

# LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

MANUEL CORREA CARRASCO

*Profesor Titular (acreditado como Catedrático)  
de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Carlos III de Madrid*

## EXTRACTO

**Palabras Clave: Negociación Colectiva, Andalucía**

El carácter medular de la negociación colectiva en la ordenación del sistema de relaciones laborales, siendo indiscutible, se suele poner en entredicho a menudo, especialmente, ante circunstancias económicas adversas como las actuales. De este modo, espoleados por la necesidad de buscar soluciones para afrontar la crisis empresarial, surgen planteamientos donde se achaca a la negociación colectiva la responsabilidad de la hipotética rigidez del mercado de trabajo. Desde de tales presupuestos, se realizan propuestas que, sin embargo, no se dirigen a dotar de mayor flexibilidad a la misma, sino que, de forma más o menos directa, tratan de cuestionar su función normativa.

Frente a ello, y partiendo de la base de que el cumplimiento de los fines constitucionalmente asignados a la negociación colectiva está inescindiblemente ligado a su condición de fuente de ordenación jurídica, el presente trabajo tiene por objeto poner de relieve el papel de los órganos jurisdiccionales y, especialmente, el desarrollado en su ámbito por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en la consolidación del modelo instaurado en nuestro ordenamiento. Para ello, se efectúa un análisis de la doctrina emanada sobre la materia, haciendo especial hincapié en aquellos aspectos que están directamente vinculados a la función reguladora que la negociación colectiva está llamada a desempeñar.

## ABSTRACT

**Key words: Collective Bargaining, Andalusia**

The structuring nature of collective bargaining in the industrial relations system, though incontrovertible, is often questioned, especially in adverse economic circumstances, like the current ones. Thus, spurred on by the need to seek solutions to face the business crisis, collective bargaining is made responsible for the hypothetical rigidity of the labour market. With this supposition, proposals are made which, however, are not aimed at providing more flexibility to bargaining but which try to directly or indirectly question its regulatory function.

In view of this, and based on the fact that complying with the constitutional aims appointed to collective bargaining is unavoidably linked to its condition as a source of legal structuring, this work has the objective of pointing out the role of jurisdictional institutions and, especially, developments in the sphere of the Supreme Court of Andalusia, in consolidating the model established in our legal order. To this aim, an analysis is carried out of the doctrine arising on this topic, especially highlighting those aspects that are directly linked to the regulating function that collective bargaining is supposed to play.

## ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL ALCANCE Y SIGNIFICADO DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL
  - 2.1. La problemática relativa a la titularidad del derecho
  - 2.2.- La vulneración del derecho a la negociación colectiva mediante el recurso a la llamada “autonomía individual en masa”
3. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO
  - 3.1. La “fuerza vinculante” del convenio como eficacia normativa
    - 3.2. La génesis contractual del convenio y su proyección jurídica
      - 3.2.1. La interpretación del contenido del convenio: determinación de los cánones hermenéuticos aplicables
      - 3.2.2. El convenio como contrato: el respeto al equilibrio interno del convenio
      - 3.2.3. El alcance del papel atribuido a las Comisiones Paritarias
    - 3.3. Contractualismo vs normatividad en el convenio colectivo
    - 3.4. La problemática (e irresuelta) caracterización jurídica del convenio colectivo de eficacia limitada
4. EL CONTENIDO DEL CONVENIO: CARACTERIZACIÓN Y LÍMITES
  - 4.1. Los derechos fundamentales y principios constitucionales como límites al contenido convencional: especial referencia al principio de igualdad
    - 4.1.1. Las exclusiones injustificadas del ámbito de aplicación personal del convenio
    - 4.1.2. La discriminaciones retributivas establecidas en convenio: especial referencia a las “dobles escalas salariales”
    - 4.1.3. Las cláusulas de jubilación forzosa y el principio de igualdad
  - 4.2. Los límites legales al contenido del convenio
    - 4.2.1. Los límites al convenio en la relación de complementariedad
    - 4.2.2. La flexibilidad legal en la relación de complementariedad
  - 4.3. La distinción entre contenido normativo y obligacional
5. CONCURRENCIA Y ARTICULACIÓN DE CONVENIOS

## 1. INTRODUCCIÓN

La negociación colectiva constituye, sin duda, una de las instituciones medulares en la ordenación de los sistemas de relaciones laborales propios de las sociedades democráticas que, precisamente, se caracterizan por situar a los grupos sociales organizados como principales protagonistas y responsables de la defensa, regulación y gestión de sus respectivos intereses. En nuestro país, una vez recuperadas las libertades y asentados los cimientos del nuevo orden jurídico político instaurado por la Constitución Española (CE), el papel desarrollado por la negociación colectiva y, también, la percepción del mismo por parte de los operadores jurídicos ha estado al nivel de las exigencias planteadas por los valores axiológicos sobre los que se levanta nuestra Norma Fundamental<sup>1</sup>. A lo

<sup>1</sup> Enfatizando sobre el papel de estas pautas axiológicas en la actuación de las instituciones jurídicas y de la ciudadanía, Rodríguez-Piñero, M. “30 Años de España Constitucional”, RL-01/09, p. 2.

largo de estos años, puede decirse que dicho papel se han asumido plenamente en el contexto de las reglas que marcan la dinámica inmanente al libre juego de la autonomía colectiva, del mismo modo que se han ido perfilando los elementos estructurales de este principio organizativo partiendo de su configuración constitucional, de carácter tridimensional, como derechos fundamentales (huelga) garantías institucionales (negociación colectiva) o libertades públicas (libertad sindical)<sup>2</sup>.

A pesar del avance experimentado en este terreno y del consecuente grado de consolidación institucional alcanzado, no puede decirse, sin embargo, que estemos ante un proceso que haya concluido a día de hoy. En este sentido, puede constatarse cómo las propuestas de revisión de nuestro sistema de negociación colectiva no han sido infrecuentes, sin perjuicio de su carácter más o menos acabado y de su propia viabilidad práctica. En ellas se ha puesto reiteradamente en cuestión el modelo legal desarrollado bajo el amparo constitucional, lo que sería perfectamente asumible si tenemos en cuenta que, por su carácter contingente, es factible que se produzcan desajustes a la hora de encauzar el funcionamiento de una institución caracterizada, precisamente, por su consustancial dinamismo. El problema se plantea, sin embargo, cuando los ensayos y las propuestas de revisión afectan a la propia naturaleza jurídica y eficacia de la negociación colectiva, poniendo en cuestión su función como instrumento de gobierno y ordenación de las relaciones laborales. Este tipo de propuestas, formuladas habitualmente en clave flexibilizadora, son relativamente frecuentes en periodos de dificultades económicas, donde, espoleados por la necesidad de buscar soluciones para afrontar la crisis empresarial, surgen planteamientos donde se achaca a la negociación colectiva la responsabilidad de la hipotética rigidez del mercado de trabajo.

A título ilustrativo, resultan especialmente sorprendentes las recientes declaraciones realizadas por el responsable de una de las principales instituciones económicas de nuestro país, recomendando la “suspensión temporal” de las cláusulas salariales establecidas en los convenios colectivos<sup>3</sup>, lo que, no sólo supone hacer abstracción de la fuerza vinculante constitucionalmente proclamada, sino que obvia la existencia de suficientes mecanismos jurídicos para flexibilizar su aplicación, cuando concurren las circunstancias que lo justifiquen, y proceder a las correspondientes ajustes en aquellas empresas que lo necesiten (por ejemplo, mediante los procedimientos de descuelgue salarial). Desde esta perspectiva, la degradación del función institucional de la negocia-

<sup>2</sup> Un análisis al respecto, en mi estudio sobre *La negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo*, BOE/UCIIM, Madrid, 1997; pp. 199 ss.

<sup>3</sup> Diario *Cinco Días*, 01/04/2009.

ción colectiva que se deriva de este tipo posiciones ha constituido tradicionalmente un objetivo que, desde posiciones maximalistas, se sitúa en un contexto axiológico tendente a la progresiva supresión de límites y obstáculos a la libre acción de los mercados y, consecuentemente, preconizan la supeditación de las reglas a imperativos de índole economicista. A la luz de los acontecimientos actuales, sin embargo, no parece que la desregulación forme parte de la solución, sino que constituye más bien una de las principales causas del problema.

Al margen del grado de rigurosidad con el que, desde el punto de vista jurídico, se efectúan este tipo de planteamientos y otros de similar alcance, quizá lo más llamativo de todos ellos es que prescinden, no sólo del papel que desempeña la negociación colectiva como instrumento de regulación de las relaciones laborales (cuyo protagonismo se incrementa a medida que decrece el tradicionalmente asignado a la ley), sino de los equilibrios de intereses que subyacen en cada proceso negociador y que finalmente encuentran plasmación en el texto del convenio. Hacer tabla rasa de todo ello, supone privar de virtualidad a un instrumento que ha demostrado con creces su funcionalidad y eficacia en la composición y gestión de los conflictos sociales. Y no hay que olvidar que el cumplimiento de estos objetivos está inescindiblemente ligado a su función normativa.

Precisamente por ello, resulta particularmente interesante el papel jugado por los operadores jurídicos, y principalmente, por los órganos jurisdiccionales, en la construcción y afianzamiento de nuestro sistema de negociación colectiva. De ahí que el presente trabajo tenga por objeto el análisis de la doctrina judicial en la materia emanada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (TSJA), haciendo especial hincapié en aquéllos pronunciamientos que inciden sobre el conjunto de aspectos que están directamente vinculados a la función reguladora asignada a fuente negocial. A tales efectos, se tratará de destacar el mayor o menor grado de singularidad de las tesis mantenidas en cada caso, en contraste con la doctrina jurisprudencial establecida al respecto. Concretamente, y dejando al margen cuestiones estrictamente procedimentales, se trataría de constatar los parámetros hermenéuticos utilizados a la hora de analizar la función jurídica asignada a la fuente negocial y los rasgos estructurales concomitantes con la misma. Para ello, será asimismo necesario verificar, desde esta perspectiva, el modo en el que se conjugan los elementos que definen el modelo de negociación instaurado en el Título III ET con las pautas que se desprenden del diseño constitucional.

De este modo, y sin ánimo de exhaustividad, se traerán a colación las sentencias sobre la materia dictadas en los últimos veinte años por la Sala de lo Social del TSJA que se han considerado más significativas a tales efectos. Para ello, se han consultado las selecciones realizadas por las principales bases de datos de jurisprudencia (incluidas la más específica del CARL), pero también, las llevadas a cabo en su día por la propia Revista Temas Laborales.

## 2. EL ALCANCE Y SIGNIFICADO DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA LABORAL

La asunción por parte de la doctrina del TSJA del papel institucional asignado a la negociación colectiva en la ordenación del sistema de relaciones laborales, en el contexto del nuevo diseño constitucional, es una constante en los pronunciamientos recaídos sobre la materia. De este modo, trayendo a colación la doctrina emanada de instancias superiores, se destaca, no sin cierta grandilocuencia, que “la autotutela colectiva se logra en el campo laboral a través de la negociación colectiva, como instrumento especialmente idóneo para la ordenación de las condiciones de trabajo, puesto por el artículo 37.1 de la Constitución al alcance de los representantes de los trabajadores y de los empresarios, con la fuerza vinculante que atribuyen el citado precepto constitucional y el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores a los convenios colectivos”<sup>4</sup>. En esta línea argumentativa, se pone especial énfasis en el contraste que ello supone respecto del modelo preconstitucional, señalando que “el sistema de regulación de las relaciones jurídico laborales sufrió un cambio sustancial a partir de la promulgación de la Constitución española en cuyo artículo 37 se consagra el derecho a la negociación colectiva y la fuerza vinculante de los convenios”<sup>5</sup>, en el sentido de que “se produce un tránsito desde la primacía de la regulación estatal de las condiciones de trabajo hacia la autonomía de las fuerzas sociales para darse a sí mismas la normativa correspondiente”<sup>6</sup>.

Sentado lo anterior, sin embargo, se van a reproducir las dificultades y controversias interpretativas que, con carácter general, se manifiestan en la jurisprudencia ordinaria en torno a la caracterización de algunos de los aspectos que integran el modelo de negociación colectiva instaurado y, especialmente, en lo relativo a la articulación entre el diseño legal y el constitucional. Será oportuno analizar hasta qué punto la doctrina del TSJA ha asumido las posiciones dominantes y, en su caso, cuáles han sido los matices que ha ido incorporando a cada uno de los elementos sobre los que ha girado este largo e inacabado debate.

### 2.1. La problemática relativa a la titularidad del derecho

Como es sabido, la configuración constitucional del derecho a la negociación colectiva se caracteriza por la amplitud con la que aparece diseñada la titu-

<sup>4</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 05/10/1992 (TL-29/1993).

<sup>5</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 01/07/1992 (TL 27/1993).

<sup>6</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 01/07/1992 (TL 27/1993) y STSJ Andalucía (Sevilla) de 09/10/1992 (TL-29/1993).

laridad del mismo. La utilización del término “representantes de los trabajadores” no admite lugar a dudas a tales efectos, y es elocuente respecto de la decidida voluntad del constituyente de evitar un monopolio sindical del fenómeno colectivo que, a tenor de las circunstancias concurrentes en ese momento, sería claramente disfuncional para el desarrollo del papel asignado a la autonomía colectiva. Consecuentemente, dicha amplitud tenía por objeto garantizar la efectividad del propio derecho a la negociación colectiva, al propiciar la existencia potencial de una pluralidad de sujetos con capacidad para negociar, especialmente en el ámbito empresarial, donde era patente el déficit de presencia sindical.

En todo caso, la diversidad de estructuras representativas con capacidad negociadora no se proyecta, en buena lógica, sobre el resultado del proceso de negociación. En otras palabras, la naturaleza y eficacia jurídica del convenio resultante no difiere en función de qué tipo de representación, sindical o unitaria, sea la que lo haya negociado. El mandato dirigido a la ley relativo a la garantía de la fuerza vinculante del convenio no hace diferenciación alguna al respecto y, por tanto, la configuración del modelo legal de negociación colectiva encuentra aquí un límite insoslayable, máxime si tenemos en cuenta que el propio diseño estatutario refleja esa pluralidad de sujetos legitimados para negociar.

A pesar de ello, sin embargo, la tutela jurídica del derecho a la negociación colectiva se aparta de esta lógica y, de forma injustificada (pues se funda exclusivamente en el argumento formal de la distinta ubicación sistemática de los arts. 28.1 y 37.1 en el texto constitucional), se configura de modo asimétrico pues, a la postre, su ejercicio por parte de la representación sindical va a gozar de un mayor grado de protección (por su vinculación al art. 28.1 CE) que, cuando el mismo derecho, se ejerce por parte de la representación unitaria. La degradación relativa que sufren los procesos de negociación colectiva llevados a cabo por esta representación provoca distorsiones en un sistema negocial caracterizado, por el contrario, por la homogeneidad, en cuanto al valor jurídico se refiere, de los convenios colectivos elaborados conforme a las prescripciones estatutarias.

Esta doctrina, a pesar de la incongruencia señalada, se ha mantenido desde su plasmación en un primer momento en significativos pronunciamientos jurisprudenciales, como los contenidos, entre otras, en las SSTC 37/1983 y 118/83, según las cuales, partiendo del presupuesto de que “el art. 7 de la Norma Fundamental constitucionaliza al sindicato no haciendo lo mismo con el Comité de Empresa, que es creación de la Ley y sólo puede encontrar (...) una indirecta vinculación con el art. 129.2 de la Constitución”, se llega a la conclusión que el entramado de mecanismos de tutela vinculados a la libertad sindical sólo se activa cuando se vulnera el derecho a la negociación colectiva ejercido por un

sindicato, pero cuando ese mismo derecho es ejercido por otros titulares del derecho a la negociación colectiva *ex art. 37.1 CE*, como la representación unitaria, pues, en suma, aquélla “no alcanza a cubrir constitucionalmente la actividad sindical del Comité”. En definitiva, haciendo abstracción del significado material del derecho reconocido (que no es otro que propiciar la creación de normas convencionales), una misma función es tutelada de forma distinta dependiendo de la naturaleza del órgano que la desempeñe.

Por su parte, el TSJA, como no podría ser de otra manera, ha asumido plenamente esta doctrina y, lejos de matizarla, la ha llevado hasta sus últimas consecuencias. Como prueba de ello, y con base en los argumentos señalados, nos encontramos con sentencias en las que a la representación unitaria se le va a acabar negando el reconocimiento de interés legítimo para reaccionar frente a una eventual vulneración del derecho a la negociación colectiva, y ello a pesar de que se trataba de denunciar prácticas empresariales (autonomía individual en masa) que vaciaban de contenido un convenio colectivo que se estaba renegociando por el propio Comité de Empresa<sup>7</sup>. La artificiosidad de esta doctrina lleva a la paradoja de que, en tales casos, la tutela frente a tales conductas contrarias al derecho a la negociación colectiva sólo podría ejercerse si mediara la intervención de un sindicato, aunque fuera ajeno por completo al proceso de negociación. Como puede comprobarse, esto supone, en última instancia, desvirtuar el derecho a la negociación colectiva de la representación unitaria, pues de poco sirve reconocerle la titularidad del mismo si, a la postre, se le acaba privando de la facultad de solicitar su tutela judicial en los casos en que deba recabarse.

## **2.2. La vulneración del derecho a la negociación colectiva mediante el recurso a la llamada “autonomía individual en masa”**

Uno de los principales flancos abiertos del derecho a la negociación colectiva ha venido dado por la necesidad de que, en su ejercicio, deba respetarse un espacio de actuación al libre juego de la autonomía individual. De este modo, y a pesar de que la desigualdad estructural entre las partes de la relación laboral explique y acabe justificando la notable restricción que experimenta dicho espacio, lo cierto es que la función ordenadora asumida por la fuente negociada encuentra aquí un límite ineludible. El problema surge cuando se hace un uso torticero y abusivo de este instrumento con la finalidad de desvirtuar la aludida función ordenadora de la negociación colectiva que, a la postre, acaba siendo sustituida por una actuación desmedida de la autonomía individual que, de este

<sup>7</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 24/10/2002 (AS 2003/647).

modo, desborda sus propios límites funcionales en la determinación del contenido de la relación de trabajo.

Estas prácticas, conocidas bajo la afortunada expresión de “autonomía individual en masa”, han sido objeto de un diagnóstico eficaz por parte de los órganos jurisdiccionales que, desde un primer momento, las ha tipificado como lesivas del derecho a la negociación colectiva haciendo especial énfasis en la intencionalidad inherente a las mismas y los efectos que proyectaban sobre la efectividad de la ordenación convencional. De forma señalada, puede traerse a colación la doctrina constitucional sobre la materia, contenida entre otra en las SSTC 105/1992, 208/1993 y 107/2000, según la cual, aun reconociendo un margen de actuación a la autonomía individual, han de considerarse lesivas del derecho a la negociación colectiva “las conductas individuales que busquen u ocasionen objetivamente, alterando la configuración y los perfiles de la regulación convencional, la sustitución del régimen previsto en la norma colectiva por otro cualitativamente distinto. En estos casos, ni siquiera la pretendida mejora que pueda tratar de dar validez a tal conducta podrá neutralizar la lesión que se produce con la modificación efectuada al margen de los sujetos que concertaron el convenio suplantado, o de los procedimientos establecidos”. En definitiva, como señala la STC 208/1993, “una utilización masiva de la autonomía individual, para jugar sistemáticamente en detrimento y marginación de la autonomía colectiva, sería dudosamente compatible con las bases constitucionales de nuestro sistema de relaciones laborales”.

La doctrina del TSJA asume plenamente el contenido de la argumentación transpuesta y la aplica sin matices a los supuestos sometidos a su consideración. De forma paradigmática, puede destacarse algún pronunciamiento judicial<sup>8</sup> donde la particularidad radica en que se trata de utilizar esta práctica, no para sovarcar la efectividad de un convenio que se acaba de negociar (que constituye el supuesto más típico), sino para sustituir una regulación convencional durante el proceso de renegociación del convenio. Obviamente, el hecho de que en el supuesto aludido, la parte empresarial elaborara de forma unilateral un “acuerdo laboral” compuesto por 53 cláusulas (una de las cuales declara el fin de la eficacia del convenio que venía siendo aplicado en situación de ultraactividad), pasándolo a la firma de todos y cada uno de los trabajadores, confiere un nivel de tosquedad a la conducta empresarial que hace difícilmente eludible el reproche de vulneración flagrante del derecho a la negociación colectiva de la que es merecedora.

Con todo, hay que valorar positivamente el carácter decidido con el que se asume la doctrina consolidada al respecto y que aparece refrendado en otros

<sup>8</sup> Concretamente, el contenido en la STSJ Andalucía (Sevilla) de 24/10/2002 (AS 2003/647).

significativos pronunciamientos sobre supuestos en los que, como suele ser habitual en estos casos, se trataba de vaciar sustancialmente el convenio en relación con la regulación de una determinada materia (horarios, jornada)<sup>9</sup>, práctica especialmente recurrente en determinados sectores como el comercio o la banca.

### 3. EL CONVENIO COLECTIVO COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO

#### 3.1. La “fuerza vinculante” del convenio como eficacia normativa

La doctrina del TSJA relativa a la naturaleza y eficacia jurídicas del convenio colectivo, en tanto que resultado del ejercicio del derecho a la negociación colectiva reconocido constitucionalmente, se muestra, por lo general, acorde con la establecida por otras instancias jurisdiccionales superiores. De este modo, al menos en lo que al convenio estatutario o de eficacia general se refiere, no parece plantearse duda alguna acerca de su naturaleza inequívocamente normativa, fruto de su carácter de “fuente jurídica en sentido propio y de derecho necesario”<sup>10</sup>, desplegando por ello “análoga fuerza imperativa que los preceptos legales”<sup>11</sup>. Como puede comprobarse, se asume, en esencia, la conocida doctrina constitucional al respecto, contenida entre otras en la STC 58/85, de 30 de abril, según la cual, “la garantía constitucional de la fuerza vinculante de los convenios colectivos implica la atribución a los mismos de una eficacia jurídica en virtud de la cual el contenido normativo del aquellos se impone a las relaciones de trabajo, incluidas en sus ámbitos de aplicación, de manera automática”<sup>12</sup>.

El reconocimiento de esta capacidad de autonormación a los sujetos colectivos no se efectúa, sin embargo, en términos absolutos, sino que, en buena lógica, se trata de una actividad juridificada y, por lo tanto, sometida a límites. Uno de ellos se encuentra en la necesidad de ajustarse a las reglas de producción normativa que, en el caso del convenio de eficacia general, son las esta-

<sup>9</sup> Tal es el caso debatido en la STSJ Andalucía (Sevilla) de 30/10/2007 (AS 2008/1134) o en la STSJ Andalucía (Sevilla) de 13/02/2007 (AS 2007/1584). En el mismo sentido y en supuestos similares, v. la STSJ Andalucía (Sevilla) de 11/01/2006 (AS 2006/2952) y la STSJ Andalucía (Sevilla) de 08/05/2007 (AS 2007/3216).

<sup>10</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 02/07/1999 (EDJ 1999/34698).

<sup>11</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 02/07/1999 (EDJ 1999/34698).

<sup>12</sup> Es el caso, entre otras, de la STSJ Andalucía (Granada) de 27/03/1990 (TL-22/1991), que reproduce dicha doctrina, por lo demás, asumida generalmente por la jurisdicción ordinaria (v., por todas, la STS de 29/04/1993 (RJ 1993/3381)).

blecidas a tales efectos en el Título III del ET. Un ejemplo de la proyección práctica de dicha limitación vendría dada por el hecho de que, lógicamente, no sería admisible la pretensión de los negociadores de conferir valor de fuente del derecho a los preacuerdos alcanzados en el curso de un procedimiento de negociación inconcluso<sup>13</sup>. Del mismo modo, desde un punto de vista objetivo, el carácter vinculante del convenio (*ex art. 82.3 ET*) quedaría circunscrito a su propio ámbito aplicativo, ya que, lógicamente, no cabría incorporar cláusulas convencionales (obligacionales o normativas) que se dirigieran a sujetos que quedan fuera de dicho ámbito<sup>14</sup>.

En cualquier caso, la consideración jurídica del convenio como norma se configura habitualmente como presupuesto valorativo que, a modo de convicción preliminar, sirve para analizar algunos aspectos controvertidos que son sometidos a examen por parte del TSJA. En esta línea, hay que destacar una serie de pronunciamientos judiciales cuyo propósito no es otro que el de reafirmar el efecto imperativo que despliega el convenio frente a quienes están sometidos a su ámbito de aplicación<sup>15</sup>, consecuencia directa de su naturaleza normativa, lo que, en primer término, se proyecta en la intangibilidad de su contenido. Una de las manifestaciones más relevantes de ello la encontramos en la irrenunciabilidad de los derechos reconocidos en convenio, vedando la posibilidad de que puedan ser objeto de transacción mediante el juego de la autonomía individual que, desde esta perspectiva, encuentra un límite insoslayable<sup>16</sup>.

Pero la aludida intangibilidad también se proyecta frente a eventuales actos de terceros, evitando que los mismos pudieran afectar al contenido del convenio y, en suma, garantizando su aplicación en sus propios términos<sup>17</sup>. A efectos ilustrativos, esta doctrina ha tenido aplicación frente pretensiones, a la postre, frustradas, tales como la de un montepío que trataba de hacer valer una modificación estatutaria contraria al régimen de una mejora voluntaria prevista en convenio<sup>18</sup>. La misma solución se ha alcanzado en los casos en que una póliza discrepaba de la cláusula convencional que determinaba el alcance de la cobertura de una mejora voluntaria, donde, de forma taxativa, se concluye que “el asegurador responderá de lo establecido en el Convenio como si no existiese desajuste alguno entre él y la póliza redactada después”<sup>19</sup>. O, finalmente, en

<sup>13</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 27/06/1990 (TL-22/1991).

<sup>14</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 26/02/2003 (AS 2003/1378) que aplica, a tales efectos, la doctrina jurisprudencial sobre la materia, contenida, entre otras, en la STS de 12/03/1996 (RJ 1996/2351).

<sup>15</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 15/12/1992 (TL 29/1993).

<sup>16</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 27/03/1990 (TL-22/1991).

<sup>17</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 09/01/2002 (EDJ 2002/13617).

<sup>18</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 01/07/1992 (TL 27/1993).

<sup>19</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 31/10/2002 (AS 2003/524).

aquellos otros en los que, trayendo a colación la doctrina jurisprudencial al respecto<sup>20</sup>, se establece sin ambages que la determinación del hecho causante de las mejoras voluntarias corresponde al convenio colectivo, siendo esta fecha la que debe tenerse en cuenta a efecto de determinar la póliza aplicable<sup>21</sup>. Conviene matizar, no obstante, que este especial énfasis con el que se caracteriza la fuerza vinculante del convenio colectivo no se aplica de igual modo cuando estamos ante otros productos convencionales. Así, y al margen de la problemática suscitada al respecto en torno al convenio de eficacia limitada, resulta ilustrativo que, en el caso del acuerdo interprofesional<sup>22</sup>, se señale que en ningún caso su fuerza vinculante es comparable con la del convenio “rígido imperativamente normativo”<sup>23</sup>, destacándose, por lo general, su carácter orientador y la flexibilidad de los objetivos fijados en el mismo.

### 3.2. La génesis contractual del convenio y su proyección jurídica

Sin perjuicio de la indiscutible eficacia normativa del convenio, especialmente verificable en el plano aplicativo, no puede hacerse abstracción de las peculiaridades inherentes a su proceso de creación jurídica y, sobre todo, al hecho de tratarse en esencia del fruto de un acuerdo de voluntades que responden a intereses contrapuestos. De ahí que, tradicionalmente, se haya hecho hincapié, y así se constata en la propia doctrina del TSJA, en este carácter híbrido que se predica de la naturaleza del convenio (“cuerpo de contrato y alma de ley”, según la conocida y afortunada definición de Carne-lutti), concretada en el hecho de que “en su forma de elaboración es un contrato y en su eficacia jurídica una norma”<sup>24</sup>. Esta lógica contractual inmanente al convenio, a pesar de que no altere la calificación jurídica del convenio como norma ni ponga en entredicho la eficacia (normativa) que, como tal, despliega en el plano de los efectos, debe encontrar su justa proyección a la hora de valorar y determinar en la *praxis* judicial el alcance de los diferentes aspectos que configuran su régimen jurídico.

<sup>20</sup> Contenida, entre otras, en las SSTS de 20/04/1994 (RJ 1994/3265) y de 23/06/1995 (RJ 1995/5219).

<sup>21</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 14/11/2002 (AS 2003/950) que, en parecidos términos, aplica la solución ya contemplada por la STSJ Andalucía (Sevilla) de 09/10/1992 (TL-29/1993).

<sup>22</sup> Una caracterización jurídica de esta figura, en la STSJ Andalucía (Sevilla) de 10/04/2003 (AS 2003/2371).

<sup>23</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 01/10/1992 (TL-29/1993).

<sup>24</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 25/09/1997 (TL 46/1998).

### 3.2.1. *La interpretación del contenido del convenio: determinación de los cánones hermenéuticos aplicables*

Entre otros aspectos concernidos, hay que aludir, además, a la problemática relativa a la determinación de cuáles han de ser los cánones hermenéuticos más apropiados para resolver las dudas que surgen habitualmente a la hora de precisar el alcance y significado del contenido de aquellas cláusulas convencionales cuya redacción resulta confusa o poco clara. A tenor de los pronunciamientos recaídos al respecto, parece que, en principio, se apuesta claramente por aquéllos que son propios de las normas jurídicas, lo que se cohonesto con la indiscutible naturaleza normativa de los convenios colectivos (estatutarios). Por tanto, aplicando las previsiones al efecto contempladas en el art. 3.1 C.c., ante una cláusula convencional controvertida habrá que atenerse prioritariamente al sentido propio o literal de sus palabras<sup>25</sup>.

Ello no obstante, nos encontramos con sentencias que, quizá sobrevalorando el rasgo constitutivo de producto negociado que indiscutiblemente está presente en el momento de la génesis convencional, apuestan claramente por aplicar los cánones hermenéuticos previstos para los contratos, remitiéndose en consecuencia a lo dispuesto en los artículos 1281 y siguientes del Código Civil. Con base en ello, se argumenta que “si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes se estará al sentido literal de su cláusulas”<sup>26</sup>.

De forma más matizada, sin embargo, destacan aquellos otros pronunciamientos que inciden en el carácter mixto, híbrido o “ambivalente” de los convenios colectivos. Como consecuencia directa de ello, “en la labor interpretativa de los mismos deben tenerse en cuenta tanto las reglas prevenidas en el art. 3 como las establecidas en los arts. 1281 a 1289 del Código Civil”<sup>27</sup>, lo que en la práctica supone apostar de forma prioritaria por una interpretación literal y sistemática<sup>28</sup>, siempre sin perder de vista el principio, estrictamente iuslaboralista, de que, en caso de duda, ‘pro operario’<sup>29</sup>.

De este modo, teniendo en cuenta su doble naturaleza, lo habitual en la praxis judicial es aplicar conjunta y combinadamente los cánones hermenéu-

<sup>25</sup> En este sentido se postulan la STSJ Andalucía (Sevilla) de 09/11/1991 (TL-24/1992), la STSJ Andalucía (Sevilla) de 01/07/1992 (TL 27/1993) y la STSJ Andalucía (Sevilla) de 09/10/1992 (TL-29/1993).

<sup>26</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 22/05/2007 (AS 2007/3413). En parecidos términos, STSJ Andalucía (Granada) de 17/05/06 (EDJ 2006/447371).

<sup>27</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 25/09/1997 (TL 46/1998).

<sup>28</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342)

<sup>29</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 25/09/1997 (TL 46/1998).

tivos propios de las normas (art. 3 C.c.) y de los contratos (art. 1281 ss. Cc.)<sup>30</sup>, ratificando, por lo demás, la doctrina jurisprudencial que, de forma generalizada, se ha ido consolidando al respecto desde un primer momento<sup>31</sup>. En cualquier caso, y al margen del alcance teórico del debate, hay que las reglas de interpretación literal y sistemática son similares para las normas y para los contratos, ya que, respectivamente, se hace alusión, tanto al “sentido literal de sus palabras” (art. 3 C.c.), como al “sentido literal de sus cláusulas” (art. 1281 C.c.); y, en ambos casos, “en relación con su contexto” (art. 3 C.c.), o, lo que para el caso es lo mismo, “las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas” (art. 1285 C.c.).

En definitiva, en ambos casos, de lo que se trata es “de indagar el sentido que en derecho corresponde a una voluntad declarada”, si bien, en el caso de la norma, sólo desde una perspectiva teleológica y, en el caso del contrato, introduciendo un claro matiz de subjetividad, pues se requiere la búsqueda de la “concreta intención de las partes”<sup>32</sup>. Por lo demás, resulta obvio que se enfatice en la interpretación sistemática, cuyo alcance aplicativo tiene una importancia especial al constituir el convenio “un todo orgánico e indivisible”<sup>33</sup>, de modo que sus distintas partes forman “un entramado unitario”<sup>34</sup> difícilmente escindible. En suma, es lo que se ha venido a denominar “cánon hermenéutico de la totalidad”<sup>35</sup>, cuyo objetivo no es otro que evitar la ruptura del llamado equilibrio interno del convenio.

### 3.2.2. *El convenio como contrato: el respeto al equilibrio interno del convenio*

Especial interés tiene, desde esta perspectiva centrada en su génesis contractual, la aplicación de la teoría del llamado equilibrio interno del convenio, fundada, precisamente, sobre la concepción del convenio como fruto de una delicada composición de intereses que no sería posible alterar mediante una eventual aplicación fragmentada del mismo que pudiera afectar a su consideración como un todo indivisible. En esta línea, la doctrina del TSJA no se aparta un ápice de la consolidada jurisprudencia del TS sobre la materia, de la que se hace eco sin apenas introducir matizaciones de relevancia. Consecuentemente, una vez aceptada la naturaleza normativa del convenio colectivo, en

<sup>30</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342).

<sup>31</sup> En este sentido, v., entre otras, la STS de 14/07/1987 (RJ 1987/5373).

<sup>32</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342).

<sup>33</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342).

<sup>34</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342).

<sup>35</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342).

especial, proyectada sobre el plano de sus efectos, se pone de manifiesto que, con todo, “no cabe ignorar, sin embargo, el origen contractual del convenio y que éste, como por ello se explica, manifiesta un complicado equilibrio entre posturas que atienden intereses opuestos; de ahí que sea necesario su consideración unitaria, pues es el convenio en su conjunto el que refleja dicho equilibrio, el cual puede ceder mediante la anulación referida sólo a alguna de sus cláusulas, teniendo en cuenta que su eventual eliminación pondría en entredicho la reciprocidad de intereses que ha logrado compaginar”<sup>36</sup>.

El alcance de esta doctrina se pone especialmente de manifiesto, tanto a la hora de vedar el recurso al llamado “espiguelo”, en los supuestos donde es preciso determinar la regulación colectiva aplicable, como para cuestionar la aplicación de las cláusulas subsistentes tras una declaración de nulidad parcial del convenio, pues, en ambos casos, se “pondría en entredicho la reciprocidad de intereses que ha logrado compaginar”<sup>37</sup>. En definitiva, ello viene a reflejar el carácter transaccional inmanente al convenio, “donde cada cláusula es una especie de ‘do ut des’ que hace interdependientes a todas hasta el punto de deber entenderse que los negociadores no hubieran consentido las unas sin las aceptación de las otras”<sup>38</sup>, lo cual es especialmente relevante en relación con determinadas materias, como es el caso de los salarios<sup>39</sup>. Por todo ello, no cabe olvidar que “el convenio colectivo constituye una unidad cuyo entramado debe mantenerse en su integridad”<sup>40</sup>.

### 3.2.3. *El alcance del papel atribuido a las Comisiones Paritarias*

Del mismo modo, un aspecto vinculado a este carácter de norma negociada, que hace del convenio el resultado coyuntural de una confluencia de intereses, es la atribución a la Comisión Paritaria de la facultad de intervenir preceptivamente en la solución de conflictos colectivos de trabajo, sin que ello menoscabe el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>41</sup>, según reiterada doctrina constitucional<sup>42</sup>. En cualquier caso, siendo un órgano genuinamente conven-

<sup>36</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 12/09/2007 (EDJ 2007/363229), que, de forma literal, se hace eco de la doctrina contenida en diversos pronunciamientos jurisprudenciales, como el contenido entre otras, en las SSTs de 24/02/1992 y de 24/04/1993 (RJ 1993/3381).

<sup>37</sup> STS de 29/04/1993 (RJ 1993/3381).

<sup>38</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 05/11/1991 (TL-24/1992), que reproduce, a tales efectos, los términos de la STSJ Andalucía (Granada) de 10/11/1989 (TL 19-20/1990).

<sup>39</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 10/11/1989 (TL 19-20/1990).

<sup>40</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 05/10/1992 (TL-29/1993)

<sup>41</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 08/06/1990 (TL-25/1992) y STSJ Andalucía (Sevilla) de 30/01/1991 (TL- 23/1992).

<sup>42</sup> Así, entre otras, v. la STC 60/1989 (RTC 1898/60).

cional, pues es el convenio el que, además de crearlo, determina los distintos aspectos que configuran su régimen jurídico (composición, competencias, funcionamiento)<sup>43</sup>, es preciso que dicha función sea expresamente asignada en convenio, pues no cabe que se deduzca de su configuración genérica como órgano de interpretación y aplicación del convenio<sup>44</sup>.

Por otra parte, el TSJA se encarga de resolver alguna de las dudas interpretativas

que han ido surgiendo en la dinámica aplicativa de esta función habitualmente asignada a las Comisiones Paritarias. De este modo, se deja claro que, para que el trámite se entienda agotado, no bastaría con la mera formalización de la solicitud ante el órgano siguiendo el procedimiento previsto al efecto, sino que, obviamente, sería preciso esperar a que se dictase la correspondiente resolución<sup>45</sup>. Igualmente, en lo que se refiere al alcance de la mencionada atribución, y según establece la jurisprudencia dictada al respecto<sup>46</sup>, ha de quedar patente que no sería exigible cumplir con este trámite en aquellos supuestos en los que no se trate de la interpretación de una cláusula del propio convenio colectivo<sup>47</sup>.

En todo caso, se trata de una función de alcance limitado, al quedar circunscrita al ámbito aplicativo y sin que, en ningún caso, pueda suponer el desarrollo de una actividad en el plano de la creación jurídica. La doctrina del TSJA es inequívoca al respecto en el sentido de reafirmar la línea jurisprudencial<sup>48</sup>, según la cual las comisiones paritarias no pueden efectuar modificaciones en el contenido del convenio (labor que sólo compete, en su caso, a la comisión negociadora), ni asignar *motu proprio* valor normativo a los acuerdos adoptados en su seno<sup>49</sup>. De ello se derivan consecuencias en el plano procesal, pues la eventual impugnación de tales acuerdos no podría encauzarse por la vía del art. 161 LPL (reservado, como se sabe, a la impugnación de convenios), sino por la, más genérica, del proceso de conflictos colectivos (arts. 151 ss. LPL).

### 3.3. Contractualismo vs normatividad en el convenio colectivo

Hay que subrayar, no obstante, que a pesar de que las señaladas constituyen consecuencias que se derivan de la génesis contractual del convenio, nunca han

<sup>43</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 28/05/2007 (AS 2007/3527).

<sup>44</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342), que viene de este modo a ratificar una doctrina ya consolidada y contenida, entre otras, en la STS de 08/11/1994 (RJ 1994/8600).

<sup>45</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 24/07/2007 (AS 2008/521).

<sup>46</sup> Ratifica la doctrina contenida en la STS de 17/02/1997 (RJ 1997/1440).

<sup>47</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342).

<sup>48</sup> Contenida, entre otras, en la STS de 31/10/2005 (RJ 2006/1305).

<sup>49</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 28/05/2007 (AS 2007/3527).

de proyectarse sobre el plano de la eficacia jurídica del mismo ni, por tanto, poner en cuestión su vinculabilidad (fuerza vinculante o eficacia normativa). En definitiva, cualquier pretensión de extraer consecuencias jurídicas desde esta perspectiva ha de quedar circunscrita al momento de su creación y su eventual renovación, en la medida en que es fruto de una confluencia de intereses opuestos que discurre en el procedimiento de negociación. Pero una vez elaborado el convenio, despliega plenamente los típicos efectos normativos (imperativo o inderogable, automático y sustitutivo) y, como no puede ser de otra manera, sus destinatarios quedan vinculados a su contenido del mismo modo que al de cualquier otra norma jurídica. Por todo ello, no sería factible que una de las partes del convenio decidiera inaplicar una cláusula por el mero hecho de considerarla contraria a la legalidad, sin haber instado el preceptivo proceso de impugnación del convenio<sup>50</sup>. E, igualmente, en esta justa minusvaloración del carácter contractual del convenio que, en esencia, supone su reconducción a los aspectos vinculados al proceso de creación o revisión del mismo, podemos situar el rechazo generalizado que encontramos en la doctrina del TSJA, a la utilización de mecanismos dirigidos a socavar su intangibilidad. Es lo que ocurre en relación con la eventual aplicación de la llamada cláusula “*rebus sic stantibus*”, “cuyo ámbito natural de eficacia es el de las obligaciones y contratos, pero no el de las normas, naturaleza que ostenta el convenio”<sup>51</sup>.

En claro contraste con lo anterior, sin embargo, nos encontramos con algunas sentencias cuyo contenido no está en correspondencia con la naturaleza normativa atribuida al convenio. Antes al contrario, y aunque no se haga de una forma explícita, se sienta una doctrina en relación con determinados aspectos que, en esencia, supone un cuestionamiento de su propio valor jurídico como fuente de regulación de las relaciones laborales. Es lo que ocurre, señaladamente, con el alcance del principio “*iura novit curia*” aplicado al convenio, problema que se suscita a la hora de decidir si debe o no aportarse a juicio. La propia existencia de este debate supone, en si misma, un cierto cuestionamiento de la naturaleza normativa del convenio. En efecto, al tratarse de una norma jurídica publicada en el correspondiente boletín oficial por mandato legal (ex art. 90.3 ET) no debería plantearse duda alguna sobre la aplicación sin matices del mencionado principio y, consecuentemente, la exigencia de que se aportara a juicio una copia de un determinado convenio colectivo como *conditio sine que non* para su aplicabilidad supondría una clara contravención del art. 24 CE.

<sup>50</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 05/11/1991 (TL-24/1992).

<sup>51</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 09/10/1998 (AS 1998/3839) y STSJ Andalucía (Málaga) de 09/06/2005 (AS 2005/3601).

Como se sabe, la doctrina jurisprudencial emanada al respecto<sup>52</sup> no ha llegado a estos extremos, pues la eventual vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en estos casos queda condicionada a la concurrencia de una serie de circunstancias, como que la publicación del convenio se haya producido, al menos, en un diario oficial autonómico, que la parte haya proporcionado suficientes datos para identificar la norma, y que la competencia del órgano judicial no exceda del ámbito territorial de correspondiente diario oficial. En estos supuestos, la naturaleza normativa del convenio despliega toda su eficacia, de modo que no sería admisible “denegar su aplicación por el solo hecho de que no se aportase copia al proceso”<sup>53</sup>, ya que “garantizada la publicidad de la norma y su general conocimiento a través de su inserción en el «Diario Oficial», no puede el órgano judicial equiparar a la norma -y sin duda el Convenio lo es en nuestro ordenamiento- con un hecho, y subordinar su aplicación a la prueba de su existencia. Ello supone una denegación arbitraria de la justicia pedida, deviniendo la resolución en que así se concluye una mera apariencia de justicia”<sup>54</sup>.

Sin desdeñar la importancia de la doctrina transcrita, de la que es destacable su coherencia argumental con la naturaleza normativa del convenio, si parece cuestionable que la aplicabilidad de la misma quede condicionada a la concurrencia de los requisitos señalados. Y es que, en la medida en que dicha naturaleza es predicable de todo convenio colectivo, sea del ámbito que sea (la ley no efectúa ninguna distinción al respecto) y, por tanto, con independencia del diario oficial en el que corresponda su publicación, no se justifica que la plena efectividad del principio “iura novit curia” quede reservada sólo a convenios de un determinado nivel. Por otro lado, lo mismo cabe de decir respecto de la exigencia relativa a la necesaria correspondencia entre la competencia del órgano judicial y el ámbito de difusión del diario oficial, exigencia que, en todo punto, hay que considerarla injustificada a tenor de la facilidad de acceso a la información que en la actualidad proporciona el uso de las nuevas tecnologías, máxime tratándose de una publicación de carácter oficial. En consecuencia, bastaría con la mera identificación de la norma por la parte que la alegara para el aludido principio surtiera plenos efectos.

No es ésta, sin embargo, la línea de tendencia que se observa en la doctrina del TSJA. Antes al contrario, como parece acreditarse en las resoluciones judi-

<sup>52</sup> Es destacable especialmente la STC 151/1994, de 23 de mayo (RTC 1994/151), cuya doctrina ha tenido el correspondiente reflejo en la jurisprudencia ordinaria, principalmente, en las SSTs de 20/11/2000 (RJ 2001/1423), de 29/10/2002 (RJ 2003/462), de 27/04/2004 (RJ 2004/3663) y de 17/09/2004 (RJ 2004/7123).

<sup>53</sup> STC 151/1994, de 23 de mayo (RTC 1994/151).

<sup>54</sup> STC 151/1994, de 23 de mayo (RTC 1994/151).

ciales acaecidas en la materia<sup>55</sup>, se exige de forma rigurosa la aportación a juicio del convenio, es decir, como si se tratase de un mero dato fáctico. La incoherencia implícita a este tipo de resoluciones se acentúa en aquéllos casos, nada infrecuentes, en los que se llega a esta conclusión partiendo del reconocimiento del carácter normativo del convenio<sup>56</sup>.

### **3.4. La problemática (e irresuelta) caracterización jurídica del convenio colectivo de eficacia limitada**

La doctrina del TSJA en torno a la naturaleza jurídica y eficacia del convenio de eficacia limitada o extraestatutario es fiel reflejo, por lo general, del grado de incertidumbre y confusión que se percibe en los ensayos constructivos realizados al respecto por parte de la jurisprudencia. En todo caso, la asunción acrítica de los principales postulados de esta doctrina, que son objeto de sistemática reiteración, no elude las insalvables contradicciones en las que aquella incurre y, desde luego, hacen necesario proceder a una reformulación de la misma más acorde con nuestro modelo constitucional de negociación colectiva y, en última instancia, más coherente con la función reguladora del convenio.

Un análisis de la aludida doctrina pone de manifiesto que, como punto de partida argumental, no se suele plantear duda alguna sobre el fundamento constitucional y la consecuente viabilidad jurídica de este tipo de negociación extraestatutaria. De este modo, se afirma de forma taxativa que “el derecho a la negociación colectiva que consagra el artículo 37.1 de la Constitución posibilita no sólo la conclusión de convenios colectivos con arreglo al modelo fijado en los artículos 82 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores y eficacia ‘erga omnes’, sino también de otros pactos sin las formalidades estatutarias y que limitan su observancia a los firmantes”<sup>57</sup>, por lo que, en ningún caso, puede calificarse su conclusión como fraudulenta por el mero hecho de que, inicialmente, se pretendiera negociar un convenio estatutario<sup>58</sup>.

Sentado lo anterior, sin embargo, parece imponerse una necesidad imperiosa de degradar jurídicamente al convenio negociado al margen de las prescripciones estatutarias, llegando hasta el punto de extraer una serie de consideraciones jurídicas acerca de su naturaleza (contractual) y eficacia (obligacional) que, a la postre, entran en clamorosa contradicción con el fundamento consti-

<sup>55</sup> V., entre otras, la STSJ Andalucía (Granada) de 11/01/2001 (EDJ 2001/25803) y la STSJ Andalucía (Granada) de 25/10/2002 (EDJ 2002/61909).

<sup>56</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 25/10/2002 (EDJ 2002/61909).

<sup>57</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 29/09/1994 (TL-34/1995).

<sup>58</sup> STSJ Andalucía de 13/11/1989 (TL 19-20/1990).

tucional reconocido. De este modo, nos encontramos con elocuentes afirmaciones al respecto, tales como aquellas que señalan que estamos ante “un pacto o decisión extraestatutario, no cabiendo olvidar que, si bien este tipo de actos encuentra cobertura en la esfera de la autonomía de la libertad que reconoce el art. 37.1 de la Constitución”<sup>59</sup>, se encuentran, no obstante, “situados en plano de menor relieve que la derivada del convenio colectivo y han de respetar las normas legales de derecho necesario”<sup>60</sup>. Como se puede apreciar se trata de una argumentación confusa y equívoca (el respeto a las normas legales de derecho necesario no es, obviamente algo privativo de los convenios extraestatutarios, sino aplicable a todo tipo de convenio), cuya finalidad última, sin embargo, no es otra que establecer una caracterización jurídica diferenciada, de menor nivel, que la elaborada en torno al convenio estatutario.

Esta caracterización del convenio de eficacia limitada como producto convencional “degradado” jurídicamente por no cumplir con alguno de los requisitos estatutarios (señaladamente, las reglas de legitimación) es una constante en la doctrina judicial<sup>61</sup>. Por ello, a pesar de que en algún pronunciamiento judicial, más matizado, parecía apostarse por el reconocimiento de su eficacia normativa<sup>62</sup>, lo habitual es partir de su calificación como “mero contrato”<sup>63</sup> y justificar así su eficacia limitada a los representados por los firmantes. Aunque, en el fondo, el proceso argumental es justamente el inverso, pues es la indiscutible (e indiscutida) eficacia limitada del convenio extraestatutario la que se erige en presupuesto de su calificación jurídica como contrato.

En el fondo, como puede apreciarse, la raíz del equívoco está en la confusión entre eficacia personal y eficacia jurídica, lo que se traduce en el clásico (y erróneo) correlato, eficacia general-normativa *vs.* eficacia limitada-contratual, del que reiteradamente se hacen eco la mayoría de las resoluciones dictadas sobre la materia<sup>64</sup>. De este modo, se llega a afirmar que “los convenios estatutarios (...) constituyen convenios ‘de eficacia general’ o *erga omnes* porque alcanzan fuerza normativa”<sup>65</sup>, de tal manera que “la eficacia normativa de estos convenios es una eficacia privilegiada, pues llegan a formar parte del ordenamiento jurídico”<sup>66</sup>. Por el contrario, “los pactos extraestatutarios no son fuente de derechos sino de obligaciones, en tanto que situados en plano de

<sup>59</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 17/09/2002 (EDJ 2002/62741).

<sup>60</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 17/09/2002 (EDJ 2002/62741).

<sup>61</sup> De forma explícita, v. STSJ Andalucía (Granada) de 13/11/1989 (TL 19-20/1990).

<sup>62</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 29/09/1994 (TL-34/1995).

<sup>63</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 10/05/2006 (EDJ 2006/445464).

<sup>64</sup> Así, entre otras, v. la STSJ Andalucía (Málaga) de 26/02/2003 (AS 2003/1378).

<sup>65</sup> STSJ (Andalucía (Granada) de 10/05/2006 (EDJ 2006/447044).

<sup>66</sup> STSJ (Andalucía (Granada) de 10/05/2006 (EDJ 2006/447044).

menor relieve que la derivada del Convenio Colectivo”<sup>67</sup>, de modo que, enfatizando en la mencionada degradación, no tienen eficacia normativa, sino meramente “convencional”<sup>68</sup>. En otras ocasiones, sin embargo, la argumentación es claramente incongruente, pues, por un lado se reafirma su naturaleza contractual y su consecuente (aunque a veces no suficientemente explicitada) eficacia obligacional, pero, al mismo tiempo, se sitúa en la misma posición, dentro del sistema de fuentes, que al convenio colectivo estatutario, es decir, supeditado a la ley y respetando las disposiciones legales de derecho necesario<sup>69</sup>.

Es preciso, por tanto, insistir en la necesidad de superar la mencionada confusión entre ambos planos, pues el hecho de que el convenio de eficacia limitada sólo vincule a los representados por los firmantes (eficacia personal limitada) no tiene porqué poner en cuestión el modo en el que quedan vinculadas (eficacia jurídica) las relaciones laborales sometidas a su ámbito de aplicación. Y esta fuerza vinculante, que ha de considerarse equivalente a eficacia normativa, no difiere en uno y otro tipo de convenio, pues, en ambos casos, estamos ante productos que, aun con diferente alcance, encuentran su fundamento común en el reconocimiento constitucional de la negociación colectiva como fuente del Derecho del Trabajo.

Por otra parte, sólo así se avanzaría en la delimitación tipológica de los diferentes resultados a los que puede conducir la actividad negociadora de los sujetos colectivos que, como parece incontestable en la actualidad, no se limita a las dos categorías de convencionales aludidas, sino que también puede dar lugar a acuerdos de diferente índole. Una prueba de la necesidad de alcanzar logros constructivos en esta materia, la encontramos en aquella línea doctrinal que tiende a calificar como “convenio colectivo extraestatutario” a todo producto convencional que no se ajuste a las previsiones del Título III del ET, y ello a pesar de que se trate de figuras que, como el acuerdo de empresa, han sido objeto del correspondiente referendo legal<sup>70</sup>. Una vez efectuada esta calificación, y al estar reservada la eficacia normativa al convenio estatutario, el acuerdo de empresa sólo puede desplegar una eficacia contractual. Pero al no negar el fundamento constitucional del acuerdo de empresa, se hace partícipe a éste de la “fuerza vinculante” que, de este modo, queda equiparada a eficacia contractual.

Se asume así cierta doctrina jurisprudencial, según la cual, “el puesto que le corresponde a estos pactos extraestatutarios es el tercero, es decir, después de

<sup>67</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 24/09/2002 (EDJ 2002/62717).

<sup>68</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 26/02/2003 (AS 2003/1378).

<sup>69</sup> STSJ Andalucía de 13/11/1989 (TL 19-20/1990).

<sup>70</sup> En este sentido, v. STSJ Andalucía (Sevilla) de 13/02/2007 (AS 2007/1586).

las normas legales y reglamentarias y de los convenios colectivos de eficacia general, situándose al mismo nivel que el contrato de trabajo, aunque su ámbito de aplicación excede de lo individual”<sup>71</sup>(sic). Al aplicarla al caso concreto, la consecuencia de esta línea argumental no puede ser otra que considerar que “un pacto de eficacia limitada a una empresa no puede prevalecer ni contradecir las disposiciones de un convenio colectivo estatutario, por razones de jerarquía, al igual que no puede hacerlo el contrato de trabajo individual...en aplicación del artículo 3.1.c del ET”<sup>72</sup>.

Consecuentemente, se trata de un proceso argumental que aboca en la “desdiferenciación” (valga la expresión) entre contrato individual, convenio de eficacia limitada y acuerdo de empresa, negando la autonomía tipológica de cada una de estas figuras y, por tanto, haciendo difícil la resolución de los problemas aplicativos que eventualmente surjan en la práctica. Por otra parte, si lo que se pretende es evitar que un convenio estatutario pueda ver afectada su intangibilidad por una norma convencional (un acuerdo de empresa o un convenio de eficacia limitada) de carácter peyorativo, bastaría con recurrir al principio aplicativo (norma más favorable) contemplado en el art. 3.3 ET, especialmente concebido para estos supuestos. De este modo no sería necesario degradar el acuerdo de empresa a la condición de mero contrato (para aplicar así el art. 3.1.c ET), como hace la sentencia comentada.

En definitiva, y a pesar de las contradicciones insalvables que ello provoca, el recurso al contractualismo parece que continúa siendo inevitable en la doctrina judicial a la hora de buscar respuestas ante los problemas planteados por los productos de la negociación colectiva que no han sido objeto de una especial atención legislativa. Esta tendencia, que encuentra su colofón con la aplicación las reglas civilistas para integrar las lagunas legales del derecho convencional (cuando lo lógico sería aplicar, a modo de *ius commune* convencional, las reglas del Título III ET que no estén estrictamente vinculadas al convenio de eficacia general), es una constante histórica que no parece encontrar vías para su definitiva superación. Parece como si el Derecho del Trabajo, como disciplina autónoma, careciera de la consistencia dogmática suficiente y sólo quedase la alternativa del recurso a las consolidadas instituciones civilistas, aunque ello suponga hacer abstracción de los diferentes principios, valores y fines de una y otra rama del ordenamiento jurídico y que, a la postre, constituyen el fundamento de su autonomía.

En cualquier caso, y al margen de las razones inherentes a este tipo de opciones metodológicas, conviene recordar que, desde un primer momento, las

<sup>71</sup> STS de 20/11/2003 (RJ 2004/29).

<sup>72</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 13/02/2007 (AS 2007/1586).

tesis contractualistas manifestaron sus insuficiencias para fundar la vinculabilidad del convenio. Ello se debe, principalmente, al hecho de que si aceptamos que el convenio es un contrato sólo cabe que despliegue eficacia obligacional que, como se sabe, queda circunscrita a los firmantes. Si se pretende que su contenido vincule a los contratos individuales de trabajo sometidos a su ámbito de aplicación sería preciso recurrir a técnicas civilistas como la representación o entender que su clausulado queda incorporado a cada uno de aquéllos. Pero la propia necesidad de recurrir a estos mecanismos es el principal argumento para negar la “fuerza vinculante” que, en esencia, presupone una vinculabilidad que se ejerce “desde fuera” y que se concreta en el despliegue de los típicos efectos que se anudan a una norma: imperativo, automático y sustitutivo.

Finalmente, frente a la habitual aseveración relativa a la aplicabilidad a los convenios de eficacia limitada (e, incluso, a los acuerdos de empresa) de las reglas civiles sobre obligaciones y contratos, habría que concluir que, quizá, lo más adecuado sería concebir que es el Título III de Estatuto, y no el Código Civil, el derecho común convencional al que debería acudir a la hora de determinar el régimen jurídico aplicable a los mismos. Se evitaría de este modo los problemas que se derivan de la no exigibilidad a éstos de requisitos y formalidades estatutarias (tales como la determinación de las partes, los ámbitos, etc.) que otorgarían unas mayores dosis de seguridad jurídica en la aplicación de este tipo de convenios, una vez que su viabilidad jurídica ha quedado indiscutida. De ahí que haya que superar la doctrina plasmada en alguna sentencia, según la cual, “por consecuencia de la separación estanca que existe entre convenios colectivos estatutarios y extraestatutarios, y entre la regulación de unos y otros, no es aplicable a estos últimos ninguna de las disposiciones que establece el Título III del Estatuto de los Trabajadores, ni precisan por consiguiente de la expresión de los requisitos que se dicen omitidos”<sup>73</sup>.

#### **4. EL CONTENIDO DEL CONVENIO: CARACTERIZACIÓN Y LÍMITES**

Al margen de los aspectos relativos a la caracterización de los diferentes tipos de cláusulas que integran el convenio, es particularmente interesante la doctrina del TSJA en torno a los límites del contenido del convenio. Dicha doctrina aparece recogida en un amplio y variado elenco de sentencias que, partiendo de su posición en el sistema de fuentes y de la función normativa encomendada a la negociación colectiva (“espacio vital”), trata de buscar equi-

<sup>73</sup> STSJ Andalucía de 13/11/1989 (TL 19-20/1990).

librios entre ambos parámetros. De este modo, se matiza el rigor de una aplicación demasiado estricta del principio de jerarquía que, a la postre, pudiera hacer tabla rasa de la rica y compleja interacción que se establece entre ley y convenio como principales fuentes de ordenación de las relaciones laborales. Lo mismo sucede cuando los límites vienen impuestos por el necesario respeto a los derechos fundamentales que, ello no obstante, deben aplicarse de forma modulada.

Desde ambas perspectivas, hay que tener en cuenta que, la respuesta del ordenamiento jurídico frente a las eventuales extralimitaciones que se verifiquen en el contenido convencional se ha de efectuar sobre la base de los principios aplicativos que rigen la relación entre las diferentes fuentes del derecho. Es decir, se trata de operaciones jurídicas que se sitúan en el plano aplicativo y que, en ningún caso, pueden trasladarse al ámbito de la creación jurídica, donde la aplicación de tales principios podría provocar importantes distorsiones. De forma señalada, la subordinación jerárquica del convenio a la ley que se establece en el plano aplicativo no es extrapolable al plano creativo, donde las relaciones entre ley y convenio no deben asimilarse a las que existe entre norma delegante y norma delegada, como señala una importante doctrina jurisprudencial<sup>74</sup> que, no obstante, ha sufrido cierta revisión recientemente con ocasión de los pronunciamientos recaídos en torno a la jubilación forzosa.

Es preciso, por tanto, efectuar un análisis de la mencionada doctrina diferenciando las limitaciones al contenido convencional que, respectivamente, proyecta la supeditación jerárquica del convenio a la CE y a la ley.

#### **4.1. Los derechos fundamentales y principios constitucionales como límites al contenido convencional: especial referencia al principio de igualdad**

Un buen número de resoluciones judiciales tienen por objeto determinar, de manera más o menos matizada, el contorno de las limitaciones que impone al contenido del convenio el necesario respeto de los derechos fundamentales reconocidos en la CE. Sin duda, al margen de las que se refieren a algunos supuestos especialmente controvertidos, como los relativos a la calificación de una cláusula como antisindical<sup>75</sup>, la gran mayoría de ellas están vinculadas a la problemática específica que plantea la observancia del principio de igualdad y

<sup>74</sup> Contendida, entre otras, en la STC 58/85 y en la STS de 29/04/1993 (RJ 1993/3381). Doctrina de la que se ha hecho eco, por ejemplo, la STSJ Andalucía (Sevilla) de 13/02/2007 (AS 2007/1586).

<sup>75</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 09/02/2005 (AS 2007/1672).

no discriminación (art. 14 CE) en su dimensión laboral (art. 4.2.c y 17 ET), que se proyecta en cuestiones como las exclusiones del ámbito personal del convenio, las dobles escalas salariales o las cláusulas de jubilación forzosa.

#### 4.1.1. *Las exclusiones injustificadas del ámbito de aplicación personal del convenio*

Como se sabe, el parámetro para medir el ajuste de las diferencias de trato que, en su caso, se incorporen al contenido convencional a las exigencias impuestas por el respeto al principio de igualdad y no discriminación es el de su justificación objetiva y razonable. El sometimiento a este test de las cláusulas de los convenios que establecen exclusiones de determinados colectivos de trabajadores, a la hora de acotar sus respectivos ámbitos de aplicación personal, ha ido aquilatando paulatinamente una doctrina judicial que, con alguna que otra matización, puede entenderse bastante consolidada.

A tenor de dicha doctrina, y partiendo de la base de que es preciso respetar el margen de libertad que se les reconoce a las partes del convenio a tales efectos (art. 83.1 ET), lo que “implica que, en cada convenio colectivo concreto, las partes son libres para determinar cuáles y quiénes son los trabajadores afectados por el mismo”<sup>76</sup>, se van a entender legítimas las exclusiones de determinados colectivos que, por sus propias características, gozan de un estatuto propio, como es el caso del personal directivo<sup>77</sup>. El carácter objetivo del criterio y la existencia de diferencias cualitativas entre este colectivo y el resto de los trabajadores serían elementos suficientes para superar los parámetros jurisprudencialmente establecidos y, en consecuencia, para considerar justificada esta diversidad de tratamiento que supone la exclusión practicada del ámbito personal del convenio.

En otros supuestos, sin embargo, las exclusiones no superan el mencionado test y, en consecuencia, al suponer diferencias de trato que carecen de una justificación objetiva y razonable, van a sufrir el inevitable reproche de contravenir el mandato constitucional impuesto por el principio de igualdad<sup>78</sup>. Un caso paradigmático al respecto, por el número de resoluciones de que ha sido objeto, ha sido el relativo a la exclusión de trabajadores temporales del ámbito de aplicación del Convenio Colectivo para el Personal Laboral de la Junta de Andalucía. Ciertamente, la exclusión se practicaba por considerar que se trataba de “personal temporero eventual para labores agrícolas”, es decir, un colectivo

<sup>76</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 28/05/2007 (AS 2007/3527), que aplica la doctrina jurisprudencial acuñada al respecto contenida, entre otras, en la STS de 23/06/1994 (RJ 1994/5470).

<sup>77</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 28/05/2007 (AS 2007/3527).

<sup>78</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 03/12/1992 (TL 26/1993).

con singularidades específicas que le hacen merecedor de un estatuto propio y diverso al ámbito de aplicación personal del mencionado convenio. La cuestión que se planteaba, sin embargo, es decidir si los trabajadores afectados eran o no susceptibles de ser calificados como temporeros agrícolas y, por tanto, de ser incluidos en dicho colectivo. Según el TSJA la marginalidad de las tareas agrícolas realizadas en el contexto de las funciones encomendadas a estos trabajadores (principalmente vinculadas a la investigación) constituye un argumento suficiente para desdeñar la posibilidad de que sean caracterizados como temporeros agrícolas. Consecuentemente, y en la medida en que la mera temporalidad no es un criterio suficiente para justificar una diversidad de tratamiento<sup>79</sup>, la exclusión de estos trabajadores del ámbito de aplicación del convenio se va a considerar una vulneración del principio de igualdad<sup>80</sup>.

#### 4.1.2. *La discriminaciones retributivas establecidas en convenio: especial referencia a las “dobles escalas salariales”*

En el caso de las discriminaciones retributivas y, concretamente, en los supuestos de las prácticas convencionales conocidas consistentes en el establecimiento de las llamadas dobles escalas salariales, encontramos, sin embargo, una mayor laxitud en la doctrina del TSJA. Ciertamente, existen pronunciamientos donde las diferencias de tratamiento retributivo están fundadas en criterios objetivos y razonables y, por ello, superan el correspondiente test de constitucionalidad, como ocurre en los supuestos donde existe un elemento distintivo de suficiente entidad vinculado con el contenido cualitativo o cuantitativo de la prestación laboral<sup>81</sup>, o se trata de compensar la pérdida de algún derecho anteriormente atribuido<sup>82</sup>.

En otros casos, sin embargo, se pone de manifiesto una aplicación inadecuada de la doctrina jurisprudencial acuñada sobre la materia, como queda constatado por el elevado número de sentencias que posteriormente han sido objeto de casación<sup>83</sup>. La mayoría de estos supuestos están relacionados con el

<sup>79</sup> Como establece una reiterada doctrina jurisprudencial, contenida, entre otras, en las SSTS de 06/07/2000 (RJ 2000/6294); de 03/10/2000 (RJ 2000/8659) y 07/10/2002 (RJ 2002/10912).

<sup>80</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 20/02/2007 (AS 2007\1581), que reitera la doctrina establecido por otros pronunciamientos anteriores, entre otros, los contenidos en la STSJ Andalucía (Sevilla) de 07/02/2005 (CARL 433/2005) y STSJ Andalucía (Sevilla) de 20/04/2005 (CARL 1065/2005), objeto de ratificación, respectivamente, en la STS de 09/10/2006 ((RJ 2006/8860) y en la STS de 11/10/2006 (RJ 2006/7168).

<sup>81</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 22/05/2007 (AS 2007/3413).

<sup>82</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 25/10/2007 (AS 2008/992).

<sup>83</sup> En este sentido, v. SSTS de 12/11/2002 (RJ 2003/1026), de 10/12/2003 (RJ 2004/1783), de 20/04/2005 (RJ 2005/5401), de 21/12/2007 (RJ 2008/2771), de 17/07/2008 (JUR 2008/313648), de 22/01/2008 y de 20/02/2008 (RJ 2008/1461).

reconocimiento o la aplicación de complementos salariales por antigüedad que, de forma más o menos velada, aparecen vinculados a criterios que se entienden inadmisibles desde la perspectiva del mencionado test de constitucionalidad, como puede ser la fecha de ingreso en la empresa<sup>84</sup>, sin que el ardid técnico de denominar a los complementos de modo diferente (“antigüedad” y “vinculación”) puede servir para neutralizar el reproche jurídico que merecen este tipo de prácticas. Del mismo modo, tampoco sería admisible a tales efectos su hipotética consideración en estos casos como una condición más beneficiosa, pues “no se trata de un derecho ya consolidado, sino del reconocimiento de un trato más favorable en el futuro, sin que exista una razón objetiva que justifique el que no se reconozca a quienes están en la misma situación, salvo en lo relativo a la fecha de ingreso”<sup>85</sup>.

En cualquier caso, fruto del inevitable relativismo en el que se mueve la jurisprudencia del TS, que se hace patente tanto en ésta como en otras materias, nos encontramos con que, cuando los pronunciamientos del TSJA son coherentes con la doctrina expuesta y, consecuentemente, anulan cláusulas convencionales por configurar el devengo del complemento de antigüedad en términos discriminatorios, es aquél órgano jurisdiccional el que se aparta de su anterior doctrina<sup>86</sup> y acaba declarando justificadas las diferencias de trato establecidas al respecto<sup>87</sup>.

#### 4.1.3. *Las cláusulas de jubilación forzosa y el principio de igualdad*

El largo e inacabado debate sobre la necesidad de retrasar la edad de jubilación, aunque ubicado en el contexto de las medidas de política del derecho dirigidas a salvaguardar nuestro sistema de pensiones, ha encontrado proyección jurídica en el ámbito de la discriminación por edad. Desde esta perspectiva, y aunque se trataba de una cuestión jurídicamente resuelta por la jurisprudencia constitucional y ordinaria emanada desde la década de los ochenta, la polémica se ha reabierto de nuevo tras la derogación de la D.A. 10ª ET por la

<sup>84</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 01/03/2006 (AS 2006/1084), STSJ Andalucía (Granada) de 25/10/2006 (CARL 2970/2006) (casada por STS de 22/01/2008), STSJ Andalucía (Granada) de 04/10/2006 (CARL 3065/2006) (casada por STS de 20/02/2008, RJ 2008/1461), SSTSJ Andalucía (Granada) de 17/10/2007 (AS 2008/2556 y AS 2008/2667). Son varias las sentencias de esta misma fecha que resuelven recursos sobre la misma cláusula convencional, el art. 9 del CC de Frutas, Hortalizas y Flores de Almería, que son sucesivamente casadas por el TS en el sentido expresado; v., por todas, la STS de 17/07/2008 (RJ 2008/6568).

<sup>85</sup> STS de 20/02/2008 (RJ 2008/1461).

<sup>86</sup> Contenida, entre otras, en la STS de 20/02/2008 (2008/1461) y ratificada de nuevo, posteriormente, en la STS de 17/07/2008 (RJ 2008/6568).

<sup>87</sup> STS de 15/06/2008 (RJ 2008/4228).

Ley 12/2001, especialmente, en lo que se refiere a las repercusiones de la misma sobre la viabilidad jurídica de tales cláusulas. Las divergentes posiciones doctrinales y judiciales al respecto tuvieron su colofón en el pronunciamiento del TS<sup>88</sup>, contrario a dicha viabilidad, y su epílogo, en la posterior reforma legislativa que, recogiendo la posición de los agentes sociales, se tradujo en la reinstauración técnicamente mejorada de la norma estatutaria derogada. Este vaivén normativo ha provocado un sinnúmero de sentencias que, en su conjunto, ponen de manifiesto el grado de inseguridad jurídica que se ha generado en torno a esta materia (incrementada por las situaciones de derecho transitorio planteadas) y, en definitiva, la confluencia de intereses en juego y la diversidad de argumentos traídos a colación, no todos del mismo alcance y rigor, para defender las respectivas posiciones. Especialmente llamativo al respecto es comprobar cómo el proceso argumental, por lo general, suele sobredimensionar el interés individual en detrimento de los intereses colectivos en presencia<sup>89</sup>, lo que proporciona una visión sesgada de la jubilación forzosa, en cuya configuración jurídica estos últimos adquieren una notable relevancia. En este sentido, es preciso traer de nuevo a colación la doctrina del TC sobre la materia<sup>90</sup>, reafirmada recientemente<sup>91</sup>, según la cual, se concluye de forma tajante que “este mecanismo de la jubilación forzosa no carece de una justificación legítima desde el punto de vista constitucional, ya que se basa en una política de empleo tendente al reparto o redistribución del trabajo, y como tal, supone la limitación del derecho al trabajo de un grupo de trabajadores (los que alcanzan la edad de 65 años) para garantizar el derecho al trabajo de otro grupo (respecto de los que se pretende disminuir la tasa de desempleo, fomentar la contratación indefinida y disminuir la tasa de temporalidad)”<sup>92</sup>.

En cualquier caso, uno de los aspectos más interesantes del mencionado debate es que pone de relieve la diversidad de concepciones que subyacen en torno a la función reguladora del convenio y su posición en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico-laboral, especialmente, en lo que se refiere a su relación con la ley. Sin ánimo de reproducir este complejo e intrincado debate<sup>93</sup>, un repaso a la doctrina del TSJA al respecto, como no podía ser de

<sup>88</sup> Contenido, como se sabe, en las dos SSTs de 09/03/2004 (RJ 2004/873 y 2008/874), que resuelven de manera idéntica sendos recursos en los que se ponía en cuestión extinciones contractuales llevadas a cabo al amparo del art. 136 del II Convenio Colectivo de AENA, por el que se establecía la jubilación forzosa a los 65 años.

<sup>89</sup> Ilustrativa al respecto, es la STSJ Andalucía (Sevilla) de 13/02/2007 (AS 2007/1586).

<sup>90</sup> Plasmada, principalmente, en las SSTC 22/1981, de 2 de julio y 58/1985, de 30 de abril.

<sup>91</sup> Concretamente, en las SSTC 280/2006, de 9 de octubre y 346/2006, de 11 de diciembre.

<sup>92</sup> STC 341/2006, de 11 de diciembre.

<sup>93</sup> Me remito, a tales efectos, a mi trabajo “La jubilación forzosa y las fuentes del Derecho del Trabajo”, REDT-126/05, pp. 47 ss.

otra manera, constituye un fiel reflejo de la situación descrita. De este modo, partiendo del carácter habilitante asignado a intervención del legislador, no existe duda alguna sobre la viabilidad jurídica de las extinciones contractuales por jubilación forzosa practicadas antes de la derogación de la D.A. 10ª ET y después de su “reestablecimiento” por la Ley 14/2005<sup>94</sup>. Ello se debe al hecho de que la existencia de habilitación legal neutraliza una eventual discriminación por edad que, de otro modo, sería inevitable. De este modo, aplicando la doctrina jurisprudencial establecida al respecto, “en ausencia de norma legal habilitante de la negociación colectiva, es de aplicación para los Convenios Colectivos que entren en vigor tras dicha derogación, lo dispuesto en el art. 4.2 y 17.1 ET”<sup>95</sup>. Como consecuencia de ello, los convenios suscritos con posterioridad, al carecer de dicha habilitación legal, no podrían incorporar tales cláusulas. Si lo hacen, cualquier extinción contractual llevada a efecto por la aplicación de una cláusula de jubilación forzosa sería injustificada.

Sin embargo, a la hora de determinar el alcance de dicha afirmación, no se llegan a asumir todas las consecuencias de la misma, lo cual provoca que el discurso incurra en cierta contradicción. Así, y siguiendo la línea argumental establecida por el TS, se señala que, a pesar del mencionado carácter habilitante asignado a la norma estatutaria, su derogación, sin embargo, no supone “la eliminación inmediata de las cláusulas de jubilación forzosa ya existentes en los convenios, sino que se establece una prohibición, bien de pactar tales cláusulas en el futuro, bien de mantener las existentes en las futuras revisiones o renovaciones de los convenios, una vez agotada la vigencia temporal de los mismos”<sup>96</sup>. Parece evidente que si se parte del presupuesto de que la ley tiene un carácter habilitante, la consecuencia no puede ser otra que la jubilación forzosa “fue prohibida por la Ley 12/2001, que derogó esta Disposición Adicional”<sup>97</sup>. En esta hipótesis, el correlato lógico, según la doctrina constitucional establecida al efecto<sup>98</sup>, es la inmediatez de los efectos que se derivan de la mencionada prohibición, sin que quepa postergar los mismos a que termine la vigencia de los convenios afectados sobre la base de una eventual ruptura del equilibrio interno de los mismos que, en su caso, sólo tendría como consecuencia facultar a las partes negociadoras para plantear la correspondiente denuncia “ante tempus” del convenio e instar su renegociación.

Estos problemas de derecho transitorio encuentran una nueva dimensión tras la promulgación de la Ley 14/2005, principalmente, en lo que se refiere a

<sup>94</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 22/06/2007 (AS 2007/3138)

<sup>95</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 14/02/2007 (AS 2007/3505).

<sup>96</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 13/02/2007 (AS 2007/1586).

<sup>97</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 22/06/2007 (AS 2007/3138).

<sup>98</sup> Por todas, v. STC 210/1990, de 20 de diciembre.

la determinación del alcance aplicativo de la D.T.U. de la misma, según la cual, “las cláusulas de los convenios colectivos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta Ley en las que se hubiera pactado la extinción del contrato de trabajo por el cumplimiento por parte del trabajador de la edad ordinaria de jubilación se considerarán válidas siempre que se garantice que el trabajador afectado tenga cubierto el período mínimo de cotización y que cumpla los demás requisitos exigidos por la legislación de Seguridad Social para tener derecho a la pensión de jubilación en su modalidad contributiva”. Por tanto, esta disposición matiza el alcance de la derogación de la D.A. 10ª ET sobre los convenios posteriores que, a pesar de la hipotética prohibición establecida, incorporaron cláusulas de jubilación forzosa. Tales convenios, susceptibles de adolecer de nulidad parcial por contravenir la mencionada prohibición, van a ser, sin embargo, objeto de convalidación, con el único condicionante de que, por un lado, queden salvaguardados los intereses prestacionales del trabajador afectado por la extinción contractual<sup>99</sup>, y por otro, se cubra la plaza dejada vacante por el jubilado<sup>100</sup>. En definitiva, como puede apreciarse, el hecho de que se siguieran negociando cláusulas de jubilación forzosa después de la derogación de la norma estatutaria “habilitante” y que, posteriormente, la ley que restablece la mencionada habilitación las acabe convalidando mediante su aplicación retroactiva<sup>101</sup>, no sólo relativiza el alcance de la prohibición, sino que, en realidad, la pone en cuestión, y ello, sin perjuicio del carácter decisivo del pronunciamiento legal al respecto en aras de dilucidar la polémica creada en la *praxis* judicial y la elevada dosis de inseguridad jurídica que se había generado.

Sin embargo, aún quedaba un problema pendiente de resolver en la práctica: qué solución se ha de aplicar a los procesos planteados con anterioridad a esta Ley 14/2005, pero pendientes de resolución, una vez que, en buena lógica, la D.T.U. de la misma, aclara que no son susceptibles de resultar afectadas “las situaciones jurídicas que hubieran alcanzado firmeza” antes de su entrada en vigor. Atendiendo a la doctrina establecida en unificación<sup>102</sup>, plenamente asumida por el TSJA<sup>103</sup>, la normativa aplicable en estos casos ha de ser la exis-

<sup>99</sup> Sobre el cumplimiento de estos requisitos, v. STSJ Andalucía (Granada) de 14/02/2007 (AS 2007\3505).

<sup>100</sup> En relación con este requisito, a veces se constata un indudable rigor aplicativo, pues se ha llegado a considerar despido improcedente un supuesto en el que la plaza vacante no fue cubierta (STS de 02/06/2008 (RJ 2008/5135)).

<sup>101</sup> Según la STS de 29/06/2006 (RJ 2006/7957), esta ley “restablece aquella habilitación, anteriormente contenida en la Disposición Adicional 10ª y derogada en 2001, dado su carácter retroactivo extensible a ‘todos los convenios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de esta ley’”.

<sup>102</sup> En este sentido, por todas, v. SSTS de 10/10/2005 (RJ 2005/8320) y de 13/10/2005 (RJ 2005/7879).

<sup>103</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 14/02/2007 (AS 2007\3505).

tente en el momento en que se generó la situación de litispendencia, pues, de lo contrario (es decir, de aplicar la norma nueva), quedaría modificado el objeto del proceso y, consecuentemente, se provocaría la indefensión de las partes (*ex art. 24.1 CE*).

#### 4.2. Los límites legales al contenido del convenio

Como hemos apuntado con anterioridad, cuando se señala que entre ley y convenio no existe relación de subordinación, sino de complementariedad<sup>104</sup>, en realidad, el discurso argumental se está situando en planos diversos. La negación de la subordinación<sup>105</sup> es predicable en el plano creativo, donde constitutivamente el convenio es autónomo respecto de la ley y no un producto delegado de ésta. Pero en el plano aplicativo, la supeditación jerárquica del convenio a la ley es indiscutible, sin perjuicio de que la misma aparezca matizada por el elenco de relaciones de colaboración internormativa que se establecen entre ambas fuentes y que, de forma reduccionista, aparecen reconducidas en la mencionada doctrina a la aludida complementariedad. Además de ésta, sin embargo, tales relaciones pueden ser de diferente tipología, en función del papel que la ley atribuya al convenio en la ordenación de una determinada materia (suplementariedad, supletoriedad o exclusión).

Pero, en cualquier caso, y a pesar de que el contenido convencional “sólo cede cuando normas de ‘ius cogens’ imponen su contenido sobre la paccionada”<sup>106</sup>, en el fondo, esta serie de fórmulas de colaboración internormativa, al ser diseñadas por la propia ley, no contradicen el principio de jerarquía sino que lo reafirman. No en vano, el espacio de regulación asignado al convenio en la ordenación de una determinada materia será el que, en cada caso, disponga la norma legal a la hora de seleccionar el tipo de fórmula a utilizar. En definitiva, el principio de jerarquía constituye un presupuesto insoslayable en el análisis de las relaciones entre ley y convenio y, en última instancia, encuentra su fundamento en la inserción de éste en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico-laboral<sup>107</sup>.

##### 4.2.1. *Los límites al convenio en la relación de complementariedad*

La doctrina del TSJA sobre la materia es el resultado de esta labor de aquilatación sobre los equilibrios que se establecen, en cada caso, entre la

<sup>104</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 12/09/2007 (EDJ 2007/363229), asumiendo al respecto la doctrina de la STS de 29/04/1993 (RJ 1993/3381).

<sup>105</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 22/05/2007 (AS 2007/3413).

<sup>106</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 11/01/2001 (EDJ 2001/25803).

<sup>107</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 12/09/2007 (EDJ 2007/363229), que reproduce la doctrina contenida en las SSTC 58/1985 y 210/1990.

función normativa asignada respectivamente a la ley y al convenio. De este modo, cuando se establecen relaciones de complementariedad, asentadas como se sabe sobre los principios de norma mínima (la ley) y norma más favorable (el convenio), se enfatiza en el alcance atribuido a los mismos en el ordenamiento laboral y que, en última instancia, se concreta en la aplicación preferente de la norma convencional, lo que se entiende como una forma de matizar el rigor del principio de jerarquía normativa<sup>108</sup>. Pero, como hemos señalado, en realidad, en este tipo de relación, el convenio no se aplica como resultado de un juicio de favorabilidad (realizado *ex art. 3.3 ET*)<sup>109</sup>, que quedaría reservado para su aplicación entre normas de igual rango jerárquico, sino porque la ley, de forma tácita o expresa, lo permite.

Se trata, en suma, de una relación clásica entre ley y convenio que, por efecto del papel atribuido tradicionalmente a éste en el ordenamiento laboral, se entiende implícitamente establecida en todos aquellos supuestos en los que no es establezca de forma explícita otro tipo de relación. De ahí que, según una arraigada doctrina jurisprudencial señale que “la norma paccionada debe prevalecer sobre la estatal en cuanto no viola normas estatales de derecho necesario, que configuran el orden público laboral, ni perjudica mínimos de derecho necesario”<sup>110</sup>. Ello ha propiciado su aplicación en supuestos de sucesión de empresas, al entender que el régimen legal se configura como un mínimo de derecho necesario mejorable por convenio<sup>111</sup>; o para establecer una distribución flexible de la jornada, siempre que el convenio se someta a los márgenes fijados por la ley<sup>112</sup>. Y, a la inversa, ha supuesto la anulación de las cláusulas convencionales en aquellos casos en los que se establecían regulaciones peyorativas que transgredían los mínimos legales, como ocurre cuando no se observan los mínimos legales en materia de determinación o retribución de las horas extraordinarias<sup>113</sup>, sin que sea factible desconocer el mínimo legal sobre la base de la libertad de negociación<sup>114</sup>; o, en aquellos otros, donde la ley

<sup>108</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 12/09/07 (EDJ 2007/363229), STSJ Andalucía (Granada) de 09/01/2008 y STSJ Andalucía (Granada) de 16/04/2008 (AS 2008/2578).

<sup>109</sup> En este sentido, v. STSJ Andalucía (Granada) de 15/12/1992 (TL 29/1993).

<sup>110</sup> STS de 04/05/1994, doctrina asumida sin fisuras por la STSJ Andalucía (Granada) de 12/09/07 (EDJ 2007/363229).

<sup>111</sup> Andalucía (Granada) de 12/09/2007 (EDJ 2007/363229), STSJ Andalucía (Granada) de 16/04/2008 (AS 2008/2578) y

<sup>112</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 27/06/2001 (EDJ 2001/55839).

<sup>113</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 09/03/2006 (AS 2006\2973), STSJ Andalucía (Málaga) de 09/02/2006 (AS 2006\2278), STSJ Andalucía (Málaga) de 27/10/2005 (AS 2005\3490) y STSJ Andalucía (Málaga) de 23/06/2006 (AS 2006\755).

<sup>114</sup> Es el argumento empleado, sin embargo, por la STSJ Andalucía (Málaga) de 08/06/1990 (TL-25/92). En parecidos términos, STSJ Andalucía (Málaga) de 27/10/2005 (AS 2005/3490).

excluye una intervención convencional que flexibilice el régimen legal, como es el caso de la reglas sobre la duración de la contratación temporal<sup>115</sup>. En estos supuestos, el principio de jerarquía se manifiesta en su plena dimensión e impone la incontestable superioridad de la norma legal.

Mayores dudas se suscitan, sin embargo, cuando la preferencia aplicativa del convenio no se basa en su mayor favorabilidad sino que es consecuencia de la eventual aplicación del principio de especialidad, máxime si el resultado de esta operación es dejar sin efecto una norma procedimental establecida legalmente para llevar a efecto modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo<sup>116</sup>. De esta forma, no deja de ser llamativo concluir que “si el art. 43 del Convenio establece una norma específica en cuanto al procedimiento para modificar determinadas condiciones de trabajo en el seno de la empresa, ella debe prevalecer sobre la norma genérica del ET, so pena de vaciar de contenido el pacto colectivo, haciendo ilusoria su fuerza de obligar”<sup>117</sup>. Aparte de la naturaleza de los argumentos esgrimidos, parece que sería difícilmente asumible pretender la aplicación preferente del convenio sobre el principio de especialidad, pues se hace abstracción del carácter consustancialmente imperativo de las reglas procedimentales, frente a las cuales, ni siquiera podría oponerse una eventual aplicación implícita del principio de favor.

En materia de despidos, y a pesar de tratarse de aspectos poco susceptibles a la intervención convencional, se va a permitir, sin embargo, que el convenio determine los supuestos de aplicación de la opción del trabajador en caso de improcedencia. En efecto, parece una materia (no la del régimen del despido en su conjunto, que permite, como se sabe, mejoras vía convencional en aspectos como la concreción de las causas de incumplimiento o los requisitos formales) en la que la intervención del convenio podría considerarse inapropiada, pues los efectos del despido, además de las previsiones sustantivas contenidas en el ET, tienen notables implicaciones de índole procesal, como lo prueba su regulación en la norma rituaría. Ello no obstante, la doctrina judicial recaída al respecto, no sólo va a permitir que el convenio modifique el régimen estatutario previsto en el art. 56 ET<sup>118</sup>, sino también que determine el alcance específico de dicha modificación, pudiéndola reservar a un determinado grupo de trabajadores, como, por ejemplo, a los que tengan la condición de fijos<sup>119</sup>, lo cual plantea

<sup>115</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 01/12/2004 (EDJ 2004/293600). A favor de esta posibilidad, sin embargo, STSJ Andalucía (Málaga) de 03/07/2006 (AS 2006/3379).

<sup>116</sup> En este sentido, v. STSJ Andalucía de 02/07/1999 (EDJ 1999/34698).

<sup>117</sup> STSJ Andalucía de 02/07/1999 (EDJ 1999/34698).

<sup>118</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 9/03/2006 (AS 2006/2756 y, en el mismo sentido, STSJ Andalucía (Granada) de 14/02/2007 (AS 200/3505).

<sup>119</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 04/01/1996 (TL-39/1996).

importantes dudas desde la perspectiva del principio de igualdad, pues sería una diferencia de trato poco justificable.

#### 4.2.2. *La flexibilidad legal en la relación de complementariedad*

Como se sabe, la configuración legal de una relación de complementariedad en la ordenación de una determinada materia presupone la intervención conjunta de ley y convenio en el diseño del régimen jurídico de la misma. En consecuencia, la ley no contiene una regulación acabada y directamente aplicable, sino que efectúa una invitación al convenio (a través de la técnica de la remisión o el reenvío) para que sea esta fuente la que establezca dicha regulación siguiendo las directrices, más o menos definidas, marcadas por la ley. En definitiva, el peso de la ordenación de las materias afectadas recae esencialmente en el convenio, lo que otorga un mayor grado de diversificación y flexibilidad a la regulación de las relaciones laborales. Por ello, en la reforma estatutaria del año 1994, de claro matiz flexibilizador, se incrementaron notablemente las materias en las que se establecía este tipo de colaboración internormativa, en claro detrimento de las relaciones de suplementariedad, con la consecuente desaparición de los mínimos de regulación que éstas garantizaban.

Teniendo en cuenta que la relación de complementariedad presupone una intervención del convenio como *conditio sine qua non* para la existencia de un referente normativo susceptible de aplicación práctica, el problema se plantea cuando dicha intervención, siendo contingente, no se produce. En tales casos, la exigibilidad de los derechos legalmente reconocidos se ve frustrada por la falta de desarrollo convencional de las condiciones de ejercicio del mismo. Es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de los derechos vinculados a la promoción y formación profesional (art. 23 ET), los ascensos (art. 24 ET), la promoción económica (art. 25 ET) o, más recientemente, el disfrute del derecho a la adaptación de la jornada a las exigencias planteadas por la conciliación de la vida personal o familiar (art. 34.8 ET).

Esta problemática encuentra proyección en la *praxis* judicial, donde, a título ilustrativo, no es infrecuente la denegación del complemento de antigüedad con el argumento de que, a tenor de lo dispuesto en el art. 25.1 ET, sólo se tiene derecho al cobro del mismo cuando venga reconocido en convenio o en contrato individual<sup>120</sup>. La regulación convencional, cuando exista, será, por tanto, el referente obligado a la hora de determinar las condiciones de ejercicio del derecho<sup>121</sup> que, en todo caso, debe observar los límites impuestos por el

<sup>120</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 31/01/2007 (AS 2007\3365).

<sup>121</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 11/05/2006 (AS 2006\3437).

principio de igualdad, con la consiguiente proscripción de las diferencias de trato no justificadas, como es el caso de que eventualmente podría realizarse entre trabajadores fijos y temporales<sup>122</sup>.

Este protagonismo de la norma convencional en las relaciones de complementariedad, especialmente relevante en materia salarial, donde la ley efectúa un reenvío a aquélla en términos casi omnicomprensivos, no supone, sin embargo, que su preferencia aplicativa se asiente sobre la base del principio de norma más favorable<sup>123</sup>. Y es que, aparte de la discutible aplicación de este principio (que se encuentra plasmación, como se sabe, en el art. 3.3 ET) a las relaciones ley/convenio, regidas por el principio de jerarquía, en la relación de complementariedad no es posible desarrollar una operación hermenéutica dirigida a determinar lo más favorable, sencillamente, porque la ley no establece una regulación acabada, es decir, susceptible de aplicación autónoma, necesitando siempre la concurrencia de la norma convencional.

#### 4.3. La distinción entre contenido normativo y obligatorio

La diferenciación en el convenio de un contenido normativo que se define por oposición a otro que se califica como obligatorio supone, en esencia, una diversificación de las funciones reguladoras del convenio, pero no prejuzga ni pone en cuestión su naturaleza normativa. En otras palabras, la fuerza vinculante se predica, con el mismo significado y alcance, a todo el contenido del convenio, sin perjuicio de que los derechos y obligaciones establecidos en cada caso cumplan una función específica y de que sus destinatarios puedan ser diversos. A la hora de establecer los criterios determinantes para calificar las diferentes cláusulas convencionales como normativas u obligacionales, el TSJA suele asumir sin matices la doctrina jurisprudencial al respecto, aplicando la misma a los supuestos sometidos a su enjuiciamiento que, en la mayoría de los casos, aparecen vinculados directamente a la problemática relativa a la vigencia prorrogada (ultraactividad) del contenido normativo del convenio. De este modo, a tenor de la misma, “por contenido obligatorio hay que entender que está constituido por las obligaciones y compromisos de carácter instrumental que asumen las partes entre sí, mediante las que se contribuye a una eficaz aplicación de las condiciones pactadas como pueden ser las cláusulas de paz, los compromisos tendentes a evitar o solucionar situaciones conflictivas y a facilitar la aplicación del convenio mediante la creación de órganos o comisiones “ad hoc”<sup>124</sup>.

<sup>122</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 07/06/2006 (EDJ 2006/45182).

<sup>123</sup> En este sentido, sin embargo, v. STSJ Andalucía (Málaga) de 23/01/2003 (AS 2003/2568).

<sup>124</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 02/07/01 (EDJ 2001/45368), con cita expresa de la STS de 21/12/1994.

Con todo, en la medida en que la aplicación es este criterio general puede plantear serias dudas en algunos supuestos<sup>125</sup>, es preciso recurrir a otros que puedan proporcionar pautas fiables, especialmente, cuando se trata de cláusulas que incorporan nuevos contenidos convencionales<sup>126</sup>. Quizá el más relevante a tales efectos venga dado por la naturaleza de los destinatarios del convenio, de modo que, ante la duda, habría que “entender que las normativas se proyectan sobre los trabajadores y los empresarios incluidos en su campo y las obligaciones vinculan a los firmantes que las suscribieron”<sup>127</sup>. Aplicando tales criterios, se acabará calificando como normativa, por ejemplo, una cláusula convencional que establece una mejora voluntaria, permitiendo así que la aplicación de su régimen jurídico a contingencias acaecidas después de la denuncia del convenio. Y, asimismo, cabría descartar la aplicación de una cláusula convencional a quién no haya sido parte de la negociación<sup>128</sup>.

## 5. CONCURRENCIA Y ARTICULACIÓN DE CONVENIOS

Como se sabe, los conflictos aplicativos entre normas convencionales (convenios de eficacia general o limitada, acuerdos de empresa, acuerdos interprofesionales) abarcan una amplia tipología de supuestos, en la medida en que las hipótesis que pueden plantearse son diversas, como lo son también los criterios que se establecen para su solución. Estamos, pues, ante una materia compleja respecto de la que las soluciones jurisprudenciales que se han ido acuñando no han sido siempre satisfactorias. Acotando el alcance de esta problemática, y situados en el estricto ámbito de la negociación estatutaria, los problemas aplicativos suelen reconducirse a la regla de la prohibición de concurrencia del art. 84 ET, y ello sin perjuicio la conflictividad que subyace en otros supuestos, como la determinación del convenio aplicable en los supuestos de sucesión de empresas<sup>129</sup> o en aquéllos en los que existen dudas al respecto derivadas de una difusa delimitación de determinados ámbitos funcionales (trabajo de minusválidos<sup>130</sup>, empresas de multiservicios<sup>131</sup>). En estos supuestos,

<sup>125</sup> A título ilustrativo, v. STSJ Andalucía (Granada) de 10/07/2001 (EDJ 2001/45375).

<sup>126</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 22/02/2006 (EDJ 2006/445281).

<sup>127</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 02/07/01 (EDJ 2001/45368), reproduciendo la doctrina contenida en la STS de 28/02/97.

<sup>128</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 26/02/2003 (AS 2003/1378).

<sup>129</sup> Sobre esta cuestión, v. STSJ Andalucía (Granada) de 11/06/01 (EDJ 2001/55846), STSJ Andalucía (Málaga) de 16/06/2005 (AS 2005\3450), STSJ Andalucía (Sevilla) de 11/01/2007 (AS 2007\1248), STSJ Andalucía (Sevilla) de 17/05/2007 (AS 2007\3520).

<sup>130</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 19/07/2007.

<sup>131</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 14/03/2007 (AS 2007\3392).

conviene reseñar que el margen de actuación de la autonomía colectiva a la hora de buscar soluciones satisfactorias es superior que el establecido en el art. 84 ET, donde, como se sabe, el actual diseño, en contraste con el anterior, prioriza las soluciones heterónomas frente a las autónomas. Ilustrativa al respecto resulta la doctrina del TSJA en los casos de subrogación empresarial, en la que se parte de la base de que el principio de continuidad de la relación de trabajo establecido en el art. 44 ET “no obliga indefinidamente al nuevo empresario al mantenimiento de las condiciones de trabajo previstas en el Convenio Colectivo que la empresa transmitente aplicaba, puesto que ello supondría condenar al fracaso cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores”<sup>132</sup>. Consecuentemente, hay que propiciar que pueda optarse, en su caso, por la sustitución por la entrada en vigor de otro convenio colectivo que resulte aplicable<sup>133</sup>, decisión que, en el caso en cuestión se articula mediante un acuerdo de empresa por el que se decide el abandono del convenio de empresa, aplicable por estar en situación de ultraactividad, lo que permite la inmediata entrada en vigor del convenio de sector<sup>134</sup>.

Dejando al margen estos últimos supuestos (no desdeñables en términos cuantitativos), y centrándonos en la cuestión relativa al alcance de la regla general de prohibición de concurrencia contemplada en el primer párrafo del art. 84 ET, el TSJA asume plenamente la consolidada doctrina jurisprudencial sobre los diferentes aspectos que, a lo largo de su praxis aplicativa, se han ido planteando. De este modo, en lo que se refiere a la propia finalidad de la regla, se señala que “la existencia de un previo convenio no limita la libertad negociadora de las partes, que pueden concertar una nueva norma paccionada, incluso en ámbito diferente al primitivamente pactado”, ya que “el espíritu de la norma no es otro que el de impedir la aplicación simultánea total o parcial de dos convenios vigentes a una única relación jurídico-laboral”<sup>135</sup>.

Como no puede ser de otra manera, esta finalidad se proyecta sobre el plano de los efectos aplicativos de la norma y, consecuentemente, “el efecto derivado de la prohibición de concurrencia de convenios no debe ser la nulidad del convenio invasor (en el caso de autos, el Estatal), sino la declaración de su inaplicación y ello en atención a que el art. 84.1 ET no prohíbe la negociación de un convenio colectivo concurrente por otro anterior, estableciendo una regla de solución de conflictos que otorga preferencia aplicativa al Convenio anterior

<sup>132</sup> STSJ (Andalucía (Sevilla) de 17/05/2007 (AS 2007/3520).

<sup>133</sup> Ratifica la doctrina contenida en la STJCE de 12/11/1992 (TJCE 1992/184), as. Watson Rask.

<sup>134</sup> STSJ (Andalucía (Sevilla) de 17/05/2007 (AS 2007/3520).

<sup>135</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 05/11/1991 (TL-23/1992).

(en este caso el de empresa) y así la situación del Convenio que pudiera llamarse invasor no es otra que la de ineficacia aplicativa<sup>136</sup>.

Desde el punto de vista procedimental, y dando por sentado, según reiterada e inequívoca doctrina jurisprudencial, que las reclamaciones en la materia se sustanciaran por el cauce del proceso especial de impugnación de convenios, conviene subrayar que unos de los aspectos más controvertidos es, sin duda, la determinación del momento en el que se entiende que decae la prohibición de concurrencia. En efecto, si como establece la regla, la misma rige únicamente durante la vigencia del convenio susceptible de afectación, se trataría de saber en qué momento o bajo qué circunstancias, durante el proceso de renegociación del convenio se entiende que se ha producido la “ruptura de la unidad de negociación”<sup>137</sup> que, en su caso, propicie la aplicación del convenio afectante. Como punto de partida, hay que señalar que “la congelación o bloqueo del ámbito de negociación ex art. 84 ET no puede impedir la entrada de nuevos ámbitos negociadores ya que, de lo contrario, este hecho supondría una petrificación en el proceso de negociación”<sup>138</sup>. Consecuentemente, cuando se denuncia un convenio y se estanca el proceso de negociación, cabe la apertura de negociaciones para un nuevo convenio de distinto ámbito que, en su caso, será de aplicación al ámbito que había sido acotado por el anterior. Conviene precisar, sin embargo, que la negociación del convenio afectante y su eventual conclusión no tiene que esperar hasta ese momento, pudiendo haberse producido anteriormente, pues éste es precisamente el presupuesto de la concurrencia (es decir, la existencia de dos convenios simultáneamente vigentes de distinto ámbito que inciden sobre unas mismas relaciones laborales).

En este sentido, quizá, habría que entender la correcta aplicación de la doctrina, según la cual, la prohibición de concurrencia no abarcaría la ultractividad, pues ello “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>139</sup>. Es suma, sólo interpretando prohibición de concurrencia como prohibición de negociación del convenio afectante podría llegarse a tal conclusión, pues de lo contrario (es decir, entendiendo que durante la ultractividad decae la vigencia del convenio a efectos de poder aplicar en ese mismo momento el convenio afectante), no sería posible la apertura de ningún proceso de renegociación, ante la amenaza inminente de que ello supondría la eventual ocupación del ámbito acotado por el convenio en cuestión una vez denunciado.

<sup>136</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 08/03/07 (EDJ 2007/253989).

<sup>137</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 23/01/2003 (AS 2003/2568).

<sup>138</sup> STSJ Andalucía (Málaga) de 23/01/2003 (AS 2003/2568).

<sup>139</sup> STSJ Andalucía (Sevilla) de 10/04/2003 (AS 2003/2371) que, a su vez, aplica la solución establecida por las SSTs de 20/01/1992 (RJ 1992/52) y de 23/10/1995 (RJ 1995/7864).

Por lo demás, no se aprecian diferencias sustanciales en el modo en el que se interpretan el conjunto de reglas contenidas en el art. 84 ET, ni tampoco en lo que se refiere con la problemática relación que, tras la reforma practicada por la Ley 11/1994, se establece con las reglas de articulación convencional (complementariedad y suplementariedad<sup>140</sup>, entre otras) que, eventualmente, puedan establecerse mediante la negociación colectiva (*ex art.* 83.2 ET), apostando por la interpretación limitativa de estas últimas que mantiene la doctrina dominante<sup>141</sup>, y ello, a pesar del serio recorte que la misma proyecta sobre la función constitucionalmente asignada a la autonomía colectiva en la ordenación de las relaciones laborales.

### RELACIÓN DE SENTENCIAS DEL TSJA

- STSJ Andalucía (Granada) de 10/11/1989 (TL 19-20/1990)
- STSJ Andalucía de 13/11/1989 (TL 19-20/1990)
- STSJ Andalucía (Granada) de 27/03/1990 (TL-22/1991)
- STSJ Andalucía (Granada) de 27/06/1990 (TL-22/1991)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 30/01/1991 (TL- 23/1992)
- STSJ Andalucía (Granada) de 05/11/1991 (TL-24/1992)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 09/11/1991 (TL-24/1992)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 08/06/1991 (TL-25/1992)
- STSJ Andalucía (Granada) de 15/12/1992 (TL 29/1993).
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 01/07/1992 (TL 27/1993)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 01/10/1992 (TL-29/1993)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 05/10/1992 (TL-29/1993)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 09/10/1992 (TL-29/1993)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 03/11/1992 (TL-28/1993)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 03/12/1992 (TL 26/1993)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 29/09/1994 (TL-34/1995)
- STSJ Andalucía (Granada) de 04/01/1996 (TL-39/1996)
- STSJ Andalucía (Granada) de 25/09/1997 (TL 46/1998).
- STSJ Andalucía (Granada) de 11/01/2001 (EDJ 2001/25803)
- STSJ Andalucía (Granada) de 02/07/1999 (EDJ 1999/34698)
- STSJ Andalucía (Granada) de 11/06/2001 (EDJ 2001/55846)
- STSJ Andalucía (Granada) de 27/06/2001 (EDJ 2001/55839)
- STSJ Andalucía (Granada) de 02/07/2001 (EDJ 2001/45368)
- STSJ Andalucía (Granada) de 10/07/2001 (EDJ 2001/45375)

<sup>140</sup> Supuesto analizado por la STSJ Andalucía (Granada) de 10/06/1998 /EDJ 1998/22786).

<sup>141</sup> STSJ Andalucía (Granada) de 17/05/06 (EDJ 2006/447371).

- STSJ Andalucía (Granada) de 09/01/2002 (EDJ 2002/13617)
- STSJ Andalucía (Granada) de 24/09/2002 (EDJ 2002/62717)
- STSJ Andalucía (Granada) de 25/10/2002 (EDJ 2002/61909)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 24/10/2002 (AS 2003/647)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 31/10/2002 (AS 2003/524)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 14/11/2002 (AS 2003/950)
- STSJ Andalucía (Granada) de 17/09/2002 (EDJ 2002/62741)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 23/01/2003 (AS 2003/2568)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 07/02/2003 (AS 2003/2361)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 26/02/2003 (AS 2003/1378)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 10/04/2003 (AS 2003/2371)
- STSJ Andalucía (Granada) de 09/11/2004 (CARL 3337/2004)
- STSJ Andalucía (Granada) de 01/12/2004 (EDJ 2004/293600)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 07/02/2005 (AS.)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 09/02/2006 (AS 2006\2278)
- STSJ Andalucía (Granada) de 09/02/2005 (AS 2007/1672)
- STSJ Andalucía (Granada) de 01/03/2006 (AS 2006/1084)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 09/03/2006 (AS 2006\2973)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 20/04/2005 (CARL 433/2005)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 20/04/2005 (CARL 1065/2005)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 09/06/2005 (AS 2005/3601)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 16/06/2005 (AS 2005\3450)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 27/10/2005 (AS 2005/3490)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 11/01/2006 (AS 2006/2952)
- STSJ Andalucía (Granada) de 22/02/2006 (EDJ 2006/445281)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 09/03/2006 (AS 2006\2756)
- STSJ Andalucía (Granada) de 10/05/2006 (EDJ 2006/445464)
- STSJ Andalucía (Granada) de 10/05/2006 (EDJ 2006/447044)
- STSJ Andalucía (Granada) de 17/05/2006 (EDJ 2006/447371)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 23/06/2006 (AS 2006\755)
- STSJ Andalucía (Málaga) de 03/07/2006 (AS 2006\3379)
- STSJ Andalucía (Granada) de 04/10/2006 (CARL 3065/2006)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 09/10/2006 ((RJ 2006/8860)
- STSJ Andalucía (Granada) de 25/10/2006 (CARL 2970/2006)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 20/11/2006 (CARL 3655/2006)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 11/01/2007 (AS 2007/1248)
- STSJ Andalucía (Granada) de 31/01/2007 (AS 2007\3365)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 13/02/2007 (AS 2007/1584)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 13/02/2007 (AS 2007/1586)
- STSJ Andalucía (Granada) de 14/02/2007 (AS 2007\3505)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 20/02/2007 (AS 2007\1581)

- STSJ Andalucía (Granada) de 08/03/2007 (EDJ 2007/253989)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 08/05/2007 (AS 2007/3216)
- STSJ Andalucía (Granada) de 14/03/2007 (AS 2007\3392)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 16/03/2007 (AS 2007/2342)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 17/05/2007 (AS 2007\3520)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 22/05/2007 (AS 2007/3413)
- STSJ Andalucía (Granada) de 28/05/2007 (AS 2007/3527)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 19/06/2007 (AS 2008\158)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 22/06/2007 (AS 2007/3138)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 19/07/2007 (AS 2008/329)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 24/07/2007 (AS 2008/521)
- STSJ Andalucía (Granada) de 12/09/2007 (EDJ 2007/363229)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 25/10/2007 (AS 2008/992)
- STSJ Andalucía (Sevilla) de 30/10/2007 (AS 2008/1134)
- STSJ Andalucía (Granada) de 17/10/2007 (AS 2008/2556)
- STSJ Andalucía (Granada) de 17/10/2007 (AS 2008/2667)
- STSJ Andalucía (Granada) de 16/04/2008 (AS 2008/2578)