

ALGUNAS CUESTIONES DE INTERÉS EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA COMO FUENTE DEL DERECHO DEL TRABAJO

SUMARIO: 1. *Transmisión de empresa y convenio colectivo aplicable*. 1.1. Sucesión de empresas y convenio colectivo aplicable: la regla general. 1.2. Mantenimiento de las condiciones del convenio de aplicación en el momento de la transmisión. 1.3. Alcance subjetivo de la regla general. 1.4. La regla de transitoriedad en la aplicación del convenio colectivo de origen. 1.5. La excepción a la regla general: un nuevo acuerdo de empresa. 2. *La impugnación de convenios colectivos por pensionistas*. 2.1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto. 2.2. Existencia de una vía procesal para la adecuada defensa de los intereses individuales lesionados por el acuerdo o convenio colectivo. 2.3. La impugnación de normas colectivas por perceptores de prestaciones complementarias. 3. *Negociación colectiva y retribución de los funcionarios públicos*. 3.1. Introducción: La doctrina de la STS de 21 de marzo de 2002, RJ 2002\4319. 3.2. El carácter automático del incremento pactado en el Acuerdo sobre condiciones de trabajo en la Función Pública. 3.3. La eficacia de lo pactado en Acuerdos sobre materia retributiva. 3.4. Negociación colectiva de funcionarios y deber de negociar. 4. *Las relaciones entre autonomía colectiva y autonomía individual. Nuevos datos en torno al ejercicio de la autonomía individual «en masa»*. 4.1. La creciente tendencia a la individualización del Derecho del Trabajo. 4.2. El papel de la autonomía individual «en masa».

En vez de realizar un análisis general de los principales problemas que se han planteado en materia de fuentes en el período inmediatamente anterior, he creído conveniente optar por centrarme tan sólo en materia de negociación colectiva y señalar aquellas cuestiones, sólo unas pocas, de mayor interés que hayan aparecido en el período 2001-2002. Entiendo más interesante un análisis detallado de pocas, pero interesantes cuestiones, a un estudio general y poco detallado.

En cuanto a las cuestiones seleccionadas, hay una primera cuestión de carácter normativo: la reforma del art. 44 ET y más concretamente la nueva redacción de

su apartado cuarto, que establece una solución expresa al problema de la sucesión de empresas y el convenio colectivo aplicable a los trabajadores transferidos. Además, este precepto introduce un nuevo «acuerdo de empresa», expresión de la negociación colectiva que ha tomado especial relevancia desde la gran reforma de 1994. Una segunda cuestión es la relativa a la impugnación de los convenios colectivos por parte de antiguos trabajadores que perciben mejoras de Seguridad Social que son reducidas por la negociación colectiva; cuestión que a tenor de la jurisprudencia vigente ha de responderse negativamente, por lo que se plantea si la misma respeta o no el derecho a la tutela judicial efectiva. La tercera se refiere a la eficacia de los Acuerdos en la función pública, concretamente desde la perspectiva de los incrementos retributivos pactados para el período 1995-1997. Por último, nos centraremos en una cuestión que ha venido adquiriendo importancia en los últimos años: las relaciones entre autonomía individual y autonomía colectiva, sobre todo desde el punto de vista de la contratación en masa, cuestión esta sobre la que se ha producido jurisprudencia de interés dentro del período analizado.

1. TRANSMISIÓN DE EMPRESA Y CONVENIO COLECTIVO APLICABLE

1.1. Sucesión de empresas y convenio colectivo aplicable: la regla general

La Ley 12/2001 supuso la nueva redacción del art. 44 ET, cuestión que ha sido calificada como la principal novedad normativa aportada por la citada Ley¹. En buena medida esta nueva regulación pretende tanto proceder a una más adecuada trasposición a nuestro ordenamiento de la regulación comunitaria, en la que hemos asistido a la sucesión de distintas Directivas (la original Directiva 77/187 fue modificada por la Directiva 98/50, y posteriormente la Directiva 2001/23 deroga a la vieja 77/187, estableciendo una nueva numeración y dando una redacción consolidada)², como intentar resolver alguno de los importantes problemas jurídicos derivados de los supuestos de transmisión, y a los que era difícil hacer frente con la simple redacción original del art. 44. Uno de estos problemas es el relativo a cuáles eran las condiciones de trabajo que debían aplicarse a los trabajadores afecta-

1. Algún autor ha sostenido que la principal novedad de la citada Ley 12/2001 es justamente la nueva regulación del art. 44 ET; así GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I.: «La reforma laboral del año 2001 (Nota sobre la Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad)», *Justicia Laboral* n° 7, pág. 60.

2. Sobre esta cuestión *vid.* VALDÉS DAL-RE, F.: «Las garantías colectivas en la transmisión de empresa», *RL* n° 11-12 de 2002, pág. 202; DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen laboral de la sucesión de empresas: anotaciones a las novedades esenciales del artículo 44 del TRET», *TL* n° 61, pág. 330; MORALA GÓMEZ, A.: «La nueva regulación de la sucesión de empresas», *AL* n° 10 de 2002, págs. 190 y 191; también GARCÍA ROMERO, B. y FERRANDO GARCÍA, F.M.: «Sobre el acuerdo que excluye la aplicación del convenio de la empresa cedente», comunicación presentada al XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, material pendiente de publicación.

dos por la transmisión cuando estas se regulan a través de convenio colectivo, cuestión a la que la redacción original del art. 44 ET no se refería expresamente.

La falta de regulación originaba diferentes alternativas interpretativas³. Así, se defendía por el TCT que estábamos ante una situación de concurrencia de convenios colectivos, que debía dilucidarse en base al art. 84 ET, interpretado sistemáticamente junto con el art. 44 ET. El juego conjunto de ambos preceptos conducía a aplicar el convenio de la cedente al entenderse que era el primero en el tiempo en el momento de la transmisión⁴. Otra alternativa era la de entender aplicable el principio de norma más favorable⁵ (art. 3.3 ET); si bien también este planteamiento fue objeto de críticas⁶. También se ha defendido acudir al art. 82.3 ET, que conduciría a la aplicación del convenio colectivo de la empresa cesionaria o adquirente, pues

3. Con carácter general podemos consultar interesantes análisis de las diferentes posiciones en OJEDA AVILÉS, A.: «Derecho Sindical», Tecnos, Madrid, 1998, págs. 32 y ss.; MELLA MÉNDEZ, L.: *Sucesión de empresa y convenio colectivo aplicable*, Comares, Granada, 2000, págs. 87 y ss.; VALDES DAL-RE, F.: «Las garantías colectivas ...», *op. cit.*, págs. 203 y ss.; también MUGA, A.: «La colisión de convenios colectivos en la transmisión de empresa», *RL*, Tomo I de 1991; SOLER ARREBOLA, J.A.: «Determinación del convenio colectivo aplicable en supuestos de transmisión de empresa», *TL* n° 59, págs. 298 y ss.

4. De esta opinión podemos ver a CAMPS RUIZ, L.M.: *Régimen laboral de la transmisión de la empresa*, Generalitat Valenciana y Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pág. 230; este mismo autor en *Puntos críticos del cambio de titularidad de la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 65. No obstante, esa posición era criticada por entender que no estábamos ante el supuesto de hecho característico de la concurrencia de convenios, pues no se trataba de un convenio negociado con posterioridad a otro, sino que los dos estaban plenamente vigentes en el momento de la transmisión. En sentido crítico podemos ver a GIL y GIL, J.L.: «La protección de los derechos de los trabajadores en la Directiva 77/187/CEE y en el artículo 44 ET», *TL* n° 56, pág. 310.

5. El origen de este posicionamiento lo podemos encontrar en MARTÍN VALVERDE, A.: «Concurrencia de convenios colectivos de trabajo», en VV.AA., dirigidos por E. Borrajo Dacruz, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Tomo XII, vol. 2, EDESA, Madrid 1985, pág. 69. Sobre esta cuestión podemos ver los trabajos de MONEREO PÉREZ, J.L.: *Las relaciones de trabajo en la transmisión de la empresa*, MTSS, Madrid 1987, pág. 316; GONZÁLEZ BIEDMA, E.: *El cambio de titularidad de la empresa en el Derecho del Trabajo*, MTSS, Madrid, 1989, pág. 268; MARÍN CORREA, J.M.: «Transmisión de empresas y Derecho Comunitario. La Directiva 77/187 y el ordenamiento español», en VV.AA., «Derecho Social comunitario», *Cuadernos de Derecho Judicial* n° XXIV, pág. 187; MERCADER UGUINA, J.R.: «La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable», *REDT* n° 109, pág. 36; RENTERO JOVER, J.: «Derecho Social Comunitario y sucesión de empresas», AS Tomo V de 1997, pág. 391. *Vid.* también la STSJ de Madrid de 30 de mayo de 2001, Ar. 2612.

6. Por ejemplo desde el punto de vista de entender que no es aplicable esta opción pues no hay realmente una situación de colisión de normas, posición defendida por VALDÉS DAL-RE, F.: «Problemas de determinación del convenio colectivo aplicable en la transmisión de empresa (I)», *RL*, Tomo I de 1996, pág. 16. También se ha criticado desde el punto de vista de la bilateralidad de la regla; es decir, por el hecho de que esa misma regla sea aplicada por los trabajadores de la cesionaria o adquirente cuando consideren que el convenio de la cedida o adquirida es más favorable para sus intereses. En este sentido MELLA MÉNDEZ, L.: «Sucesión de empresa ...», *op. cit.*, págs. 115 y ss.; SOLER ARREBOLA, J.A.: «Determinación del convenio colectivo aplicable ...», *op. cit.*, pág. 305.

los trabajadores transferidos pasarían a incluirse dentro del ámbito del mismo⁷. Pero de las distintas alternativas, la que ocupaba una posición predominante⁸ en la última evolución de este tema, ha sido la de entender aplicable el principio de subrogación consagrado con carácter general por el art. 44 ET, que también alcanza al ámbito colectivo, de manera que el nuevo empresario se subroga en las condiciones reguladas en el convenio colectivo de la cedente⁹; opinión que concuerda con lo previsto en el art. 3.2 de la Directiva 77/18710. Esta ha sido justamente la opinión predominante en el momento previo a la reforma del art. 44.4 ET.

La nueva redacción del art. 44.4 ET establece una regulación expresa sobre este tema, que sigue bastante de cerca a la normativa comunitaria, y asume la posición predominante; es decir, estimar que el adquirente se subroga también en el convenio colectivo aplicable a los trabajadores de la empresa transmitida. A tenor del art. 44.4 ET en caso de transmisión de empresa, los trabajadores transferidos conservarán la regulación sobre condiciones de trabajo establecida en el convenio colectivo de aplicación en el momento de la transmisión. La consecuencia inmediata de esta regulación es la imposibilidad de utilizar el principio de norma más favorable con lo que se limita aún más el restringido ámbito de este principio de aplicación¹¹.

Se trata de una regla general aplicable no sólo a los supuestos en los que haya una efectiva «colisión» entre dos convenios colectivos diferentes (uno aplicable en la cedida y otro en la cesionaria), sino también cuando no hay una verdadera situación de conflicto o colisión entre dos convenios (v.gr. cuando el adquirente de la empresa no es titular de ninguna otra; o en casos de transmisión *mortis causa*

7. Sobre esta vía *vid.* PRADAS MONTILLA, R.: «Convenio colectivo aplicable en el caso de sucesión de empresa: el nuevo artículo 44.4 del Estatuto de los Trabajadores», *Documentación Laboral* nº 65, pág. 8. A favor la STSJ Andalucía de 27 de abril de 1998, Ar. 2195; o la STSJ de Andalucía de 3 de marzo de 1998, Ar. 1956. En contra la STSJ de Canarias de 8 de octubre de 1999, Ar. 4365; Cataluña de 3 de noviembre de 1992, Ar. 5486.

8. *Vid.* STS de 6 de junio de 2001, Ar. 5490; STSJ de Baleares de 29 de octubre de 2001, Ar. 4489 (si bien ambas sobre el muy frecuente supuesto de subrogación convencional); STSJ de Andalucía de 18 de julio de 2000, Ar. 165; Castilla y León de 13 de abril de 2000, Ar. 1505; Canarias de 18 de noviembre de 1999, Ar. 4052; Andalucía de 10 de marzo de 1998, Ar. 5477; Castilla y León de 24 de abril de 1998, Ar. 1992; Cataluña de 3 de noviembre de 1992, Ar. 5486; Castilla y León de 9 de diciembre de 1992, Ar. 6107.

9. RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Sucesión de empresas de temporada y continuidad del convenio colectivo», *RL Tomo I* de 1988, pág. 59; MUGA, A.: «La colisión de convenios...», *op. cit.*, pág. 1367; VALDÉS DAL-RE, F.: «Las garantías colectivas...», *op. cit.*, pág. 203; SOLER ARREBOLA, J.A.: *op. cit.*, pág. 306; MARTÍNEZ RIAZA, J. y RODRÍGUEZ FERNANDEZ, M.L.: «Sobre el deber de negociar el régimen de condiciones de trabajo aplicable a los trabajadores tras un proceso de subrogación empresarial», *Revista de Derecho Social* nº 13, pág. 194.

10. VALDÉS DAL-RE, F.: «Problemas de determinación...», *op. cit.*, pág. 17. SOLER ARREBOLA, J.A.: *op. cit.*, pág. 307.

11. Sobre esta cuestión *vid.* MERCADER UGUINA, J.R.: «La silenciosa decadencia del principio de norma más favorable», *REDT* nº 109, págs. 19 y ss.

del negocio familiar; o cuando ambas empresas estén afectadas por el mismo convenio colectivo de sector; o en aquellos casos en los que tanto la cedente como la cesionaria pertenecen al mismo sector, pero se ven afectadas por convenios de sector provinciales y están radicadas en provincias diferentes, etc.)¹².

Desde mi punto de vista, aunque la misma solución se aplica a las dos situaciones, entiendo que ello obedece a criterios diferentes. Cuando hay una situación de colisión, mantener la aplicación del convenio de la empresa cedente a los trabajadores afectados por la transmisión, supone introducir un criterio de estabilidad en el disfrute de las condiciones de trabajo pactadas con anterioridad a la transmisión, así como un necesario elemento de seguridad jurídica. Cuando no hay colisión entre convenios colectivos, mantener la misma regla supone en realidad una expresión del principio de eficacia general del convenio colectivo vigente (arts. 82.2 y 86 ET).

1.2. Mantenimiento de las condiciones del convenio de aplicación en el momento de la transmisión

El art. 44.4 ET señala que tras la transmisión los trabajadores afectados por la misma mantendrán las condiciones del convenio colectivo de aplicación en el momento de la transmisión en la empresa, centro de trabajo o unidad autónoma transferida o cedida¹³. Es decir, se refiere al convenio en vigor en dicho ámbito en el momento de la transmisión.

Es posible encontramos algunas dudas sobre qué debemos entender por convenio en vigor (o de aplicación) en el momento de la transmisión. En primer lugar, la situación de prórroga por períodos anuales cuando no hay denuncia (art. 86.2 ET); o en los casos de ultraactividad (art. 86.3 ET). En ambos casos se mantiene (en todo o sólo en la parte normativa) la vigencia del convenio, por lo que si la transmisión de la empresa se produce en esos momentos debería mantenerse su aplicación tras la transmisión¹⁴. No obstante, hay una sombra que se cierne sobre este razonamiento: el art. 44.4 ET *in fine* señala que dicho convenio se mantendrá en vigor hasta su «fecha de expiración», expresión que como veremos posteriormente altera radicalmente esta conclusión. Pero a ello nos referiremos posteriormente.

12. Desde mi punto de vista el trabajo que de manera más exhaustiva ha señalado los múltiples supuestos que pueden originarse en función de que haya colisión o no de convenios cuando estamos ante una transmisión de empresas es MUGA, A.: «La colisión de convenios colectivos en la transmisión de empresa», *RL Tomo I* de 1991, págs. 1363 y ss.

13. Y ello con independencia de que su entrada en vigor haya sido inmediatamente anterior a la transmisión; así la STSJ de Canarias de 18 de agosto de 1998, Ar. 6463.

14. Podemos acudir de nuevo a los problemas entre Iberia y Ineruropa Handling, concretamente la STS de 12 de abril del 2000, Ar. 3951, que afirma que «la denuncia de este convenio practicada en su día determinó que continuaran en vigor conforme a lo establecido en el artículo 86.3 del Estatuto de los Trabajadores hasta que se pacte un nuevo convenio».

También podemos encontrar otra situación compleja, la relativa a los convenios con retroactividad: si con posterioridad a la transmisión de un centro de trabajo o unidad autónoma, es aprobado un convenio que tiene eficacia retroactiva a un momento anterior a la transmisión (v.gr., se transmite un centro de trabajo, y tras la transmisión se aprueba un nuevo convenio en la cedente con eficacia retroactiva a un momento anterior a la transmisión), ¿se aplica dicho convenio colectivo a los trabajadores afectados por la transmisión?

En reiteradas Sentencias relativas a la sucesión de las ikastolas privadas que se incorporaron al sistema educativo público del País Vasco, el TS entendió que la respuesta más adecuada era analizar la configuración del ámbito subjetivo de la eficacia retroactiva establecido por el convenio. Si dicha eficacia retroactiva se extendía expresamente a los trabajadores afectados por la transmisión, quedarían afectados¹⁵.

No comparto la doctrina del TS. Lo cierto es que en el momento de la transmisión dichas condiciones no existían, no eran «de aplicación», aunque con posterioridad se les haya dotado de eficacia retroactiva. Desde mi punto de vista entiendo que los trabajadores no tendrían derecho a tales condiciones, pues una vez producida la transmisión ya no están representados por los negociadores de ese convenio al que se dota de eficacia retroactiva; al dejar de pertenecer a la empresa estaríamos realmente ante una auténtica invasión de un ámbito que a tales representantes no les corresponde. De otro lado, hay que tener en cuenta también un mínimo principio de seguridad jurídica, pues admitir la eficacia retroactiva supondría introducir un elemento de inseguridad jurídica para el adquirente, que es difícilmente tolerable¹⁶.

1.3. Alcance subjetivo de la regla general

El mantenimiento de las condiciones establecidas en el convenio de la cedente sólo alcanza a los trabajadores afectados por la transmisión que se incorporan a la cesionaria¹⁷. Lógicamente, aquellos trabajadores a los que se haya extinguido el contrato con anterioridad a la transmisión no les será de aplicación dicho convenio colectivo. No obstante, en los supuestos que la extinción esté pendien-

15. En este sentido, las SSTs de 15 de diciembre de 1998, Ar. 10508, 10509, 10511, 10512, 10513, 10514; y Ar. de 1999 nº 1012. Sobre esta misma cuestión podemos ver las diferentes Sentencias motivadas por la aplicación del art. 44 ET a una sucesión de empresas concesionarias, estableciéndose en el pliego de condiciones el mantenimiento de las condiciones de trabajo pactadas con la primera concesionaria (sucesión de la actividad de handling realizada por Iberia por Ineuropa Handling), SSTSJ de Baleares de 22 de diciembre de 2001, Ar. 1983; Baleares de 7 de noviembre de 2000, Ar. 907; Cataluña de 4 de septiembre de 2000, Ar. 4569; Canarias de 18 de agosto de 1998, Ar. 6463. No obstante, esta jurisprudencia cuenta con votos particulares que entienden estimaban el carácter absoluto de la eficacia retroactiva, de manera que la misma alcanzaría en todo caso a los trabajadores afectados por la transmisión

16. MELLA MÉNDEZ, L.: «Sucesión de empresa ...», *op. cit.*, pág. 238.

17. STSJ de Castilla y León de 13 de abril de 2000, Ar. 1505.

te de resolución judicial (caso de los despidos impugnados judicialmente por considerarse improcedentes o nulos), habrá que estar a la calificación judicial que se produzca con posterioridad a la transmisión: si es procedente el contrato se extinguió con anterioridad a la transmisión, pero en caso contrario el cesionario deberá readmitir al trabajador (despido nulo u objetivo improcedente), o podrá optar entre indemnización o readmisión (despido improcedente)¹⁸. Por otra parte, los trabajadores en suspensión o excedencia, al mantenerse viva la relación laboral, también pueden ser transferidos, y les será aplicable el convenio¹⁹.

No será de aplicación el convenio a los trabajadores que sean contratados con posterioridad a la transmisión por la cesionaria para prestar servicios en la empresa, centro o unidad adquirida²⁰ (lo que supone que tales entidades han mantenido su autonomía), ya que estos no se han visto afectados por la transmisión²¹. No obstante, ¿debe darse la misma solución a aquellos supuestos en los que no hay colisión entre convenios colectivos pese a la transmisión? Entiendo que la respuesta debe ser negativa. Ciertamente, el art. 44.4 ET proyecta el mantenimiento de las condiciones tan sólo para los trabajadores afectados por la transmisión, pero la regla se explica como mecanismo de estabilidad o conservación de las condiciones pactadas, evitando la aplicación de condiciones diferentes procedentes del convenio de la cesionaria; es decir, es una regla que actúa realmente sobre una situación de colisión. Cuando no hay colisión entre convenios, dado que el convenio de la cedente sigue en vigor y no se ve afectado por la transmisión, es de aplicación la regla general de eficacia general (art. 82.3 ET) y vigencia del convenio (art. 86 ET), por lo que es plenamente aplicable a los nuevos trabajadores contratados.

1.4. La regla de transitoriedad en la aplicación del convenio colectivo de origen

Tal como hemos visto con anterioridad, el art. 44.4 ET establece que el mantenimiento del convenio se prolonga «hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida»²². Queda claro que la

18. MELLA MÉNDEZ, L.: «Sucesión de empresa ...», *op. cit.*, pág. 30.

19. CAMPS RUIZ, J.L.: «Régimen laboral...», *op. cit.*, pág. 175.

20. En este sentido podemos ver a RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Sucesión de empresas...», *op. cit.*, pág. 59.

21. DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen laboral ...», *op. cit.*, pág. 336. A esta misma conclusión llegaba ya la jurisprudencia comunitaria, plasmándose en la Sentencia de 17 de diciembre de 1987, Ladsorganisationen y Danmark for Tjeenerformbunder y Danmark c. Ny Molle Kro; sobre la misma *vid.* VALDES DAL-RE, F.: «Las garantías colectivas ...», *op. cit.*, pág. 203.

22. Esta regulación se inspira directamente en el art. 3.3 de la Directiva 2001/23, que habla de mantener la vigencia del convenio de origen «hasta la fecha de extinción o de expiración del convenio colectivo, o de la entrada en vigor o de aplicación de otro convenio colectivo».

situación regulada en el art. 44.4 ET tiene carácter meramente transitorio y no indefinido, tal como habían defendido doctrina y jurisprudencia²³.

La permanencia del convenio de origen desaparece cuando se produce alguna de las dos alternativas siguientes: que se llegue a su fecha de expiración, o que otro convenio nuevo entre en vigor. En cuanto a la primera posibilidad, debemos resaltar que la desaparición del convenio colectivo de origen no se condiciona a que pierda su vigencia, sino a que se produzca su «fecha de expiración», es decir, aquella fecha señalada por las partes negociadoras a tenor del art. 86.1 ET. La actual redacción del art. 44.4 ET implica que se va a mantener la aplicación del convenio de la empresa cedente tan sólo hasta que se alcance «la fecha de expiración»; por lo que está claro que no se quieren aplicar las reglas del art. 86 ET (la prórroga del convenio o la ultraactividad). No cabría, por tanto, mantener la aplicación del convenio en situación de ultraactividad a los trabajadores afectados por la transmisión; pues a efectos de este colectivo, el convenio pierde su vigencia al llegar el término final²⁴.

Esta interpretación tiene además una importante repercusión sobre algo que ya hemos analizado: la regla general de que se mantiene la vigencia del convenio que sea aplicable en el momento de la transmisión en la empresa cedente. ¿Es convenio «de aplicación» (a los efectos del art. 44.4 ET), aquél que en el momento de la transmisión se encuentra en situación de ultraactividad? Lo más adecuado es una respuesta negativa: si cesa la aplicación del convenio original cuando llega la fecha pactada de extinción, sin que pueda prolongarse a través de la ultraactividad, esto supone que no podría aplicarse el convenio original que esté en situación de ultraactividad en el momento de la transmisión²⁵. En el caso de prórroga automática la respuesta es diferente: a tenor del art. 86.2 ET ante la falta de denuncia se produce la prórroga anual; es decir, se sustituye la fecha original de expiración del convenio por otra distinta. Entiendo que lo que sucede es una alteración de la fecha de expiración, que se traslada un año, por lo que el convenio prorrogado es compatible con la regla del art. 44.4 ET *in fine*.

Por otra parte, a tenor del art. 44.4 ET la llegada del término final puede no significar la pérdida de vigencia, ya que existe la posibilidad de que ésta haya desa-

23. En este sentido VALDÉS DAL-RE, F.: «Problemas de determinación ...», *op. cit.*, pág. 25; también GIL y GIL, J.L.: «La protección de los derechos de los trabajadores ...», *op. cit.*, págs. 308 y 309. En cuanto a la jurisprudencia, *vid.* las SSTs de 20 de enero de 1997, Ar. 618, 13 de febrero de 1997, Ar. 1265; o las diferentes de 15 de diciembre de 1998, Ar. 10508, 10509, 10511, 10512, 10513, 10514 y 1012 de 1999. También las SSTSJ de Castilla y León de 11 de febrero de 2002, JUR 61920; Baleares de 19 de noviembre de 2001, Ar. 335; Baleares de 29 de octubre de 2001, Ar. 4489; Valencia de 7 de marzo de 2000, Ar. 4370; Baleares de 21 de septiembre de 2000, Ar. 4301; Andalucía 20 de septiembre de 2000, Ar. 4272; Cataluña de 18 de julio de 2000, Ar. 2893; Castilla y León de 13 de abril de 2000, Ar. 1505; Canarias de 31 de enero de 2000, Ar. 210.

24. PRADAS MONTILLA, R.: *op. cit.*, pág. 17.

25. En este sentido DEL REY GUANTER, S.: *op. cit.*, pág. 337.

parecido con anterioridad: el convenio original se mantiene bien hasta la fecha de expiración, bien hasta la entrada en vigor de otro convenio «nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida». Esto significa que después de la transmisión, será posible aprobar un convenio colectivo «nuevo», negociado *ex novo*, ya sea como renovación del convenio aplicable en la empresa cesionaria, o negociado por una unidad de negociación distinta²⁶ (siempre que no se incurra en la prohibición de concurrencia). No ha de tratarse necesariamente de un convenio aplicable a todos los trabajadores de la empresa cesionaria, basta que resulte de aplicación a la «entidad económica transmitida», es decir, a los trabajadores afectados por la transmisión. Su ámbito, por tanto, puede ser muy diferente: inferior a la empresa (v.gr. un convenio de centro cuando se ha transmitido un centro de otra empresa y conserva su autonomía), de empresa (v.gr. cuando afecta a todos los trabajadores de la cesionaria, sean originarios o transmitidos), o un convenio de sector provincial, de CC.AA., o nacional (v.gr. cuando la empresa transmitida y la adquirente pertenecen al mismo sector y ámbito territorial)²⁷.

Estamos ante una situación de alternancia excluyente²⁸; es decir, la pérdida de vigencia se produce bien por llegar la fecha, bien por entrar en vigor un convenio nuevo que incluye a la entidad transferida. La primera posibilidad es que el convenio originario llegue a su término final, sin que con anterioridad haya sido sustituido. En este caso su pérdida de vigencia supone la entrada en vigor del régimen jurídico existente en la empresa cesionaria. Cabe, lógicamente, la posibilidad de que se negocie posteriormente un nuevo convenio colectivo que fuese de aplicación. La otra posibilidad es que antes de que llegue el término final se negocie un nuevo convenio colectivo, que se aplicará, aunque no haya llegado la fecha final del convenio original, sustituyéndolo aunque sea peyorativo para los trabajadores²⁹.

Esta regulación se separa de la Directiva comunitaria: el art. 3.3 de la Directiva señala que los Estados pueden limitar el período de mantenimiento de las condiciones de trabajo, pero dicha limitación no puede ser inferior a un año. Esto supone que otorga a los trabajadores un período mínimo de disfrute de sus condiciones de trabajo de un año³⁰. Por contra nuestro ordenamiento no prevé un límite ni mínimo ni máximo para mantener las condiciones de trabajo. Esto ha originado

26. DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen laboral ...», *op. cit.*, pág. 338.

27. Sobre la posibilidad de diferentes ámbitos de este «nuevo» convenio colectivo, *vid.* DEL REY GUANTER, S.: «El nuevo régimen laboral...», *op. cit.*, pág. 338.

28. Ya lo advertía VALDÉS DAL-RE respecto del art. 3.2 de la Directiva 77/187. «Problemas de determinación ...», *op. cit.*, pág. 22. En el mismo sentido MELLA MÉNDEZ, L.: «Sucesión de empresa ...», *op. cit.*, pág. 173. Respecto del art. 44.4 ET en su actual regulación se mantiene la misma opinión: VALDES DAL-RE, F.: «Las garantías colectivas ...», *op. cit.*, pág. 207; MELLA MÉNDEZ, L.: «El nuevo artículo 44 ...», *op. cit.*, pág. 366.

29. Así VALDÉS DAL-RE, F.: «Las garantías colectivas ...», *op. cit.*, pág. 208.

30. Sobre esta cuestión *vid.* CARABELLI, U. y VENEZIANI, B.: «Il trasferimento di azienda in Italia», en VV.AA.: *La transmisión de empresas en Europa*, Caccuci Editore, Bari 1999, págs. 142 y 143.

algunas críticas en el sentido de entender que estamos ante una transposición incorrecta³¹. No obstante, también se ha defendido que de la literalidad de la Directiva no se establece la necesidad de regular un plazo mínimo de duración del convenio original una vez producida la transmisión, pues la duración del mismo se regula con carácter general quedando limitada a la extinción del mismo o a su sustitución por otro convenio³².

1.5. La excepción a la regla general: un nuevo acuerdo de empresa

El propio art. 44.4 ET prevé una excepción a la regla general analizada, pues señala que la misma se aplicará «salvo pacto en contrario, establecido una vez consumada la sucesión mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores». La doctrina laboral estima que esta regulación se inspira en un antecedente que había sido utilizado con cierta habitualidad bajo la regulación original del art. 44 ET: los llamados pactos de homologación u homogeneización, también llamados acuerdos de armonización y acuerdos o preacuerdos de fusión³³. Estos consisten en un acuerdo entre las empresas cesionaria y cedente y los representantes de los trabajadores cedidos, que con anterioridad a la transmisión y a través de vías negociales atípicas, establecen mecanismos de armonización de los diferentes regímenes jurídicos de condiciones de trabajo³⁴, posibilidad que incluso fue aceptada por cierta jurisprudencia³⁵.

La posibilidad de acudir a un acuerdo de empresa para evitar la aplicación de la norma general supone una importante novedad respecto a la Directiva 2001/23; de ahí que algún autor estime que la regulación española es contraria a la regulación comunitaria³⁶. No obstante, recordemos que la propia Directiva prevé la pérdida de vigencia del convenio por la entrada en vigor o aplicación de otro convenio, luego

31. GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: *op cit.*

32. De esta opinión MONEREO PÉREZ, J.L.: «La sucesión de empresa (En torno al artículo 44)», *REDT* n° 100, pág. 940; también MELLA MÉNDEZ, L.: «El nuevo artículo 44...», *op. cit.*, págs. 375 y 376.

33. Podemos constatar que hay autores que estiman que la actual regulación del art. 44.4 ET vendría a dar cobertura legal a tales mecanismos. En este sentido se han manifestado GARCÍA ROMERO, B. y FERRANDO GARCÍA, F.M.: «Sobre el acuerdo que excluye la aplicación del convenio de la empresa cedente», comunicación presentada al XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pendiente de publicación; MELLA MÉNDEZ, L.: «El nuevo artículo 44 ...», *op. cit.*, pág. 374.

34. Sobre los mismos *vid.* CAMPS RUIZ, L.M.: «Régimen laboral de la transmisión...», *op. cit.*, págs. 233 y ss.; este mismo autor en «Puntos críticos ...», *op. cit.*, págs. 87 y ss.; con gran amplitud MELLA MÉNDEZ, L.: «Sucesión de empresa ...», *op. cit.*, págs. 73 y ss.

35. Sobre la misma *vid.* MARTÍNEZ MORENO, C.: «Tendencias jurisprudenciales recientes en supuestos de transmisión de empresas y subcontratación», *RL* Tomo I de 1999, pág. 626; también GARCÍA ROMERO, B. y FERRANDO GARCÍA, F.M.: *op cit.* *Vid.* la STSJ de Canarias de 22 de diciembre de 2000, Ar. 4472; Canarias de 11 de septiembre de 2000, Ar. 4130.; Canarias de 31 de enero de 2000, Ar. 210; Andalucía de 21 de septiembre de 1993, Ar. 4050.

36. En este sentido MORALA GÓMEZ, A.: *op. cit.* pág. 198.

parece que nada hay que objetar a la viabilidad de la norma española³⁷. Lo que está tras esta norma es la intención del legislador de permitir que sean los propios sujetos colectivos quienes puedan resolver el problema del convenio aplicable. Se potencia la negociación colectiva y se facilita que sean los intereses de las partes implicadas los que rijan las condiciones laborales aplicables tras la sucesión.

Por otra parte, se habla expresamente de un «acuerdo de empresa». Si no me equivoco, creo que es la primera vez que el legislador laboral utiliza en el ET esta expresión, que ha sido acuñada por la doctrina laboral. Se trataría de la consagración legal del uso lingüístico doctrinal.

1.5.1. Sujetos legitimados para negociar

Una de las cuestiones de mayor importancia en este acuerdo es la relativa a cuales son los sujetos legitimados para negociar. Literalmente el precepto habla de acuerdo de empresa «entre el cesionario y los representantes de los trabajadores». Por parte empresarial el legitimado es el empresario cesionario y no el cedente, pues el acuerdo se desarrolla tras la transmisión³⁸.

En cuanto a la parte laboral, negociarán los representantes de los trabajadores, sin especificar cuáles son. Por analogía con otros acuerdos de empresa (arts. 40, 41, 47 y 51 ET), entiendo que pueden negociar uno u otro órgano de representación de los trabajadores, debiendo puntualizarse que en caso de representación sindical han de ostentar la mayoría de la representación unitaria³⁹. Ahora bien, ¿a qué representantes se refiere, a los de la empresa cedente o a los de la cesionaria? Lo lógico es que se esté refiriendo a los representantes de los trabajadores que han pasado a depender de la empresa cesionaria a través de la transmisión de empresa⁴⁰.

Pero la respuesta anterior plantea otro problema: ciertamente el art. 44.5 ET establece que cuando la empresa, centro de trabajo o la unidad productiva autónoma transmitida conserve su autonomía, el hecho de la transmisión no supone la extinción del mandato representativo, es decir, podrán negociar tales órganos de representación. Pero, ¿qué ocurre si la transferencia de empresa supone la pér-

37. En este sentido no es extraño encontrar como se estima que esta novedad debe ser calificada de manera positiva al suponer una mejora del régimen comunitario, pues se prima a la autonomía colectiva de los sujetos implicados; así, MELLA MÉNDEZ, L.: «El nuevo artículo 44 ...», *op. cit.*, pág. 370. También se afirma que esta posibilidad es perfectamente acorde con la Directiva en base a lo dispuesto en su art. 8°, que permite la posibilidad de mejorar el contenido mínimo de la misma; así, GÓMEZ ÁLVAREZ, T.: *op cit.*

38. GARCÍA ROMERO, B. y FERRANDO GARCIA, F.M.: *op cit.*

39. *Vid.* GORELLI HERNÁNDEZ, J.: *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Civitas, Madrid 1999, págs. 153 y ss. De igual opinión MELLA MÉNDEZ, L.: «El nuevo artículo 44...», *op. cit.*, pág. 372; GARCÍA ROMERO, B. y FERRANDO GARCÍA, F.M.: *op cit.*

40. No obstante, DEL REY GUANTER, S. se ha mostrado favorable a entender que este precepto se refiere a la representación de los trabajadores de la empresa cesionaria; «El nuevo régimen laboral...», *op. cit.*, pág. 339.

dida de la autonomía? En este caso desaparece el mandato representativo. Ante esta situación, hay autores que estiman que han de ser los representantes de la empresa cesionaria los que asuman la legitimación para negociar⁴¹.

No obstante, entiendo que puede darse otra respuesta distinta: aplicar el art. 87.1 ET en relación a los legitimados para negociar un convenio que no afecta a la totalidad de los trabajadores de la empresa (en este caso se trata de un acuerdo de aplicación sólo a los trabajadores transferidos); de manera que negocien los representantes sindicales con implantación en la unidad de negociación elegidos por los propios trabajadores que van a verse afectados por el acuerdo⁴².

1.5.2. Delimitación temporal

El art. 44.4 ET señala expresamente que el acuerdo ha de realizarse con posterioridad a la transmisión. Esto nos plantea una importante cuestión: el hecho de que los acuerdos deban ser posteriores, ¿elimina la posibilidad de los preacuerdos de homologación o armonización? Aunque hay alguna voz doctrinal que estima que los pactos producidos con anterioridad han de considerarse nulos⁴³, estimo que, en principio, la consagración legal de un acuerdo posterior a la transmisión no obsta al uso y validez de un mecanismo que se enmarca dentro de la negociación colectiva, y que tendrá la consideración de pacto atípico⁴⁴. En todo caso, si se produjera una situación de colisión entre acuerdo atípico previo y acuerdo de empresa posterior, el problema debe resolverse en base a la diferente eficacia jurídica de estos instrumentos, imponiéndose el acuerdo de empresa.

Desde mi punto de vista puede ser mucho más problemática la relación entre estos acuerdos de homologación y la regla general establecida en el art. 44.4 ET: ¿es admisible un pacto de homologación cuando hay una regla legal expresa que establece con carácter imperativo el mantenimiento del convenio de la empresa adquirida? La normativa legal tiene carácter imperativo, y tan sólo admite la excepción expresamente regulada en la misma, es decir, el acuerdo de empresa. En este sentido, podemos encontrar alguna opinión favorable a entender que estos acuerdos previos a la transmisión deben ser considerados nulos a tenor de la nueva regulación⁴⁵.

Si bien esta regla intenta concretar el momento del pacto, falta bastante por delimitar respecto al momento del mismo: ¿cabe el acuerdo de empresa en cualquier momento posterior a la transmisión? Desde mi punto de vista lo lógico es

41. De esta opinión se han mostrado GARCÍA ROMERO, B. y FERRANDO GARCÍA, F.M.: *op cit.*

42. Sobre esta posibilidad *vid.* MELLA MÉNDEZ, L.: «El nuevo artículo 44...», *op. cit.*, pág. 373.

43. Sobre tales acuerdos señala VALDÉS DAL-RE, F., que a la luz de esta regulación hay que reputarlos nulos; «Las garantías colectivas...», *op. cit.*, pág. 209.

44. También se muestran favorables al mantenimiento de estos mecanismos GARCÍA ROMERO, B. y FERRANDO GARCÍA, F.M.: *op cit.*

45. Así, VALDÉS DAL-RE, F.: *op. cit.*, pág. 209.

que este tipo de acuerdo se produzca inmediatamente tras la transmisión. Ahora bien, teniendo en cuenta que la redacción es suficientemente amplia («una vez consumada la sucesión»), siempre será posible acudir a este acuerdo en un momento posterior a la transmisión; por ejemplo, cuando pese a la creencia de las partes de que las diferentes regulaciones no suponían problema alguno, se constata con el paso del tiempo la existencia de conflictos de importancia. De otro lado, entiendo que existe un límite temporal máximo: una vez que haya entrado en vigor el convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad transmitida, no cabe acudir a este acuerdo de empresa, pues supondría atentar contra la eficacia normativa del convenio.

1.5.3. Contenido del acuerdo de empresa

Al configurarse como una excepción a la regla general el acuerdo de empresa significa que no se aplique el convenio que afecta a la entidad cedida. Pero a partir de ahí existen diferentes alternativas, fundamentalmente dos: que establezca la no aplicación de la regla general estimando aplicable el convenio colectivo que afecta a la empresa cesionaria; o que declare la no aplicación de la regla general y regule específicamente las condiciones que van a regir las relaciones laborales de los trabajadores transferidos.

De las dos alternativas, la que más me seduce es que el acuerdo de empresa tendrá como contenido establecer la aplicación del convenio de la cesionaria. No entiendo posible que el acuerdo pueda establecer una nueva regulación de condiciones de trabajo. En primer lugar, el carácter limitado de los acuerdos de empresa, a tenor del cual no sería posible un acuerdo que regulase la totalidad de las condiciones de trabajo. En segundo lugar, permitir que por acuerdo de empresa se regulasen las condiciones de trabajo de los transferidos supondría usurpar el papel del convenio colectivo. De otro lado, el problema que resuelve el art. 44.4 ET es el relativo a cuál de las dos posibles regulaciones convencionales es aplicable, optando por dar prioridad al convenio de la empresa cedida; si se establece una excepción a esta regla, lo lógico es que se introduzca en el sentido de favorecer la otra alternativa posible, la aplicación del convenio de la empresa cesionaria.

Si bien es cierto que algunos autores defienden que el contenido de este acuerdo puede tener un objeto amplio, hacen referencia a que este tipo de acuerdo establezca la equiparación de derechos entre los trabajadores transferidos y los de la empresa cesionaria en relación a las condiciones de trabajo (salario, jornada, clasificación profesional, etc.)⁴⁶. Es decir, en realidad no se concibe a este acuerdo con capacidad para establecer una regulación específica, sino para homologar las condiciones al convenio de la empresa cesionaria, por lo que en realidad están defendiendo algo muy parecido a la aplicación del convenio de la cesionaria.

46. Así GARCÍA ROMERO B. y FERRANDO GARCÍA, F.M.: *op cit.*

1.5.4. Eficacia jurídica

Si bien es cierto que estos acuerdos no regulan por sí mismos condiciones de trabajo, estamos ante un acuerdo a través del cual se exceptúa la aplicación de un convenio colectivo que tiene eficacia normativa y que es fuente del derecho; más aún, a través de este acuerdo se decide la aplicación directa o paulatina de otro convenio colectivo. A tenor de este dato hay que tener en cuenta que pese a no establecer por sí mismo una regulación específica, sí tiene repercusión normativa, luego habría que aceptar su eficacia normativa⁴⁷.

El que pueda predicarse la eficacia normativa depende también de que los sujetos que negocian estén debidamente legitimados para ello. Tal como hemos visto antes, no hay ningún problema en caso de que pueda conservarse la autonomía de la entidad económica, en cuyo caso los representantes de los trabajadores mantienen su mandato representativo. Caso contrario, a tenor del art. 87.1 ET, debe acudir a la designación en asamblea de los representantes sindicales elegidos por los propios trabajadores, por lo que en estos casos también dichos representantes tienen legitimación suficiente para generar una eficacia normativa.

Si defendemos la eficacia normativa de este tipo de acuerdos es necesario que se respeten determinados aspectos formales esenciales. Así, estimo indispensable la formalización del acuerdo por escrito. También es necesario el registro. El RD 1040/1981, de 22 de mayo, sobre registro y depósito de convenios, establece la obligatoriedad de registrar cualquier acuerdo que tenga eficacia de convenio (eficacia normativa). Respecto a la publicidad, parece que ésta es absolutamente conveniente, y si bien no se dispone de mecanismos de publicación oficial, cuanto menos es indispensable su exposición a través del tablón de anuncios⁴⁸.

Desde el punto de vista de la eficacia subjetiva, hay que afirmar que este tipo de acuerdo no afecta exclusivamente a aquellos trabajadores que se han visto afectados por la transmisión⁴⁹. No obstante, esto no significa en sí una eficacia subjetiva limitada, pues el ámbito o unidad de negociación es justamente la de estos trabajadores, y todos están afectados por lo dispuesto en el acuerdo.

47. Desde una perspectiva similar DEL REY GUANTER, S., quien estima que «no hay más remedio que reconocer eficacia normativa, en tanto que en dicho acuerdo se pueden contemplar precisamente cuáles van a ser las condiciones laborales a aplicar a los trabajadores transmitidos», *op. cit.*, pág. 339. También se muestran favorables a admitir la eficacia normativa GARCÍA ROMERO, B. y FERRANDO GARCÍA, F.M., que estiman que al tener carácter sustitutorio del convenio de la empresa cedente, debe reconocerse dicha eficacia. *Op cit.*

48. Así GARCÍA ROMERO, B. y FERRANDO GARCÍA F.M.: *op cit.*

49. MELLA MÉNDEZ, L.: «El nuevo artículo 44...», *op. cit.*, pág. 372.

2. LA IMPUGNACIÓN DE CONVENIOS COLECTIVOS POR PENSIONISTAS

2.1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto

Analizando la jurisprudencia constitucional del período inmediatamente anterior, podemos detectar como uno de los temas recurrentes es el de la legitimación para la impugnación de los convenios colectivos: pueden consultarse, por ejemplo las SSTC 56/2000, 88/2001, 89/2001, 90/2001, o las más recientes 157/2002 o 171/2002.

La regulación sobre el procedimiento de impugnación de convenios colectivos (arts. 161 y ss. LPL) plantea una legitimación básicamente reservada a los sujetos colectivos, quedando un espacio tremendamente limitado para los sujetos individuales que sólo pueden actuar en caso de lesividad, estableciéndose una limitación legal expresa respecto a los trabajadores y empresarios incluidos dentro del ámbito del convenio⁵⁰.

Las tres Sentencias de 2001 (88, 89 y 90 de 2001, BOE de 1 de mayo) plantean el tema de la impugnación de un convenio colectivo por parte de antiguos trabajadores o sus familiares que siguen vinculados a la empresa al percibir algún tipo de mejora de Seguridad Social, y que sufren una disminución de las mismas⁵¹. Concretamente, las tres se refieren a diferentes intentos de impugnación de los antiguos trabajadores, ahora jubilados, del grupo Ercros. Estos vieron como, debido a problemas económicos de la empresa, se alcanzó un acuerdo a través del art. 154.2 LPL, por el que se establecía una importante reducción de su cuantía. En los tres supuestos se produce la inadmisión de la acción procesal de los demandantes.

La STC 88/2001 plantea la impugnación de un convenio colectivo por diversos beneficiarios de las ayudas complementarias. Es evidente que la pretensión de declaración de ilegalidad del convenio es absolutamente inviable, pues el propio art. 163.1 a) LPL señala que la legitimación para impugnar un convenio colectivo por ilegalidad le corresponde en exclusiva a los órganos de representación legal o sindical de los trabajadores y a las asociaciones empresariales interesadas⁵². La razón por la que se reserva esta legitimación a los sujetos colectivos

50. Con anterioridad a la actual regulación procesal podemos ver la posición crítica a la limitación de la legitimación de sujetos individuales en GONZÁLEZ VELASCO, J.: «Los convenios colectivos como normas susceptibles de impugnación por los sujetos individuales» (I) y (II), *AL* n° 47 y 48 de 1988.

51. Los tres casos se diferencian por los sujetos que intentan la impugnación del pacto colectivo y la vía procesal utilizada. Mientras que en las dos primeras Sentencias se trata de diferentes beneficiarios, antiguos trabajadores, que pretenden la impugnación, en el tercer caso es una asociación de beneficiarios la que pretende la impugnación. De otro lado, mientras la primera de las Sentencias analiza el supuesto de impugnación vía arts. 161 y ss. LPL, por contra, en las otras dos los demandantes han acudido al procedimiento ordinario para impugnar el convenio colectivo contrario a sus intereses.

52. En este sentido, se expresa el FJ n° 4 de la STC 88/2001. Esta STC no hace sino reiterar lo que ya ha venido afirmando la doctrina constitucional desde hace tiempo. Así, la STC 47/1988, FJ n° 5.

es porque la norma colectiva goza de eficacia general o *erga omnes*, por lo que la gestión de la misma (su negociación, denuncia o impugnación) ha de reservarse a aquellos sujetos que representen los intereses colectivos⁵³.

En cuanto a la legitimación como tercero lesionado por el convenio colectivo, la cuestión es más dudosa: el art. 163.1 b) LPL establece que el tercero cuyo interés haya sido gravemente lesionado por el convenio colectivo podrá reclamar la impugnación del mismo; ahora bien, no podrán entenderse como terceros los trabajadores y empresarios incluidos en su ámbito de aplicación. En este caso en concreto, estamos ante sujetos que ya no son trabajadores de la empresa, pero se benefician de unas mejoras o ayudas establecidas por diversos convenios colectivos de la citada empresa. ¿Pueden considerarse terceros a los efectos de impugnación por lesividad del convenio? Para el TC los sujetos que impugnan, si bien han dejado de trabajar, aún perciben determinadas cuantías económicas reguladas en el convenio colectivo, de modo que, pese a no ser trabajadores, están incluidos en su ámbito de aplicación⁵⁴; por lo que no tienen legitimación activa para impugnar ni por ilegalidad ni por lesividad, siendo la interpretación judicial razonable, fundamentada y sin rigorismo excesivo⁵⁵.

En las STC 89/2001 y 90/2001 los demandantes (perceptores de prestaciones complementarias individualmente considerados y una asociación de perceptores) en vez de acudir a la impugnación del acuerdo colectivo por lesividad, optan por el proceso ordinario. El TC estima que no hubo vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al inadmitirse las demandas, pues no supuso ninguna interpretación irrazonable de la legislación vigente, ni un rigorismo desproporcionado. Simplemente la vía del proceso ordinario no es la adecuada para solicitar la impugnación de un acuerdo con eficacia de convenio colectivo⁵⁶. Estima el TC que esta respuesta es razonable y objetiva, pues los sujetos individualmente considerados disponen a su alcance de otra vía procesal alternativa, que no ha sido utilizada. Las tres Sentencias del TC estiman que los intereses particulares de los sujetos incluidos dentro del convenio colectivo pueden satisfacerse por la vía de impugnación, no del convenio colectivo como norma abstracta, sino de actos con-

En similares términos las SSTC 65/1988, FJ nº 3; 124/1988, FJ nº 5; 81/1990, FJ nº 4. A estos argumentos se añade que permitir la legitimación de los sujetos individuales supondría poner en duda «la mera existencia de la negociación colectiva a que se refiere el art. 37.1 de la Constitución»; así las SSTC 10/1996, FJ nº 4; 12/1996, FJ nº 4; 56/2000, FJ nº 3; 89/2001, FJ nº 4 y 90/2001, FJ nº 4.

53. MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J.: «La impugnación de los convenios colectivos de trabajo», *REDT* nº 24, pág. 499; también ALEMÁN PÁEZ, F.: «Las vías de impugnación de los convenios colectivos: problemática actual (II)», *RL* nº 12, págs. 333 y 335. En la misma dirección se ha movido la jurisprudencia constitucional anterior (SSTC 47/1988, 65/1988, 124/1988, 10/1996, 12/1996, 56/2000, 88/2001, 89/2001, 90/2001).

54. *Vid.* al respecto lo establecido por el FJ nº 4 de la STC 88/2001.

55. STC 88/2001, FJ nº 5

56. STC 89/2001, FJ nº 4 y STC 90/2001, FJ nº 4.

cretos de aplicación del mismo⁵⁷. Es decir, la existencia de esta vía alternativa permite afirmar que la limitación de la legitimación activa a los sujetos colectivos es proporcionada a los fines constitucionales perseguidos y que no se sacrifica el derecho a la defensa procesal de cada trabajador⁵⁸.

Esta doctrina jurisprudencial plantea dos cuestiones interesantes que deben ser señaladas: de un lado, la interpretación amplia del concepto de trabajador para evitar la consideración como tercero a los efectos de impugnación por lesividad; de otro lado, el tema de esa otra vía procesal alternativa.

2.2. Existencia de una vía procesal para la adecuada defensa de los intereses individuales lesionados por el acuerdo o convenio colectivo

Tal como señala el TC existe una vía alternativa a la impugnación del convenio colectivo que permite una tutela de los derechos de los sujetos individuales. Ésta consiste en solicitar individualmente la inaplicación de la concreta norma que se considera lesiva o contraria a la legalidad. No obstante, no existe una configuración legal de esta posibilidad, lo que redundará en la falta de delimitación precisa de la misma⁵⁹. Parece, por tanto, indispensable, analizar las principales manifestaciones de la doctrina jurisprudencial sobre la misma.

Inicialmente la jurisprudencia del TC se limitó a señalar la existencia de esta posibilidad, así como el objeto de esta pretensión: los trabajadores no podrán pretender la nulidad, anulabilidad o inaplicabilidad del convenio colectivo, sino que simplemente podrán acudir al ejercicio de acciones indirectas frente a los actos del empresario que supongan la aplicación del convenio o acuerdo. Lo que se reconoce es la posibilidad de reclamar contra el acto de aplicación, pero no se está admitiendo que a través de una demanda individual se pretenda la inaplicación general⁶⁰, pues atentaría al carácter *erga omnes* del convenio colectivo⁶¹.

57. STC 88/2001, FJ nº 4.

58. Tal como afirma la STC 157/2002, «la privación del acceso a los Tribunales para impugnar normas pactadas (...) resulta también proporcionada, porque el interés particular de los incluidos en el ámbito del convenio puede verse protegido por otras vías procesales que no impliquen la impugnación directa de la norma pactada —como bien puede ser la que tenga por objeto, no dicha norma, sino actos concretos de aplicación de la misma». FJ nº 3.

59. Esta vía ya había sido señalada por la doctrina laboral con anterioridad a la jurisprudencia. Así, MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J.: *op. cit.*, pág. 500; también PÉREZ DEL RÍO, T.: *op. cit.*, pág. 481.

60. En este sentido, la STC 47/1988, FJ nº 4: «La cuestión pasa a ser —como ocurre en este caso— si es acorde con las exigencias del art. 24.1 de la Constitución una resolución que a trabajadores individualmente considerados niega, en tal proceso ordinario, legitimación para instar la nulidad, anulabilidad o inaplicabilidad de un convenio colectivo, pretensión con la que aspiran a defender sus derechos o intereses lesionados por cláusulas del convenio, remitiéndoles al ejercicio de acciones «indirectas» frente a los actos empresariales que supongan aplicación del convenio». También la STC 124/1988.

61. En este sentido la STSJ de Murcia de 26 de marzo de 2001, Ar. 1238.

A partir de la STC 56/2000 comienzan a delimitarse los elementos básicos que caracterizan esta alternativa procesal. En primer lugar, cuál ha de ser la vía procesal oportuna para poder demandar. Ya la STC 81/1990 insinuaba la posibilidad de acudir a un proceso ordinario; pero con más claridad la STC 56/2000 se inclina por el proceso ordinario⁶², doctrina que ha sido seguida por las SSTC 89/2001 y 90/2001⁶³, y más recientemente la STC 157/2002⁶⁴.

La respuesta es lógica si tenemos en cuenta que el ámbito de aplicación de las modalidades procesales tiene carácter limitado, que se especifica por la propia regulación legal de las mismas, y es evidente que en ninguna de las modalidades procesales se regula de manera expresa la posibilidad de articular una cuestión con las características de la que estamos analizando. Por contra, el proceso ordinario puede adaptarse más fácilmente a cualquier pretensión que se plantee en el ámbito laboral⁶⁵. En definitiva, aunque de modo expreso no se haga referencia a esta cuestión, de modo implícito ha de entenderse viable por las propias exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva⁶⁶. No obstante, podemos señalar opiniones doctrinales favorables a estimar viable que se pueda acudir al proceso ordinario o a las modalidades especiales, dependiendo de la pretensión deducida, para defender un interés individual afectado por un convenio colectivo⁶⁷.

En cuanto a los legitimados para actuar procesalmente, es lógico entender que han de ser los sujetos individuales afectados por el convenio colectivo: trabaja-

62. Esta Sentencia afirma que «en el caso de un trabajador individual, el derecho fundamental del art. 24.1 C.E. impone interpretar las normas procesales de manera que, por el cauce del proceso ordinario, pueda solicitarse no la nulidad del convenio colectivo sino la inaplicación», FJ nº 3.

63. El FJ nº 4 de ambas Sentencias manifiestan que «(...) si la parte recurrente consideraba que el Acuerdo suscrito entre sindicatos y empresa resultaba lesivo para sus intereses, debería haber utilizado el proceso ordinario con el objeto de instar la implicación de las cláusulas concretas del mismo que le resultasen perjudiciales».

64. Esta última afirma en esta misma dirección que se considera irrazonable y contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, «la denegación de la legitimación a un tercero (...) cuando lo que plantea no es una pretensión de control abstracto de normas laborales pactadas, sino una acción, a través de un proceso ordinario, en defensa de los derechos o intereses propios o particulares presuntamente lesionados por la ilegalidad de un convenio», afirmando «la disponibilidad del proceso ordinario para la defensa singular e individualizada de los derechos e intereses del trabajador que se vean lesionados por la aplicación del convenio», FJ nº 3.

65. En este sentido BAYLOS GRAU, A., CRUZ VILLALÓN, J. y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*; Trotta, Madrid 1991, pág. 183.

66. En este sentido la STC 81/1990, FJ nº 3. Desde el punto de vista doctrinal *vid.* ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: «Validez, impugnación, aplicación e interpretación del convenio colectivo. (En torno a los artículos 90 y 91)», *REDT* nº 100, págs. 1591 y 1592.

67. En este sentido se han manifestado OJEDA AVILÉS, A.: *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid 1995, pág. 727; MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J.: *op. cit.*, pág. 500. De igual modo BAYLOS GRAU, CRUZ VILLALÓN y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F.: *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, Madrid 1991, pág. 250; ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *op. cit.*, pág. 1591.

dores, empresarios o terceros sujetos incluidos en su ámbito de aplicación. Se excluiría así a los sujetos colectivos, ya que ellos tienen la posibilidad de acudir a la modalidad especial de impugnación de convenios, al igual que los terceros ajenos al convenio que hayan sido lesionados por el mismo (art. 163.1 letras a y b LPL)⁶⁸. Podríamos plantearnos si los terceros sujetos individuales, ajenos al convenio, pueden también acudir a este procedimiento además de a la vía de impugnación por lesividad. Desde mi punto de vista será difícil admitir esta posibilidad, pues lo que se pretende es la inaplicación de un precepto del convenio, luego se está presuponiendo que el demandante estará afectado por el mismo y no es ajeno a la aplicación del convenio.

La cuestión más polémica es la relativa a la pretensión perseguida: ha de quedar claro que es la inaplicación de una norma colectiva. Lógicamente, entiendo que el demandante ha de basar necesariamente su pretensión sobre el hecho de que la norma colectiva vulnera la ley o los legítimos derechos del demandante. A partir de aquí, pese a que no se impugne en todo o en parte el convenio, es evidente que el paso previo a realizar por el órgano judicial es analizar la conformidad de la norma a la ley o si supone una vulneración del legítimo interés del demandante⁶⁹; de ahí que la doctrina laboral suela hablar de «impugnación indirecta»⁷⁰. Este elemento puede generar desconcierto, pues puede ocurrir que los órganos judiciales, dada esta similitud, confundan la pretensión de impugnación indirecta o inaplicación particular con una verdadera impugnación que busca la nulidad del precepto colectivo, optando por la comodidad de declarar la falta de legitimación para resolver la cuestión. No es nada extraño, por lo tanto, que se produzca la confusión de un mecanismo con otro⁷¹.

68. No obstante, también en este tema podríamos plantearnos la posibilidad de que los sujetos colectivos estén legitimados para actuar a través de este procedimiento. En principio no vemos razón alguna para impedir que si tales sujetos tienen un interés concreto y particular, no colectivo, puedan acudir al procedimiento ordinario con el ánimo de solicitar la inaplicación de una norma colectiva.

69. Tal como señala la STC 157/2002 (FJ nº 3) recordando la literalidad de la STC 81/1990, «que la reparación de la lesión puede llevar aparejada, en su caso, la valoración de la nulidad de alguna cláusula del convenio, no es obstáculo para que haya de reconocerse legitimado al trabajador interesado para ejercitar su acción por vías jurisdiccionales de defensa». En este sentido MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J.: «La impugnación de los convenios ...», *op. cit.*, pág. 501; también SANGUINETI RAYMOND, W.: *op. cit.*, pág. 139.

70. Así la STSJ de Valladolid de 27 de marzo de 2001, Ar. 2204, a tenor de la cual los sujetos individuales «pueden ser afectados en sus derechos o intereses por el acto concreto y singularizado de aplicación, frente al que pueden impetrar la tutela judicial ex art. 24 de la Constitución, decisión que sin afectar directamente a la pervivencia y eficacia normativa del convenio, puede implicar su ineficacia particular, en relación con quienes se sintieron agraviados, por cualquier desviación en que la norma colectiva haya podido incurrir respecto del ordenamiento positivo, derecho de impugnación indirecta». Doctrinalmente *vid.* CABEZA PEREIRO, J.: «La impugnación por lesividad de los convenios colectivos», *REDT* nº 69, pág. 46; ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *op. cit.*, pág. 1591; GARATE CASTRO, J.: «Crónicas de jurisprudencia. VIII Negociación colectiva.» *Justicia Social* nº 8 (2001), pág. 183.

71. En este sentido *vid.* las SSTSJ de Murcia de 26 de marzo de 2001, Ar. 1238, 1239, Ar. 1363

Ha de quedar claro en el *petitum* de la demanda que la pretensión del demandante es la simple inaplicación del convenio colectivo⁷². Si el órgano judicial llega a la conclusión de que el demandante tiene razón, no se pronuncia sobre la validez general de la norma, lo que procederá será declarar que dicha norma convencional, que no ha sido impugnada, no es aplicable al concreto trabajador o sujeto que demanda, en virtud de que la misma pueda resultar contraria a la legalidad vigente o ocasione un perjuicio injusto⁷³.

El objeto de la pretensión que se sigue en proceso no puede ser otro que la inaplicación particular al trabajador concreto de la cláusula o cláusulas que supongan una lesión o perjuicio para el demandante⁷⁴; aunque para ello sea necesario que el órgano judicial valore la legalidad o no de la regulación convencional o si lesiona o no un interés legítimo digno de tutela⁷⁵.

En cuanto a los efectos, la sentencia sólo los producirá para el demandante, pero no para el resto de sujetos que pueden estar afectados por el convenio colectivo. Su eficacia no se extiende a estos otros sujetos, que si lo desean podrán demandar también la inaplicación. Hay que tener en cuenta que si se produce un conjunto masivo de demandas se podría llegar a una situación de inaplicación generalizada del convenio colectivo⁷⁶.

y 2 de abril de 2001, Ar. 1990.

72. Así SANGUINETI RAYMOND, W.: *op. cit.*, pág. 139.

73. ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *op. cit.* pág. 1592. Tal como manifiestan BAYLOS, A. CRUZ, J. y FERNÁNDEZ, M.F.: «(...) el Juez debe realizar una confrontación entre la norma cuya inaplicación se solicita y el resto del ordenamiento jurídico, pero esta labor no es el núcleo del proceso; se realiza tan sólo desde una perspectiva instrumental, porque tras esa confrontación será posible saber si es posible o no conceder lo pedido por la parte». *Instituciones de Derecho Procesal Laboral*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 261.

74. En este sentido, la STC 157/2002 (FJ nº 6) rechaza el recurso de amparo de los trabajadores, pese acudir al proceso ordinario, pues suplicaban «la declaración de nulidad» de una determinada cláusula del convenio; es decir, se pretendía un control abstracto de la norma convencional.

75. En este sentido hemos de recordar como ya la STC 81/90, al admitir la posibilidad de que el proceso ordinario pudiera servir para instrumentalizar la defensa individualizada de los derechos de un trabajador, que se veía lesionado por la aplicación de la norma colectiva, aceptaba que la actuación judicial «pueda llevar aparejada, en su caso, la valoración de la nulidad de alguna cláusula del convenio, como ha sucedido en el presente caso», FJ nº 3. Justamente la literalidad de esta Sentencia ha sido reiterada por jurisprudencia posterior; concretamente por las SSTC 56/2000, que repite la literalidad que acabamos de mencionar, y las SSTC 89/2001 y 90/2001. Tal como afirma SANGUINETI RAYMOND, W., estas Sentencias ratifican el camino esbozado por la STC 56/2000. «La defensa de los jubilados y pensionistas frente a las cláusulas convencionales lesivas o ilegales. A propósito de las SSTC 88,89 y 90/2001, de 3 de abril)», *Revista de Derecho Social* nº 14, pág. 144.

76. Sobre esta cuestión, *vid.* MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J.: «La impugnación de los convenios ...», *op. cit.*, pág. 501; también ALEMÁN PÁEZ, F.: «Las vías de impugnación de los convenios colectivos: problemática actual (II)», *RL* nº 12 de 1990, pág. 334; CABEZA PEREIRO, J.: «La impugnación por lesividad (...)\», *REDT* nº 69, pág. 50; ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *op. cit.* pág. 1592.

De otro lado, si la reclamación individual instrumentalizada por esta vía coincide con una impugnación a través de las vías procesales de control abstracto admitidas legalmente, parece que la reclamación individual deberá suspenderse hasta la resolución del proceso de efectos generales⁷⁷. El proceso de reclamación individual sólo seguiría adelante en el caso de desestimación de la pretensión ejercida de oficio o por la modalidad procesal de impugnación de convenio, pues si se estima la ilegalidad del convenio y se resuelve su nulidad es evidente que la cuestión se resuelve⁷⁸.

Ahora bien, ante una o varias impugnaciones individuales de actos de aplicación del convenio, es posible que el empresario (o los sindicatos que han negociado el convenio) demande por la vía de conflicto colectivo, pues estaríamos ante una cuestión que afecta a intereses generales de un colectivo y que versa sobre la interpretación de una norma colectiva. En este caso, se demandará contra la contraparte que ha negociado el convenio⁷⁹, que normalmente se mostrará de acuerdo con la pretensión. En dicho proceso no podrían actuar los sujetos individuales como codemandados, pues no están legitimados activa ni pasivamente⁸⁰. A tenor del art. 158.3 LPL, la Sentencia «producirá efectos de cosa juzgada sobre los procesos individuales pendientes de resolución o que puedan plantearse, que versen sobre idéntico objeto». Dicho de otra manera, existe un mecanismo a disposición de los sujetos colectivos a fin de limitar las impugnaciones individuales de los actos de aplicación del convenio⁸¹, lo que limitaría gravemente las posibilidades de defensa de los jubilados. Esto supondría poner en peligro esta vía alternativa que permite la defensa de los intereses individuales; no habría una garantía adecuada para permitir la defensa de los intereses de estos sujetos. En definitiva, podríamos estar ante una lesión del derecho a la tutela judicial efectiva.

2.3. La impugnación de normas colectivas por perceptores de prestaciones complementarias

2.3.1. Posición del Tribunal Constitucional

Cuando una norma colectiva establece una reducción drástica de prestaciones complementarias establecidas en convenios u otros mecanismos negociales ante-

77. En este sentido se manifiestan ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M.E.: *op. cit.*, pág. 1.592. Sobre esta cuestión *vid.* la STS de 24 de diciembre de 1997, Ar. de 1998 445.

78. Ahora bien, si se declara la validez y eficacia del convenio colectivo, su legalidad o que no lesiona intereses legítimos de terceros, parecería que carece de sentido mantener la pretensión individual, pues hay una declaración expresa de licitud del convenio. No obstante, puede ocurrir que la pretensión del proceso individual y del proceso de impugnación se basen en argumentaciones diferentes, en cuyo caso podría plantearse que aún tendría sentido mantener viva la acción.

79. MONEREO PÉREZ, J.L., en VV.AA. (dirigido por J.L. Monereo Pérez, M.N. Moreno Vida y A. J. Gallego Morales), *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada 2001, págs. 940 y 941.

80. *Id.* SAN de 15 de junio de 1998, AS 2659.

81. Sobre esta posibilidad *vid.* los antecedentes de la STC 171/2002, que son muy ilustrativos a estos efectos.

riores, los afectados pueden acudir a la «impugnación indirecta» defendiendo una pretensión individual. No será posible, por contra, que acudan a la impugnación por ilegalidad, pues no son sujetos colectivos; pero, ¿pueden impugnar por lesividad?; ¿son terceros a los efectos del art. 163.1 b) LPL?

La STC 88/2001 entiende que tal pretensión no es aceptable, estimando el TC que estos sujetos no están legitimados para el ejercicio de la acción procesal de impugnación por lesividad. El art. 163.1 b) LPL establece que sólo podrán hacerlo los terceros cuyos intereses resulten gravemente lesionados; si bien no tendrán consideración de terceros los trabajadores ni los empresarios incluidos en el convenio. A partir de aquí el TC entiende de aplicación la doctrina de la STS de 20 de diciembre de 1996, a tenor de la cual están excluidos de la legitimación para accionar por esta vía no sólo los trabajadores y empresarios afectados por el convenio, sino también cualquier otro sujeto incluido dentro del ámbito de aplicación del mismo; concretamente, los antiguos trabajadores perceptores de prestaciones reguladas en el convenio colectivo están afectados por él aunque ya no sean trabajadores en activo⁸².

Dado que el TC acepta esta doctrina, es imprescindible analizar la jurisprudencia del TS en esta materia. Fundamentalmente los argumentos utilizados son dos⁸³:

a) En primer lugar, que los antiguos trabajadores perceptores de prestaciones complementarias al recibir tales complementos están afectados por esa regulación, luego son parte del convenio y no se les puede considerar como terceros ajenos al mismo⁸⁴. Recordemos que a tenor del art. 163.1 b) *in fine* LPL «No se tendrá por tercero a los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio»⁸⁵. El hecho de que el convenio colectivo

82. STS de 20 de diciembre de 1996, Ar. 9812, cuya literalidad reitera el FJ nº 4 de la STC 88/2001. Desde luego ésta no es precisamente una postura extraña a la jurisprudencia laboral, pues podemos encontrar vestigios de la misma a lo largo de los años 90; *Vid.* las SSTS de 6 de junio de 2001, Ar. 5494; 9 de febrero de 1999, Ar. 2483; 11 de marzo de 1997, Ar. 2309, o de 20 de diciembre de 1996, Ar. 9812.

83. Sobre esta cuestión pueden verse los trabajos de SANGUINETI RAYMOND, W.: *op. cit.* págs. 132 y 133; también ÁLVAREZ ALONSO, D.: «Las dificultades de impugnación de los acuerdos colectivos por parte de jubilados y pensionistas», en XIII Congreso Nacional de la AEDTSS, material aún no publicado.

84. En este sentido podemos ver la STS de 11 de marzo de 1997, Ar. 2309. También las SSTS 14 de julio de 1995, Ar. 6255; 20 de diciembre de 1996, Ar. 9812; y 9 de febrero de 1999, Ar. 2483.

85. *Vid.* la STS 20 de diciembre de 1996, Ar. 9812, que recordando lo dicho por la STS de 14 de julio de 1995, Ar. 6255 señala que «los pensionistas perceptores de una prestación complementaria a cargo de la empresa (...) se mantienen, indudablemente vinculados a las citadas empresas, sin que les sea ajena, por tanto, la evolución normativa de la misma, debiéndose de tener en cuenta, además, que ese vínculo tiene su origen en el contrato de trabajo que, en su día, unió a aquéllos y ésta, pues la percepción de esas pensiones tiene como única causa y razón el hecho de que dichos pensionistas fueran trabajadores de tal empleadora. Incluso es usual aplicar a éstos la denominación de trabajadores pasivos». También las SSTS 6 de junio de 2001, Ar. 5494; 9 de febrero de 1999, Ar. 2483.

regule y establezca determinadas mejoras patrimoniales para trabajadores que tenían una relación laboral, implica que siguen manteniendo una vinculación jurídica con la empresa, de modo que no puede entenderse que sean ajenos a la evolución de la regulación convencional de la propia empresa⁸⁶. Lo esencial es que los sujetos estén incluidos en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, sean o no trabajadores⁸⁷.

b) Por otra parte, el TS estima que los sujetos negociadores del convenio colectivo representan también los intereses del colectivo de pensionistas. Entiende que los sindicatos son los mecanismos adecuados de representación de este colectivo: los pensionistas no pueden crear sindicatos que defiendan en exclusiva sus intereses y los represente tan sólo a ellos (art. 3.1 LOLS), pudiendo tan sólo afiliarse a los sindicatos de carácter general⁸⁸. Por lo tanto, los sindicatos que han negociado el convenio colectivo no sólo han representado a los trabajadores, sino a dichos pensionistas; prueba de ello es que esa misma representación es la que negoció con anterioridad las mejoras que se pretenden suprimir⁸⁹.

Como argumento subsidiario hay que tener en cuenta que la jurisprudencia tampoco admite como tercero lesionado a las asociaciones de pensionistas y jubilados, al estimar que en este caso si bien las asociaciones podrían ostentar la condición de tercero por no estar incluido en el convenio, es necesario que este tercero alegue que el convenio le genera un perjuicio grave. Pero en estos casos los titulares del presunto interés lesionado son los asociados y no la asociación; y los asociados no pueden ser considerados terceros, por lo que la asociación tampoco tiene legitimación⁹⁰.

2.3.2. Crítica

De entrada hemos visto como el TS estima que los pensionistas no son ajenos al convenio, no son terceros. Sólo puede ser tercero aquel sujeto que es ajeno al ámbito del convenio. Desde mi punto de vista, esto supone una interpretación tremendamente reductiva. La consecuencia de esta configuración es clara: si se exige que para ser tercero sean personas ajenas o extrañas al convenio, será muy difícil encontrar un supuesto en el que un convenio colectivo lesiona los legíti-

86. Así las STS 9 de febrero de 1999, Ar. 2483 y 20 de diciembre de 1996, Ar. 9812.

87. STS 20 de diciembre de 1996, Ar. 9812; en similares términos la STS de 6 de junio de 2001, Ar. 5494.

88. SSTS de 14 de julio de 1995, Ar. 6255; 20 de diciembre de 1996, Ar. 9812 y 9 de febrero de 1999, Ar. 2483.

89. Prueba de ello es que esa misma representación es la que negoció con anterioridad las mejoras que se pretenden suprimir. En este sentido la STS 20 de diciembre de 1996, Ar. 9812. En el mismo sentido la STS 14 de julio de 1995, Ar. 6255.

90. Sobre esta cuestión *vid.* las SSTS 11 de marzo de 1997, Ar. 2309; o 6 de junio de 2001, Ar. 5494. Desde el punto de vista doctrinal, SALA FRANCO, T.: «De la impugnación de convenios colectivos», en VV.AA. (dirigido por J.L. Monereo, M.N. Moreno y A.J. Gallego), *Comentario a la Ley de Procedimiento Laboral*, Comares, Granada, 2001, pág. 996.

mos derechos de un sujeto que no está afectado por el mismo, con lo que cabe concluir que el tercero lesionado es prácticamente una rareza jurídica.

Hay que resaltar como esta interpretación no se deduce de la literalidad del art. 163.1 b) LPL, pues este precepto sólo ofrece un dato para delimitar qué es un tercero: no lo serán «los trabajadores y empresarios incluidos en el ámbito de aplicación del convenio». Es decir, si serán terceros tanto los que no son trabajadores o empresarios incluidos en el ámbito del convenio, como otros sujetos no incluidos en dicho ámbito.

Por otra parte, la respuesta que da el TC supone asimilar al pensionista (trabajador pasivo) con el trabajador activo. Tal como ha destacado algún sector doctrinal, el hecho de que el convenio establezca determinados beneficios a favor de un tercero no trabajador, no supone que se produzca necesariamente una asimilación a los trabajadores⁹¹. Volvamos de nuevo a la literalidad del art. 163.1 b) LPL. A tenor de este precepto se excluye sólo a trabajadores y empresarios afectados por el convenio, pero a nadie más. Recordemos que cuando en Derecho del Trabajo se utiliza el término trabajador, se está haciendo alusión a un concepto legal concreto y determinado (art. 1.1 ET), donde no encaja desde luego la figura de sujetos que ya han extinguido su relación laboral con la empresa.

De otro lado, el TS estima que los sindicatos que negocian el convenio colectivo representan también a los que fueron trabajadores y hoy beneficiarios de las prestaciones reguladas por el propio convenio, de modo que sus intereses están defendidos por ellos. Desde mi punto de vista esta afirmación es dudosa. Ciertamente no puede ser tercero quien esté obligatoriamente representado por los negociadores⁹², ¿pero realmente los sujetos colectivos representan a los pensionistas y defendiendo sus intereses?

Es cierto que a tenor del art. 3 LOLS estos colectivos tan sólo pueden afiliarse a sindicatos ya constituidos, sin que puedan constituir organizaciones sindicales que defiendan sus específicos y singulares intereses. Pero la realidad demuestra que normalmente estas organizaciones sindicales optan por una defensa de los intereses de los colectivos en activo más que por la de los pasivos⁹³. Al no estar integrados ya en una plantilla y no participar en elecciones sindicales, no se les tiene en cuenta. Así, se tiende a sacrificar los intereses económicos de los «trabajadores pasivos» para favorecer a los activos. Desde un punto de vista de estrategia sindical es frecuente observar como se cede en los intereses de los pensionistas, para mantener las posiciones de los activos.

91. En este sentido se manifiesta SANGUINETI RAYMOND, W.: *op. cit.* pág. 145.

92. Así SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «La lesión a terceros en la contratación colectiva (El control de lesividad en los convenios colectivos)», *REDT* nº 18, págs. 211 y 212.

93. ÁLVAREZ ALONSO, D.: *op. cit.*

De otro lado, si negocia el convenio colectivo la representación unitaria y no la sindical, el razonamiento jurisprudencial quiebra, pues estamos ante un órgano electivo. Puede suceder que los hoy pensionistas no hayan participado en absoluto en las elecciones, pues no son trabajadores. Si dicho órgano negocia y en dicha regulación colectiva se establece una reducción de los derechos de los pensionistas, notamos que el sujeto legitimado para negociar no representa realmente los intereses de este colectivo.

Tanto en un caso como en otro vamos a encontrarnos que la jurisprudencia analizada supone aceptar que los sujetos colectivos tienen una absoluta capacidad de disposición de los derechos de unos pensionistas, que están afectados por lo dispuesto en el convenio colectivo, pero que difícilmente están representados por dichos negociadores. Pese a ello, tal colectivo carece de un mecanismo jurídico efectivo que garantice el control judicial del respeto a sus intereses⁹⁴. Puede ser que estén incluidos en el convenio colectivo, pero dudosamente están representados por tales sujetos negociadores⁹⁵. Desde este punto de vista, bien podría defenderse que estamos ante auténticos terceros a los efectos de impugnación.

3. NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y RETRIBUCIÓN DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS

3.1. Introducción: La doctrina de la STS de 21 de marzo de 2002, RJ 2002/4319

El origen de los problemas jurídicos que analizamos ahora residen en el Acuerdo entre Administración-Sindicatos de 16 de septiembre de 1994 (BOE de 20 de septiembre), que establecía la regulación sobre condiciones de trabajo para el 1995-1997. Dentro del mismo, se establecía una regulación sobre retribución de los funcionarios, distinguiéndose entre el incremento de 1995 y los del bienio 1996-1997. Para el primer período se establecía una regulación perfectamente cerrada, contenida en el Capítulo II del Acuerdo: un incremento en base al IPC previsto en la LPGE para dicho año. En cuanto al resto del período, la regulación se contenía en el Capítulo VII, a tenor del cual las retribuciones se incrementarían «según la previsión presupuestaria del incremento del IPC para dichos ejercicios», teniendo en cuenta además diferentes aspectos o cuestiones que podrían incidir sobre la cuantía de la retribución.

94. SANGUINETI RAYMOND, W.: *op. cit.* pág. 146.

95. Sobre la consideración de terceros como aquellos excluidos de la unidad de contratación y afectados directamente por la misma, y además aquellos incluidos pero no representados por los sujetos negociadores, *vid.* ÁLEMAN PÁEZ, F.: «Las vías de impugnación de los convenios colectivos: problemática actual (I)», *RL* nº 11 de 1990, págs. 310 y 311; CABEZA PEREIRO, J.: «La impugnación por lesividad ...», *op. cit.*, págs. 33 a 35.

Al negociarse el incremento de 1997, el nuevo Gobierno comunicó a los Sindicatos en la Mesa General de Negociación de la Administración del Estado, la decisión de no incrementar para ese año las retribuciones de los funcionarios. Ante esta actitud se demandó solicitando un incremento idéntico al IPC, en base al Acuerdo firmado en 1995. Esta cuestión se resuelve inicialmente por la SAN de 7 de noviembre de 2000, RJCA 2585, que resolvió a favor de los demandantes. Se trata de una Sentencia lo suficientemente conocida como para no tener que comentarla, por lo que pasamos a mencionar ahora las posteriores vicisitudes procesales del recurso presentado por el Gobierno ante la SAN. Este recurso se dilucida a través de la STS de 21 de marzo de 2002, RJ 2002/4319. Desde mi punto de vista esta Sentencia ofrece una interpretación sobre la eficacia jurídica de los Acuerdos más acertada que la plasmada en las SANs pero introduce algunas interpretaciones, a mi juicio, bastantes reductivas de la negociación colectiva de los funcionarios⁹⁶.

Podemos señalar que los aspectos esenciales de esta STS son los siguientes:

A) Carácter automático del incremento retributivo.

La STS analiza en primer lugar si establecía o no un incremento automático para el bienio 1996-1997. La respuesta va a ser rotundamente negativa y ello en base a dos argumentos: en primer lugar, por la propia literalidad del Acuerdo, que distinguía entre el Capítulo II, que regulaba un concreto y determinado incremento retributivo para 1995, y el Capítulo VI que establecía realmente unos criterios orientadores para negociar el incremento para 1996 y 1997⁹⁷. De otro lado, un segundo argumento gira en torno a la imposibilidad de negociar incrementos retributivos con una cadencia temporal superior a la anualidad. La posición del TS es entender que no cabe la negociación de incrementos *ad futurum*, pues la negociación de esta materia es claramente anual, no admitiéndose una duración superior⁹⁸. La propia anualidad de los Presupuestos Generales (art. 134.2 de la Constitución) y la obligación de

96. Digamos, en su descargo, que con toda probabilidad han pesado enormemente las implicaciones de orden político y económico. Así RUIZ CASTILLO, M.M.: «Los acuerdos sobre retribución de los funcionarios públicos», *TL* n° 64, pág. 160.

97. STS de 21 de marzo de 2002, FJ cuarto. En este sentido existían diversas interpretaciones doctrinales previas a la STS; así MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «La eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios: a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000», *RL* n° 13 de 2001, págs. 22 y 23; también ROQUETA BUJ, R.: «La negociación del incremento de las retribuciones de los funcionarios públicos (a propósito de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de noviembre de 2000)», *Justicia Laboral* n° 6, págs. 62 y 63; y GÓMEZ CABALLERO, P.: «La vinculación de los acuerdos colectivos en el ámbito de la función pública», *RL* n° 13 de 2001, págs. 53 y 54.

98. «... cuanto se acaba de exponer resulta corroborado por el carácter anual que, en armonía con el mandato del artículo 134.2 de la Constitución, el artículo 32 de la Ley 9/1987 atribuye especialmente a la negociación en esta materia, al referirse en su apartado a) al incremento de las retribuciones de funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones públicas que proceda incluir en el «Proyecto de Presupuesto de cada año»».

negociar el incremento que cada año haya de incluirse en el Proyecto de LPGE (art. 32 a LOR)son las bases de esta interpretación⁹⁹.

Estaríamos aquí ante una de las especialidades de la negociación colectiva de funcionarios¹⁰⁰. Aunque la regulación presupuestaria permite al Gobierno obligarse con carácter plurianual, tal como se establece en el art. 61 del RD-Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, estos supuestos son excepcionales, y se encuentran regulados expresamente, y entre tales excepciones no se menciona una obligación plurianual derivada del incremento retributivo de los funcionarios¹⁰¹.

B) Eficacia de lo negociado.

La STS de 21 de marzo de 2002 niega la eficacia jurídica directa de la regulación salarial del Acuerdo, basándose en la superior jerarquía de la norma legal (en concreto la Ley de Presupuestos Generales del Estado)¹⁰². De otro lado, en materia de función pública rige el principio de reserva de ley tal como se deduce del art. 103.3 de la Constitución. Dentro del régimen estatutario se incluyen las retribuciones de los funcionarios, siendo la materia retributiva fijada en la LPGE, siendo una doctrina jurisprudencial consolidada la nulidad de las disposiciones o cláusulas que se opongan a lo establecido en la LPGE¹⁰³. Se produce así una subordinación del gasto público a lo previsto en la LPGE, de manera que lo establecido en el Acuerdo Administración-Sindicatos no tiene efectos vinculantes para el legislador¹⁰⁴.

C) La obligación de negociar.

En cuanto a la obligación de negociar, desde el primero de los Fundamentos Jurídicos de la STS de 21 de marzo de 2002 se comienza asegurando que exis-

99. En este sentido la propia STS de 21 de marzo de 2002, cuyo FJ décimo. Doctrinalmente *vid.* ROQUETA BUJ, R.: *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia, Valencia 1996, pág. 413.

100. Sobre esta cuestión *vid.* ROQUETA BUJ, R.: *La negociación colectiva en la función pública*, Tirant lo Blanch y Universidad de Valencia 1996, Valencia págs. 59 y 60; también DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: «Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *RL* Tomo II de 1997, pág. 310. Recordemos, no obstante, como también se ha defendido que el origen del derecho a la negociación colectiva de los funcionarios reside en el desarrollo por ley del artículo 103.3 de la Constitución. Sobre tal cuestión *vid.* FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La negociación colectiva de los funcionarios públicos*, Cedecs Editorial, Barcelona 1996, págs. 58 y ss.

101. ROQUETA BUJ, R.: *La negociación del incremento de retribuciones*, *op. cit.*, pág. 64.

102. «... no cabe pedir que se cumpla lo previsto en el convenio, pues el principio de jerarquía de fuentes hace que lo establecido en el convenio no sea de aplicación. c) Se subraya la sujeción jerárquica del convenio a la ley, que se conecta en última instancia con el artículo 9.3 de la Constitución, pues existe una primacía de la norma de origen legal respecto de la norma de origen convencional en materia de derecho necesario».

103. STS de 21 de marzo de 2002, FJ séptimo.

104. STS de 21 de marzo de 2002, FJ décimo.

tió voluntad por el Gobierno de mantener el diálogo; puntualizándose que si bien es cierto que existe una obligación de negociar, esto no significa que la negociación deba desembocar forzosamente en la consecución de un aumento de las retribuciones¹⁰⁵, aceptando que la obligación de negociar se cualifica en base al principio de buena fe¹⁰⁶. Lo que ocurrió, según esta STS, es que no se logró un acuerdo, de modo que el Gobierno procedió a hacer uso de la facultad que le otorga el art. 37.2 LOR para establecer de manera unilateral la regulación sobre retribución de los funcionarios¹⁰⁷.

3.2. El carácter automático del incremento pactado en el Acuerdo sobre condiciones de trabajo en la Función Pública

La STS de 21 marzo de 2002 rechaza la existencia de un incremento automático en el Acuerdo. A diferencia del incremento de 1995, los de 1996 y 1997 dependían de unos criterios orientadores fijados en el Capítulo VI del Acuerdo, por lo que no se establecía un incremento de carácter automático. El razonamiento es discutible, pues de la literalidad de los Capítulos II y VI del Acuerdo de 19 de septiembre de 1994 pueden encontrarse argumentos tanto a favor como en contra.

En realidad el TS limitó su análisis a muy concretas reglas del Acuerdo, dejando fuera otros Capítulos del mismo, siendo necesario una interpretación sistemática de todo el entramado que en materia retributiva establecía el Acuerdo en su Título II (Capítulos II a VIII). Podremos así constatar que se establecía una regulación relativa al incremento de retribuciones en el período 1995-1997, vinculadas a un programa de aumento de productividad (fundamentalmente los Capítulos VII y VIII). Además, el apartado 2º del Capítulo VIII establecía una revisión global de los incrementos retributivos al finalizar el período 1995-1997. Para dicha revisión se tendría en cuenta «la masa salarial del conjunto de empleados públicos incluidos en el ámbito del presente Acuerdo a 31 de diciembre de 1994 actualizada con la evolución acumulada del IPC real a 31 de diciembre de 1997, y por otra, la masa salarial real de dicho colectivo a esta última fecha. La diferencia resultante se aplicará en los términos previstos para el Fondo para el mantenimiento del poder adquisitivo.» Más aún, el apartado 3º del citado Capítulo afirma que «entre los objetivos de este Acuerdo y en función de los criterios previstos en este título, se persigue que no se produzca pérdida de poder adquisitivo al final del período...». Por otra parte, el Capítulo VI en su apartado 3º se establece expresamente la necesidad de constituir un Fondo para el mantenimiento del poder adquisitivo, en cada ejercicio.

105. STS de 21 de marzo de 2002, FJ quinto.

106. «La Administración no excluyó de manera unilateral el incremento retributivo en la negociación, ni vulneró el principio de obligatoriedad de negociar de buena fe. Lo que ocurrió fue que no se consiguió llegar a un acuerdo, eventualidad que contempla el artículo 37.2 de la Ley 9/1987».

107. STS de 21 de marzo de 2002, FJ octavo.

El significado de estas normas parece apuntar a que la base de cálculo del incremento retributivo anual es el IPC anual *previsto*, y dado que el IPC *real* puede ser distinto (más alto), es necesario un mecanismo de compensación para evitar la pérdida de poder adquisitivo. Dicho de otra manera, la regulación del Capítulo VIII presupone que el incremento anual es automático en base al IPC, de modo que se consolida anualmente, y el resto de factores que menciona el Capítulo VI serían elementos añadidos que podrían generar, en su caso, incrementos retributivos complementarios¹⁰⁸.

También se estima, en base a la propia anualidad de los PGE, que los incrementos retributivos han de pactarse con carácter anual, y a lo dispuesto por el art. 32 a) LOR. No estoy de acuerdo con esta apreciación. Ciertamente la literalidad del art. 33 de la LOR señala que «el proceso de negociación se abrirá, con carácter anual». Ahora bien, esto no significa que los Acuerdos o Pactos hayan de tener necesariamente una vigencia anual. Estimo que la intención del legislador es establecer una obligación de negociar con periodicidad mínima anual, lo cual no tiene nada que ver con la vigencia de lo negociado. Por otra parte, este dato apunta más en la dirección de que la LPGE tiene necesariamente carácter anual, lo que no impide la negociación de pactos sobre retribución de duración superior a la anual: el Acuerdo puede ser plurianual, y cada año se incluirá en el Proyecto de LPGE la parte de incremento de ese año en concreto.

3.3. La eficacia de lo pactado en Acuerdos sobre materia retributiva

Dentro de la negociación de los funcionarios destaca como los Acuerdos, al versar sobre materia que es competencia de Consejo de Ministros, Consejos de Gobierno de CC.AA. u órganos correspondientes en las EE.LL., requerirán para su validez y eficacia, la aprobación expresa y formal de tales órganos; sólo su consentimiento dotará de fuerza normativa a lo negociado¹⁰⁹.

Una vez aprobado el Acuerdo se incorpora al ordenamiento jurídico y tiene eficacia normativa¹¹⁰ y eficacia subjetiva general¹¹¹, configurándose como fuente del Derecho de origen convencional¹¹². Ahora bien, ¿está obligado el Gobierno a

108. En esta dirección ALFONSO MELLADO, C.L.: «La negociación colectiva de los funcionarios públicos», *Revista de Derecho Social* nº 13, pág. 29.

109. VALDÉS DAL-RE, F.: «Los derechos de negociación colectiva y de huelga de los funcionarios públicos en el ordenamiento jurídico español: una aproximación», *REDT* nº 86, pág. 856; ROQUETA BUJ, R.: *La negociación colectiva...*, *op. cit.*, pág. 371.

110. CARRERA ORTIZ, C.: «Naturaleza y eficacia jurídicas de la negociación colectiva en la función pública en España», *REDT* nº 38, págs. 268 y 269; GOMEZ CABALLERO, P.: «Los derechos colectivos de los funcionarios», *CES*, Madrid, 1994, pág. 329.

111. CARRERA ORTIZ, C.: «Naturaleza y eficacia jurídicas...», *op. cit.*, pág. 273; también PERONA MATA, C.: *op. cit.* pág. 217.

112. Sobre su consideración como fuente del derecho *vid.* la STS de 25 de junio de 2001, Ar. 5738. En definitiva, siguiendo a OJEDA AVILES, a tenor de nuestra regulación sobre eficacia de lo

aceptar el Acuerdo tal cual se le somete, o puede realizar un control del mismo? Diferentes autores estiman que el Gobierno está capacitado para realizar un auténtico control de lo acordado, tanto de legalidad, como de oportunidad política y económica (es decir, si lo acordado es o no conforme a la política económica que se sigue en ese momento)¹¹³; en hipótesis podría incluso rechazar el acuerdo alcanzado en la Mesa. Desde mi punto de vista, tales posibilidades de control han de entenderse de una manera restrictiva: sólo cuando el Acuerdo resultase contrario a la legalidad vigente, cuando la representación gubernamental se haya apartado gravemente de las instrucciones recibidas, o en un claro supuesto de aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, podría rechazarse lo acordado¹¹⁴. El único control es el de la legalidad o no del Acuerdo, debiendo limitarse lo más posible la posibilidad de un control de oportunidad¹¹⁵.

El Acuerdo en cuestión había sido debidamente aprobado por el Gobierno en su momento, siendo publicado también en el BOE. En definitiva, nos encontramos ante un Acuerdo con eficacia normativa. No obstante, el art. 32 a) LOR señala que es objeto de negociación colectiva el incremento retributivo de los funcionarios y del personal estatutario de las Administraciones Públicas, «que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado»; Proyecto que se tramita como Ley, y se convertirá en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. La competencia para aprobar dicha Ley es del poder legislativo. Es decir, estamos ante el ámbito del principio de reserva de ley¹¹⁶. Desde este punto de vista hay que afirmar que esta parte del Acuerdo no puede tener eficacia normativa, pues la competencia para su regulación es del Parlamento.

Estamos ante un supuesto de negociación «prelegislativa», en la que se negocia el texto del Proyecto que va a presentarse al Parlamento, que tiene la facultad de rechazarlo pues no está vinculado por lo acordado¹¹⁷. La eficacia jurídica del Acuerdo se limita a aquellas materias que no son objeto de reserva de ley¹¹⁸.

negociado en el ámbito de la función pública, podemos encuadrarla dentro del modelo decisorio. «Validez y eficacia de la negociación colectiva», en VV.AA., *Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública*, IAAP, Sevilla 1989, pág. 286.

113. CARRERA ORTIZ, C.: «Naturaleza y eficacia jurídicas ...», *op. cit.*, pág. 270; también PERONA MATA, C.: «Reflexiones a propósito de la sentencia de la Audiencia Nacional sobre la revisión salarial de los empleados públicos», *Revista de Derecho Social* nº 13, pág. 21.

114. Sobre esta cuestión *vid.* GÓMEZ CABALLERO, P.: «Los derechos colectivos...», *op. cit.*, págs. 332 y 333.

115. En este mismo sentido OJEDA AVILÉS, A.: «Validez y eficacia de la negociación colectiva funcionarial», en VV.AA., «Seminario sobre relaciones colectivas en la función pública», IAAP, Sevilla 1989, pág. 302.

116. GÓMEZ CABALLERO, P.: «Los derechos colectivos de los funcionarios», CES, Madrid 1994, pág. 310. Sobre esta misma cuestión *vid.* la STS de 21 de marzo de 2002, FJ séptimo.

117. ALFONSO MELLADO, C.L.: *op. cit.* págs. 12 y 13.

118. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «La eficacia de la negociación colectiva de los

Desde este punto de vista la regulación sobre retribución contenida en los Acuerdos tienen escasa eficacia¹¹⁹.

Ahora bien, que no tenga eficacia normativa no significa que no exista ningún efecto obligatorio. Recordemos como el art. 32 a) LOR nos dice que va a ser objeto de la negociación colectiva el incremento retributivo «que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado». A mi juicio hay un claro efecto vinculante: el Gobierno tiene la obligación de incluir lo acordado dentro del Proyecto de LPGE¹²⁰. Se trata, y esto hay que subrayarlo, de una obligación de carácter legal, pues así se recoge de manera expresa en el art. 32 LOR¹²¹. Todo ello deberá ser cumplido con independencia de que el Proyecto se acepte o rechace por las Cortes Generales¹²². En este punto hemos de advertir que el Gobierno se negó a incluir incremento alguno en el Proyecto, pues su postura desde el principio había sido la de establecer un incremento retributivo cero. La negativa del Gobierno configura un incumplimiento de una obligación que emana directamente del art. 32 a) LOR.

¿Qué repercusión va a tener ese incumplimiento? De entrada, estimo que la aprobación de la LPGE no subsana el incumplimiento del Gobierno¹²³, pues su obligación tiene carácter autónomo respecto de la posterior regulación parlamentaria. Pero tampoco es posible la condena al Gobierno a abonar a los empleados públicos los incrementos previstos en el Acuerdo, pues la potestad para fijar los incrementos retributivos corresponde al Parlamento, no al Gobierno. Quien ha incumplido su obligación es el poder ejecutivo, luego entiendo que dicho incumplimiento no debe tener consecuencias negativas sobre la actuación de un poder diferente. Por idénticos motivos entiendo que debe rechazarse la nulidad de la LPGE, pues supondría que el incumplimiento del Gobierno afectaría a la actuación del poder legislativo, que lo hace dentro de los límites de las funciones que le son otorgadas por la Constitución¹²⁴.

Desde mi punto de vista el incumplimiento del Gobierno origina una responsabilidad patrimonial, pudiendo los Sindicatos que han negociado el Acuerdo pedir indemnización de daños y perjuicios por ver incumplido lo acordado¹²⁵. Estaríamos funcionarios...», *op. cit.*, pág. 26.

119. Sobre la cuestión VALDÉS DAL-RE, F.: «Los derechos de negociación ...», *op. cit.*, pág. 857; también RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: «Érase una vez (...) la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *AS* nº 20, febrero de 2001, pág. 37.

120. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: *op. cit.* pág. 26 y 27; también ALFONSO MELLADO, C.L.: *op. cit.*, pág. 13.

121. MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: «La eficacia de la negociación colectiva de los funcionarios...», *op. cit.*, pág. 26.

122. GÓMEZ CABALLERO, P.: «La vinculación de acuerdos colectivos...», *op. cit.*, pág. 49.

123. ALFONSO MELLADO, C.L.: *op. cit.*, pág. 31.

124. En contra ALFONSO MELLADO, C.L.: *op. cit.*, pág. 31.

125. Favorable a esta interpretación se ha mostrado MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: *op. cit.* pág. 30;

ante un incumplimiento que lesiona la libertad sindical, pues afecta al papel institucional de los sindicatos en materia de negociación colectiva. Al respecto de la responsabilidad patrimonial derivada de una lesión de la libertad sindical (vía negociación colectiva) de un sindicato, podemos citar entre las resoluciones recientes a la STS de 8 de junio de 2001 (Referencia 1678 de Actualidad Laboral nº 46 de 2001), que estima viable la indemnización por daños sufridos al excluirse de la negociación con la Consejería de Sanidad de la Comunidad Valenciana a un sindicato legitimado para ello. En dicha indemnización se incluyen no sólo los perjuicios materiales sufridos, sino también los perjuicios morales¹²⁶.

3.4. Negociación colectiva de funcionarios y deber de negociar

La última de las cuestiones a analizar es si se cumplió o no el deber de negociar por parte del Gobierno. A diferencia del ET, que cuenta con una norma que reconoce expresamente la obligación de negociar de buena fe (art. 89.1), no existe una norma paralela en la negociación colectiva de los funcionarios¹²⁷. No obstante, existen diferentes elementos normativos que nos conducen a afirmar la existencia de tal obligación. De entrada el art. 32 LOR: «Serán objeto de negociación (...) a) El incremento de retribuciones de los funcionarios (...) que proceda incluir en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado cada año (...)». Destaca el carácter imperativo que utiliza el legislador en esta norma, que anima a defender el carácter obligatorio de la negociación colectiva¹²⁸. Esta conclusión se acentúa si a este precepto se une la literalidad del art. 34.1 LOR: «Quedan excluidas de la obligatoriedad de la negociación...». Es evidente que este precepto habla expresamente de obligatoriedad de la negociación, refiriéndose, lógicamente, a las materias del art. 32. Podemos concluir, por tanto, que existe una obligación de negociar, y en este sentido se ha manifestado la doctrina laboral¹²⁹.

en la misma dirección MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *op. cit.* pág. 77. También puede verse esta misma opinión en Analistas de Relaciones Laborales: «El sartenazo», *RL* Tomo I de 2001, pág. 1712.

126. «(...) cabe indemnizar por este concepto no sólo los perjuicios materiales que de la infracción se derivan, sino también los daños morales, es obvio que dentro de éstos cabe valorar el deterioro o menoscabo que la imagen del Sindicato demandante padeció ante, al menos, sus afiliados al ser ilícitamente excluido de la negociación (...), pues se le privó con ello de la posibilidad de defender los intereses de aquéllos».

127. DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: «Criterios jurisprudenciales recientes sobre la negociación colectiva de los funcionarios públicos», *RL* Tomo II de 1997, pág. 320. En idéntico sentido MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: *op. cit.* pág. 19.

128. En relación a este carácter imperativo que emana de la literalidad de la norma, *vid.* las SSTs de 25 de junio de 2001, Ar. 5738; 14 de abril de 2000, Ar. 4823; 29 de mayo de 1997, Ar. 4534; 6 de marzo de 1997, Ar. 2165; 16 de noviembre de 1995, Ar. 8791; 10 de noviembre de 1994, Ar. 9040.

129. Por todos VALDÉS DAL-RE, F.: «Los derechos de negociación...», pág. 854; ROQUETA BUJ, R.: «La negociación del incremento de las retribuciones...», págs. 57 y 58; ALFONSO MELLADO, C.L.: *op. cit.* págs. 23 y 24.

El paso siguiente es afirmar que la obligación de negociar ha de desarrollarse en base al criterio de buena fe. No existe regulación expresa sobre este tema, pero la doctrina laboral es favorable a entender que existe dicha obligación¹³⁰, y estimo que es una postura correcta, pues no en vano el principio general de buena fe afecta a la actuación de la Administración y del Gobierno.

Existe una obligación de negociar, no de pactar; luego es posible que no se lleve a acuerdo alguno. Para estos casos el art. 37.2 LOR establece que el Gobierno o el órgano de gobierno correspondiente tendrá la posibilidad de establecer unilateralmente las condiciones de trabajo¹³¹. Ahora bien, siempre existirá el peligro de que la Administración tenga la tentación de bloquear la negociación para ser ella la que establezca, unilateralmente, las condiciones de trabajo. De ahí que la obligación de negociar con buena fe debe ser exigida de una manera efectiva y no meramente formal. La posibilidad de establecer unilateralmente las condiciones de trabajo debe entenderse de manera residual o estricta. Sólo podrá acudir a ella cuando tras un verdadero intento de negociar por parte de la Administración, el acuerdo no sea posible¹³².

¿La actuación del Gobierno en este caso fue o no conforme a la obligación de negociar de buena fe? Resalta que el Gobierno desde el primer momento quiso no incrementar la retribución de los funcionarios, ni de conformidad con lo dispuesto en el Acuerdo de 15 de septiembre de 1994, ni de ninguna otra manera¹³³. Tanto la SAN de 7 de noviembre de 2000, RJCA 2585¹³⁴, como la doctrina laboral que la estudió¹³⁵, estimó que tal actitud era contraria a la obligación de negociar de buena fe.

130. ROQUETA BUJ, R.: «La negociación colectiva colectiva...», *op. cit.*, pág. 338 y ss.; esta misma autora en «La negociación del incremento de las retribuciones...», *op. cit.*, pág. 59.

131. Tal como hemos visto antes (STC 107/2000) una conducta empresarial tendente a evitar la negociación para facilitar la fijación unilateral de las condiciones de trabajo por el empresario, es una violación del deber de negociar.

132. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P., *op. cit.*, pág. 73.

133. Recordemos como el Acta de la reunión de 19 de septiembre de 1996 se afirmaba esta posición; que es reiterada en el Parlamento ante una interpelación del PSOE en fecha de 9 de octubre de 1996, donde el Ministro para las Administraciones Públicas mencionó la famosa frase de «no nos hemos sentado a negociar (...) nos pareció más sensato no estar —y perdón por la expresión, que en cualquier caso es muy clara— mareando la perdiz».

134. Así ampliamente en el FJ tercero: «La buena fe engloba la imposibilidad de obstruir una negociación colectiva con medios de presión mientras la misma se produce, pero también, y fundamentalmente, el intento serio y razonado de llegar a acuerdos sobre el objeto de la negociación (...) Sin embargo, el principio que venimos examinando, negociación efectiva y buena fe, no implica la necesidad de alcanzar un acuerdo —aunque sí de intentarlo—, siempre que el desacuerdo no sea imputable a actitudes obstruccionistas de las partes. En este punto hemos de señalar: 1.- que la Administración vulneró la Ley —en los términos señalados— al excluir de la negociación de manera unilateral el incremento retributivo; 2.- que la Administración tenía la obligación de negociar de buena fe el incremento que nos ocupa; y 3.- que la Administración no tiene obligación de llegar a un acuerdo sobre tal aspecto».

135. ROQUETA BUJ, R.: «La negociación del incremento de las retribuciones...», *op. cit.*, pág. 60; GÓMEZ CABALLERO, P.: *op. cit.* pág. 45; MARTÍNEZ ABASCAL, V.A.: *op. cit.* pág. 21;

La STS de 21 de marzo de 2002 estima justamente lo contrario. Así, en su FJ primero afirma que de la literalidad del Acta de la Sesión de la Mesa general de negociación se deduce la «voluntad del Gobierno de mantener el diálogo». En el FJ quinto afirma también que «hubo negociación en la que estuvo presente el Acuerdo de 15 de septiembre de 1994, así como los aspectos salariales y normativos del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado, puntos que figuran en el orden del día de las reuniones de la Mesa General de Negociación de 19 de julio y 19 de septiembre», concluyendo que «En definitiva, la Administración no excluyó de manera unilateral el incremento retributivo en la negociación, ni vulneró el principio de obligatoriedad de negociar de buena fe. Lo que ocurrió fue que no se consiguió llegar a un acuerdo, eventualidad que contempla el art. 37.2 de la Ley 9/1987».

Por otra parte, si bien es cierto que existe una obligación de negociar el incremento retributivo, también es cierto que la política económica, cuya principal plasmación es la LPGE, le corresponde al Gobierno; y esta puede obedecer a intereses generales tales como la contención de inflación, control del déficit público o lograr alcanzar determinados parámetros que permitieran el ingreso en la Europa del Euro. ¿Puede respetar la consecución de tales intereses generales el deber de negociar? Entiendo que sí, pero para ello es necesario negociar, pero negociar de verdad. Es decir, si desde el primer momento la Administración demuestra con su actuación que no va a permitir una solución diferente a su propuesta, no hay negociación, ni, por supuesto, puede decirse que esta sea de buena fe. No se respeta el deber de negociar si hay una mera apariencia de negociación, convocando la Mesa tan sólo de manera formal, o limitándose a establecer un punto del orden del día sobre la retribución que se plasma en una simple información relativa a que no va a haber una subida salarial; y sin ofrecer el más mínimo resquicio a una contrapropuesta¹³⁶.

De los hechos parece deducirse que el Ministro de Administraciones Públicas ni negoció ni lo intentó. Tal como se menciona en la literalidad de la STS de 21 de marzo de 2002, el Ministro en la sesión de la Mesa General de 3 de diciembre de 1996, afirmó que «el Gobierno no puede moverse del planteamiento realizado en el Proyecto de Presupuestos Generales del Estado para 1997»¹³⁷; es decir, se había decidido con antemano el no incremento retributivo, de manera que no había nada que negociar. Más aún, aunque el Gobierno llevó a la Mesa propuestas alternativas, lo cierto es que no tenían concreción alguna y eran propuestas absolutamente generales; ni tan siquiera quería entrar a desa-

RODRÍGUEZ RAMOS, M.J.: *op. cit.* pág. 38.

136. En este sentido RUIZ CASTILLO, M.M.: «(...) el argumento de que el orden del día deja constancia de la existencia de negociación, no es que parezca traído por los pelos y que en modo alguno cumpla con los requisitos mínimos, porque es irrelevante, para acreditar que hubiera existido negociación, no ya de buena fe». *op. cit.* pág. 154.

137. FJ primero.

rollarlas¹³⁸. Por otra parte, tampoco consta que el Gobierno intentase explicar a la contraparte cuales eran las razones, de interés general, que le compelian a establecer un incremento cero para 1997; muy al contrario, parece que, como señaló el Sr. Ministro, no se quiso «marear la perdiz»; no merecía la pena perder el tiempo negociando¹³⁹. No hubo, por tanto, un intento, razonado y serio de llegar a un acuerdo, por lo que se violó el deber de negociar de buena fe.

En cuanto a las consecuencias jurídicas de este incumplimiento, entiendo que la LPGE no queda afectada. Si bien podemos encontrar una interesante línea jurisprudencial favorable a entender que si se incumple el deber de negociar, el acto normativo aprobado por el Gobierno o el órgano de gobierno correspondiente es nulo¹⁴⁰, lo cierto es que dicha línea contempla situaciones en las que la materia objeto de negociación es competencia propia del órgano de gobierno, y no materias que están amparadas por la reserva de ley. En el caso que nos ocupa (incremento retributivo), el sujeto obligado a negociar es el Gobierno; ahora bien, la aprobación de la LPGE no es de su competencia, sino del Parlamento, y el poder legislativo no es sujeto de la negociación. Dicho de otra manera, quien ha incumplido su obligación es el Gobierno; pero las Cortes Generales han desarrollado su actuación de manera lícita, no han incumplido obligación alguna de negociar. Si el incumplimiento no es imputable al poder legislativo, la LPGE por

138. Tal como consta en la literalidad de la misma STS de 21 de marzo de 2002, FJ primero: «En el documento presentado se realizan propuestas de incrementos retributivos para 1998 y 1999. Forzosamente son propuestas generales porque el Gobierno no está en condiciones en estos momentos de concretarlas. A medida que vayan evolucionando los compromisos de convergencia, se podrán concretar las mismas».

139. ALFONSO MELLADO, C.L.: *op. cit.* pág. 28.

140. Podemos encontrar diferentes resoluciones en el TS, así la STS de 14 de abril de 2000, Ar. 4823, que se refiere a la anulación del Acuerdo plenario del Ayuntamiento de Sanjén, por el que se aprueba el Presupuesto General del Ayuntamiento, por afectar a materias de obligada negociación a tenor del art. 32 LOR. La STS de 29 de mayo de 1997, Ar. 4543 establece la nulidad de una convocatoria de pruebas selectivas de funcionarios. Otra es la STS de 6 de marzo de 1997, Ar. 2165, se refiere a la anulación de una Orden de la Junta de Andalucía que desarrollaba el Plan Forestal de Andalucía y que suponía la modificación de condiciones de trabajo relativas a la jornada laboral y el horario. En cuanto a la STS de 16 de noviembre de 1995, Ar. 8791, sobre la impugnación de los arts. de un RD de la Región de Murcia que regula la provisión de puestos de trabajo. También podemos referirnos a la STS de 10 de noviembre de 1994, Ar. 9040, sobre la anulación de un Decreto de la Comunidad Autónoma de Canarias, que regulaba las indemnizaciones por asistencia y servicios singulares fuera del horario normal de trabajo, materia que afecta, evidentemente, a la retribución de los funcionarios. También es posible detectar esta misma doctrina jurisprudencial en los TSJ; así la STSJ De Navarra de 5 de abril de 2001, RJCA 684, sobre nulidad de Disp. Adic. de un Decreto Foral sobre Atención y Seguimiento Personalizado de la Asistencia Sanitaria, por afectar a condiciones de trabajo; también la STSJ de Valencia de 14 de abril de 1998, RJCA 1291 sobre nulidad de una Resolución del Consejero de Sanidad y Consumo de la Generalidad Valenciana relativa a la amortización de puestos de trabajo, pues contiene aspectos que afectan a las condiciones de trabajo. Sobre esta interpretación *vid.* DEL REY GUANTER, S. y LUQUE PARRA, M.: *op. cit.* pág. 320.

él elaborada no puede considerarse nula¹⁴¹. Entiendo, por tanto, que también en este caso la solución ha de tener carácter indemnizatorio.

4. LAS RELACIONES ENTRE AUTONOMÍA COLECTIVA Y AUTONOMÍA INDIVIDUAL. NUEVOS DATOS EN TORNO AL EJERCICIO DE LA AUTONOMÍA INDIVIDUAL «EN MASA»

4.1. La creciente tendencia a la individualización del Derecho del Trabajo

Las relaciones entre autonomía colectiva e individual se han basado tradicionalmente en el predominio de lo colectivo sobre lo individual¹⁴². La razón del predominio de la autonomía colectiva sobre la individual también reside en que el Derecho del Trabajo actúa como un mecanismo de limitación del libre juego de la autonomía individual de la voluntad, debido al desequilibrio que existe entre los contratantes, empresario y trabajador. En buena medida el Derecho del Trabajo gira en torno a la debilidad contractual del trabajador¹⁴³, que facilitaba que el empresario impusiese las condiciones de trabajo¹⁴⁴. Como bien afirma MONTUSCHI, la libertad contractual sólo existe cuando hay una real capacidad de negociar las condiciones de trabajo¹⁴⁵. La autonomía colectiva impide esa situación de desequilibrio contractual y reequilibra los poderes negociales entre empresario y trabajadores¹⁴⁶. Así, la fijación de las condiciones de trabajo se rea-

141. Podemos señalar, no obstante opiniones contrarias, como la de ALFONSO MELLADO, C.L.: *op. cit.* págs. 27 y 28.

142. Simplemente a modo de ejemplo podemos citar a los siguientes autores como favorables a este punto de vista: D'ANTONA, M.: «La autonomía individual y las fuentes del Derecho del Trabajo», RL Tomo II de 1991, pág. 284; RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales», RL Tomo II de 1991, pág. 47; este mismo autor en «Autonomía individual, negociación colectiva y libertad sindical», RL Tomo II de 1992, págs. 19 y 20; OJEDA ÁVILES, A.: «Autonomía colectiva y autonomía individual», RL Tomo II de 1991, pág. 316; DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C.: «Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo», RL Tomo II de 1991, pág. 385; BLASCO PELLICER, A.: «La individualización de las relaciones laborales», CES, Madrid 1995, págs. 191 y 192; CONDE MARTÍN DE HIJAS, V.: «Autonomía individual: alternativa de desarrollo», RL Tomo II, pág. 366; MORENO DE TORO, C.: «Contrato de trabajo y autonomía de la voluntad», RL Tomo I de 1996, pág. 639.

143. MAZZOTTA, O.: «Autonomia individuale e sistema del Diritto del Lavoro», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* n° 51 (1991), pág. 489.

144. BORRAJO DACRUZ, E.: «Articulación entre la autonomía individual y colectiva y las normas estatales en la regulación del trabajo: balance y nuevas perspectivas», *AL* n° 3 de 1993, pág. 51.

145. MONTUSCHI, L.: «Il contratto di lavoro fra pregiudizio e orgoglio giuslavoristico», *Lavoro e Diritto* n° 1 de 1993, págs. 27 y 28.

146. Sobre esta cuestión *vid.* En este sentido PERA, G.: «Verso il contratto collettivo generalmente obbligatorio», *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, n° 1 de 2000, pág. 101; también GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I.: «Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo y derechos fundamentales del trabajador», *Revista de Derecho Social* n° 4, págs. 20 y 21; también DEL REY GUANTER, S.:

liza fundamentalmente a través de la negociación colectiva, teniendo el contrato un papel prácticamente residual o marginal¹⁴⁷.

En las últimas décadas se ha producido un cierto retorno al contrato de trabajo: se critica que la autonomía individual sea suplantada por una disciplina jurídica orientada exclusivamente a la defensa de los intereses del colectivo¹⁴⁸. Se entiende inaceptable el sacrificio de los intereses individuales y su sustitución por una autonomía colectiva omnipresente, que impide el juego de los legítimos intereses individuales.

Ahora bien, esta postura crítica debe ser tomada con precaución. Un retorno del trabajador a la plena libertad contractual individual no sería realmente útil pues, debido al predominio contractual que ejerce el empresario, esa teórica libertad contractual del trabajador sólo serviría para adherirse a las cláusulas y condiciones fijadas por el empresario. Como afirmaba D'ANTONA, «la libertad necesaria para poder elegir es inseparable del mantenimiento de las condiciones de igualdad de oportunidades»¹⁴⁹.

Entiendo que este proceso de redescubrimiento del contrato debe plasmarse en mecanismos que modulen una presencia excesivamente agobiante de las regulaciones legales y negociales; pero sin renunciar a las mismas. La individualización del Derecho del Trabajo supone ante todo una revalorización del contrato de trabajo en su vertiente reguladora de condiciones de trabajo¹⁵⁰. Hay que dejar espacio a los intereses particulares y concretos¹⁵¹; que afloren los intereses individuales una vez establecidas las condiciones estándar¹⁵².

«Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos a la luz del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores», *REDT* n° 77, pág. 425; GALIANA MORENO, J.M.: «Crisis del contrato de trabajo», *Revista de Derecho Social* n° 2, pág. 52.

147. DEL REY GUANTER, S.: «Autonomía individual y autonomía colectiva...», *op. cit.*, pág. 425; GARCÍA-PERROTE, I.: «Ley, convenio colectivo, contrato de trabajo...», *op. cit.*, pág. 425.

148. SIMITIS, S.: «Il Diritto del lavoro e la riscoperta dell'individuo», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n° 45, pág. 89.

149. D'ANTONA, M.: «L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro», *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* n° 51 (1991), pág. 458.

150. En este sentido DEL REY GUANTER, S.: «Autonomía individual y autonomía colectiva...», *op. cit.*, pág. 426.

151. DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C.: *op. cit.* pág. 390.

152. En este sentido RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. estima que la individualización supone una «quiebra o rectificación de la visión tradicional del tratamiento colectivo y uniforme de los problemas del trabajo, tanto por una regulación legal uniformadora como por una regulación convencional que regula las cuestiones desde la sola perspectiva del interés colectivo. En sentido negativo, la individualización se caracteriza por la búsqueda de la "singularidad", en un doble sentido, en la búsqueda de soluciones individualizadas a problemas considerados ahora como individuales y en la búsqueda de vías directas de comunicación y negociación entre el empresario y cada uno de sus trabajadores (...) La individualización supone una mayor sensibilidad a los intereses individuales y, al mismo tiempo, una mayor posibilidad de tomar en cuenta la esfera de decisión del trabajador singular»; «Negociación colectiva e individualización de las relaciones laborales», RL Tomo II de 1991, pág. 48. De similar opinión CASAS BAAMONDE, M.E.: «La individualización de las relaciones laborales», RL Tomo II de 1991, pág. 405.

El renacer del papel normativo del contrato de trabajo genera importantes tensiones con la negociación colectiva. Desde este punto de vista es esencial el papel del art. 3.1 c) ET, a tenor del cual el contrato puede actuar como fuente de las obligaciones laborales, sin que «en ningún caso puedan establecerse en perjuicio del trabajador condiciones menos favorables o contrarias a las disposiciones legales y convenios colectivos». Esto significa que el principal papel que se atribuye al contrato de trabajo es el de mejorar lo dispuesto por el convenio¹⁵³.

No obstante, análisis más recientes estiman que es posible dejar un mayor margen de actuación al convenio colectivo: la clave reside en el significado de condiciones «contrarias» al convenio colectivo. La interpretación estricta supondría reconocer que el contrato de trabajo no puede separarse ni un ápice de lo establecido en el convenio colectivo. Sin embargo, condiciones «contrarias» no puede significar condiciones distintas. Sería admisible que por contrato individual se pueden establecer condiciones diferentes a las del convenio colectivo, siempre que no sean contrarias a las normas de derecho necesario legales o convencionales, y que no supongan un perjuicio para el trabajador, sino que lo favorezcan¹⁵⁴.

La cuestión es bien simple si se trata de condiciones cuantificables: en este caso el contrato de trabajo podrá mejorar lo establecido en convenio colectivo. Cuando es una condición no cuantificable se podrá establecer una regulación individual distinta a la del convenio, siempre que no vaya en contra a lo allí establecido y que sea más favorable para el trabajador que la regulada en convenio. El problema reside en cómo enjuiciar que la regulación es favorable al trabajador. La favorabilidad podrá presumirse en aquellos casos en los que la aceptación por parte del trabajador de esa condición sea compensada de alguna manera¹⁵⁵. Si no es así, la doctrina laboral ha defendido que tal juicio de favorabilidad ha de girar en torno al propio trabajador, que es el mejor capacitado para decidir cuáles son sus intereses y pactar condiciones distintas a las del convenio colectivo¹⁵⁶. Es evidente que esta es una solución que facilita la individualización de las relaciones laborales.

153. En este sentido RODRIGUEZ-PIÑERO, M.: «Autonomía individual, negociación colectiva y libertad sindical», *RL* Tomo II de 1992, pág. 19. También CASAS BAAMONDE, M.E.: «La individualización de las relaciones laborales», *RL* Tomo II de 1991, pág. 409; recientemente podemos encontrar esta opinión en diversos trabajos presentados al XIII Congreso Nacional de la AEDTSS, aún no publicados; así, AGUILERA IZQUIERDO, R., CRISTÓBAL RONCERO, R. y GARCÍA PIÑEIRO, N.P.: «Breves reflexiones sobre los "pactos en masa" en la doctrina del Tribunal Constitucional (Al hilo de la STC 225/2001, de 26 de noviembre)», en XIII Congreso Nacional de la AEDTSS, material aún no publicado.

154. *Vid.* DURÁN LÓPEZ, F. y SÁEZ LARA, C.: «Autonomía colectiva y autonomía individual en la fijación y modificación de las condiciones de trabajo», *RL* Tomo II de 1991, págs. 390 y 391; BLASCO PELLICER, A.: *op. cit.* pág. 215; y MORENO DE TORO, C.: «Contrato de trabajo y autonomía de la voluntad», *RL* Tomo I de 1996, págs. 648 y 649.

155. SAGARDOY BENGOCHEA, J.A.: «La libertad sindical y los espacios de la autonomía privada», *Documentación Laboral* n° 24, págs. 9 y 24.

156. En este sentido BLASCO PELLICER, A.: *La individualización de las relaciones laborales*,

4.2. El papel de la autonomía individual «en masa»

4.2.1. La evolución de la doctrina constitucional sobre la materia

Nos referimos a la posibilidad de establecer condiciones de trabajo a través de una iniciativa del empresario ofrecida a todos los trabajadores o a una pluralidad de los mismos, de modo que puedan adherirse a la misma de manera voluntaria. Ciertamente el mecanismo utilizado es propio de la autonomía individual, pero el impacto o los efectos del mismo, son propios de la autonomía colectiva, de ahí que surge la cuestión de si estamos ante una violación del Derecho a la negociación colectiva.

Al respecto hay diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Así, si bien inicialmente el Auto 1074/1988 admitió esta posibilidad¹⁵⁷, con lo que parecía abrir una importante puerta a la autonomía individual de la voluntad frente a la colectiva¹⁵⁸; posteriormente la STC 105/1992 la estimó inconstitucional, siendo complementada y matizada esta Sentencia por la STC 208/1993.

La STC 105/1992 resuelve un supuesto en el que concluido el convenio colectivo la empresa ofrece a los trabajadores la posibilidad de modificar, de manera voluntaria y de forma individual, el horario de jornada continuada a jornada partida, siendo compensados con una determinada cantidad económica. En esta Sentencia el TC estima que la voluntad individual no puede modificar lo establecido por convenio colectivo, pues la base del sistema de negociación colectiva es el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual (FJ 6). Aceptar que la contratación en masa puede modificar lo pactado por convenio colectivo implicaría negar la fuerza vinculante y el carácter normativo de estos últimos.

Una segunda STC es la 208/1993, que también plantea un problema similar a la anterior: la empresa establecía unilateralmente unas gratificaciones temporales y un plus de disponibilidad, las primeras previstas para aquellos trabajadores que

CES, Madrid 1995, pág. 215 y 230. En el TC podemos señalar lo dispuesto por el Auto 1074/1988: «la compatibilidad entre la autonomía individual y la autonomía colectiva no impide que, respetándose, en todo caso, los mínimos resultantes del convenio correspondiente, puedan mejorarse las condiciones de los trabajadores. Mejora de estas condiciones que, evidentemente, puede permitir un cierto margen de apreciación y valoración subjetiva, peor que, en la medida en que se oferten con carácter general y amplíen el propio ámbito de decisión de la autonomía individual de los trabajadores (...) no debe estimarse como vulneradora del art. 28.1 de la Constitución».

157. El TC estimó que «la simple propuesta u oferta de la empresa a sus trabajadores de acogerse voluntariamente a un nuevo horario lo es sin perjuicio de mantener, en todo caso, el previsto en el convenio colectivo para aquellos que no deseen acogerse a esas nuevas condiciones laborales, y sin que el nuevo horario pueda afirmarse que es lesivo o perjudicial, en términos generales, para sus intereses y derechos dado que, incluso supone una disminución del cómputo anual de horas de trabajo», ATC 1074/1988.

158. En realidad el ATC no hacía sino repetir una cierta doctrina sentada por el TCT; sobre la misma *vid.* CASAS BAAMONDE Y BAYLOS GRAU, A.: «Organización del trabajo y autonomía individual: la "desregulación" del convenio colectivo», *RL* Tomo II de 1988, pág. 174.

realizasen determinadas funciones, y el segundo se pagaría a los que aceptasen estar en situación de localización inmediata en casos de urgencia para que se incorporasen al trabajo. Para el sindicato accionante estábamos ante una actuación que alteraba las condiciones pactadas en convenio colectivo.

De entrada el TC reconoce la necesidad de respetar un ámbito a la autonomía individual¹⁵⁹. A partir de aquí, y a tenor de la doctrina establecida por la STC 105/1992 la respuesta debería ser la de entender violado el Derecho a la negociación colectiva. Sin embargo, en este caso el TC da una respuesta contraria. ¿Dónde está la diferencia entre STC 105/1992 y la 208/1993? Mientras en la primera las nuevas condiciones eran contrarias a lo dispuesto en el convenio, por lo que suponían una alteración del mismo; en la STC 208/1993 no hay alteración del convenio, pues se trata de una materia no regulada en él¹⁶⁰. Esto supone que hay un espacio libre, ya que el convenio no agotaba la totalidad de la regulación de condiciones de trabajo. Es en ese «espacio libre» donde puede actuar la autonomía individual de la voluntad¹⁶¹.

Cabe, por tanto, la posibilidad de que la autonomía individual actúe en los intersticios o huecos que deje el convenio, sin que sea posible cerrar el paso a la autonomía individual cuando una materia no contemplada por el convenio pueda ser regulada por la negociación en el futuro¹⁶². En conclusión, la postura del TC en esta materia es la de entender que el convenio colectivo no es un universo cerrado, de manera que durante su vigencia debe permanecer intacto no sólo el propio convenio colectivo, sino la regulación sobre condiciones de trabajo¹⁶³.

159. Esta Sentencia afirma que «La capacidad de incidencia del convenio colectivo sobre el contrato individual y la prevalencia del mismo sobre el contrato de trabajo, y el condicionamiento que supone sobre la voluntad unilateral del empleador, impide que la voluntad individual prevalezca sobre la colectiva, pero sólo esto, y no puede excluir un espacio propio para la autonomía individual y para el ejercicio de los poderes empresariales». En idéntico sentido la STC 58/1985 y el ATC 1074/1988.

160. Además, mientras que en la primera estamos ante un supuesto de contrato de adhesión en masa, en el segundo se trataba del uso por parte del empresario de sus facultades unilaterales. Sobre esta cuestión *vid.* SANTIAGO REDONDO, K.M.: «Antisindicalidad por mejora unilateral de condiciones de trabajo con elusión de la negociación colectiva», *RL* nº 13 de 2000, pág. 56.

161. En este sentido se afirma en el FJ nº 4: «De este modo se trata de prestaciones económicas que no sólo no son menos favorables a las establecidas en el convenio colectivo, sino que tampoco pueden entenderse contrarias al mismo. Se trata de gratificaciones a las previstas en la normativa colectiva, no contrarias a éstas y que, por ello, operan en un espacio libre de regulación legal o contractual colectivo, y por ello abierto al ejercicio de la libertad de empresa y de la autonomía contractual».

162. STC 208/1993, FJ nº 4. El TC rechazaría así la concepción del convenio colectivo como un universo cerrado, tal como señala DEL REY GUANTER, S.: «Autonomía individual y autonomía colectiva: algunos puntos críticos a la luz del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores», *REDT* nº 77, pág. 443.

163. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ BARROSO, M.R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: «El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas...», *op. cit.*, pág. 598.

No obstante, el TC desconfía de esta posibilidad, de ahí que la propia STC 208/1993 advierte que si bien en principio la cobertura de vacíos de negociación no sería contraria a la libertad sindical y a la negociación colectiva; no obstante, si se trata de rellenar vacíos dejados artificialmente por la negociación colectiva (se dejan fuera de la negociación condiciones de trabajo esenciales o importantes), estaríamos ante una situación difícilmente compatible con el derecho a la negociación colectiva¹⁶⁴. Probablemente de esta doctrina pueda extraerse otra consecuencia importante: que no es constitucionalmente admisible que la autonomía en masa asuma la regulación de condiciones esenciales de la relación de trabajo¹⁶⁵.

¿Qué es un vacío de regulación? La STC 208/1993 nos da una respuesta muy limitada: no puede entenderse como un vacío de regulación aquél que es buscado o establecido de manera artificial. Al margen de este supuesto, se pueden plantear situaciones más complejas. Así, podemos poner un par de ejemplos interesantes. En primer lugar, la STSJ de Castilla y León, de 25 de septiembre de 2000¹⁶⁶, que resuelve un supuesto en el que el empresario individualmente pretende establecer un tercer turno de trabajo durante la noche, dándose la circunstancia de que si bien nada establecía el convenio colectivo, esta posibilidad había sido suprimida por convenio colectivo en 1990, volviéndose a instalar con carácter provisional durante un año, y previo acuerdo con los representantes de los trabajadores en el convenio colectivo de 1995. En este caso el órgano jurisdiccional estima que, aunque no existe regulación alguna al respecto en el convenio colectivo, «al haberse suprimido, en virtud de Convenio Colectivo Estatutario, el turno de trabajo realizado de noche, para poder reimplantarse el mismo, es preciso un acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores, tal como expresamente prevé el art. 41.2, tercer párrafo *in fine*, ET y, al no haberse obtenido dicho acuerdo, procede declarar la improcedencia de la medida adoptada». Se trata de una interpretación bastante restrictiva. Desde mi punto de vista esta consideración debería ponerse en contacto con el hecho de que cuando se está ante una oferta en masa, la situación es muy diferente respecto de la autonomía individual en sentido estricto: en ésta no parece que haya especiales inconvenientes para cubrir las lagunas del convenio por un acuerdo entre empresario y trabajador. Pero la respuesta parece que debe ser distinta en caso de oferta en masa, pues en estos casos los efectos de tal mecanismo son similares a los producidos por la autonomía colectiva; de ahí que la interpretación de existencia de un hueco libre debe ser ciertamente mucho más estricto.

164. La STC 208/1993 FJ nº 5.

165. En este sentido CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Contratación individual masiva, antisindicalidad y eficacia del convenio colectivo: apuntes de doctrina constitucional sobre una vieja polémica recientemente reavivada en la aplicación de las fuentes de la relación laboral», Comunicación presentada a la Ponencia General del XIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, pendiente de publicación.

166. Referencia 262 de AL nº 8 de 2001.

Una perspectiva contraria la encontramos en la SAN de 24 de noviembre de 1998¹⁶⁷; supuesto en el que la empresa ofrecía a los trabajadores, a través de oferta en masa, un programa de prejubilación, que había sido rechazado por los representantes de los trabajadores. La SAN estima que el rechazo en negociación colectiva «no priva a aquella (la empresa) de su derecho a exponerlo a la plantilla, para su aceptación voluntaria y a ésta de su posibilidad de aceptarlo, individualmente se considera para ello que el rechazo en negociación, sólo supone que la implantación del programa carezca de carácter vinculante general».

En definitiva, parece que es el sentido común quien debe indicarnos en cada caso la respuesta, para lo cual habrá que tener en cuenta diferentes aspectos: cuál es la regulación del convenio en vigor, cuál ha sido la regulación sobre la pretendida laguna en convenios anteriores, si la cuestión relativa a la pretendida laguna ha sido tratada de alguna manera en el proceso de negociación o en procesos anteriores de negociación colectiva, si tal condición supone o no una alteración a los parámetros que han servido a la negociación colectiva. En realidad, todas estas cuestiones parecen conducirnos al final a una conclusión: que ha de tratarse de condiciones estrictamente complementarias a las establecidas por convenio colectivo, por lo que podría llegarse a un punto cercano a la interpretación estricta a la que aludíamos antes¹⁶⁸.

Una prolongación de la doctrina afirmada por las SSTC 105/1992 y 208/1993 la encontramos en la 107/2000. En esta se trataba de una decisión unilateral del empresario que ponía fin a un proceso de negociación en el que no se alcanzaba el acuerdo pretendido por el empresario¹⁶⁹.

Los argumentos que da el TC para entender la conducta empresarial como inconstitucional son tres:

167. Ar. 4817.

168. De hecho, la STC 208/1993, pese a afirmar que «la mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva no supone, como parece entender el sindicato accionante, un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de la empresa en ejercicio de sus poderes de gestión». FJ nº 4.

169. Nos encontramos ante una actuación del empresario en que tras un proceso de negociación en el que no se logra acuerdo alguno, la empresa formula una propuesta final, definitiva e irrevocable, fijando incluso un plazo máximo de aceptación. Al transcurrir éste sin ser aceptado, la empresa dio por finalizadas las negociaciones y procedió a realizar unilateralmente una revisión salarial, a tenor de la cual la mayoría de los trabajadores vieron incrementados sus salarios entre un 3 y un 6 % (decisión favorable, por tanto, para los trabajadores). Ciertamente no se trata de un supuesto en el que interviene la autonomía individual en masa, sino una actuación unilateral del empresario. Al igual que en la contratación en masa, tal actuación unilateral del empresario (en base a su voluntad individual) tiene unos efectos absolutamente generales, por lo que en la práctica las consecuencias son idénticas. El TC decidió entender tal actuación contraria al derecho a la libertad sindical y a la negociación colectiva, pues se trata de una conducta dirigida a evitar la negociación colectiva, para ser el propio empresario quien estableciese la regulación de condiciones de trabajo; con lo que se produce una auténtica violación del deber de negociar (FJ nº 9).

- a) En primer lugar, que la regulación salarial formaba parte de las condiciones de trabajo sobre las que se había estado negociando¹⁷⁰. Parece que la intención del TC es la de negar que en este caso estuviésemos ante un hueco libre dejado por el convenio colectivo.
- b) De otro lado, la trascendencia de la materia. En concreto, se trata del incremento salarial para ese año; es decir, no estamos ante una simple regulación accesoria, o de la introducción de un nuevo complemento¹⁷¹.
- c) Con la actuación unilateral del empresario lo que se ha conseguido es establecer una regulación de condiciones de trabajo eludiendo a la representación de los trabajadores. De modo que la autonomía colectiva es suplantada por la autonomía individual, o en este caso la decisión unilateral empresarial¹⁷².

4.2.2. Últimas novedades en la materia: la STC 225/2001

A) Oferta en masa en oposición al convenio colectivo

Esta STC se enfrenta a un supuesto en que una empresa automovilística que realiza una oferta al colectivo de Mandos Intermedios. En dicha oferta se establece un sistema retributivo diferente al existente en el convenio colectivo consistente en una parte fija y consolidable que es el salario anual, y una prima anual, variable y no consolidable que se abona en función de los resultados alcanzados. En la oferta se señala expresamente que los salarios anuales globales son en su conjunto superiores a los fijados por convenio colectivo. Junto a este régimen salarial se establece un nuevo régimen de jornada de trabajo y horarios, a tenor del cual el tiempo de trabajo de los mandos intermedios se adecuará al cumplimiento de los objetivos, no procediendo la compensación de las horas extraordinarias; de igual modo, se elimina la obligación de fichar. Hay que tener en cuenta que el convenio colectivo incluye a los mandos intermedios en su ámbito de aplicación, regulando tanto la jornada de trabajo y la retribución de horas extraordinarias, así como los conceptos retributivos. Además, establece entre las funciones de la Comisión Paritaria la modificación de la estructura salarial durante la vigencia del convenio.

170. «Pues bien, los hechos acreditados en el procedimiento permiten deducir que dicha condición formaba parte del proceso negociador iniciado a finales de enero de 1993 con el objeto de negociar el convenio para 1993, lo cual, de otro lado, se corresponde perfectamente con la trascendencia y carácter primordial que el salario tiene en toda la negociación colectiva». FJ nº 8.

171. «En este caso se trataba, además, del incremento aplicable para ese año, y no de una condición económica menor o accesoria, como tampoco de un complemento novedoso que la empresa tratase de introducir a través de pactos individuales (STC 208/1993). Nos encontramos, pues, ante una materia indubitadamente típica y propia de la negociación colectiva, en la que resulta clara la afectación del derecho de los sindicatos a participar en la determinación de las condiciones de trabajo, derecho éste integrante del fundamental de libertad sindical».

172. «En definitiva, de la doctrina constitucional expuesta se desprende que no puede la autonomía individual —o la decisión unilateral de la empresa— proceder a la regulación de las condiciones de trabajo cuando, atendiendo a la trascendencia, importancia y significado de las condiciones laborales afectadas, eluda o soslaye la presencia de los representantes sindicales en la función negociadora». FJ nº 7.

A tenor de estos datos es evidente que la propuesta del empresario supone una alteración de la regulación colectiva. En este sentido, el TC reconoce que hay una alteración de lo pactado en convenio y que la empresa no ha acudido a las vías convencionalmente establecidas (la Comisión Paritaria), ni a la vía legal de la modificación sustancial de condiciones de trabajo (art. 41 ET), actuando tan sólo a través de la autonomía individual¹⁷³.

Se produce una invasión de un ámbito colectivo por un mecanismo individual. La cuestión ahora estriba, tal como resalta la propia STC 225/2001, en analizar si esta situación supone una violación del derecho a la libertad sindical (art. 28.1 de la Constitución Española) por afectarse la posición negociadora del sindicato¹⁷⁴. Siguiendo a la STC 105/1992, la respuesta ante una regulación individual en masa que altera lo dispuesto en convenio colectivo no puede ser sino la ilicitud de la misma por ser contraria a la negociación colectiva. La STC 225/2001 estima con carácter general que para la existencia de violación de la libertad sindical, no va a ser óbice que la actuación empresarial no haya tenido la intención de violar tal derecho, ni que los trabajadores hayan aceptado voluntariamente el ofrecimiento empresarial. La vulneración de la libertad sindical puede producirse perfectamente al margen de la intencionalidad, pues lo esencial en estos casos es el resultado producido¹⁷⁵. La vulneración se produce con independencia de que la oferta empresarial haya sido aceptada voluntariamente por los trabajadores: el acuerdo de voluntades no puede lesionar el derecho a la negociación colectiva del sindicato, lo contrario supondría una quiebra de la fuerza vinculante del convenio colectivo¹⁷⁶.

En el supuesto analizado destaca una realidad incontestable: con carácter general, salario y jornada son dos materias «esenciales de la negociación colectiva»; más aún, «constituían bloques materiales con regulación precisa en el I Convenio colectivo de la empresa RECSA al tiempo de producirse la oferta empresarial dirigida a los mandos intermedios»¹⁷⁷. Es decir, lo que está planteando el TC con toda claridad es que a través de la oferta en masa se ha pretendido sustituir la regulación contenida en el convenio colectivo. Desde este punto de vista, no cabe sino entender que se trata de una violación del derecho a la libertad sindical: «un menoscabo en la posición institucional del sindicato, en su derecho a participar en la regulación de condiciones de trabajo, así como en su modificación o renegociación (...) y se ha perjudicado la eficacia vinculante del convenio colectivo vigente en la empresa»¹⁷⁸. La pretensión

173. FJ nº 3.

174. FJ nº 4 *in fine*.

175. *Vid.* FJ nº 4 que analiza esta cuestión y se remite a la doctrina jurisprudencial anterior.

176. STC 225/2001, FJ nº 4.

177. FJ nº 7 de la STC 225/2001.

178. STC 225/2001, FJ nº 7.

empresarial ha sido la de sustituir el papel de la negociación colectiva como mecanismo de fijación de las condiciones de trabajo.

B) Oferta en masa y mejora del convenio colectivo

Antes señalamos que a través de la autonomía individual de la voluntad se puede mejorar lo dispuesto en el convenio colectivo. Esta delimitación entre autonomía colectiva e individual, que se justifica en base al art. 3.1 c) ET, ha sido analizada a través del prisma tradicional del contrato individual de un concreto trabajador, que alcanza un acuerdo expreso o tácito con su empresario. ¿Funciona la misma lógica cuando el empresario ofrece a sus trabajadores un acuerdo en masa que mejora lo establecido por convenio colectivo?

Si estamos ante autonomía individual de la voluntad debe aplicarse el art. 3.1 c) ET, y por lo tanto deberíamos concluir que en los casos de oferta en masa, como expresión de la autonomía individual, se puede mejorar lo establecido en el convenio colectivo. Ahora bien, recordemos que la contratación en masa, si bien es un mecanismo que formalmente pertenece al ámbito de la autonomía individual, sus efectos son similares a la autonomía colectiva, y este elemento tiene gran relevancia, pudiendo modificar la conclusión inicial. Así la STC 225/2001 sostiene que aunque la condición pactada sea más favorable, existe una violación de la libertad sindical por ignorar el papel institucional del sindicato en la negociación colectiva¹⁷⁹.

Esta afirmación conduce a entender que en aquellos casos en los que a través de la autonomía individual en masa se establezcan condiciones contrarias al convenio colectivo, aunque de tal oferta se deduzca que la regulación es cuantitativamente más favorable a los trabajadores, estaremos ante una violación de la libertad sindical en su acepción de negociación colectiva¹⁸⁰.

La principal argumentación de la empresa era justamente el carácter meliorativo de la oferta en masa. No obstante, el TC estima que, con independencia de que el tratamiento contractual fuese en su caso mejor al establecido por convenio colectivo, «lo que no puede desconocerse es que la actuación empresarial aceptada por los mandos intermedios supuso objetivamente una alteración cualitativa del régimen colectivamente convenido, operada sin intervención de los representantes de los trabajadores, elemento éste que desvirtúa el efecto que pueda querer atribuir al pretendido mayor favor de las condiciones de trabajo individualmente convenidas». En definitiva, lo esencial es que esta actuación supone introducir una regulación individual, pero de carácter

179. STC 225/2001, FJ nº 4.

180. La STC 225/2001 en su FJ nº 6 afirmaba que «serán contrarias al art. 28.1 CE 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 esos 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».

prácticamente general, que sustituye a lo pactado en el convenio; es decir, una regulación cualitativamente distinta por proceder de la autonomía individual, pero que produce el efecto de alterar lo negociado colectivamente¹⁸¹. Entiendo que la base de esta argumentación es que si bien formalmente estamos ante un mecanismo de nivel individual, sus efectos son netamente colectivos¹⁸².

Por otra parte, en los casos de mejoras a través de una oferta en masa, siempre se establece una «contrapartida» favorable a los intereses empresariales. Mientras que en la condición más beneficiosa la intención es simplemente la de mejorar la regulación convencional; en la autonomía individual en masa no sólo se sustituye lo negociado colectivamente, sino que hay una contrapartida favorable al empresario. Además, la STC 225/2001 al analizar la cuestión de hecho objeto de la Sentencia, detecta que si bien el acuerdo se plantea a los trabajadores como una mejora, esa regulación es sólo presuntamente beneficiosa al tener una contrapartida favorable al empresario; más aún, puede generarse una situación contraria para los trabajadores, lo cual sería inaceptable.

En conclusión, esto supone que cuando hablamos de delimitación entre autonomía individual y colectiva, si nos centramos en el papel de la autonomía individual, hemos de distinguir dos situaciones diferentes:

- En primer lugar, la autonomía individual en sentido estricto, es decir, los acuerdos alcanzados entre empresario y un concreto o concretos trabajadores, ya sea de manera expresa o tácita. En este caso, el contrato servirá para regular bien condiciones que mejoran lo establecido en convenio colectivo, o bien pueden establecer condiciones nuevas no reguladas por el convenio colectivo¹⁸³.
- En segundo lugar, los pactos colectivos en masa. Su ámbito de actuación es, a tenor de la jurisprudencia establecida por esta 225/2001, más reducido que la autonomía individual en sentido estricto: en principio podrá tanto cubrir vacíos de regulación colectiva, como establecer mejoras; ahora bien, si las mejoras suponen la sustitución de lo negociado colectivamente esta-

181. Esta alusión a que la actuación empresarial supone una alteración, no sólo cuantitativa, sino también cualitativa de las condiciones de trabajo, ya había sido afirmado tiempo atrás por OJEDA AVILÉS, A.: «Autonomía colectiva y autonomía individual», *RL* Tomo II de 1991, pág. 335; también RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Autonomía individual, negociación colectiva y libertad sindical», *RL* Tomo II de 1992, pág. 24.

182. *Vid.* RODRÍGUEZ PIÑERO, M.: «Autonomía individual...», *op. cit.*, pág. 20. En el mismo sentido FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J., MARTÍNEZ BARROSO, M.R. y RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *El Derecho del Trabajo tras las últimas reformas «flexibilizadoras» de la relación laboral*, CGPJ, Madrid 1998, pág. 591.

183. El FJ nº 6 de esta Sentencia señala que «puede afirmarse en línea de principio que existe margen de actuación para la autonomía individual tanto en los espacios libres de negociación colectiva (STC 208/1993), como en los afectados por ésta, siempre que se respete la configuración y los perfiles de la regulación del convenio procediendo a mejorar cuantitativamente las condiciones laborales de los trabajadores».

mos ante una situación de inconstitucionalidad. Por otra parte, también hemos constatado como existe una interpretación reductiva relativa a cuando se puede utilizar esta vía en caso de existir huecos o intersticios en la negociación colectiva, lo que nos conduce a entender que tan sólo podrá actuar cuando se trata de cuestiones de carácter complementario.

El empresario puede obtener a través de la autonomía individual lo que se le niega a través de la negociación colectiva¹⁸⁴, y todo ello con un efecto tremendamente peligroso: quebrar la función de regulación homogénea propia del convenio colectivo¹⁸⁵. Bien se puede decir, que estamos ante una realidad colectiva que pretende ocultarse por su aparente descomposición en múltiples pactos individuales¹⁸⁶. De esta manera, gracias a ese carácter masivo, una «fuente» cualitativamente diferente como la individual se equipara en cuanto a la eficacia a la negociación colectiva¹⁸⁷; no es extraño, pues, que este tipo de mecanismos se consideren antisindicales por violar el derecho a la negociación colectiva.

184. Así OJEDA AVILÉS, A.: «Autonomía colectiva y autonomía individual», *RL* Tomo II de 1991, pág. 334.

185. Así CASAS BAAMONDE, M.E. y BAYLOS GRAU, A.: «Organización del trabajo y autonomía individual: la desregulación del convenio colectivo», *RL* nº 16 de 1988, pág. 19.

186. CASAS BAAMONDE, M.E. y BAYLOS GRAU, A.: *op. cit.*, pág. 19.

187. OJEDA AVILÉS, A.: «Autonomía colectiva y autonomía individual», *op. cit.*, pág. 325.