurrencia se va a producir sólo si existe un convenio aplicable a la empresa transmitida, que entra dentro del ámbito propio del convenio aplicable a la adquirente<sup>107</sup> (la situación más habitual sería que ambas empresas tuviesen su propio convenio de nivel empresarial), siendo evidente que el problema se provocará desde el punto de vista de los trabajadores afectados por la transmisión, no desde la perspectiva de los trabajadores de la empresa adquirente.

En estos casos no resulta de aplicación lo previsto en el art. 84 ET, sino que la cuestión se resuelve a través del art. 44 ET: las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la transmisión de empresa, centro de trabajo o unidad productiva autónoma, seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que fuese de aplicación en el momento de la transmisión. La aplicación de este convenio se mantendrá hasta la expiración del convenio de origen o hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio que resulte aplicable a la entidad transmitida. Ahora bien, esta será la solución aplicable, “Salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores”.

A tenor de esta regulación, el principio jurídico aplicable para resolver los conflictos es el mantenimiento del convenio que regulaba las relaciones jurídicas de los trabajadores afectados por la transmisión, lo que se busca es la estabilidad de las condiciones de trabajo de dichos trabajadores, que van a mantenerse durante un período de tiempo. El problema reside justamente, hasta cuándo ha de mantenerse dicha regulación. En principio, la respuesta es que el convenio se mantiene hasta su fecha de expiración. Entendemos que se refiere a la fecha pactada de extinción del convenio, por lo que excluiría la posibilidad de mantener dicha aplicación en situaciones de prórroga o *ultra actividad*<sup>108</sup>.

De otro lado, hay que interpretar la posibilidad de que haya de mantenerse la aplicación del convenio de origen hasta la entrada en vigor de un nuevo convenio que resulte aplicable a la entidad transmitida. Esto supone la posibilidad de que se aplique un nuevo convenio colectivo, cuando sea negociado para la totalidad de los trabajadores de la empresa adquirente, incluidos los trabajadores afectados por la transmisión; lo cual implica reconocer que la regulación permite la aplicación de un nuevo convenio a los afectados por la

<sup>107</sup> En este sentido García-Perrote Escartin, I. y Mercader Uguina, J.R.: “La determinación del convenio aplicable en la sucesión de empresa, un repaso jurisprudencial”, *Justicia Laboral* nº 42 (2010).

<sup>108</sup> No obstante vid. lo señalado por García-Perrote Escartin, I. y Mercader Uguina, J.R.: *Op. cit.*, páginas 6 y ss.

transmisión aún cuando el convenio aplicable en el momento de la transmisión no haya perdido vigencia. Recordemos como esta posibilidad puede plantear problemas desde el punto de vista del derecho comunitario, pues la Directiva 2001\23 garantiza a los trabajadores (art. 3.3) la aplicación durante un año, del convenio que regulaba sus condiciones en el momento de la transmisión<sup>109</sup>.

También cabe la posibilidad de que haya un pacto en contrario que limite la aplicación del convenio colectivo de origen. Desde mi punto de vista ello significa que el acuerdo de empresa adoptado supondrá la aplicación del convenio imperante en la empresa adquirente<sup>110</sup>. En todo caso hemos de recordar que el acuerdo podrá celebrarse sólo una vez que se produzca la sucesión empresarial.

Por último, nuestro ordenamiento establece dos reglas especialmente interesantes: el descuelgue salarial y la posibilidad de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo pactadas en convenio colectivo. En la primera situación se permite que no sea aplicable la regulación salarial establecida en convenios superiores, pudiendo “descolgarse” las empresas y pactar un salario inferior a través del acuerdo de empresa (art. 82.3 ET). Es evidente que estamos ante una regla especial que introduce un vector de descentralización de la negociación, al permitir la reducción del ámbito de aplicación de la regulación salarial del convenio y que sea sustituida por una negociación de nivel inferior (de empresa). Implica admitir el principio de especialidad (aplicar la negociación del ámbito inferior), de manera que se impone la negociación posterior y singular sobre el convenio anterior de carácter sectorial<sup>111</sup>. En todo caso se trata de una situación que no tiene carácter general, sino que está sujeta al principio de causalidad, causas que sirven de elemento habilitante para desencadenar esta intervención sobre el convenio de nivel superior.

En el segundo supuesto, pese a la eficacia normativa del convenio, se permite alterar su contenido a través de un acuerdo de empresa (art. 41.6 ET), admitiéndose en la actualidad que esta situación pueda afectar no sólo a convenios de empresa, sino también a convenios de sector, de modo que el acuerdo de empresa altere o modifique lo dispuesto en un convenio superior y anterior en el tiempo. De nuevo estaríamos ante una situación en la que se admite como principio el de especialidad. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que esta no es una posibilidad precisamente libre, pues estamos ante una institución claramente causal, y tan sólo es posible la modificación de materias expresamente señaladas en el art. 41.6 ET.

<sup>109</sup> Sobre esta cuestión vid. Gorelli Hernández, J.: “Transmisión de empresa y convenio colectivo aplicable”, *Relaciones Laborales* nº 13 de 2003, páginas 26 y 27.

<sup>110</sup> En este sentido Gorelli Hernández, J.: Op. cit., páginas 32 y 33.

<sup>111</sup> Vid. Molina Navarrete, C.: Op. cit., páginas 403 y 404.