



NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y CONTRATO DE TRABAJO: APUNTES SOBRE SUS CONEXIONES

MARÍA FERNANDA FERNÁNDEZ LÓPEZ

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Sevilla

EXTRACTO

Se trata de abordar las conexiones entre la autonomía colectiva —manifestada en la elaboración de Convenios y acuerdos— y la autonomía individual desde un planteamiento general estrechamente vinculado a las formas que el problema de la mutua relación adquiere en la experiencia jurisprudencia y en la negociación colectiva. Desde el plano jurisprudencial, se examina en primer lugar la doctrina del Tribunal Constitucional, al respecto, fuertemente condicionada por el carácter indirecto que adquiere el control en amparo del derecho de negociación colectiva, siempre a cobijo de la libertad sindical. Por parte de la jurisdicción ordinaria, el problema de las conexiones entre la autonomía colectiva y la autonomía individual es, todavía mayoritariamente, el del respeto a las condiciones más beneficiosas y a los pactos singulares por parte de los Convenios colectivos, aunque recientemente se haya enriquecido el debate con experiencias judiciales como la Eurohandling, o la derivada de la derogación de la Disposición Adicional 10.ª del ET, y sus efectos sobre la jubilación forzosa pactada en Convenio Colectivo. Partiendo de estas premisas, se analizan los más significativos límites a la capacidad de disposición de los Convenios sobre lo pactado en contratos individuales —de la forma amplia en que nuestros Tribunales entienden esto último, al hilo de la aplicación del principio de condición más beneficiosa. Y viceversa, se afirma la vigencia de la regla de indisponibilidad en sentido contrario, salvo excepciones. Desde la perspectiva colectiva, dos son los elementos interpretativos examinados con mayor detenimiento: el principio de jerarquía, de imperatividad para lo individual de lo pactado en Convenio que se deriva necesariamente del reconocimiento constitucional de la «fuerza vinculante» de éstos; y el principio de legitimación, que cuestiona la capacidad de disposición de los negociadores sobre los poderes empresariales, no tanto como limitadores de sus contenidos, cuanto como sustitutos en sus actos de ejercicio, señalando los límites posibles en este sentido y la necesidad de coordinar la negociación sector/empresa, algo no siempre valorado por nuestros Tribunales a la hora de apreciar la licitud de ciertas cláusulas. Finalmente se aborda el estudio de esta cuestión tal y como se plantea en la negociación colectiva vigente, llamando la atención sobre las múltiples variantes y dificultades conexas que se ocultan tras fórmulas tan consagradas en apariencia como el respeto a las condiciones más beneficiosas, o a las condiciones *ad personam*.



ÍNDICE

1. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL
2. LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS
3. APROXIMACIÓN TEÓRICA AL TEMA
 - 3.1. La legitimación para disponer y los límites a la negociación colectiva
 - 3.1.1. Consideraciones generales
 - 3.1.2. El problema de la condición más beneficiosa
 - 3.2. Las limitaciones a la negociación derivadas de criterios de jerarquía normativa
4. AUTONOMÍA COLECTIVA E INDIVIDUAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ALGUNOS EJEMPLOS

Hablar de la conexión entre la autonomía colectiva y la autonomía individual en el ámbito de la negociación colectiva es, sin duda, abordar un tema de permanente actualidad y notoria extensión, pues en buena parte enlaza con la propia dinámica de ejercicio del derecho reconocido en el art. 37.1 CE. Resulta obligado, por ello mismo, advertir desde el inicio de estas líneas el carácter forzosamente limitado de un estudio de esta naturaleza. Una amplitud que ha tratado de acotarse aludiendo a los problemas que con más frecuencia se plantean en las tres instancias en las que habrá que convenir que el problema aparece con toda su agudeza: la jurisprudencia constitucional y ordinaria, y la propia negociación colectiva. Ello sin duda fuerza a que las relaciones entre ambas facultades se analicen en sus fronteras de conflicto actual, contingente, como todo análisis de esta naturaleza, pero sin duda lleno de interés como una etapa más en una relación destinada a transformarse para perdurar.

1. EL PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

El reconocimiento constitucional del derecho a la negociación colectiva por sí misma (art. 37 CE) y en cuanto integrante del contenido esencial de la libertad sindical (art. 28.1 CE) implica introducir una forma peculiar de relacionarse la autonomía privada individual y la colectiva, si se admite que la autonomía colectiva no ha llegado a salir del ámbito de los poderes privados. Se trata de dos esferas de libertad que por la propia naturaleza de los derechos citados se ponen mutuamente en relación jerárquicamente subordinada, de modo que la autonomía colectiva va a señalar ámbitos y límites, dentro de los que ha de discurrir la autonomía individual. Y la autonomía individual ve recortada su potencial de libertad, de modo que sólo podrá entenderse lícitamente ejercida cuando ello tenga lugar en el ámbito fijado en el plano colectivo.

Este efecto, señalado por la doctrina desde siempre, ha sido subrayado por la doctrina del TC, haciéndose eco de su importancia, hasta el punto de elevarlo a rasgo característico de la forma de operar la negociación colectiva; a condición natural de su ejercicio, sin la cual funcionalmente la negociación colectiva deja de ser útil. Sostiene nuestro alto Tribunal, en una de sus resoluciones emblemáticas al respecto que «no puede en modo alguno negarse la capacidad de incidencia del Convenio en el terreno de los derechos e intereses individuales, pues ello equivaldría a negar toda virtualidad a la negociación colectiva... en cuya naturaleza está el predominio de la voluntad colectiva sobre la individual y de los intereses de la colectividad sobre los concretos de los individuos que la

componen»¹. La llamada imperatividad del Convenio Colectivo, tan vinculada a su naturaleza de norma, o a su eficacia más sencillamente, implica un desplazamiento de lo individual por lo colectivo, que impide que lo individual se erija en obstáculo a la aplicación de la norma pactada.

Sin embargo, la misma doctrina señala la dificultad que plantea esta regla, que no es otra que la de los límites a la hegemonía colectiva sobre lo individual. Ello supone «que la negociación colectiva no pueda anular la autonomía individual, pues ésta, garantía de la libertad personal, ha de contar con un margen de actuación incluso en unos ámbitos como los de la empresa, en los que exigencias de índole económica, técnica o productiva reclaman una conformación colectiva de condiciones uniformes», en palabras de la misma STC 58/85, que afirma una idea que ha sido reiterada en la jurisprudencia posterior, precisamente en la línea de recordar que «ni la negociación colectiva supone negar virtualidad a la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE, y por ello, a un ámbito de ejercicio de poderes y facultades para la gestión de la empresa, incluidas medidas referentes a la llamada gestión de personal que afectan al desarrollo del contrato de trabajo, ni la negociación colectiva puede anular la autonomía individual»². De ese modo, en la doctrina constitucional la autonomía individual no es un mero espacio contractual, es algo más, es una manifestación de la libertad de los individuos, que como tal no puede ser desconocida por la autonomía colectiva, suprimiéndola, porque enlaza con las exigencias de libertad y dignidad de la persona que el art. 10 de nuestra Constitución ha elevado a la condición de fundamentos de nuestro orden jurídico. Fuera de este marco, el Convenio estatutario es norma, aunque su origen sea privado, de ahí la semipublicación de su régimen, recordada muy recientemente por el propio TC a efectos de extender al Convenio las exigencias del principio de igualdad del art. 14 CE³.

Sentado el principio general, sin embargo, no puede decirse que la jurisprudencia constitucional haya extraído muchas consecuencias y haya zanjado, o apuntado por lo menos, todos o la mayor parte de los problemas que se plantean. De todos modos, existen algunas afirmaciones que son de sumo interés para entender el panorama desplegado en la jurisprudencia y en la legislación ordinaria.

En primer lugar, acerca del área mutuamente regulable por la autonomía colectiva y la autonomía individual, la posición del TC es sumamente neutra: en principio, incumbe a la autonomía individual, si lo desean las partes, abordar aquellos aspectos no contemplados por el Convenio Colectivo, sin que obste a ello el que se trate de materias que hubieran podido ser reguladas o puedan ser reguladas en un futuro, por la autonomía colectiva. En palabras del TC, «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 solo esto, y no puede excluir un espacio propio para la autonomía individual y para el ejercicio de los poderes empresariales»⁴. Sigue el razona-

¹ STC 58/85, de 30 de abril, FJ 6.

² STC 208/93, de 28 de junio, FJ 4.

³ STC 27/2004, de 4 de marzo, FJ 4.

⁴ STC 208/1993, de 28 de junio, FJ 4.

miento con afirmaciones sustanciales sobre el alcance del área de libertad individual: «aunque lo no ocupado por la autonomía colectiva, ni regulado por la normativa estatal, sea un espacio de libertad sobre el que en un futuro pudiera incidir la autonomía colectiva, si las partes del convenio lo considerasen oportuno, la mera circunstancia de que una materia pudiera en su momento ser objeto de negociación colectiva no supone... un impedimento para acuerdos contractuales individuales o para decisiones de empresa en el ejercicio de sus poderes de gestión». Todo ello con una salvedad fundamental, el libre recurso a la autonomía individual en defecto de la colectiva tiene un límite: que «la trascendencia colectiva de la medida adoptada por la empresa pudiera tener entidad como para afectar al propio sistema de negociación colectiva, por excluir la posibilidad de actuación por la voluntad colectiva a través del correspondiente convenio»⁵. La medición de esa trascendencia, los parámetros que sirven para saber cuándo se traspasa el límite no quedan, en la jurisprudencia del TC, tan claros como el principio que anuncia la existencia de esos mismos límites; a partir de aquí se abre el camino al casuismo, en el que destacan dos criterios fundamentalmente: el número de trabajadores afectados —en la propia Sentencia citada se reflexiona sobre la escasa relevancia numérica de una medida que afecta a 220 trabajadores sobre una plantilla de 50.000— y la escasa relevancia de otra medida que no niega lo regulado en el Convenio, que puede convivir con lo negociado individualmente —y que afecta a los muy contados trabajadores que han aceptado permanecer en situación de disponibilidad—.

En síntesis, la doctrina citada abre un camino que tiene dirección única: en principio, es la autonomía colectiva la que demarca los ámbitos en que actúa, quedando el resto de las materias libres para la autonomía individual. No se produce en cambio el fenómeno contrario en que la autonomía individual pueda sustituir eficazmente a la autonomía colectiva, como instrumento de regulación del conjunto de las relaciones laborales. No se puede producir de hecho, pues la autonomía individual no puede entorpecer el desarrollo de la colectiva; si lo hiciera, más que probablemente, el resultado de tal exceso merecería la calificación de antisindical, pues neutralizaría el ejercicio de la facultad más definidora de la acción sindical, aquella en que ésta halla su razón fundamental de ser como elemento de gestión del sistema de relaciones laborales. No es raro que, con esta premisa, se descarten —por lo demás con toda razón— las actuaciones empresariales que revelan este potencial de obstrucción a la negociación, sea a través del recurso masivo a la autonomía individual, sea a través del ejercicio unilateral de los poderes empresariales.

Ejemplo de la primera de estas situaciones es el que sirve de fundamento a la STC 105/92, de 1 de julio, que zanjó la posibilidad de un uso «masivo» de la autonomía individual como mecanismo de sustitución de la negociación. Y en un caso en que la empresa había ofrecido, a cambio de ciertas ventajas, a los trabajadores individuales el cambio de un sistema de jornada continuada a jornada partida, modificando lo establecido en el Convenio, y sin contar con los representantes de los trabajadores, el TC concluye que la voluntad de los trabajadores, aceptando la oferta de la empresa, no puede modificar el Convenio colectivo «pues de lo contrario, de prevalecer la autonomía de la voluntad individual de los trabajadores, sobre la autonomía colectiva plasmada en un convenio legalmente pacta-

⁵ STC 208/93, citada, FJ 5.

do entre los sindicatos y la representación empresarial, quebraría el sistema de la negociación colectiva configurado por el legislador cuya virtualidad viene determinada por la fuerza vinculante de los convenios constitucionalmente prevista en el art. 37.1 CE»⁶. El Convenio queda, así blindado frente a la disponibilidad individual, sin perjuicio de que pueda modificarse en la misma sede colectiva en que se elaboró, y con arreglo a los procedimientos legalmente previstos, señaladamente el art. 41 ET. «De no hacerse así —sigue diciendo la Sala— y mantenerse vigente un convenio sin que, en determinadas partes esenciales del mismo —y el régimen de la jornada de trabajo lo es—, sea de obligado cumplimiento para todos los integrantes del sector regulado, se vendría abajo el sistema de la negociación colectiva que presupone, por esencia y conceptualmente, la prevalencia de la autonomía de la voluntad colectiva sobre la voluntad individual de los afectados por el Convenio». La imperatividad del Convenio frente al acoso de la autonomía individual queda, así ratificada entre nosotros por su conexión directa con la libertad sindical⁷.

La misma postura prohibitiva ha mantenido el TC cuando se ha enfrentado a la posibilidad de que se alteren los términos del un Convenio por decisiones unilaterales del empresario, en su condición de titular de la organización productiva, y por tanto sin la cobertura de la voluntad de los trabajadores individuales. Ejemplo de esta doctrina es la STC 92/1992, de 11 de junio, que descarta la virtualidad modificativa del procedimiento de autorización administrativa previsto entonces para las modificaciones sustanciales del contrato de trabajo, cuando afectara a lo pactado en un Convenio Colectivo, con una argumentación que enlaza directamente con contenidos propios de la STC 11/1981: «sería contraria al art. 37.1 CE una interpretación del art. 41.1 ET que permitiera a la Administración laboral autorizar al empresario la introducción de modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo previstas y reguladas en un convenio colectivo vigente»⁸. La modificación de un Convenio, pues, sólo puede tener lugar en el seno del procedimiento de negociación entre partes colectivas en que tuvo su origen o en el previsto y autorizado por éstas. Y esta limitación objetiva es condición misma de validez del art. 41.1 ET, desde la perspectiva constitucional.

Aparentemente a través de estas resoluciones, y las muchas que encuentran en ellas su fundamento, la doctrina del TC se decanta por un tratamiento normativo del Convenio Colectivo, frente a la voluntad individual de los trabajadores y los empresarios, que encaja en las doctrinas más clásicas sobre el mimetismo del Convenio y la norma estatal. Pero, por otra parte, ese tratamiento normativo se vincula, como no puede ser menos, dada la estructura del recurso de amparo en el art. 53 CE, con la libertad sindical, de la que resulta ser una consecuencia, y ello no deja de generar importantes efectos en la viabilidad posterior de esta doctrina. Por ello a medida que avanza la jurisprudencia del TC se afirma el Convenio, más que como una pura y simple fuente del derecho —argumento que se conecta más con el mandato del art. 37 CE— como el resultado de una acción colectiva, que es la

⁶ STC 105/92 citada, FJ 6.

⁷ Un caso parecido, de oferta masiva de modificación del Convenio aceptada por los trabajadores individuales, en la STC 225/2001, de 26 de noviembre, que revela la plena vigencia sin cambios de la doctrina que se ha transcrito en el texto.

⁸ STC 92/1992, cit., FJ 4.

esencia de la acción sindical, y cuya eficacia implica que lo gestionado en el plano colectivo no pueda ser desmentido en el plano individual, porque si así fuera se privaría al sindicato de su principal medio de acción. Y en ese sentido se defiende lo negociado, generándose una absoluta deslegitimación de la autonomía individual para recuperar el terreno acotado por la autonomía colectiva, separándose ambos planos de forma definitiva en cuanto el individual pueda suponer un peligro para el colectivo. No sucede así —recuérdese la STC 208/93— cuando la modificación singularmente acordada entre el trabajador y el empresario no pueda considerarse de índole colectiva ni susceptible de cuestionar la negociación como instrumento colectivo de regulación. En estos supuestos de ejercicio puro de la autonomía individual la libertad sindical no se encontraría concernida —pues el Convenio sigue desplegando lo esencial de sus efectos— y habría que descartar la ilicitud constitucional de los acuerdos singulares. Claro que se trata del resultado de un juicio de constitucionalidad; y en este sentido la legalidad ordinaria puede impedir que se produzcan modificaciones peyorativas del Convenio en cada contrato individual: tal es, a mi juicio, el sentido del art. 3.3 en conexión con el art. 3.5 ET. Pero, obsérvese, se trata de una norma ordinaria; no está en juego el planteamiento constitucional de la negociación, de tal modo que puede afirmarse que el respeto absoluto y singularizado a lo convenido no es —al menos en el estado actual de la legislación— contenido esencial de la libertad sindical. Si acaso, lo será de lo establecido en el art. 37.1 CE, pero, como hemos visto, esta parte del art. 37 no ha alcanzado la cobertura del amplísimo art. 28.1 CE en la doctrina del TC.

Una muestra de esta peculiaridad del razonamiento del TC, en que hay que separar lo que en él hay de inherente a la negociación colectiva y lo que es inherente a la libertad sindical, nos la proporciona la STC 107/2000, de 5 de mayo: en el supuesto de hecho del que trae causa, la empresa y los sindicatos habían comenzado el procedimiento de negociación, y se habían reunido al efecto en al menos 5 ocasiones, transcurridas las cuales, la empresa dio por rotas unilateralmente las negociaciones, y ofreció a los trabajadores individuales una subida unilateral de sus retribuciones, que acto seguido comenzó a aplicar. Obsérvese que en este caso no existe Convenio Colectivo que invocar, ni eficacia normativa de éste que defender, de donde que, razonando en puros términos de relaciones entre normas, no existiría obstáculo para que la empresa supliese la falta de Convenio con su decisión unilateral. De hecho, podría suceder tal cosa sin cuestionar la eficacia de un Convenio inexistente. El problema está, como apuntó la STC 208/93, en que el comportamiento empresarial, aunque no desconozca el Convenio, desconoce la negociación, como procedimiento que conduce a él. La propia STC 107/2000 lo recuerda, citándola como argumento de autoridad (FJ 7): «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», por eso el comportamiento empresarial vulnera el art. 28.1 CE.

Sentando lo anterior, aún hay que hacer notar que la separación de planos entre la autonomía colectiva y la individual que se despliega a partir de la jurisprudencia del TC que se ha transcrito, se rompe, sin embargo, en un punto concreto: la eficacia de los Convenios extraestatutarios.

Esta fractura se constata en cuanto se desarrolla el siguiente silogismo: el Convenio colectivo, estatutario o no, es el fruto del desarrollo de una facultad colectiva, sindical en los casos sometidos a amparo, que se genera y despliega sus efectos justamente en ese pla-

no, de tal modo que queda vedada a la autonomía individual oponerse a su desarrollo (caso de la STC 107/2000) o cuestionar su eficacia (caso de la 1992/92), por anular la competencia colectiva, que descansa precisamente sobre esa deslegitimación de la autonomía individual para abordar y /o desconocer los productos de la colectiva. El plano colectivo y el plano individual, en suma, discurren por cauces separados, porque ésta es la fórmula de asegurar la eficacia de la medida colectiva desde los primeros esfuerzos teóricos de diseño del derecho de negociación colectiva.

Pues bien, y a pesar de que se afirme que el Convenio extraestatutario es un Convenio verdadero y propio, y por tanto comparte los rasgos distintivos de cualquier Convenio, al amparo directo del art. 37.1 CE⁹, esa afirmación de principio resulta congruente en relación con lo que se ha llamado «eficacia normativa» o «eficacia vinculante» o «eficacia real» —esto es, en lo relativo a su potencial de vinculación para las relaciones individuales incluidas en su ámbito de aplicación, con el efecto de desapoderamiento de que se ha hablado— pero no así en relación con la posibilidad de que la autonomía individual incida sobre una de las facetas fundamentales del Convenio: su ámbito personal de aplicación.

De este modo, la doctrina constitucional deja abierta la posibilidad de que se adhieran a lo pactado colectivamente los trabajadores individuales a los que en principio, y sin este acto singular, no les sería de aplicación el pacto. En la primera sentencia en que se aborda directamente esta cuestión (STC 108/89, de 8 de junio), se parte de que «la extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron, no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la voluntad de quienes en él no participaron, pero la adhesión a éstos, como adhesión libre, no puede ser en ningún caso cuestionada, ni necesita para ejercerse que el convenio mismo la prevea» (FJ 2), siendo por tanto una posibilidad que siempre le queda abierta a la autonomía individual, salvo que se acredite que el recurso sistemático a la negociación extraestatutaria constituye un medio para excluir de la negociación a los sindicatos más representativos —es decir, con argumentos propios de la interdicción de comportamientos antisindicales—. Está claro que esta tesis impone —y no sólo tolera— la admisión de las adhesiones singulares a los Convenios extraestatutarios, y está claro también que no se fundamenta en exceso el mecanismo que hace posible esa adhesión, posiblemente por considerarlo de legalidad ordinaria en el caso. Es mecanismo, como es obvio, puede ser doble: entender que en realidad la adhesión al Convenio no es tal, sino mera interiorización de sus condiciones en el contenido de los contratos individuales de trabajo, sometiéndose a partir de ese momento a las reglas de juego de la autonomía individual que pasaría a ser; o bien entender que la adhesión al Convenio es exactamente eso, un sistema que permite en cada relación individual, ampliar el círculo subjetivo del Convenio como regla jurídica vinculante, que extrae su efectividad del derecho de negociación colectiva del que deriva. Si no fuera así, si la autonomía individual fuera real condicionante de su eficacia habría que concluir que, al menos en relación con las extensiones singulares, se estaría ignorando

⁹ STC 121/2001, de 4 de junio, FJ 5, que recuerda la doctrina pacífica al respecto: «tales pactos, que se encuentran amparados en el art. 37.1 CE, en cuanto garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, carecen de eficacia personal *erga omnes* y poseen una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido en que aquellos circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias».

la naturaleza del Convenio y se estaría mezclando indebidamente el plano colectivo con el plano individual en cuanto se autoriza que una decisión tomada en éste último afecte al ámbito del Convenio, propio de aquél, aunque sea para alterarlo en la mínima expresión que significa añadir un sujeto más a su ámbito personal. No es de extrañar que, con este *placet* al máximo nivel, la jurisprudencia española en torno a las adhesiones individuales a los convenios extraestatutarios sea dominante en los Tribunales ordinarios.

Todo lo dicho en el tema que nos interesa permite extraer un doble orden de conclusiones, algunas de las cuales ya han sido adelantadas:

- la primera, que la doctrina del TC en materia de relaciones entre autonomía colectiva y autonomía individual se ha conformado sin contemplar el derecho de la negociación colectiva en sí mismo, sino en cuanto instrumento de la libertad sindical, que sería, por las conocidas razones del ámbito del recurso de amparo, la facultad que estaba siendo tutelada. Por esa razón, los «límites» entre la autonomía colectiva y la autonomía individual que se anunciaban en la STC 58/1985, no han llegado a enunciarse en la jurisprudencia posterior porque hubiera sido necesario que se plantease la colisión desde la perspectiva del recorte potencial de contenidos mutuos propio de la convivencia entre ambas, y esta cuestión no ha llegado a plantearse.
- la segunda, probablemente basada en las mismas razones técnicas ya apuntadas, que en los casos en que se le ha formulado el tema de forma más próxima al núcleo del problema, es perceptible en la jurisprudencia constitucional un error de perspectiva, en aras del cual permite —si no impone— la mezcla de los planos individual y colectivo, permitiendo las adhesiones singulares al Convenio extraestatutario, generando con ello una combinación imposible desde el punto de vista conceptual.

No es de extrañar que el grueso del problema, desasistido del soporte transcendental que ha sido la doctrina del TC en relación con otras muchas instituciones del Derecho colectivo, haya que buscarlo en una confusa y contradictoria vicisitud judicial ordinaria y, sobre todo, en la experiencia práctica de la negociación en nuestro país.

2. LA CUESTIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS

Como es imaginable, la jurisprudencia acerca de las relaciones individuales y colectivas de trabajo es abundante en los Tribunales ordinarios, aunque, como sucede en el Tribunal Constitucional, no siempre se plantee el tema en sus justos términos de relaciones entre instancias reguladoras de la relación de trabajo. Por su abundancia es por lo, que por razones de espacio y disponibilidad, nos centraremos en la jurisprudencia más reciente — años 1994-2004— emanada de la Sala IV del Tribunal Supremo, que es más que representativa del estado de la cuestión a este nivel.

El punto de partida está en la aplicación a la delimitación de la naturaleza y efectos del CC extraestatutario y a las relaciones entre éste y el CC estatutario, de una rigurosa separación, propia de la distinción entre las fuentes del derecho y las fuentes de las obligaciones. De este modo, se afirma que «el pacto atípico o extraestatutario presupone un acuerdo plural entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, no ajustado a las exi-

gencias del Título III del ET, sino acogido genéricamente al art. 37 de la Constitución, y al carecer en nuestro sistema positivo de otro soporte normativo específico y suficiente, se regirá por las normas generales de la contratación civil». De esta diversa regulación se deduce que «un pacto de eficacia limitada no puede prevalecer ni contradecir las disposiciones de un convenio colectivo estatutario, por razones de jerarquía, al igual que no puede hacerlo el contrato de trabajo individual»¹⁰, cuando se empeoren las condiciones previstas en el pacto estatutario, todo ello al amparo de lo dispuesto en el art. 3.1.c) ET.

La remisión que se ha visto a la normativa propia de los contratos del Código civil no es sólo el resultado de la preocupación por llenar innegables lagunas en nuestro ordenamiento. Al contrario, tiene la indudable importancia de separar al convenio extraestatutario del ámbito de las fuentes del Derecho, para entrar en el área de la libertad contractual simple. Por eso la mutua relación jerárquica entre ambas modalidades de pactos —no comprensible si se comparasen sólo dos manifestaciones de negociación colectiva como derecho ex art. 37 CE—. Por eso la privación al CC extraestatutario de efectos propios del estatutario, no siempre justificada en la especial naturaleza de aquél. Es lo que sucede por ejemplo en la STS-IV 25 enero 1999 (896), que, con razón, descarta que exista ultraactividad referida al Convenio extraestatutario. Y por ello la posibilidad de que los trabajadores individuales se adhieran al Convenio extraestatutario, de tal modo conformada como un derecho de éstos¹¹ que no depende del reconocimiento de tal derecho por el propio Convenio, en la línea marcada por la jurisprudencia constitucional. No obstante lo que se acaba de decir —que al cabo es una mezcla de los planos individual y colectivo que se ha manifestado en la jurisprudencia constitucional— la jurisprudencia ordinaria tiene ocasión de acabar mejor su tesis. Y en su virtud, tiene ocasión de señalar que, a pesar de la contractualidad que le es propia, la dinámica del CC extraestatutario es esencialmente colectiva, por ello no pueden equipararse sus efectos a los que se producirían mediante la interiorización de sus efectos en el contrato de trabajo. Así, por ejemplo y como manifestación más acabada de esta naturaleza, no generan condiciones más beneficiosas¹².

Fuera de estos casos, notorios y conocidos, puede decirse que en la jurisprudencia española del TS no se han generado Sentencias que se planteen abiertamente las peculiaridades estructurales de la autonomía individual en relación con la colectiva, y su mutuo reparto de roles, salvo en relación con una institución de historia verdaderamente torturada: el principio de condición más beneficiosa. Claro que, precisamente por este ámbito material, el problema se plantea desde la perspectiva dominante de la relación individual de trabajo, en la que nace y por la que persiste la condición, por lo que las abundantes Sentencias a este respecto no poseen un valor reseñable en relación con el planteamiento y solución del problema que nos ocupa.

A pesar de lo que se acaba de decir, aún pueden encontrarse algunas afirmaciones judiciales que nos sean de interés en el desarrollo posterior.

La primera de ellas es la recepción de la doctrina del TC acerca del valor de la negociación colectiva y su necesario respeto, sobre todo, por la autonomía individual, manifes-

¹⁰ STS-IV 18 febrero 2003 (3372).

¹¹ STS-IV 14 noviembre 1994 (9071).

¹² STS-IV 25 enero 1999 (896); 20 mayo 2002 (6794) y 30 diciembre 1998 (454), aunque ésta posea una doctrina más dudosa, como se verá.

tada en una abundante cita de las Sentencias del TC que se han transcrito con anterioridad, y que son cruciales al respecto. Partiendo de este principio, es coherente la afirmación de que autonomía colectiva y autonomía individual se ordenen en un marco que es aquella quien puede definir, de tal modo que a la autonomía individual le quedan abandonadas dos funciones básicas:

- «lo pactado colectivamente se impone a los contratos individuales sin que, a través de éstos, se pueda modificar lo establecido con carácter general en el Convenio, pero esto no significa que la autonomía colectiva se sobreponga siempre sobre la individual, vaciándola de contenido, puesto que la libertad de contratación se puede ejercer para acomodar las condiciones generales a los supuestos concretos de organización del sistema productivo, siempre que no se menoscaben los mínimos establecidos en convenio, y que la adaptación se justifique en necesidades que sean razonables y no arbitrarias ni discriminatorias»¹³.
- además de esta primera función de adaptación y acomodo, realizada en los límites que deja el Convenio Colectivo, incumbe también a la autonomía individual una «función de complementariedad», pues «la autonomía individual tiene posibilidad de actuación regulando las condiciones de trabajo, siempre que respete los límites mínimos establecidos en el convenio... y que no pretenda modificar su contenido»; es decir, se mueva «en el espacio que le es propio, respetando y sometiendo a lo establecido en el Convenio». Supuestos éstos que abordan, en principio, a los casos de mejora de los contenidos convencionales —o de desarrollo de los mismos— que son los específicamente mencionados en esta importante Sentencia del TS, pero también permite a la autonomía individual moverse en las áreas que ha dejado libre, por no reguladas, la autonomía colectiva. Un supuesto éste negociación «*praeter legem*»¹⁴, que la Sala IV del TS ha afirmado en todo caso, negando su contrario, es decir, que existan áreas materiales en el ámbito de las relaciones laborales que sean colectivas por naturaleza, y sólo abordables a través de la negociación colectiva. Siguiendo al TC, y siempre con el respeto al *status quo* colectivo existente en el caso, nuestra jurisprudencia declara abierta a la negociación individual cualquier área material laboral, si no hay Convenio o éste no se refiere a ella, con lo que en cierto modo se afirma una idoneidad equivalente de ambas fuentes como reguladoras de las relaciones de trabajo. Un ejemplo de esta línea doctrinal lo proporciona la STS-IV de 21 de junio de 1994 (6315), cuyo supuesto de hecho viene constituido por la instauración en una empresa, por decisión unilateral de ésta, de un complemento salarial para ciertos trabajadores, sometida su generación al consentimiento de cada uno de ellos, y que se reconoce al margen de lo dispuesto en el Convenio Colectivo de empresa. Ante la reclamación sindical, que, entre otras razones, alega que la decisión empresarial altera la dinámica de fijación colectiva de la retribución en la empresa, en cierta medida «cam-

¹³ STS-IV 30 abril 1994 (3475).

¹⁴ Así la califica el voto particular a la STS-IV 17 diciembre 2001 (2116) «los convenios colectivos pueden regular materias o aspectos de las relaciones de trabajo no sólo *secundum legem*, sino también *praeter legem* (arts. 82.2 y 85.1 ET) cuando el resultado de la regulación convencional es más favorable para el grupo concreto de trabajadores afectados».

bia la óptica» de la negociación colectiva por la individual, la Sala responde desechando los argumentos sindicales, pues «la empresa estaba habilitada para implantar en la forma en que lo hizo la “operación” y el complemento salarial “gestor de facilidades y servicios en red”... El título para adoptar tal decisión es el poder de dirección del empresario, poder que presenta diversas facetas, pero que es también manifestación o proyección en la gestión de personal de la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE. En virtud de este poder o conjunto de facultades organizativas la dirección de la empresa puede proponer a los trabajadores condiciones de trabajo distintas a las establecidas en convenio colectivo, siempre que no sean contrarias o menos favorables que las de éste».

Todo ello porque «no existe... en nuestro ordenamiento una atribución exclusiva a la negociación colectiva de sector o de empresa de la regulación de condiciones de trabajo», punto en que enlaza la Sala con la doctrina del TC, para excluir de esta área de libertad los comportamientos empresariales que supongan atentados a la propia libertad sindical, lo que sucederá cuando, en síntesis, el comportamiento empresarial ignore la negociación, y no cuando la respeta.

La tesis del TS no deja de plantear problemas prácticos, y la jurisprudencia menor revela hasta qué punto en su aplicación puede llegarse a situaciones rayanas con la pura y simple inobservancia del pacto. Como ejemplo, puede citarse la STSJ-Murcia 27 julio 1998 (3206), que hace hincapié en la virtualidad de la autonomía colectiva para, a la vista de los contenidos de un Convenio Colectivo, servir de instrumento de adaptación de éste a las circunstancias empresariales, en el caso, mediante la implantación de un turno de trabajo diferente que se ofrece a trabajadores de nueva contratación en sus contratos de trabajo, dejando a salvo el antiguo para los trabajadores que ya pertenecían a la empresa cuando se suscribió el Convenio que establecía el sistema de turnos «antiguo» por así decirlo. Sostiene la Sala que, en primer lugar, la modificación se habría producido, no respecto del CC de sector —que en este punto atribuía a la facultad de organización del empresario la fijación de los turnos de trabajo— sino respecto de un pacto o acuerdo de empresa de concreción de aquél, que es más flexible que el Convenio y no puede quedar «fossilizado» porque se ignoraría su función de ajustar el marco en que se ha desarrollado la actividad productiva. En segundo lugar, que las circunstancias del caso habían de valorarse —como manifestaciones del principio «*rebus sic stantibus*»— y en su virtud, admitirse una disposición empresarial que en nada perjudicaba a los trabajadores ya contratados y que aceptaban sólo los de nuevo ingreso. De este modo, los espacios dejados por la autonomía colectiva se incrementan, al acentuarse la fragilidad del acuerdo de empresa, por mucho que se encubra esta fragilidad en la celebración de nuevos contratos de trabajo que desconozcan sus condiciones¹⁵.

¹⁵ Debe llamarse la atención sobre la fragilidad de las formas atípicas de la negociación colectiva —que comprende todas las modalidades no estrictamente estatutarias— que presenta un flanco de eficacia indiscutible para individualizar su régimen. En la Sentencia enunciada en el texto el efecto es visible, pero también lo es en las Sentencias dictadas en aplicación de pactos extraestatutarios propiamente dichos. Así, en relación con un pacto extraestatutario *vid.*, STS-IV 18 febrero 2003 (3372), y 25 enero 1999 (896), que expresamente le niega su condición de norma, para afirmar su naturaleza contractual.

Es más, llega a enredarse en los recovecos de su tesis el propio Tribunal Supremo, que, afirmando la doctrina ortodoxa concluye, en su STS-IV 24 octubre 2002 (458) sosteniendo la posibilidad de que en un acuerdo de empresa se establezca un sistema de conversión de contratados temporales en trabajadores fijos con una disponibilidad de jornada de hasta un 30%, acompañada de la correlativa disminución de salarios —que es consecuencia de un acuerdo obtenido por la empresa y el Comité Intercentros, en que se implantaba este sistema, no contemplado en el CC de empresa de eficacia general anteriormente suscrito entre la empresa y las representaciones sindicales—. Y ello porque, con verdadero esfuerzo para separarse de una Sentencia anterior contraria —de 27 de diciembre de 2001 (2116)—, la Sala concluye que estaba justificada en este caso la introducción del nuevo sistema para los trabajadores fijos procedentes de la conversión de contratos temporales, ante el historial de expedientes de regulación de empleo de la empresa, y la conveniencia, para los trabajadores concernidos, de ser contratados fijos, aunque en peores condiciones que los fijos ordinarios, si se compara su situación, no con la de éstos, sino con la propia anterior como trabajadores temporales. En conclusión, que: «aunque la negociación colectiva deba respetar la ley, debe tener un marco de actuación que permita la regulación de la relación laboral en función de las concretas situaciones, de índole social y económica, que caracterizan, en un momento dado, al concreto colectivo al que va referida». De este modo, la suscripción de nuevos contratos de trabajo —aunque auspiciada por el pacto de empresa— es el mecanismo para introducir paulatinamente condiciones de trabajo hasta entonces inexistentes en la empresa.

No es de extrañar, por ello, que alguna Sentencia de Tribunal Superior de Justicia trate de poner orden en el despliegue doctrinal, enunciado hasta cinco categorías distintas de formas de relación entre la autonomía colectiva y la individual¹⁶, cada una de las cuales

¹⁶ STSJ Andalucía (Sevilla) 28 marzo 2003 (2139). Por su interés, se reproduce parcialmente el FJ 3: «Un intento de establecer pautas concretas que permitan conocer el juego de la autonomía individual en la determinación de las prestaciones objeto del contrato, en relación a la norma colectiva, exige con carácter previo, analizar las siguientes distinciones: a) En primer lugar, es necesario distinguir entre condiciones establecidas en convenio colectivo de aquellas sobre las que la norma pactada nada dice; de tal suerte que sólo las primeras podrán limitar el juego de la autonomía individual, la cual podrá precisar condiciones de trabajo no establecidas colectivamente. Es ésta la principal conclusión que se extrae de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1994. En definitiva, con esta distinción se reconoce el papel que a la autonomía de la voluntad otorga el propio artículo 3.1.c del Estatuto, sin que quepa admitir que sólo colectivamente pueden definirse los intereses del trabajador, ni a nuestros efectos pueda hablarse de condiciones implícitas en la regulación de todo convenio colectivo. b) En segundo lugar, en el contenido del convenio es posible separar condiciones cuantificables y no cuantificables. Aquéllas son valorables en términos económicos o bien establecen cantidades cuya objetivización es palpable salario, cuantía de complementos salariales o extrasalariales, número de horas de trabajo, días de permiso retribuido, etc.), por el contrario hay condiciones difícilmente traducibles en términos económicos o difícilmente objetivables (jornada continuada o partida, funciones asignadas a una categoría, época de disfrute de vacaciones, etc.). c) En tercer lugar, hay que diferenciar también entre condiciones establecidas en los convenios colectivos, según que las mismas se refieran a la relación individual de trabajo o por el contrario establezcan condiciones de carácter colectivo en esencia, cuya virtualidad ni se agota ni encuentra su adecuada aplicabilidad en el contrato de trabajo. Y aunque parece obvio que sólo las primeras afectan al objeto del contrato, no resulta baldío señalar que determinadas condiciones convencionales son indisponibles para el contrato individual por la propia naturaleza colectiva de tales disposiciones, singularmente son las relativas a derechos sindicales, seguridad y salud laboral y organización general del trabajo. Se trata de distinguir entre condiciones establecidas en convenio colectivo cuya cabal aplicación sólo es factible desde la perspectiva colectiva y aquellas otras de posible aplicación

presenta especialidades por razón del origen de la condición de que se trate; de su naturaleza individual o colectiva; de su carácter cuantificable o no; y hasta por razón del ámbito del Convenio que la contempla. Pese a la dificultad inherente de la tesis judicial, bien puede concluirse que en nuestro ordenamiento, si bien está relativamente clara la primacía y prevalencia del Convenio estatutario, frente a la autonomía privada, no es tan clara esa prevalencia cuando el contrato singular se enfrenta a cualquiera de las modalidades de pactos no estatutarios: autonomía contractual, al cabo, la capacidad de disposición de lo en ellos establecido a través de contratos singulares de alguna forma se flexibiliza al colisionar dos modalidades de la capacidad de contratar.

3. APROXIMACIÓN TEÓRICA AL TEMA

La exposición anterior nos pone ya en condiciones de abordar el tema de las relaciones entre la autonomía individual y la colectiva aprovechando en lo posible las aportaciones de nuestra jurisprudencia y, siguiendo sus pasos, reconduciendo el análisis a las previsiones del art. 3 ET, en el marco abierto por el art. 37.1 CE.

Partiendo del entrelazamiento entre ambos preceptos resulta obvio que en nuestro ordenamiento ha quedado plasmado al máximo nivel normativo el principio de la regulación colectiva de las condiciones de trabajo, tan adecuado a la naturaleza de éstas como relacio-

personal. En esta precisa línea argumental se sitúa una consolidada doctrina del Tribunal Supremo que, respecto de condiciones establecidas en Convenio Colectivo extraestatutario, declara su invalidez por ser aplicación colectiva y no individualizada. d) La determinación de las condiciones que constituyen el objeto del contrato, puede fijarse inicialmente en el momento constitutivo o, posteriormente, a través del instrumento novatorio. De tal forma que, en relación a la fijación y/o modificación de dichas condiciones contractuales es posible distinguir, también, según la expresada fijación o modificación sea individual o colectiva. Con esta distinción se pretende separar la utilización de la vía contractual como medio para adecuar a la concreta relación individual las previsiones normativas de carácter convencional, que responderá al interés específico de cualquiera de las partes (empresario o trabajador) o al interés de ambos; del uso del contrato de forma masiva como instrumento mediante el cual resultan ineficaces con carácter general las condiciones establecidas a través de la negociación colectiva. La dificultad estriba, evidentemente, en decidir cuándo una concreta fijación o modificación de condiciones es individual o colectiva, puesto que el criterio numérico de trabajadores afectados, aunque indiciario, no debe ser determinante de dicha calificación. El riesgo de conducta fraudulenta o abusiva existe y se aprecia cuando la contratación individual en masa es torticera, pero no se presume por el simple hecho de un uso repetido del acuerdo individual. El criterio diferenciador es eminentemente causal. Las colectivas, son aquellas que tienen su origen en una decisión empresarial de reorganización técnica, productiva o económica, están motivadas o dirigidas a la tutela del interés del empresario (con independencia de que coincida o no el interés del trabajador). Las individuales serían aquellas que, con independencia también de la coincidencia de intereses, tienen su origen en una causa que es reconducible a la esfera del trabajador. Se podrá argumentar que, desde esta perspectiva, la dificultad estriba en averiguar cuándo una fijación y/o modificación de condiciones convencionalmente previstas tiene una causa empresarial o, por contra, está inmersa en la esfera del trabajador; pero es ésta una cuestión de valoración de hechos y de indicios que corresponde a la función típica de la jurisdicción. e) También sería posible añadir otra distinción más según las condiciones de que se trate proviniesen de un convenio colectivo de ámbito supraempresarial o de empresa. En el primer caso podría parecer posible una especie de descuelgue por mutuo acuerdo entre empresario y trabajador, en el segundo caso, convenios de empresa, no. Sin embargo entiendo tal posibilidad incompatible con el ordenamiento vigente y con el sistema de fuentes establecido en el artículo 3 del Estatuto de los Trabajadores».

nes de serie, susceptibles de regulación homogénea. Y ha quedado plasmado, además, en términos muy generales por lo que hace a su contenido potencial: la negociación colectiva ha de ser «laboral», de acuerdo, pero en ese amplísimo margen todas las materias le quedan abiertas en potencia¹⁷, sobre todas ellas puede recaer en el presente o en el futuro, dependiendo la opción de las decisiones de los negociadores, con el solo límite de la prohibición legal, recientemente reavivada su actualidad por una polémica Sentencia en relación con la posibilidad/imposibilidad de pactar jubilaciones forzosas en Convenios Colectivos una vez modificada la norma autorizante¹⁸.

La autonomía individual, en principio, puede ocupar los espacios que la autonomía colectiva y la ley le dejan libres, pero no sólo; puede también ocupar espacios regulados por ambas fuentes, con la sola condición de respetar las reglas que presiden la relación entre fuente y contrato en el seno del Derecho del Trabajo, en especial el art. 3 ET. Hasta tal punto es esto así que la muy importante STS-IV de 30 de abril de 1994 (3475) se ve obligada a recordar que no es posible que el empresario renuncie de forma general a su autonomía individual ni siquiera en un pacto colectivo «pues esto supondría dejar sin efecto la facultad, reconocida en el art. 3.1.c ET de regular la relación laboral mediante la voluntad de las partes».

Concretado lo anterior, en general, la autonomía individual puede desplegarse también en materias sobre las que existen pactos colectivos, respetando el contenido de lo pactado colectivamente, para lo cual será preciso atender a ese mismo contenido, y valorar hasta qué punto es posible su mejora cuantitativa o cualitativa —para lo cual resulta de extremado interés la tipología de la STSJ Andalucía de 28 de marzo de 2003 citada—. A este límite material inderogable se añade que la autonomía individual, aún en las áreas de libertad que abandona la negociación colectiva, no es posible si con ella se pretende vaciar de contenido la propia negociación colectiva, por el carácter masivo de la condición incorporada a los contratos individuales y por la trascendencia de ésta en la economía de las relaciones laborales concernidas.

Y, cerrando la lista de principios, existe uno más implícito, pero no menos importante, que ha emergido a veces en el razonamiento de nuestros Tribunales. Se trata del que podríamos llamar principio de legitimación. Como se ha dicho, no existen Sentencias que lo afirmen, como existen en cambio las que lo han hecho en relación con la jerarquía, pero indudablemente está presente cada vez que nuestros órganos judiciales se detienen a comprobar si el contrato —o la decisión unilateral de la empresa previa a la propuesta contractual— altera o no un pacto de empresa, o un Convenio de sector, indicándose, como ya se ha dicho, la mayor flexibilidad de aquél frente a éste. Las Sentencias que así razonan, al cabo, descienden a valorar, no ya la legitimidad del cambio, sino la razonabilidad de éste, que contiene un matiz autorizante típico, en el que de alguna manera se presume que lo que se ha hecho podía hacerse dentro de ciertos límites, lo que sería impensable en el juego concreto del principio de jerarquía, que simplemente excluiría la modificación razonable o no. Es cierto que esta vertiente del que hemos llamado principio de legitimación debe

¹⁷ GIUGNI G., «La funzione giuridica del contratto collettivo» en *Lavoro, legge, contratti*, Il Mulino, Bolonia 1989, págs. 162 y ss.

¹⁸ STS-IV, 9 marzo 2004 (841).

manejarse con cuidado; que, por lo mismo que no se enuncia expresamente, suele aparecer mezclado con consideraciones ajenas al mismo, que constituyen proyecciones de la idea jerárquica que preside tradicionalmente la relación norma-contrato. Por ello ha de destacarse cómo este principio opera, normalmente en el ámbito de la empresa, respecto de ésta misma como agente negociador a escala individual y colectiva, y de su contraparte colectiva, unitaria o sindical; en este contexto, las acciones de alteración que se han admitido por nuestros Tribunales han tendido lugar, fundamentalmente, en dos escenarios: el primero, en el de modificación posterior y por acuerdo colectivo de lo anteriormente pactado, donde el razonamiento de legitimación es abierto (pueden modificar lo pactado los mismos que lo pactaron, en suma); el segundo, en el de asunción de las modificaciones en nuevos acuerdos que se celebran a escala individual con trabajadores de nuevo ingreso, respetando lo establecido para los trabajadores que ya pertenecían a la empresa, y de alguna manera descartando que estas nuevas condiciones rompan el principio de igualdad de trato entre trabajadores que en otras circunstancias se afirma con tanta rotundidad¹⁹. En este segundo caso, no es que se trate de superar la doctrina ex art. 14 CE, sino que el razonamiento judicial incorpora la posición de la empresa como agente contractual, valora sus compromisos, y centra los nuevos contratos en la dinámica de ejecución del pacto colectivo, con lo que la diferenciación de trato aparece como razonable si hay motivo suficiente para lo que, sin contemplar el intercambio del pacto colectivo, hubiera tenido que declararse ilícito. Cuando, por ejemplo, en la empresa se ha intentado previamente llegar a un acuerdo con la representación de los trabajadores para incorporar el trabajo los sábados, y éstos sistemáticamente se han negado, resulta lícito, en la tesis de nuestros Tribunales que, respetando el pacto colectivo, la empresa trate de suplir las resistencias de los trabajadores a través de la recuperación de sus poderes organizativos, creando un nuevo turno de trabajo al que se asignan trabajadores de nuevo ingreso. En esta forma de soslayar la «tozudez» de los representantes del personal, razonada ante el órgano judicial, se encuentra la legitimación de lo que de otro modo sería una diferencia de trato ayuna de justificación. Cuando, en otro caso, la empresa se encuentra en crisis sucesivas, y asume el compromiso de contratar como fijos a los anteriores trabajadores temporales, puede ser razonable que éstos estén sometidos a un régimen de jornada y salario flexibles que no incumbe a los demás trabajadores, si se trata de una exigencia necesaria ante la situación de la empresa, y la alternativa es la contratación temporal, etc. En todos estos casos, además de los problemas de relación entre autonomía colectiva e individual, se encuentra el dato de que la empresa se ha movido alterando lo que ella misma había pactado, volviendo sobre sus pasos, y se admite este retorno en la medida en que sea razonable, justificada, la decisión tomada en un contexto en que no se cuestiona la existencia de negociación colectiva y de la voluntad de la empresa de negociar. En suma: esta variante doctrinal, hasta cierto punto razona sobre la base de que, en el estado actual del art. 41 ET, el empresario podría probablemente hacer lo que había hecho en el caso, dada la inestabilidad genérica del pacto de empresa, de ahí la legitimidad que deriva de poseer el poder que se manifiesta.

¹⁹ Por todas, recientemente, STC 4 marzo 2004, 27/2004, para una diferenciación de trato en salarios entre trabajadores antiguos y trabajadores de nuevo ingreso, que se declara contraria al art. 14 CE.

En suma, de estos principios generales, se desprenden dos enfoques metodológicos aptos para relacionar entre sí ambas facultades: el enfoque de la legitimación para disponer de la condición que se negocie, que hasta cierto punto es un condicionante previo a la propia relación de jerarquía, pues se remonta al origen mismo de la norma pactada, y el enfoque de la jerarquía, como presupuesto de la mutua conexión Convenio-contrato.

3.1. La legitimación para disponer y los límites a la negociación colectiva

3.1.1. Consideraciones generales

Por el primero de los enfoques enunciados, ya hemos visto cómo nuestros Tribunales valoran, aunque sea de cierta manera indirecta y no demasiado explícita, la capacidad de disponer de la condición de que se trate con que cuenta el empresario, si se trata de condiciones pactadas en la empresa y no cuestionan lo establecido en un Convenio estatutario. En este enunciado se resumen los límites de disponibilidad a escala singular de lo pactado colectivamente.

En cambio, no se encuentran pronunciamientos en que se aborde el tema desde la perspectiva contraria. Esto es, se trata de responder a la pregunta siguiente ¿existe algún límite de disponibilidad de las condiciones de trabajo individuales por parte de la norma colectiva? O, en otras palabras, si ya hemos visto que existe una radical falta de legitimación de la autonomía individual para contradecir lo dispuesto en un Convenio Colectivo ¿es cierto el fenómeno inverso?, es decir, ¿hay en el contrato de trabajo alguna especie de restricción legitimadora que impida que sea afectado por otros instrumentos que la voluntad de las partes que lo firmaron? ¿Es posible que el Convenio Colectivo incorpore reglas que condicionen los concretos actos de ejercicio de sus poderes por parte del empresario: que le imponga readmitir en casos de despido improcedente; que le prohíba recurrir a los despidos por causas económicas, o que le imponga contratar a un número X de trabajadores? Las preguntas que se acaban de enunciar constituyen una de las facetas esenciales de coordinación entre la autonomía individual y la colectiva, pero no pueden ser respondidas de forma lapidaria e incondicionada. Es preciso que primero se examine la función de la negociación en relación con la voluntad de las partes individuales y, sobre todo, con la libertad empresarial de gestión de las relaciones de trabajo.

Como punto de partida ha de tomarse en consideración que hay determinadas materias que es la propia ley la que la ha excluido de los procesos de negociación en ciertos niveles, autorizándolas en cambio en otros, por razones de política contractual que no es del caso considerar aquí. Obviamente las partes negociadoras en los niveles a los que alcanza la prohibición, en principio, no pueden negociar sobre esos elementos prohibidos, pero también es obvio que la razón de esta imposibilidad negociadora reside en que existe una prohibición legal, que exime de toda consideración acerca de si y cómo se hubiera podido negociar esa materia de no existir aquélla.

El problema de la legitimación como límite hace referencia a la imposibilidad de negociar determinadas materias por razones que incumben a defectos de poder de disposición en las instancias negociadoras, de modo que determinadas materias que sí se negociarían por unos determinados sujetos, no pueden serlo en cambio por otros, aunque la ley guarde silencio al respecto; es obvio también que a este género pertenecen la mayoría de las limitaciones de contenido.

Pues bien, para abordar el problema hay que partir de una distinción básica: mientras que en el caso del trabajador individual la gestión colectiva de sus intereses se realiza siempre a través de fórmulas de representación, en el caso de los empresarios hay una dualidad básica: en unos casos el agente negociador, aunque pueda delegar la acción misma de negociar, es el empresario individual; en otros casos, en cambio, es la asociación empresarial la que actúa por él, lo que en principio lleva a someter a la representación colectiva de los empresarios a límites de acción que, obviamente, no concurren cuando el que negocia el empresario individual, por lo mismo titular de las facultades que se restringen. A la vista del mero planteamiento del problema, se hace necesario diferenciar la solución según se trata del empresario —de la asociación patronal más bien— o del trabajador de quien se hable.

La limitación de los derechos de negociación de los sindicatos, fundada en la titularidad individual de los derechos o las facultades de que se trata de disponer, no presenta flancos tan amplios como en el caso de los empresarios. En efecto, la propia condición del contrato de trabajo como un contrato tendencialmente de serie, hace que la mayor parte de las condiciones de trabajo hayan nacido al margen de la voluntad individual de cada concreto trabajador²⁰, sustituida por una decisión colectivamente tomada, en Convenio colectivo, o por decisiones unilaterales del empresario, o aún por prácticas de empresa que tienen a una colectividad de trabajadores como destinatarios. Esta colectividad del origen facilita el que puedan ser eliminadas o modificadas dichas condiciones por decisiones de alcance colectivo —especialmente si son negociadas, aunque no sólo, *vid.*, los supuestos de los arts. 40 y 41 ET—, de tal modo que sólo las condiciones real y efectivamente pactadas en cada contrato individual quedan en principio a salvo de esta tendencia a la unificación, ya se trate de condiciones que por ley sólo pueden pactarse en contratos individuales de trabajo (la celebración de un periodo de prueba, por ejemplo, art. 14 ET); ya se trate de condiciones que circunstancialmente se han pactado en un contrato de trabajo; ya se trate de condiciones que jurisprudencialmente se han declarado necesitadas del consentimiento del trabajador individual, por descansar su dinámica en el pacto singular y no en el colectivo²¹. Y en todo caso, se tratará de condiciones que no supongan renuncia a derechos reconocidos en el pacto colectivo, supuesto éste prohibido por el art. 3.5 ET.

De este modo, hay que distinguir entre condiciones colectivas que limitan o encajan los derechos y deberes nacidos del contrato de trabajo y que hallan su origen al margen del mismo —perfectamente negociables en la sede colectiva en que han nacido— y condiciones singulares, pactadas en cada contrato de trabajo, que necesitan de la voluntad de las partes del pacto singular para ser alteradas. El típico ejemplo a poner en estos casos es la llamada «condición más beneficiosa» —«condiciones *ad personam*» en la terminología convencional—, en su actual grado de evolución, y la jurisprudencia, abundante, que existe en torno a ella, que en sustancia todavía acoge el origen verdaderamente singular de la condi-

²⁰ Sobre esta característica, y su principal efecto: la capacidad de representación institucionalizada, hay una jurisprudencia constitucional asentada desde las primeras sentencias al respecto. *Vid.*, STC 70/82, de 29 de noviembre, y SSTC 60/98, de 16 de marzo; 191/98, de 29 de septiembre; 185/2003, de 27 de octubre; 44/2004, de 23 de marzo, como muestras de la estabilidad de esta doctrina.

²¹ Como es el caso de la subrogación contractual al margen de los supuestos del art. 44 ET, que ha generado una amplia jurisprudencia al respecto. *Vid.*, por todas, STS-IV 8 abril 2003 (4954).

ción no disponible por la negociación colectiva, a diferencia de lo que sucede cuando se trata de una «condición colectiva», mucho más accesible al poder de los negociadores. Aunque de esto hablaremos más tarde.

La cuestión, ahora, es si el Convenio puede proceder a suprimir o a modificar el régimen de lo pactado, incluso si tal cosa ha sucedido en contrato individual. En general, ni la jurisprudencia ni la negociación se ha planteado esta cuestión abiertamente y de forma general; en especial la negociación parece anclada en fórmulas arcaicas de enunciado del principio, conectadas con la condición más beneficiosa.

Extrayendo los hilos conductores de las resoluciones judiciales, tal parece que la pactación individual en sentido estricto opera como un freno a la negociación colectiva ordinaria, a la fuerza vinculante del Convenio colectivo en sí mismo considerado, como norma general que no contempla las muchas derivaciones prácticas de la autonomía individual, aunque tienda a erigirse en la regla general de la profesión; se trata de dos fuentes separadas que, en principio, no tienen por qué colisionar y pueden desarrollar vida independiente en los márgenes que diseñe el principio de jerarquía.

Distinta es la situación, incluso si no hay colisión en las concretas condiciones de trabajo señaladas en una y otra fuente, si el Convenio contempla la negociación individual para prohibirla o desencadenar mecanismos correctores. Sobre todo el mecanismo de la prohibición, aunque también los demás, forman parte de la capacidad que incumbe al Convenio colectivo de marcar los límites de la autonomía individual señalando qué puede ser pactado y en qué términos, en que descansa la esencia de la «fuerza vinculante» del pacto. De este modo, ante una prohibición convencional de negociar a título individual determinadas materias, o de negociarlas de determinada forma, el efecto sobre el contrato de trabajo que contenga pactos en contrario, es el de nulidad de lo pactado singularmente, por contraposición a lo dispuesto en una norma —caso del Convenio estatutario— o por contraposición a lo dispuesto en un acuerdo que por previsión constitucional limita la capacidad de oposición de las partes del contrato de trabajo a lo dispuesto en aquél (a través de la obra conjunta del art. 37.1 CE y 3.1.c ET). Parecidamente habrá que concluir acerca de la posibilidad de que el Convenio declare nulas las cláusulas en contrario pactadas en cada contrato individual, que no será sino el efecto del enfrentamiento del pacto singular con la norma colectiva.

La cuestión, ahora, es si esa capacidad de disposición de los Convenios sobre lo pactado en cada contrato de trabajo es omnímoda, es decir, abarca en potencia a todo tipo de acuerdo o pacto singular. Frente a cualquier opción teórica al respecto, poseemos los indicios que ofrece la jurisprudencia constitucional: la autonomía colectiva no puede reducir a la nada a la autonomía individual, en cuanto ésta forma parte de los valores de libertad y dignidad de la persona que han recibido respaldo constitucional y son la base de todo el sistema de derechos fundamentales, en los términos del art. 10.1 CE. Así las cosas, aún afirmada la capacidad de la norma colectiva para alterar los designios de la autonomía individual, se hace preciso valorar, en cada caso, las posibilidades que le quedan abiertas a la autonomía individual para desarrollarse en el marco que deja abierto la negociación colectiva, de tal modo que probablemente vulneraría el precepto constitucional una prohibición total e incondicionada por parte del Convenio de que se negocien condiciones de trabajo a nivel individual en todos los ámbitos y en todas las áreas materiales; así lo apuntó la STS de 30 de abril de 1994, y sigue siendo de actualidad su doctrina, a mi juicio. Pero fuera de esos casos, desconocidos en la práctica española, la capacidad de condicionamiento

de la norma colectiva es amplia a este respecto, primando su fuerza vinculante sobre la capacidad decisoria del pacto singular.

La cuestión es distinta si entramos a valorar las limitaciones a la capacidad negociadora de las asociaciones patronales²². Al menos, es distinta en parte, ya que comparte con la de los sindicatos bastantes de las consideraciones que se acaban de hacer: por supuesto, hay voluntad del empresario singular en la creación y conservación de las condiciones más beneficiosas, y su voluntad singular ha de concurrir también en aquellos casos en que la implantación de una condición de trabajo depende del simple juego del contrato individual. Pero la autonomía individual del empresario presenta aspectos grises más abundantes en su juego práctico que los que planteaba la de los trabajadores. La razón de esta dificultad añadida proviene de la dimensión potencialmente colectiva de cualquier decisión empresarial en el ejercicio de unos poderes de organización y dirección que están llamados a desplegar sus efectos sobre los trabajadores considerados como conjunto. De este modo, se produce la paradoja: colectivos o plurales en su ejecución, se trata de decisiones, poderes y facultades ejercitados por el empresario singular, su titular, de modo que atendiendo a su génesis quepa calificar también como individuales sus actos de ejercicio, al menos si se contemplan desde la perspectiva del sujeto agente. De hecho, el ET se encuentra lleno de ejemplos de este tipo de facultades: de dirección en sentido amplio (arts. 20 y 39), de modificación (40, y 41), de control de lo actuado a nivel de empresa (arts. 18, 20 ó 58), etc. Y la pregunta ahora consiste en saber de qué manera puede la negociación colectiva comprometer el ejercicio concreto de esas facultades.

Las últimas palabras empleadas son, a mi juicio, cruciales. En efecto, la negociación colectiva se mueve en el plano colectivo que le es propio, de ahí que pueda, en ese mismo plano, regular, matizar y condicionar el ejercicio por el empresario de sus facultades de la forma abstracta y general en que lo haría la norma que el Convenio esto es: fijar plazos, procedimientos, implantar periodos de negociación o de consulta con los representantes de los trabajadores, son todos ellos —y más que pudieran pensarse— formas de encauzamiento de los poderes empresariales que constituyen la verdadera esencia de la negociación, y que inciden sobre éstos de la misma forma externa y abstracta en que la norma suele actuar. En ese plano, la negociación colectiva está disponiendo de lo que es suyo (la regulación de las relaciones laborales en la empresa), y sólo puede tener los límites que se derivan de la ley misma, en los términos que después veremos²³.

Distinta es la valoración que puede merecer la actividad negociadora cuando conlleva actos de ejercicio concreto de los poderes empresariales, por muy colectivos que sean sus efectos, porque en este segundo caso los negociadores están interfiriendo en el área del contrato de trabajo —que sirve de base última al desarrollo de esos poderes, según doctrina pacífica—, que ha de ser respetada a nivel colectivo, como incumbente esencialmente

²² Sobre éstas, y su conexión con el derecho de negociación en sentido estático, *vid.*, ESTEVE SEGARRA, A., *Las asociaciones empresariales: régimen jurídico y representatividad*, Aranzadi, Pamplona 2003, arts. 55 y ss.

²³ Sobre la distinción, LAMBERTUCCI, P., *Efficacia dispositiva del contratto collettivo e autonomia individuale*, Cedam, Padua 1990, pág. 370 y ss. Y en general, MONACO, MP., *Modelli di rappresentanza e contratto collettivo*, Giuffrè, Milán 2003 págs. 43 y ss., aunque referidas sus observaciones a la representación de los trabajadores, pueden extenderse a la faceta que nos interesa sus consideraciones en torno a la estructura y la función del acuerdo colectivo.

al titular de la posición empresarial. Dirigir, controlar, despedir, en concreto, son actos de titularidad individual, que la negociación colectiva no está legitimada para asumir por sí misma, aunque pueda regular las condiciones de su ejercicio. Así, establecer que en un sector, X, en que hasta ahora ha estado previsto un sistema de jornada continuada, va a estar vigente a partir de una fecha determinada un sistema de jornada partida, es un acto de regulación de condiciones de trabajo plenamente asumible en el amplio contenido potencial de la negociación colectiva diseñado en el art. 85.1 ET. En cambio, operar ese mismo efecto sobre una empresa concreta y aislada, atendiendo a sus condiciones específicas, queda fuera del poder de los negociadores, precisamente en cuanto la naturaleza del poder que se ejerce es, desde la perspectiva del empresario, individual, y no puede ser sustituido por ello por la asociación empresarial que le representa, a no ser que hubiera sido expresamente apoderada para ello, porque estamos ante un exceso del mandato institucional de que las asociaciones empresariales se encuentran asistidas. Y lo que se ha dicho de la modificación de condiciones, puede decirse del resto de los poderes empresariales, respecto de los cuales, para evaluar su negociabilidad, ha de tomarse muy en serio la distinción entre regulación abstracta y actos de ejercicio concreto.

Precisamente por ello, en principio, los actos de concreto ejercicio de los poderes empresariales no pueden ser abordados por la negociación llevada a cabo por las asociaciones empresariales más que desde el punto de vista meramente procedimental o ritual. Ha de respetarse siempre la capacidad de cada empresario singular para su ejercicio sustantivo, lo que equivale a excluir la negociación por aquéllas de estos actos concretos. Todo lo más, podrán negociarse a nivel de empresa, por el propio empresario titular de los mismos, único legitimado para disponer de ellos en cada caso²⁴. Las condiciones concretas de modifi-

²⁴ Esta vertiente del principio de legitimación no es acogida expresamente, al menos en apariencia, por la jurisprudencia, que las más de las veces ha asumido la licitud de cláusulas de esta índole establecidas en Convenios sectoriales, sin cuestionar su licitud. *Vid.*, STSJ Andalucía 10 julio 2002 (880), que se decanta por la licitud de una cláusula del Convenio Colectivo del sector de Manipulado y Envasado de Frutas y Hortalizas de Granada según la cual «las necesidades productivas que no puedan ser atendidas por los/as trabajadores/as fijos, fijos discontinuos, se cubrirán con los eventuales, o con contratos de puesta a disposición, si bien estos últimos no podrán mantener su relación más de una temporada, debiendo ser contratados directamente por la empresa usuaria en la segunda que fueran llamados, en su caso», sin razonar especialmente hasta qué punto podían las partes negociadoras de un convenio sectorial restringir de esta manera la capacidad de decisión del empresario, más allá de afirmar que «(la cláusula) ni afecta a la libertad de empresa que proclama el art. 38 CE, ni infringe lo dispuesto en el ET, ni viola las normas legales y paccionadas de una actividad que le es ajena»; también se pronuncia a favor de cláusulas semejantes el TS, por ejemplo, en STS-IV 12 mayo 1998 (4332), respecto de un precepto del Convenio estatal para el sector de fabricación de calzado artesano manual y ortopedia según el cual «todo trabajador contratado eventualmente, que trabaje en la empresa siete meses seguidos u ocho alternos dentro de un periodo de doce meses consecutivos, pasará a formar parte de la plantilla de personal fijo. Asimismo, los que lleven seis meses con un contrato temporal y realicen su trabajo en su puesto permanente pasarán automáticamente a fijos. Los trabajadores eventuales tendrán derecho a la retroactividad real del incremento salarial del presente convenio. Los contratos temporales no excederán de 20% de la plantilla fija de la empresa. «Como puede verse se trata de un precepto que mezcla instituciones muy diversas: restricciones al uso de sus poderes de contratación por los empresarios que pueden entrar en el ámbito rector de la autonomía colectiva, pero también la «conversión» de contratos temporales en fijos, que parece ser una novación contractual que sólo podría producirse en el ámbito de cada contrato de trabajo. El TS, en cambio, no diferencia unas de otras, valorando el precepto en su conjunto y limitando el análisis a contraponer el texto convencional con el del TD 1989/84, desde la perspectiva de la jerarquía normativa. Por supuesto, pertenecen a este ámbito las Sentencias que han convalidado la posibili-



cación de condiciones de trabajo; las actuaciones para solventar las crisis empresariales concretas; los actos de concreto ejercicio del poder disciplinario, etc., permanecen bajo la égida de su titular, de ahí que sólo el nivel de empresa sea el adecuado para insertarlos en la tutela colectiva. Un marco colectivo, por cierto, en que, aunque se comparta la morfología del Convenio —esto es, los actos de ejercicio concreto se encuentren contenidos en un Convenio de empresa— probablemente no se comparta la naturaleza del resto de los pactos en el Convenio colectivo. Se trataría en todos los casos de actos de ejercicio colectivo de poderes empresariales, que, como es sabido, el legislador, con toda prudencia, ha optado por derivarlos hacia figuras colectivas no identificables con el Convenio, como son los tan utilizados Acuerdos de Empresa en el ET²⁵. Figuras que, aunque negociadas en buena parte de los casos, no pierden la condición de actos de ejercicio de poderes empresariales con todas las limitaciones inherentes a esta calificación —salvo, quizás, la modificación de Convenios estatutarios, precisamente por tratarse de acuerdos que en cierta medida comparten el alcance regulador que posee el acto modificado—.

3.1.2. El problema de la condición más beneficiosa

Merece una referencia aislada en este apartado dedicado a la legitimación para disponer en negocios colectivos, el tratamiento jurisprudencial de la condición más beneficiosa, en la medida en que es sobre todo a partir de ella como nuestros Tribunales se han enfrentado a la disponibilidad potencial de lo dispuesto en contrato individual por parte de los Convenios Colectivos, una vez que se superaron los condicionantes iniciales que la marcaron en su origen. De hecho, para nuestra unánime jurisprudencia, la condición más beneficiosa tiene su sede en el contrato individual de trabajo; ha nacido y se ha desplegado a partir de la voluntad concorde de ambas partes, manifestada expresamente o mediante actos concluyentes. Esa individualidad de origen es la que en cierta medida la pone a salvo de las modificaciones experimentadas por la normativa, legal o convencional. Como resume su propia doctrina el TS, «esta fuente de obligación que no nacía de un mandato legal, ni de la norma acordada, sino en virtud de un pacto individual o concesión de otra natura-

dad de que en el convenio se establezca la prohibición de que el empresario opte por la indemnización en los supuestos de despidos improcedentes, que es una jurisprudencia ya clásica entre nosotros, *vid.*, SSTS-IV 5 octubre 2001 (1421) y 26 diciembre 2000 (1877), por todas. Sin embargo, una consideración más detenida de la doctrina judicial evidencia que el análisis se centró en las cláusulas abstractas que imponían obligaciones a los empresarios, sin excluir el derecho/deber de éstos de cumplir con ellas, con cuyo acto de voluntad la cláusula pasaba a ser ejecutada por el verdadero titular del poder regulado. Este tipo de consideraciones son más frecuentes en la jurisprudencia sobre la readmisión obligatoria, aunque no puedan considerarse contradichas en el resto de las Sentencias, que simplemente no se las plantean.

²⁵ Por esa función mixta se plantean en buena parte las discrepancias acerca de su naturaleza entre nosotros, aunque toda la doctrina subraye la concreción del contenido de los Acuerdos. Así, para CORREA CARRASCO, M., *Convenios y Acuerdos Colectivos de Trabajo*, Aranzadi, Pamplona 1997, pág. 154, hipotéticamente puedan compartir con los Convenios su condición de norma., págs. 161 y ss; como instrumentos de flexibilidad los califica GORELLI HERNÁNDEZ J., *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Civitas, Madrid 1999, págs. 61 y ss.

leza otorgada o concedida individualmente por el empresario» es la condición más beneficiosa²⁶, por ello «es la incorporación al nexo contractual de ese beneficio el que impide poder extraerlo del mismo por decisión unilateral del empresario», y, asimismo, «tiene vigencia y pervive mientras las partes no acuerden otra cosa o mientras no sea compensada o neutralizada en virtud de una normativa posterior... más favorable que modifique el status anterior en materia homogénea»²⁷. Por eso, sigue remachando el Tribunal Supremo, «la aplicación del principio, plenamente consolidado en nuestro ordenamiento laboral, implica el mantenimiento de aquellas condiciones anteriores, como derecho adquirido por el trabajador e incorporado a su relación de trabajo; condiciones que... quedan inmunes frente al establecimiento de una normativa general sobrevenida»²⁸. Como puede comprobarse con la rápida cita de una doctrina que se dice pacífica, hay varias proposiciones encerradas en el enunciado del principio:

- a) la fuerza de obligar de la condición más beneficiosa nace de la voluntad de las partes del contrato de trabajo. Su contenido es parte de la regulación individual del entorno laboral, ya se manifieste expresamente el acuerdo de las partes, constituyendo una estipulación concreta, ya suceda mediante una propuesta empresarial inequívoca que es aceptada por cada trabajador singular, cuanto menos no oponiéndose a su disfrute o percepción.
- b) La voluntad de las partes no puede ser sustituida —y esto reza especialmente en relación con el empresario— por una decisión colectiva, o por la simple aplicación de una norma, colectiva o legal, o bien de una práctica de empresa. Sobre todo en relación con el empresario, debe de ser patente esa voluntad concreta de atribuir un beneficio o una ventaja a una pluralidad de sus trabajadores o a alguno singularmente. La aplicación de una norma, o la simple aplicación indiferenciada de una práctica de empresa, por ello, no genera condiciones más beneficiosas, porque la voluntad liberal individualizada del empresario no ha sido patente. Este extremo ha tenido ocasión el Tribunal Supremo de ponerlo reiteradas veces de manifiesto. Y, así, se afirma que «no es la mera persistencia en el tiempo lo que crea la condición más beneficiosa; tal persistencia debe ser indicativa de la voluntad del empresario de reconocer un beneficio que supera lo que las normas legales o convencionales han establecido en la materia»²⁹.
- c) En consecuencia es preciso que se acredite ese plus de voluntariedad, ese añadido que deja fuera de duda que la voluntad empresarial no ha consistido en la mera

²⁶ STS-IV 30 diciembre 1998 (454), con abundante resumen de jurisprudencia. Sobre el problema de las fuentes del Derecho del Trabajo y las condiciones más beneficiosas, *vid.*, BALLESTER LAGUNA, F., *La condición más beneficiosa. Caracterización y eficacia de las mejoras contractuales*, Comares, Granada, págs. 35 y ss. Parte el autor de una distinción entre supuestos controvertidos y no controvertidos que, como se verá, es relativamente asimilada por la jurisprudencia, pero no tanto por la propia negociación colectiva. Sobre el origen de la condición más beneficiosa entre nosotros, *vid.*, OJEDA AVILÉS, A., «El principio de condición más beneficiosa» *Revista de Política Social* num. 134, 1982, págs. 13 y ss.

²⁷ STS 29 marzo 2000 (3134), igualmente con abundante cita jurisprudencial. En el mismo sentido, STS-IV 18 septiembre 2002 (590).

²⁸ STS 25 junio 2002 (8932).

²⁹ STS-IV 25 junio 2002 citada, que cita a su vez a la STS de 3 de noviembre de 1992 (8776), y 20 enero 1995 (392).

aplicación de una norma o de una práctica global, sino precisamente la atribución de una ventaja a uno o varios trabajadores. Con palabras de la Sala IV del TS «las notas diferenciadoras entre la concesión graciosa y la condición más beneficiosa radica... en la habitualidad, regularidad, persistencia y disfrute en el tiempo»³⁰. Pues ha de distinguirse «el simple beneficio y la condición más beneficiosa adquirida y disfrutada en virtud de la consolidación de la ventaja que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca de su concesión»³¹

- d) Por lo anterior se deduce la individualización sistemática de la condición más beneficiosa, a través de su ejercicio o disfrute por cada trabajador singular; a lo sumo puede hablarse, como lo hace la STS-IV de 9 de abril de 2001 (5112) de origen colectivo, pero de necesario ejercicio individual.

Todo lo cual no genera una imperturbabilidad de la condición individual. Como dice el TS «la peculiar naturaleza del beneficio... excluye su calificación como derecho necesario absoluto capaz de blindarse frente al convenio colectivo»³². Por ello es posible su supresión por un pacto individual en contrario —respecto del cual es obvio que no jugará un principio de indisponibilidad, art. 3.5 ET, que no opera en los pactos individuales—; por la absorción de la condición por las mejores condiciones que se vayan acordando para el resto de los trabajadores en la normativa aplicable; y, finalmente, por la directa supresión por los Convenios Colectivos, cuando sea contemplada por éstos como una finalidad expresamente perseguida. De esta manera, la condición más beneficiosa, en principio inalterable por el mero sucederse de las normas colectivas hasta que sea absorbida, puede ser eliminada por las mismas normas colectivas que, si guardan silencio respecto de ellas, no la afectan.

Si las primeras afirmaciones no se ocultan en el razonamiento judicial, esta última conclusión ya no es tan clara. De hecho está ausente en la mayor parte de las resoluciones judiciales, que hacen especial hincapié en la indisponibilidad unilateral por el empresario³³, y sólo en ella, dejando de lado toda referencia al poder de disposición de las partes colectivas —salvo en el efecto de absorción y compensación, que es más mecánico que voluntario para los firmantes del Convenio—. Sin embargo no suele plantear problemas en el caso en que el Convenio ha optado por suprimir una condición más beneficiosa. No lo planteó cuando, por ejemplo, se acordó la supresión de los economatos existentes en una empresa en un Convenio posterior³⁴. Tampoco lo hubo para admitir la licitud de una cláusula convencional según la cual «las retribuciones y condiciones contenidas en el presente Convenio valoradas en su conjunto y en cómputo anual, podrán compensar, hasta donde alcancen, las retribuciones y mejoras que sobre los mínimos reglamentarios viniera en la actualidad satisfaciendo la empresa, cualquiera que sea el motivo, denominación, fuerza o

³⁰ STS 30 diciembre 1998 (454), que aparentemente admite que se creen condiciones más beneficiosas sobre la base de «actos y pactos de empresa que no tienen naturaleza de convenio», lo que les asigna un cierto carácter colectivo. Sin embargo, la argumentación posterior de la Sentencia reitera la individualidad de la concesión y la fuerza de obligar estrictamente contractual, alineándose con la doctrina judicial anterior y posterior al respecto. Sobre el mismo tema, STS-IV 19 marzo 2001 (4104).

³¹ STS 8 julio 1996 (5761).

³² STS 9 abril 2002 (6154).

³³ BALLESTER LAGUNA, F., «La condición más beneficiosa...» cit., págs. 284 y ss.

³⁴ STS-IV 9 abril 2002 (6154).

naturaleza de dichas retribuciones y mejoras, valoradas también en su conjunto y cómputo anual, salvo aquellas que expresamente fueran calificadas como inabsorbibles»³⁵, precisamente por la mayor favorabilidad en su conjunto que la norma colectiva garantizaba. Pero si se trata de conectar relaciones entre contratos y normas, el principio de norma favorable y sus técnicas, obviamente, no pueden operar (pues la comparación sólo tendrá lugar una vez que se respeten los mínimos que marca la norma, como recuerda el art. 3.3 ET), de ahí que la interpretación que deba darse a esta orientación judicial sea más bien que se trata de un tímido reconocimiento de la disponibilidad en Convenio de condiciones más beneficiosas de origen colectivo, precisamente porque ese origen indiferenciado, en el fondo ajeno al contrato, legitima a las partes del contrato colectivo a disponer de aquéllas.

La sola referencia a la doctrina judicial evidencia que no está resuelta ni mucho menos la resistencia de la condición más beneficiosa efectivamente singular en su origen frente a un Convenio colectivo, valorado éste como mera norma prohibitiva o anulatoria de las divergencias en el tratamiento a los trabajadores, sea o no su articulado más favorable que las condiciones que los trabajadores disfrutaban a título singular. Fuera de la absorción/compensación, la relación Convenio-condición más beneficiosa dista de estar clara. Y no por negar el carácter de norma que el Convenio tiene, sino en cuanto suponga, y porque lo hace, un desconocimiento de la capacidad negociadora individual de empresarios y trabajadores, reconocida en el art. 3.1.c) ET y por ello mismo con fuerza de derecho necesario frente a la norma convencional. Por eso, si partimos de este enfoque, podríamos adelantar, como criterios guía de interpretación, en primer lugar, que la norma colectiva puede, entre sus contenidos, incorporar prohibiciones para los titulares de las relaciones laborales de trabajo, de hecho lo hace con frecuencia y no se han planteado problemas de licitud. En consecuencia, estas prohibiciones generarán la nulidad de todas las cláusulas singulares que se les opongan, en aras del logro de una deseada homogeneidad o racionalización de condiciones laborales. Pero esta posibilidad de prohibición no puede tener un alcance tan absolutamente general y extenso que equivalga a una eliminación de la autonomía individual como fuente de integración del contrato —por ejemplo, prohibiéndose negociar cualesquiera condiciones distintas de lo pactado en el Convenio— porque la prohibición general conduciría directamente a desconocer lo previsto en el art. 3.1.c) ET, cuyo contenido de salvaguardia del contrato individual es de derecho necesario para la negociación colectiva, como ha recordado con acierto el Tribunal Supremo. El esfuerzo que el Convenio deba realizar para alcanzar la homogeneidad, pues, tiene sus límites, y en su caso el objetivo citado habrá de alcanzarse por la vía novatoria de los contratos individuales que abre el art. 41 ET.

3.2. Las limitaciones a la negociación derivadas de criterios de jerarquía normativa

La conexión entre la autonomía individual y la colectiva está contemplada también desde la perspectiva de las normas legales. Incluso se ha planteado en estos términos alguna cuestión que muy recientemente el Tribunal Supremo ha desviado hacia el terreno de la

³⁵ STS 18 septiembre 2001 (590).

prohibición de discriminación³⁶, como es el caso de la jubilación forzosa en Convenio Colectivo, en la Sentencia de la Sala IV del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2004 (RA 841), relativa a la imposibilidad de negociar jubilaciones forzosas en Convenios colectivos, a raíz de la derogación de la Disposición Adicional 10.^a del ET por RDL 5/2001, de 2 de marzo, convalidado por Ley 12/2001, de 9 de julio.

Así las cosas, en primer lugar ha de afirmarse algo evidente: que el contrato de trabajo queda vinculado por lo dispuesto en la regla colectiva, precisamente porque ésta es efectivamente vinculante para la voluntad individual, y porque la propia esencia del derecho a la negociación colectiva resultaría fallida si esta eficacia no se produjera, sea como sea que se califique la misma. Y este efecto —no tanto el mecanismo, que puede ser normativo o no— es predicable de los Convenios colectivos estatutarios o extraestatutarios, en cuanto ambos hallan su directo respaldo en el art. 37.1 CE. Sobre este punto la unanimidad jurisprudencial es notable.

Así las cosas, estas reglas se hacen evidentes en los supuestos de prohibiciones o imposiciones legales expresas, en que es la regla colectiva la que establece las pautas de desarrollo de la voluntad individual. Sin embargo, en el Estatuto de los Trabajadores y legislación concordante existen abundantes supuestos en que acuerdo colectivo y contrato están legalmente llamados a cooperar desde una perspectiva formal, de reserva a la norma convencional, o a la autonomía individual, o a ambas, de la regulación de ciertas áreas materiales, que de esa forma quedan vedadas para la instancia excluida en los términos y con las condiciones legalmente establecidos.

No es éste el momento de sistematizar las referencias a la negociación o al contrato existentes en el ET, que ya han sido abordadas en estudios de probada solvencia. Tan sólo citaremos algunos ejemplos: de este modo, ejemplo de la primera posibilidad sería el caso de la delimitación de los tipos de contratos temporales existentes en nuestro ordenamiento, claramente circunscrita a la norma legal, con el soporte concreto de la autonomía colectiva en determinados ámbitos (sectoriales), y de los que a la autonomía individual tan sólo incumbe determinar la aplicación de las reglas al caso concreto, sin innovarlas o desconocerlas; ejemplo de la segunda sería el tantas veces mencionado periodo de prueba, que sólo podrá establecerse como obligado a través de pactos singulares, en cada contrato de trabajo. Autonomía individual y autonomía colectiva se encuentran, de esta forma, mutuamente entrelazadas en el diseño legal, con más frecuencia de lo que parece respecto del régimen jurídico de las relaciones individuales de trabajo tal como se diseña en el Estatuto de los Trabajadores. Ejemplos de las mutuas referencias a la negociación colectiva y al contrato tampoco faltan, aunque no se enuncien expresamente la mayor parte de las veces: así por ejemplo, a la autonomía y al contrato se encomiendan las previsiones en materia de medidas de diligencia y de colaboración en el contrato de trabajo (art. 20.2 ET), la

³⁶ Como la propia Sentencia recoge en su Fundamento Jurídico 1.º, alguna de las Sentencias en contraste se planteó abiertamente la imposibilidad de que por Convenio Colectivo pudiera disponerse de un derecho personalísimo como el derecho al trabajo sin el amparo de una norma con rango legal. Al basar el Tribunal Supremo su argumentación sobre el carácter discriminatorio o no de la diferenciación por edad en que la jubilación forzosa consiste, desvía claramente el razonamiento a otros ámbitos, hasta el punto de que cabe plantearse si, implícitamente, el TS no acepta que esa disposición contractual fuese posible, si no hubiese recibido tal calificación de discriminatoria. Así lo acepta, sin duda, el Voto Particular de Moliner Tamborero.

promoción económica en el trabajo por antigüedad (art. 25 ET) o la estructura del salario (art. 26.1 ET).

Evidentemente, de cada uno de los supuestos citados, y de los otros muchos dispersos por toda la normativa laboral, derivan limitaciones mutuas para la autonomía colectiva y la individual, pero en especial para esta última, vinculada por las reglas de jerarquía derivadas del art. 3 ET al respeto a las normas negociadas, ya se manifiesten en Convenios estatutarios o extraestatutarios³⁷. Por lo general, las remisiones realizadas en la legislación laboral toman en consideración al Convenio y a sus contenidos como normativos, es decir, abstractos y generales, necesitados de un cumplimiento, y una concreción particularizada en cada relación de trabajo para alcanzar su debido acatamiento práctico, por lo que pueden hacerse aquí observaciones ya realizadas sobre la necesidad de que el contrato individual interiorice la norma convencional para que su mandato pueda ser efectivo.

4. AUTONOMÍA COLECTIVA E INDIVIDUAL EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: ALGUNOS EJEMPLOS

Procede ahora examinar la visión que de sus mutuas relaciones con la autonomía individual ha proporcionado la negociación colectiva, y para ello centraremos la atención, por su especial extensión subjetiva, en los Convenios Colectivos que aparecen como vigentes en la página web del Ministerio de Trabajo preferentemente, no sin hacer especial referencia a algún Convenio de la Comunidad Autónoma de Andalucía cuando, por su originalidad al respecto, o por el interés de los problemas jurídicos que plantee, entienda que debe ser expresamente valorado. Se trata, obviamente, de contrastar la experiencia negociadora con las observaciones generales que se acaban de hacer, probando de alguna manera su efectividad.

La fórmula más clásica de mutua relación es, por supuesto, la del respeto a las condiciones más beneficiosas genéricamente entendidas que, como es sabido, constituye una cláusula de estilo de nuestros Convenios Colectivos, ya utilice ese nombre, ya utilice el no menos clásico de respeto a las condiciones *ad personam*. En uno y otro caso, sin embargo, ha de señalarse que la generalidad de la cláusula no implica homogeneidad de contenidos. Por así decirlo, estando clara la idea —que el Convenio respete las condiciones de trabajo disfrutadas por los trabajadores incluidos en su ámbito de aplicación—, no siempre lo está la extensión de la regla.

Así, unas veces la cláusula obedece a la descripción dada por la jurisprudencia mayoritaria, e implica que el Convenio expresamente reconoce y salvaguarda las condiciones de trabajo pactadas y disfrutadas con carácter individual por los trabajadores, dándole una importancia crucial al pacto singular, que se erige en fuente única o dominante de las condiciones respetadas por la norma colectiva³⁸. Pero las más de las ocasiones, enlazando con

³⁷ STS-IV 18 febrero 2003 (3372).

³⁸ Así, en el CC de Grandes Almacenes (BOE 30 noviembre 2001), art. 4, que expresamente hace referencia a las condiciones más beneficiosas disfrutadas «exclusivamente a título individual»; especialmente rotundo es el CC de Pastas Alimenticias (BOE 18 febrero 2003), art. 4, que, a la vez que sostiene que «se respetarán las

la tradición histórica, las condiciones más beneficiosas se reconocen como individuales en su ejercicio, sin que importe su origen, que de ese modo puede ser singular, pero también el resultado de la aplicación de normas anteriores, de decisiones unilaterales del empresario o de meras prácticas de empresa o situaciones de hecho, haciéndose eco las normas convencionales de la corriente jurisprudencial dominante, con fórmulas eclécticas, tales como «se respetarán las condiciones más beneficiosas colectivas y *ad personam* existentes, siempre que en su conjunto y en cómputo anual, sean superiores a las establecidas en este Convenio»³⁹; admitiendo expresamente el origen individual o colectivo de la condición de que se trate, en fórmula mayoritaria⁴⁰; admitiendo expresamente las formas de ori-

condiciones acordadas en contratos individuales formalizados a título personal entre empresa y trabajador vigentes a la entrada en vigor del presente Convenio y que, con carácter global, excedan del mismo en conjunto y cómputo anual», concluye que «los contratos de trabajo celebrados a partir de la publicación de este Convenio no podrán contener ninguna disposición contraria al mismo».

³⁹ CC Metalgráfica y fabricación de objetos metálicos (BOE 14 octubre 2003), art. 4. Coinciden en la idea, aunque con matices de interés, CC Agencias de Viajes (BOE 8 julio 2002) art. 48: «se respetarán las situaciones personales que globalmente excedan de lo pactado en su contenido económico»; Empresas Organizadoras del Juego del Bingo (BOE 11 diciembre 2003), art. 10 «las empresas afectadas por el presente Convenio respetarán las condiciones más beneficiosas o ventajas concedidas a sus trabajadores, antes o después de la aprobación del mismo, consideradas todas ellas en cómputo total anual»; Empresas Inmobiliarias (BOE 15 julio 2003), art. 9; «con carácter estrictamente personal se respetarán las situaciones personales que, en conjunto y cómputo anual, superen las condiciones establecidas en el presente convenio, también consideradas en su conjunto, y en cómputo anual»; Distribuidoras de especialidades y productos farmacéuticos (BOE 23 octubre 2002), art. 15 «se respetarán las situaciones personales que, con carácter de cómputo anual, excedan del Convenio, manteniéndose estrictamente en calidad de garantía *ad personam*».

⁴⁰ CC Lotería y Rifas (BOE 5 junio 2002), art. 8 «la regulación contenida en este Convenio tiene la consideración de mínima, de manera que se respetarán, siempre que no sean absorbibles o compensables, aquellas condiciones laborales de cualquier índole que excedan lo establecido en el presente Convenio»; en parecidos términos, Convenios de Tejas y Ladrillos (BOE 12 agosto 2003), art. 8 «se respetarán las condiciones más beneficiosas que a la entrada en vigor del presente Convenio existan en los Convenios de ámbito inferior así como aquellas que a nivel individual tengan reconocidas los trabajadores: En aplicación del párrafo anterior, las condiciones económicas se valorarán en cómputo anual»; Residencias Privadas de la Tercera Edad y Asistencia Social (BOE 30 julio 2003), art. 8 «se respetarán las condiciones superiores y más beneficiosas, tanto individuales como colectivas, que venga percibiendo y disfrutando el personal de plantilla, sean percibidas éstas por pacto entre la empresa y el personal o aplicación a éste de Convenio superior al presente de otro ámbito funcional»; Ambulancias (BOE 21 septiembre 2001), art. 8 «Todas las condiciones económicas y de cualquier índole contenidas en el presente Convenio, tienen la consideración de mínimas; por tanto, los pactos, cláusulas y condiciones vigentes en cualquier contrato o convenio considerados globalmente y que en el cómputo anual impliquen condiciones más beneficiosas para el trabajador o grupo de trabajadores, en relación con las que se establecen, subsistirán como garantía personal de quienes vengan gozando de las mismas»; Desinfección, Desinsectación y Desratización (BOE 17 noviembre 2003), art. 10 «todas las empresas que tengan concedidas a su personal por Convenio colectivo, contrato individual o pacto, condiciones más beneficiosas, en cómputo global, tendrán la obligación de respetarlas en su totalidad para todo el personal que las viniera disfrutando en la fecha de entrada en vigor el presente convenio colectivo»; Ferralla (BOE 30 septiembre 2002), art. 7 «se respetarán las condiciones más beneficiosas pactadas o acordadas en las empresas a título personal o colectivo que vengan disfrutando o tengan reconocidas los trabajadores a la entrada en vigor de este Convenio»; UNED (BOE 18 enero 2001), art. 6 «se respetarán, manteniéndose estrictamente *ad personam*, las condiciones económicas particulares que con carácter global y en cómputo anual, excedan del conjunto de mejoras de este Convenio y vengan derivadas de norma preexistente, estatal o convenida colectivamente».

gen más variadas, además de las clásicas individuales o colectivas⁴¹. Así las cosas, podría apuntarse que la negociación colectiva, en algunos casos, se despega de la tendencia jurisprudencial y doctrinal a reconducir el fenómeno de la condición más beneficiosa al juego de la autonomía individual, y mantiene la más clásica de las fórmulas, que contempla la conservación de situaciones mejores derivadas de la aplicación de Convenios o normas colectivas sustituidas por el Convenio que reconoce su existencia. Por ello, no puede decirse que estén superados por la práctica los esfuerzos interpretativos que trataron de precisar el alcance de la expresión condiciones más beneficiosas «adquiridas» o «disfrutadas» al amparo de norma anterior, enlazando con la teoría administrativa de los derechos adquiridos.

Comoquiera que sea, el proceso de individualización es palmario en la mayoría de los pactos por lo que hace al origen de las condiciones, y desde luego es unánime en lo que respecta a la calificación de dichas condiciones como individuales, contractuales, *ad personam*, etc. Cualquiera que haya sido su origen, incluso la aplicación de un Convenio anterior, no existe vinculación alguna con reglas de derecho intertemporal: en la condición más beneficiosa nunca está presente una norma ultraactiva, por así decirlo; con sano criterio los Convenios recuerdan que a partir de su entrada en vigor la fuerza de obligar de la condición de que se trate se predica sólo del vínculo contractual singular, como resultado del entramado de obligaciones nacidas del contrato de trabajo. Lo cual dicho, sin embargo, parece que la interpretación de la cláusula convencional debe realizarse con cuidado. No se trata tanto, a mi juicio, de alterar la naturaleza colectiva de las condiciones que la tengan en su origen, sino de extraer su virtualidad de la regla colectiva de la que nacieron — porque, entre otras cosas, esa misma regla puede haber sido derogada —, de tal modo que es posible que en un momento posterior otra norma colectiva disponga de ellas, porque la legitimación colectiva no se ha borrado por el acuerdo de conversión en condición más beneficiosa singular.

Por lo demás, es muy de destacar que, probablemente por la fuerza de la inercia en la interpretación y aplicación de las reglas convencionales al respecto, los propios Convenios colectivos difieren sensiblemente en el alcance de la pervivencia de las condiciones que se reconocen. En efecto, habrá que convenir en que no es lo mismo garantizar la subsistencia de las condiciones más beneficiosas que se disfrutaban a título singular, sin más⁴², que garantizar eso mismo respecto de las condiciones que globalmente y en cómputo anual resulten ser más favorables que las establecidas en el Convenio de referencia⁴³. En el primer

⁴¹ CC Fabricación de calzado (BOE 25 julio 2003), art. 4 «la totalidad de los pactos económicos o de cualquier otro género, que contiene este Convenio se establecen con carácter de mínimos y por ello los acuerdos, cláusulas, pactos o situaciones de hecho existentes con anterioridad, entre la empresa y el personal, que impliquen condiciones más beneficiosas para estos últimos, deberán ser respetadas por aquellos».

⁴² CC Residencias Privadas de la Tercera Edad y Asistencia Social (BOE 30 julio 2003), art. 8 «se respetarán las condiciones superiores y más beneficiosas tanto individuales como colectivas que venga disfrutando el personal de plantilla»; Fabricación de Calzado (BOE 25 julio 2003), art. 4: «la totalidad de los pactos económicos o de cualquier otro género, que contiene este Convenio se establecen con carácter de mínimos y por ello los acuerdos, cláusulas, pactos o situaciones de hecho existentes con anterioridad, entre la empresa y el personal, que impliquen condiciones más beneficiosas para estos últimos, deberán ser respetados por aquellos».

⁴³ Que es, con mucho, la formulación dominante en relación con el principio de condición más beneficiosa: CC Metalgráfica y fabricación de objetos metálicos (BOE 14 octubre 2003) «art. 4. Derechos Adquiridos.—

caso, la relación Convenio-contrato se contempla en su forma tradicional de conexión cláusula a cláusula típica del principio de norma mínima —«los mínimos de derecho necesario» del art. 3.3 ET han de respetarse en todo caso, sin comparaciones globales, a las que el propio precepto se refiere una vez que esos mínimos han sido respetados—; en el segundo, en cambio, y dominante, se da la paradoja de que el mayor beneficio se conserva «en su conjunto y en cómputo anual», lo que implica ya una comparación en los términos del art. 3.3 *in fine* ET, es decir, una comparación global propia del contraste entre normas del mismo rango.

Lo cual puede tener toda su lógica si estamos hablando de condiciones más beneficiosas de origen colectivo, pues ya hemos visto que su singularización lo es a efectos de determinar su fuerza de obligar, sin alterar las reglas de legitimación para disponer al respecto. Pero pierde su coherencia si se refiere a condiciones efectivamente nacidas al amparo del pacto individual de trabajo, que quedan abstraídas de su origen singular para entrar en una dinámica propia de condiciones colectivas de trabajo. En este segundo caso el Convenio, incluso afirmando que respeta las condiciones más beneficiosas, está alterando su régimen en un apartado fundamental (su forma de relación con la norma colectiva), y dándoles paso al modelo que hará posible su absorción, igualmente colectiva. No parece que existan obstáculos de relevancia a que se realice esta operación, al cabo menos incisiva que la prohibición de mejora o divergencia acordada singularmente, admisible por las razones expuestas más arriba, pero con todo y ello debe subrayarse esta relevante diferencia de régi-

Se respetarán las condiciones más beneficiosas colectivas y ad personam existentes, siempre que en su conjunto y en cómputo anual, sean superiores a las establecidas en este Convenio»; Tejas y Ladrillos (BOE 12 agosto 2003) Art. 8. Condiciones mas Beneficiosas.—Se respetarán las condiciones más beneficiosas que a la entrada en vigor del presente Convenio existan en los Convenios de ámbito inferior así como aquellas que a nivel individual tengan reconocidas los trabajadores. En aplicación del párrafo anterior, las condiciones económicas se valorarán en cómputo anual; «Pastas Alimenticias (BOE 18 febrero 2003)» Art. 4. Efectos.—El presente Convenio y sus anexos obligan, como ley entre las partes, a sus firmantes y las personas físicas o jurídicas en cuyo nombre se celebre el contrato, prevaleciendo frente a cualquier otra norma que no sea de derecho necesario. Las condiciones pactadas forman un todo indivisible... Se respetarán las condiciones acordadas en contratos individuales formalizados a título personal entre empresa y trabajador vigentes a la entrada en vigor del presente Convenio y que, con carácter global, excedan del mismo en conjunto y computo anual. Los contratos de trabajo celebrados a partir de la publicación de este Convenio no podrán contener ninguna disposición contraria al mismo»; Ambulancias (BOE 21 septiembre 2001) «Artículo 8. Garantía personal.—Todas las condiciones económicas y de cualquier índole contenidas en el presente Convenio, tienen la consideración de mínimas; por tanto, los pactos, cláusulas y condiciones vigentes en cualquier contrato o convenio considerados globalmente y que en el cómputo anual impliquen condiciones más beneficiosas para el trabajador o grupo de trabajadores, en relación con las que se establecen, subsistirán como garantía personal de quienes vengan gozando de las mismas»; Empresas Organizadoras del juego del Bingo (BOE 11 diciembre 2003)

«Artículo 10. Respeto de las mejoras adquiridas.—Las empresas afectadas por el presente Convenio respetarán las condiciones más beneficiosas o ventajas concedidas a sus trabajadores, antes o después de la aprobación del mismo, consideradas todas ellas en cómputo total anual, sin perjuicio de lo que se establece en el artículo siguiente. Desinfección, Desinsectación, Desratización (BOE 17 noviembre 2003) «Artículo 10. Condiciones más beneficiosas.

Todas las empresas que tengan concedidas a su personal por Convenio colectivo, contrato individual o pacto, condiciones más beneficiosas, en cómputo global, tendrán la obligación de respetarlas en su totalidad para todo el personal que las viniera disfrutando en la fecha de entrada en vigor del presente convenio colectivo», entre otros muchos.

men jurídico. Ello por no hablar de que, como es obvio, la comparación conjunta y en cómputo anual de unas condiciones y otras sólo podrá tener lugar —nuevamente siguiendo la pauta del principio original, el art. 3.3 ET— sólo puede tener lugar respecto de condiciones cuantificables, lo que excluye de esta peculiarísima regulación a las condiciones que no tengan este carácter, que en principio parece que han de ser mantenidas sin más hasta su absorción por mejoras homogéneas.

Junto al modelo genérico de condición más beneficiosa, ciertamente el tradicional, la negociación colectiva más reciente presenta también una acusada tendencia a admitir la condición más beneficiosa en condiciones concretas de trabajo ya disfrutadas, al amparo, normalmente, de una norma o pacto colectivo anteriores, que han sido suprimidas o profundamente modificadas por la norma ulterior que las reconoce. La condición más beneficiosa encubre aquí, en realidad, una regla de derecho intertemporal que suaviza y matiza la dureza potencial del régimen de sucesión de Convenios, sobre todo en su más reciente concepción normativa, que autoriza a la derogación sin más de todo lo establecido en un Convenio por el que le sucede en un caso de retroactividad media típico (art. 82.4 ET). Las reglas de supresión o «reconducción» de los complementos por antigüedad, en la línea que abre a los Convenios el art. 25.1 ET, son la sede mayoritaria de este tipo de cláusulas⁴⁴,

⁴⁴ CC Empresas inmobiliarias (BOE 15 julio 2003) «Artículo 9. Condiciones más beneficiosas: Garantías «ad personam». Con carácter estrictamente personal se respetarán las situaciones personales que, en conjunto y cómputo anual, superen las condiciones establecidas en el presente convenio, también consideradas en su conjunto y en cómputo anual. Al personal que a la entrada en vigor del presente convenio viniera percibiendo, en cómputo anual global, unas retribuciones superiores a las pactadas se le aplicará las tablas salariales de este convenio. La diferencia anual resultante, exceptuados, en su caso, el plus, complemento o cualquier otra denominación que retribuya la antigüedad y la diferencia entre el salario base del convenio de origen y el establecido por este convenio, que serán tratados conforme lo dispuesto en los siguientes párrafos, dividida por doce será incluida en las pagas ordinarias en concepto de «Complemento personal de garantía» no absorbible ni compensable ni revalorizable. A los trabajadores que a la fecha de entrada en vigor del presente convenio vinieran percibiendo un plus complemento o cualquier otra denominación que retribuya la antigüedad se les mantendrá el importe, que por dicho concepto salarial vinieran percibiendo, diferenciado en las hojas de recibo de salario con la denominación de «Antigüedad “ad personam”», siendo el mismo no compensable ni absorbible y revalorizable en el futuro únicamente en el mismo porcentaje que se revalore el salario base en las tablas salariales de este convenio. El complemento denominado «Antigüedad “ad personam”» es compatible con el «Plus de vinculación» regulado por este convenio que empezará a devengarse desde la fecha de su entrada en vigor. Del mismo modo la diferencia entre el salario base del convenio de origen y el salario base de este convenio en cómputo global anual constituirá un complemento personal diferenciado en las hojas de salario bajo la denominación de «SB “ad personam”», siendo el mismo no compensable ni absorbible y revalorizable en el futuro en el mismo porcentaje que se revalore el salario base en las tablas salariales de este convenio. En cualquier caso la retribución global anual de cada trabajador incluido en el ámbito de aplicación de este convenio para 2003, resultante de la adecuación de las hojas de salario a la estructura salarial de este convenio incluidos, en su caso, los complementos «Antigüedad “ad personam”», «SB “ad personam”» y «Complemento personal de garantía» no puede exceder de la retribución en cómputo global anual que hubiera percibido el trabajador en su convenio de origen incluidas las mejoras de empresa, cuando ésta fuera superior a la retribución en cómputo global anual que le correspondería recibir al trabajador por la aplicación estricta del presente convenio»; Paradores de Turismo (BOE 4 enero 2002) «Este complemento, no absorbible ni compensable se sigue manteniendo, a título personal a los actuales perceptores del mismo por aplicación de las reglas establecidas en el anterior Convenio, no es de aplicación a nuevas contrataciones de personal fijo y se incrementa cada año en el 60 por 100 del porcentaje de incremento del salario base, manteniéndose para sus perceptores sólo mientras no se rompa su vinculación con la Empresa»; General Optica (BOE 14 enero 2002) «Artículo 23. Complemento salarial personal.—El personal que a la entrada en vigor del

presente convenio, por razón de su categoría profesional, reciba un salario base superior al establecido en las tablas salariales, se le respetará, si bien la diferencia se incluirá como complemento salarial personal, que tendrá la condición de salario a todos los efectos incluida la revisión anual que se establece en el presente convenio»; ONCE (BOE 4 abril 2003) «Disposición transitoria cuarta.—1. Las cantidades que los trabajadores, vendedores y no vendedores, venían percibiendo en concepto de «antigüedad», de conformidad con los artículos 44 y 53 del Décimo Convenio Colectivo, se integraron a partir de la fecha de uno de julio de 2001 en una cuantía fija consolidada para cada trabajador en concepto de «Complemento por antigüedad y desempeño». Este complemento tiene carácter personal, no es absorbible ni compensable, ni tendrá ninguna revalorización en el futuro, con la única excepción de lo dispuesto en el apartado siguiente. 2. Como compensación por el cambio del sistema de antigüedad, y con carácter excepcional por una sola vez, a los trabajadores en plantilla a fecha uno de julio de 2001 que se encuentren perfeccionando un nuevo trienio, se les respetará el mismo conforme a las normas del Décimo Convenio Colectivo. A estos efectos, y sólo para dichos trabajadores, los trienios perfeccionados a partir de uno de enero de 2003, y hasta el 30 de junio de 2004, se tomarán por su valor reflejado en las Tablas Salariales definitivas del año 2000, una vez considerada la revisión salarial de dicho ejercicio. El importe así calculado se incorporará al «Complemento por antigüedad y desempeño». Esta cantidad no podrá ser compensada ni absorbida por ninguna mejora que la empresa efectúe en el futuro, excepto en el caso de que el trabajador sea destinado a un nuevo puesto de trabajo en los niveles salariales I y II, y teniendo en cuenta lo establecido en la disposición adicional segunda del presente convenio»; Agencias de Viajes (BOE 19 octubre 1999) Disposición transitoria segunda. Antigüedad.—Los trabajadores que a 31 de diciembre de 1995 vengán percibiendo alguna retribución en concepto de antigüedad derivado del complemento previsto en el artículo 26 del Convenio anterior, mantendrán en lo sucesivo el derecho «ad personam» a su importe, que se mantendrá como condición más beneficiosa, no siendo absorbible ni compensable por otras mejoras retributivas, así como tampoco revisable al alza por futuros incrementos del salario base. Asimismo, los trienios que se encuentren en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente durante los años 1994 y 1995, se incorporarán, una vez devengados, a la retribución del trabajador, en las mismas condiciones establecidas en el párrafo anterior. Tales trienios se calcularán en la forma prevista en el artículo 26 del Convenio precedente y sobre los salarios vigentes para cada uno de los dos años citados. A partir del 1 de enero de 1996 no se devengarán nuevos trienios»; Pastas Alimenticias (BOE 18 febrero 2003) Artículo 22. Supresión del concepto de antigüedad.—El I Convenio Colectivo Nacional para las Industrias de Pastas Alimenticias suprimió, con efectos de 10 de enero de 1996, la antigüedad como concepto retributivo. En consecuencia, a partir de dicha fecha dejó de formar parte de la estructura del salario en todas aquellas empresas que aplicaron el sistema de compensación regulado en el Convenio. Las empresas que no aplicaron el cambio de estructura retributiva vigentes en el I y el II Convenio Nacionales, podrán hacerlo durante la vigencia del presente, con sujeción al mismo régimen compensatorio regulado en el artículo 22 del I Convenio, referido al 10 de enero de 1999. Esto es: «La supresión del concepto o su equivalente implica el reconocimiento a favor del personal que cuente con una antigüedad mínima de seis meses al primero de enero de 1999, de un complemento “ad personam”. Dicho complemento ad personam estará compuesto por la cantidad que tenga acreditada cada trabajador por el concepto de antigüedad más un trienio, siempre y cuando no se hayan alcanzado el tope máximo del 66 por 100, no será absorbible ni compensable y se incrementará anualmente en el mismo porcentaje que se incrementen los salarios más un punto. Abono de una paga única, y de una sola vez, de importe 100.000 pesetas, que se harán efectivas antes del 31 de diciembre de 1999, a todo el personal con una antigüedad mínima de seis meses al primero de enero de 1999, incluido el personal que perciba el 66 por 100. Lo establecido en los párrafos precedentes se aplicará también a quienes no acreditando seis meses de antigüedad a primero de enero de 1999 adquieran la condición de fijos con posterioridad, y a partir de ese momento”; Metalgráfica y fabricación de envases metálicos (BOE 14 octubre 2003) art. 6.6.—Prevé el respeto ad personam de la media diaria de las cantidades percibidas en los últimos tres meses cuando se implanten sistemas científicos en supuestos en que antes hubiera trabajos no medidos. Por otra parte, en el art. 9 se prevé el respeto a título personal los periodos superiores de vacaciones existentes. En el art. 18 se aborda el caso específico del complemento de antigüedad. «1.—Queda suprimido el plus de antigüedad, A partir del 1 de enero de 1997 no se generarán derechos por este concepto, ni se abonará cantidad alguna por el mismo, quedando desde esa fecha formalmente sin efecto entre las partes el art. 59 de la derogada OL del sector. 2.—La antigüedad acreditada por los trabajadores a 31 de diciembre de 1995 les será compensada con la percepción de un complemento específico que tendrá la consideración de c+b y se respetará —a cada trabajador que lo acredite y en función de la categoría profesional ostentada a 31 de diciembre de 1995— a título exclusivamente individual, sin que sea compensable ni absorbible en el futuro, salvo por acuerdo entre las partes, incrementándose en su caso anualmente el porcentaje que las partes acuerden. 3.—El importe de este complemento será el fijado en el Anexo II y se percibirá en las doce mensualidades

aunque ciertamente no son las únicas⁴⁵, lo que permite deducir ciertas reticencias de los negociadores a dejar caer el peso total de la sucesión de las normas que elaboran sobre las

ordinarias, en las gratificaciones extraordinarias de junio y diciembre y en la participación en beneficios. 4.—A partir del 1 de enero de 1997, se establece un complemento de paga extraordinaria consistente en el 1 por 100 del salario base anual, que se abonará por mitades en cada una de las pagas extraordinarias de junio y diciembre. Art. 21. Premio De Vinculación.—A los trabajadores en cuantía fija al cumplir una determinada antigüedad en la empresa párrafo 2.—Con carácter transitorio y hasta el 31 de diciembre de 2004, los trabajadores que se jubilen entre los 60 y los 65 años y con una antigüedad mínima en la empresa de 3 años, podrán solicitar la percepción de las cantidades que se establecían para este supuesto en el art. 17 del CC para los años 2000, 2001 y 2002, al que éste sustituye»; Lotería y Rifas (BOE 5 junio 2002). Art. 24.—Complemento Ad Personam. Tendrán derecho a percibir este complemento personal, de carácter consolidado y no absorbible, aquellos trabajadores que se encuentren vinculados a las empresas con anterioridad al mes de enero de 2002 si su salario base incrementado en un 2,5% respecto al percibido en el mes de diciembre de 2001 resulte superior a 627,87 euros mensuales, de manera que la diferencia entre éste y aquél conformará la cuantía del nuevo complemento salarial ad personam (en la DT única se establece que este complemento, para 2003 tendrá una subida del 2,3%). Art. 25. Complementos De Permanencia Y De Antigüedad (Rifas).—A partir de la entrada en vigor del presente Convenio, todas las cantidades que se percibían en concepto de antigüedad quedan consolidadas pasando a denominarse complemento de permanencia. Igualmente, a partir de la misma fecha se establece el quinquenio de antigüedad de 24,04 euros, sin perjuicio de los derechos en curso de adquisición en el tramo temporal correspondiente. DT Unica.—Se conservan «categorías A extinguir» que suben su salario de forma diversa, aunque el tope global de subida sea el mismo»; Agencias de Viajes (BOE 8 julio 2002) Art. 27. Antigüedad.—El régimen de aumentos retributivos por años de servicio previsto en el art. 26 del CC para los años 1994, y 1995 o en cualquier otra norma, legal o convencional, queda sin efecto alguno en el ámbito de las relaciones laborales regidas por este Convenio, por lo que los trabajadores afectados no devengarán complemento alguno derivado de dicho régimen, sin perjuicio de los derechos adquiridos y del derecho a los trienios correspondientes con anterioridad al 1 de enero de 1996 que se conservarán en la forma que determina la DT 2 de este CC a título personal»; Tejas y Ladrillos (BOE 12 agosto 2003) Anexo 4.—Antigüedad. Acuerdo de la Comisión Negociadora de 18 de marzo de 1998. Acuerdan suprimir la antigüedad, y respetan los periodos ya consolidados... esas cantidades (apartado b) son ad personam y no van a subir, no son absorbibles ni compensables. En el apartado c) se preve la creación de un complemento general para «compensar la desaparición del complemento de antigüedad»; Empresas Organizadoras del Juego del Bingo (BOE 11 diciembre 2003) Disposición adicional tercera. Sustitución del concepto de antigüedad por complemento «ad personam».—Las partes firmantes del presente Convenio, acordaron suprimir el complemento personal de antigüedad, recogido en el artículo 36 del Convenio Colectivo vigente hasta el 31 de diciembre de 1999. Los trabajadores que a fecha 31 de diciembre de 1997, perciban el complemento de antigüedad conforme al sistema que preveía la norma colectiva aplicable para 1995/1996, verán sustituido dicho concepto retributivo por un complemento «ad personam», de naturaleza salarial y de carácter no absorbible, ni compensable. 1. El trabajador que al día 31 de diciembre de 1997 tenga derecho a percibir complemento de antigüedad, es decir, con dos o más años de permanencia en la empresa, consolidará dicha cuantía, prorrateándose los días de exceso que pudieran resultar por meses completos. En consecuencia el cálculo del complemento «ad personam, se realizará de la siguiente forma: (Núm. Meses Antigüedad [31/12797]/24) —3%— Salario Base 1997) 2. Dicho complemento se incrementará en los años sucesivos, en el mismo tanto por ciento anual, que se pacte para el incremento salarial de cada año. No siendo de aplicación para las nuevas contrataciones de personal fijo. 3. Este complemento se devengará, para los trabajadores que tuvieran derecho a él, junto con el Salario Base en las Pagas Extraordinarias, tal y como se venía percibiendo el concepto de «Antigüedad» con anterioridad. 4. El sistema de complemento «ad personam», sustituye al concepto de plus de Antigüedad o cualquier otro que pudiera tener origen en los años de permanencia en la empresa, en el puesto de trabajo, tiempo en la prestación del servicio o cualquier otro de naturaleza análoga, de tal forma que fijado dicho complemento, no se podrán pactar pluses que deriven de los conceptos antedichos, ni se devengarán aumentos sobre el mismo, diferentes a los de la propia actualización que se pacte como incremento».

⁴⁵ Paradores de Turismo (BOE 4 enero 2002) «Disposición adicional tercera. Pluses personales.—Los trabajadores que a la firma del presente convenio tengan asignados pluses personales por circunstancias individua-

muy complejas relaciones individuales a cuya conformación homogénea esas mismas normas se dirige (de hecho el propio art. 25.2 ET genera esta potencial restricción cuando impone el respeto a los complementos de antigüedad ya consolidados).

Esta situación, que como se ha dicho no es nada infrecuente, genera de forma casi inevitable un problema de diferencia de condiciones entre trabajadores atendiendo a la fecha de ingreso en la empresa, pues es claro que todo el sentido de estas complejas reglas no es otro que simplificar la tabla salarial a partir de un determinado momento y en relación con uno o varios integrantes de la estructura clásica del salario. Y en esta situación el intérprete y sobre todo el órgano judicial han de tener un cuidado especial a la hora de valorar las inevitables diferencias de trato. Desde luego, la línea que perfila lo lícito de lo ilícito es el respeto a lo consolidado en el pasado (lícito), a partir de cuyo momento el trato futuro de la antigüedad ha de obedecer a criterios iguales para todos los trabajadores, sea cual sea su fecha de ingreso en la empresa, pues toda diferencia ulterior establecida en el Convenio queda por ello misma privada de justificación. Esta es la tesis que mantiene el TC en su Sentencia 27/2004, de 4 de marzo ⁴⁶.

lizadas, familiares y por razones históricas, continuarán percibiendo los importes asignados siempre que se mantengan las condiciones por las que se generó el derecho»; ONCE (BOE 4 abril 2003) Disposición transitoria primera.—Los trabajadores no vendedores que, a 31 de diciembre de 1994, vinieran percibiendo el Plus de residencia regulado en el artículo 44 RCL 1993\1766 del VI Convenio Colectivo de la ONCE y su personal, continuarán percibiéndolo en la misma cuantía, siempre que se mantengan las condiciones que generaron el derecho a su disfrute. Disposición transitoria segunda.—Al personal vendedor que, a 31 de diciembre de 1994, tuviera su trabajo habitual en las islas Baleares, Canarias, Ceuta o Melilla, se le abonará, en 2003 y 2004, el importe de un billete (o dos, si es con acompañante) en avión o barco en clase turista, desde el lugar de trabajo hasta el más cercano en el territorio del Estado Español, y regreso. Disposición transitoria tercera.—Los trabajadores que a la entrada en vigor del VI Convenio Colectivo vinieran percibiendo el 25 por 100 de complemento por trabajo nocturno de forma habitual, continuarán con dicha percepción mientras persistan en la realización de trabajos nocturnos»; UNED (BOE 18 enero 2001) «Disposición transitoria tercera. Complemento «ad personam».—Los trabajadores que a la entrada en vigor de este Convenio Colectivo vinieran percibiendo el anterior complemento de peligrosidad, toxicidad y penosidad, continuarán recibiendo las mismas cantidades en concepto de complemento «ad personam». Dichas cantidades permanecerán fijas y no serán objeto de revalorización, compensación ni absorción. No obstante, si el trabajador cambia de puesto de trabajo o de categoría profesional dentro de la misma Unidad, el importe de dicho complemento se reducirá en la cuantía correspondiente al incremento retributivo que experimente. Si dicho cambio se produce voluntariamente y a otra Unidad, el trabajador dejará de percibir el dicho complemento Seguros Privados (BOE 22 mayo 2003) en el art. 39 establece la supresión del complemento salarial anterior por uno nuevo, de participación en las actividades de la empresa por el de Participación en Actividades de la Empresa, y en el art. 40 se llama «complemento de adaptación individualizado» al resultante de la suma de una serie de complementos que desaparecen, cuyo cobro percibirá el trabajador individual con carácter inabsorbible, y evolucionará su cuantía como lo prevea la negociación colectiva.

⁴⁶ La Sentencia analiza un recurso de amparo que plantea la licitud constitucional de la desigualdad creada en la aplicación de un Convenio colectivo de empresa que preveía en su art. 19 un supuesto de desaparición paulatina de los complementos de antigüedad o vinculación similar a los aquí citados diferenciando entre los trabajadores en función de la fecha de ingreso en la empresa para proceder al corte paulatino con la situación anterior. Y el TC descarta la licitud de esta diferencia, por contraria al art. 14 CE pues, en muy resumida síntesis «la distinta fecha de ingreso en la empresa, por sí sola, no puede justificar un modo diferente de valoración de la antigüedad en el convenio de un grupo de trabajadores respecto del otro, puesto que su lógica descansa en un trato peyorativo a quien accede más tarde al empleo... (de modo que) nada excusa la necesidad de que en el nuevo Convenio, y a partir de su entrada en vigor, se fije una estructura salarial que trate por igual a todos los trabajadores a los que ha de aplicarse (sin perjuicio de que se respeten las percepciones consolidadas); pues lo

Frente a la condición más beneficiosa, general o particular, la respuesta que los Convenios proporcionan unánimemente es su caducidad potencial a través de los mecanismos de *absorción* y *compensación*. La búsqueda de la homogeneidad de condiciones de trabajo que en el fondo es uno de los objetivos de la negociación se ve en cierto modo obstaculizada con estas manifestaciones de la autonomía individual, ya se trate de pactos singulares ya de ejercicio individualizado de condiciones de origen colectivo, de ahí que su reconocimiento venga siempre acompañado de la regla compensatoria que a medio plazo permitirá que las diferencias desaparezcan. El juego de esta regla, por lo general, aparece vinculado a la idea de comparación global entre la condición conservada y las mejoras que con carácter general se vayan estableciendo en materias homogéneas por el desenvolvimiento normal de la negociación colectiva⁴⁷, y ello por lo general justifica que su manifestación más típica guarde relación práctica con los incrementos salariales o, más ampliamente, económicos.

que es reprochable desde el derecho a la igualdad es que se establezca una valoración de la antigüedad para el futuro de modo distinto para dos colectivos de trabajadores, y que se haga exclusivamente en función de la fecha de su ingreso en la empresa» (FJ 6)». Es extremadamente discutible la tesis de fondo del TC, en la medida en que aplica las reglas propias de la prohibición de discriminación a un supuesto que no se relaciona con los factores sociales de exclusión típicos de esta figura y que es reconducible con mucho mayor acierto al juego del principio de igualdad, que como es sabido permite un mayor margen de discrecionalidad a las partes (y en cuyo marco el propio TC ha admitido en otras resoluciones que la diferencia temporal de los supuestos de hecho es un criterio válido de diferenciación entre colectivos: en un caso de incompatibilidad de pensiones, «la incompatibilidad es, pues, el resultado de una modificación normativa que, conforme ha tenido ya ocasión de declarar este Tribunal en la citada sentencia núm. 70/1983, de 26 de julio («Boletín Oficial del Estado» de 18 de agosto), no puede hacerse equivaler a una desigualdad de trato temporal, pues no es el transcurso del tiempo el que origina la diferencia de régimen, sino una sucesión de normas que responden a principios y condiciones diversas FJ 2 de la STC 121/84, de 12 de diciembre») pero descartando esta crítica —que excede con mucho del ámbito de este trabajo— la aplicación de su doctrina al caso parece perfectamente hilada, pese a las críticas que dirige al sentir mayoritario el voto particular.

⁴⁷ Esta es, como se ha dicho, una tónica presente pacíficamente en los Convenios Colectivos. Por todos, *vid.*, MAPFRE grupo asegurador (BOE 2 abril 2002) Artículo 5. Compensación, absorción y condiciones más beneficiosos.—Las retribuciones y condiciones contenidas en el Convenio, valoradas en su conjunto y cómputo anual, podrán compensar, hasta donde alcancen, las retribuciones y mejoras que sobre los mínimos viniera en la actualidad satisfaciendo la empresa, cualquiera que sea el motivo, denominación, forma o naturaleza de dichas retribuciones y mejoras, valoradas también en su conjunto y cómputo anual, salvo que expresamente hubieran sido calificadas de inabsorbibles. Las condiciones resultantes de este Convenio absorberán, hasta donde alcancen, cualesquiera otras que por disposición legal, reglamentaria, convencional o pacto, puedan establecerse en el futuro y que en su conjunto y cómputo anual superen aquellas»; UNED (BOE 18 enero 2001) Artículo 5. Compensación y absorción.—Las condiciones económicas establecidas en el presente Convenio compensarán todas las existentes en el momento de su entrada en vigor, cualquiera que sea su naturaleza y origen. Si por disposición legal o reglamentaria se establecieran durante el período de vigencia mejores condiciones económicas, sólo tendrán eficacia si, consideradas globalmente en cómputo anual resultaren superiores a las previstas en este Convenio»; Pastas Alimenticias, BOE 18 febrero 2003

Art. 6. Compensación y absorción.—Las mejoras económicas que resultan del presente Convenio podrán ser absorbidas y compensadas hasta donde alcance, con los aumentos y mejoras existentes en cada empresa, así como con los aumentos y mejoras que se puedan establecer mediante disposiciones laborales que en el futuro se promulguen. Quedarán excluidos de la compensación y absorción antes citada las cantidades percibidas en virtud de pactos colectivos de empresa y «ad personam». Se respetarán aquellas situaciones personales que, en su contenido económico y con carácter de homogeneidad, excedan globalmente de lo pactado, manteniéndose estrictamente «ad personam». Dichas diferencias deberán contabilizarse a instancia del trabajador afectado y percibirá,

No obstante, como sucediera en relación con la consagración del propio principio de condición más beneficiosa, el juego real de la compensación y la absorción permite variantes y matices más ricos, que en alguna ocasión enlazan directamente con el juego de la autonomía individual y ponen de manifiesto hasta qué punto los negociadores son conscientes de la legitimación diferente que poseen para disponer de las llamadas «condiciones colectivas» —normalmente contempladas en los casos de compensación y absorción— y las individuales, que en más casos de lo que parece quedan a salvo de la disponibilidad colectiva mediante la expresa declaración de que inabsorbibles y por tanto acrecerán o desaparecerán en función de lo que la voluntad de las partes del contrato de trabajo haya establecido al respecto.

Es el caso por ejemplo del CC de Paradores de Turismo de España (BOE 4 enero 2002), art. 5, cuando proclama que «la compensación y absorción no actuará respecto de los complementos *ad personam* configurados como tales, no compensables ni absorbibles, en el presente Convenio»; o el de sector de Pastas Alimenticias (BORE 18 febrero 2003), art. 6 «quedarán excluidos de la compensación y absorción... las cantidades percibidas en virtud de pactos colectivos de empresa y *ad personam*». En ambos casos existe una relación expresa entre las condiciones realmente individuales y la invulnerabilidad frente a la absorción, aunque no puede decirse que sean los únicos: existen Convenios en que aunque implícitamente y sin hacer referencia a la individualidad de las cláusulas probablemente se está implantando una regla similar⁴⁸. Como quiera que sea, parece claro que para esta serie de pactos la expresión «*ad personam*» adquiere un significado adicional, distinto del

si procede, una vez finalizado el año natural». Ambulancias (BOE 21 septiembre 2001) Artículo 6. Compensación y absorción.—Las mejoras económicas globales contenidas en este Convenio compensarán y absorberán las vigentes en las empresas que sean superiores a las aquí pactadas, excepto aquellas que se deriven de convenio de ámbito inferior que se pacten en desarrollo de este Convenio estatal», entre otros.

⁴⁸ Fotografía (BOE 15 enero 2002) Artículo 2.2. Compensación.—Las condiciones pactadas son compensables en su totalidad con las que anteriormente rigieran, por mejora pactada o unilateralmente concedida por la Empresa (mediante mejora voluntaria de sueldos o salarios, mediante primas o pluses variables, gratificaciones y beneficios voluntarios o mediante conceptos equivalentes o análogos), imperativo legal, jurisprudencia, contencioso o administrativo, convenio colectivo de trabajo, pacto de cualquier clase, contrato individual, usos y costumbres locales, comarcales o regionales, o por cualquier otra causa. Quedan excluidas de tal compensación los pluses o mejoras concedidas en base a un rendimiento superior al normal, más características del puesto de trabajo penosas o cualquier otra contraprestación establecida por un mayor rendimiento, esfuerzo o penosidad en el trabajo tales como incentivos, primas de producción, pluses de nocturnidad, de responsabilidad, etcétera»; Empresas Inmobiliarias (BOE 15 julio 2003) art.7.—El conjunto de pactos que contiene el presente convenio sustituye, íntegramente, las condiciones, tanto económicas como de trabajo, existentes a la fecha de su entrada en vigor en cualquiera de las empresas afectadas, quedando comprendidas y compensadas con la nueva regulación convencional independientemente de su origen, carácter, naturaleza, denominación y cuantía, con excepción de las garantías «*ad personam*» establecidas en el artículo 9»; Bancos Privados (BOE 10 marzo 2004) Artículo 5. Cláusula general de compensaciones y absorciones.—1. El Convenio compensa y absorbe cualesquiera mejoras logradas por el personal, bien a través de otros Convenios o Normas de Obligado Cumplimiento, bien por decisiones unilaterales de las empresas. 2. Quedarán asimismo absorbidos por el Convenio, en la medida en que sea posible, los efectos económicos que puedan derivarse de disposiciones legales o administrativas que entren en vigor con posterioridad a la firma del Convenio. A efectos de practicar la absorción se compararán globalmente la situación resultante de la aplicación del Convenio y la que resulte de las disposiciones legales y administrativas, excluidas de éstas las que fueran meramente aprobatorias de otros Convenios Colectivos.

clásico de equivalencia a las condiciones más beneficiosas, para caracterizar a las que, teniendo esta naturaleza, son individuales por su origen, motivo que justifica su tratamiento preferente por la norma colectiva.

Lo anterior no obstante, puede decirse que estas cláusulas de respeto a las condiciones individuales en sentido estricto son un añadido opcional para los Convenios Colectivos, que no suelen tener este reparo y plantean en su inmensa mayoría el juego de la absorción y la compensación como una regla de estricta homogeneización que, por lo tanto, se superpone sobre cualquiera condiciones más beneficiosas, ya sean de origen individual o colectivo. La disponibilidad natural de la lactación individual por la negociación colectiva, fruto de la «fuerza vinculante» de los Convenios garantizada a escala constitucional permite afirmar sin ambages la licitud de estas cláusulas de absorción «fuertes» en la medida en que no supongan una radical contradicción con la posibilidad de existencia y funcionamiento de la autonomía individual, en los términos y por las causas expuestas más arriba⁴⁹.

Finalmente, la relación entre autonomía colectiva y autonomía individual emerge en la práctica de la negociación colectiva a través de un mecanismo ciertamente peculiar: la inserción en los *Convenios de cláusulas que sólo alcanzan su sentido en relación con cada concreto contrato individual*. Que abandonar la tónica apuntada en apartados anteriores de regular las condiciones de ejercicio de los poderes empresariales para introducirse en reglas que suponen actos concretos de ejercicio, sustituyendo la voluntad colectiva a la voluntad individual en este ámbito.

Se trata de casos relativamente frecuentes, de incidencia creciente en realidad, en dos ámbitos fundamentalmente: la subrogación empresarial en casos atípicos que difícilmente podrían considerarse incluidos en lo dispuesto en el art. 44 ET, o que no son incluibles en absoluto en el supuesto de hecho de la norma⁵⁰. Y lo que en sentido amplio podríamos

⁴⁹ Tal parece ser la interpretación que hay que darle al art. 4 del CC de Pastas Alimenticias (BOE 18 febrero 2003) que, en la línea de homogeneizar condiciones de trabajo que expresamente afirma, concluye preceptuando que «los contratos de trabajo celebrados a partir de la publicación de este Convenio no podrán contener ninguna disposición contraria al mismo». Con menos extensión material, pero con igual contundencia, se expresa el CC de Ambulancias (BOE 21 septiembre 2001), art. 8 in fine: en él, tras afirmar en qué circunstancias surgen las condiciones *ad personam* —las habituales ya citadas— «en las condiciones específicas relacionadas con la cualificación y disposición del servicio de ambulancias, así como lo referente a la clasificación profesional, se estará a lo que el Convenio dispone».

⁵⁰ Como se ha dicho en el texto, son abundantes los supuestos que en este ámbito nos proporciona la negociación colectiva. Es el caso, por ejemplo, del CC de Seguros Privados (BOE 22 mayo 2003), art. 75, que expresamente considera un supuesto de subrogación del art. 44 ET al traspaso de la cartera de seguros; es el caso también del complejísimo art. 9 del CC de Ambulancias (BOE 8 octubre 2001) «Cuando una empresa pierda la adjudicación de los servicios concertados mediante concurso público de gestión de servicios públicos, por resolución o terminación del contrato con la Administración, la nueva empresa adjudicataria estará obligada a subrogarse en los contratos laborales de los trabajadores que venían prestando ese servicio, respetando en todo caso la modalidad de contratación de los mismos, y los derechos y obligaciones que hayan disfrutado en los siete meses anteriores a la adjudicación en la empresa sustituida, siempre y cuando éstos provengan de pactos y acuerdos lícitos que se hayan puesto en su conocimiento junto con la documentación pertinente: A) Dicha subrogación de personal se producirá única y exclusivamente con respecto a los siguientes trabajadores: 1. Trabajadores en activo, con una antigüedad mínima en el servicio objeto del contrato de los últimos siete meses anteriores a la fecha en que la adjudicación del contrato se produzca, sea cual fuere la modalidad de su contrato de trabajo, con independen-

cia de que, con anterioridad al citado período de siete meses, hubieran trabajado en otra actividad. 2. Trabajadores con derecho a reserva a puesto de trabajo, que en el momento de la adjudicación de la actividad tengan una antigüedad mínima de siete meses en la misma y se encuentren enfermos, accidentados, en excedencia, vacaciones, permiso, descanso maternal, servicio militar o situaciones análogas. 3. Trabajadores de nuevo ingreso que por exigencia del cliente se hayan incorporado a la actividad como consecuencia de una ampliación, en los siete meses anteriores a la nueva adjudicación de aquélla.

4. Trabajadores con contrato de interinidad que sustituyan a alguno de los trabajadores mencionados en el apartado 2, con independencia de su antigüedad y mientras dure su contrato. 5. Trabajadores que sustituyan a otros que se jubilen, habiendo cumplido sesenta y cuatro años dentro de los siete últimos meses anteriores a la adjudicación de la actividad y tengan una antigüedad mínima en la misma de los siete meses anteriores a la jubilación, en los términos y condiciones del Real Decreto 1194/1985, de 17 de julio. 6. No obstante lo anterior, quedan excluidos de la aplicación de la presente cláusula de subrogación aquellos empleados que sean directivos en su empresa, así como aquellos unidos por vínculos de consanguinidad y afinidad, salvo que acrediten la existencia de relación contractual. B) Todos los supuestos anteriormente contemplados se deberán acreditar fehacientemente y documentalmente por la empresa cesante a la adjudicataria, a sus trabajadores, y a los representantes de éstos, mediante los documentos que se detallan en el apartado I, en el plazo de diez días hábiles, contados desde que la empresa adjudicataria se lo requiera fehacientemente a la empresa cesionaria, siempre y cuando se trate de documentos que ya se hayan emitido o que se debieran haber emitido. A los efectos de la acreditación entre la empresa cesante y la empresa adjudicataria se aclara que se considerarán medios fehacientes de comunicación los siguientes: Envío de la documentación por conducto notarial, mediante burofax, telegrama o método equivalente que deje constancia del contenido. C) Los trabajadores que no hubiesen disfrutado de sus vacaciones reglamentarias al producirse la subrogación las disfrutarán con la nueva adjudicataria del servicio, que sólo abonará la parte proporcional del período que a ella corresponda, ya que el abono del otro período corresponde a la empresa cesante, que deberá efectuarlo en la correspondiente liquidación. D) La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes a que vincula: empresa cesante, nueva adjudicataria y trabajador. Sin embargo por acuerdo mutuo de la cesante y el trabajador, podrá éste permanecer en la antigua empresa adjudicataria. En este caso, la cesante no podrá ceder a ningún otro trabajador que no prestara su trabajo en la actividad objeto del contrato, si la cesionaria no lo aceptara. E) En caso de que la comunicación no se produzca en el indefectible plazo marcado se entenderá que la empresa opta por la asunción de dicho personal laboral, ocurriendo lo mismo para aquellos datos y/o relación de personal que se comunique con posterioridad al plazo establecido. F) La subrogación efectiva se producirá en el momento en el que la nueva adjudicataria comience a prestar servicios y no antes, siendo la relación laboral anterior a tal momento de la exclusiva responsabilidad de la cesante. G) La empresa cesante responderá de las consecuencias derivadas de la falsedad o inexactitud manifiesta que la información facilitada pueda producir a la empresa adjudicataria, sin perjuicio de la reversión a la misma de los trabajadores indebidamente subrogados. H) Los miembros del Comité de Empresa, los Delegados de Personal y los Delegados Sindicales, podrán optar, en todo caso, entre permanecer en su empresa o subrogarse en la empresa adjudicataria, salvo en el supuesto que hubiera sido contratado expresamente por obra o servicio determinado para el centro afectado por la subrogación, o que la subrogación afecte a la totalidad de los trabajadores. I) La empresa cesante deberá facilitar a la nueva adjudicataria los siguientes documentos: Certificación en la que deberán constar los trabajadores afectados por la subrogación, con nombres y apellidos, fecha de nacimiento, estado civil, documento nacional de identidad, número de afiliación a la Seguridad Social, número de hijos, naturaleza de los contratos de trabajo, y categoría profesional (según la clasificación de este Convenio). Original o fotocopia compulsada de los siete últimos recibos de salarios de los trabajadores afectados. Fotocopia compulsada de los TC-1 y TC-2 de cotización a la Seguridad Social de los siete últimos meses, o los correspondientes documentos o soportes que legalmente lo sustituyan. Relación de personal, especificando: Nombre y apellidos, número de afiliación a la Seguridad Social, antigüedad, categoría profesional, jornada, horario, modalidad de contratación y fecha del disfrute de sus vacaciones. Si el trabajador es representante legal de los trabajadores, se especificará el período de mandato del mismo. Fotocopia compulsada de los contratos de trabajo del personal afectado por la subrogación. Original o fotocopia compulsada de los títulos habilitantes para el desempeño de su puesto laboral. Copia de documentos debidamente diligenciados por cada trabajador afectado, en los que se haga constar que éste ha recibido de la empresa cesante su liquidación de partes proporcionales, no quedando pendiente cantidad alguna. Estos documentos deberán estar en poder de la nueva adjudicataria de forma fehaciente, en el plazo de diez días hábiles contados desde que la empresa adjudicataria se lo requiera fehacientemente a la empresa cesionaria, o desde el momento que se emitan o se debieran haber emitido». O el caso del art. 59 del CC de Residencias Privadas de la Tercera Edad (BOE 30 julio

2003): «Con el fin de mantener la estabilidad del personal en el empleo, conseguir la profesionalización del sector y evitar en la medida de lo posible la proliferación de contenciosos, ambas partes acuerdan la siguiente regulación:

1) Al término de la concesión de una contrata, el personal adscrito a la empresa saliente, en dicha contrata, pasará a estar adscrito a la nueva empresa titular de la contrata, quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos en su anterior empresa, debiendo entregar al personal un documento en el que se refleje el reconocimiento de los derechos de su anterior empresa, con mención expresa al menos a la antigüedad y categoría, dentro de los treinta días siguientes a la subrogación, siempre que se dé alguno de los siguientes supuestos: a) Personal en activo que vengan prestando sus servicios para la empresa saliente con una antigüedad mínima de tres meses, sea cual fuere la naturaleza o modalidad de su contrato de trabajo. b) Personal que, en el momento del cambio de titularidad de la contrata, se encuentren en suspensión del contrato con derecho de reincorporación (enfermos/as, accidentados/as, en excedencia, baja maternal, en servicio militar o situación análoga, etc.) y que reúna con anterioridad a la suspensión de su contrato de trabajo la antigüedad mínima establecida en el apartado a). c) Personal que con contrato de sustitución, supla a alguno del personal mencionado en los apartados a) y b). d) Personal de nuevo ingreso que, por exigencias de la empresa o entidad contratante, se haya incorporado al centro, como consecuencia de la ampliación del contrato dentro de los últimos noventa días. La empresa cesante deberá comunicar al personal afectado la pérdida de la adjudicación de los servicios, así como el nombre de la nueva empresa adjudicataria, tan pronto tenga conocimiento de dichas circunstancias. 2) Todos los supuestos anteriormente contemplados se deberán acreditar, fehaciente y documentalmente, por la empresa saliente a la empresa entrante, en el plazo de tres días hábiles a partir del momento de la subrogación mediante la documentación siguiente: a) Certificado del organismo competente de estar al corriente de pago de las cuotas de la Seguridad Social, así como una declaración jurada de la empresa saliente en este sentido. b) Certificación en la que se haga constar, en relación a la totalidad del personal de plantilla a subrogar, lo siguiente: Apellidos y nombre. DNI. Domicilio. Número de la Seguridad Social. Tipo de contrato. Antigüedad. Jornada y horario. Fecha de disfrute de las vacaciones. Conceptos retributivos no incluidos en Convenio. Otras condiciones y pactos. Fotocopias de las nóminas, TC1 y TC2, de los últimos tres meses de la totalidad del personal a subrogar. c) Fotocopia de los contratos de trabajo. d) Documentación acreditativa de la situación de excedencias, servicio militar, incapacidad transitoria, baja maternal, servicio social sustitutorio, interinidad o sustitución análoga del personal que, encontrándose en tal situación, deben ser adscritos a la nueva adjudicataria del servicio. En cualquier caso, el contrato de trabajo entre la empresa saliente y el personal sólo se extingue en el momento que se produzca de derecho la subrogación del mismo a la nueva adjudicataria. En caso de subrogación de representantes del personal durante su mandato (tanto miembros del Comité de Empresa, como Delegados/as de Personal o miembros de la Sección Sindical), la empresa entrante respetará las garantías sindicales establecidas en el presente convenio y demás legislación vigente. Los/as Delegados/as de Personal o los miembros del Comité de Empresa que hubieran sido elegidos en proceso electoral referido al centro objeto de subrogación, mantendrán su condición de representantes del personal a todos los efectos en la nueva empresa concesionaria, siempre que el número total de representantes del personal no exceda del que pudiera corresponder por la plantilla. En el caso de discrepancia, se acudiría a la Comisión Paritaria. No desaparece el carácter vinculante de este artículo en el caso de que la empresa adjudicataria del servicio suspendiese el mismo por un período inferior a los dos meses; dicho personal con todos sus derechos se adscribirá a la nueva empresa. Tampoco desaparece el carácter vinculante de la subrogación en el caso de que el arrendatario del servicio suspendiese el mismo por un período no superior a seis meses, siempre que se acredite que el servicio se hubiese reiniciado con la misma u otra empresa. Las empresas entrante y saliente respetarán siempre el calendario vacacional, concediéndose el disfrute total del período de vacaciones tal y como esté asignado en dicho calendario y con independencia de la parte proporcional de vacaciones que se haya devengado en cada empresa. En el supuesto de que se produzca la subrogación una vez comenzado el año natural, la empresa entrante y la saliente realizarán las compensaciones económicas necesarias para el cumplimiento de lo anterior. Caso de que no se produjera acuerdo entre ambas empresas en la compensación económica, la empresa en cuyo seno se haya disfrutado el período vacacional completo descontará en la nómina del trabajador o, en su caso, en la liquidación la cantidad correspondiente al período devengado en la otra empresa; la empresa en cuyo seno no se disfrutaron vacaciones abonará al personal la parte proporcional de vacaciones que le corresponda junto con la liquidación o en la primera nómina, según el caso. En los casos de falta de acuerdo, la empresa que no haya cotizado a la Seguridad Social el período correspondiente a las vacaciones devengadas vendrá obligada a abonar a la otra empresa la cantidad correspondiente a dichas cotizaciones. De la efectiva compensación económica entre las empresas se entregará copia a la representación legal del personal, a la asociación empresarial y a la Comisión Paritaria del Convenio. El personal percibirá de la empresa cesante la liqui-

llamar cláusulas de empleo, en cuanto superan las meras formulaciones de deberes abstractos y cuantifican y concretan decisiones a adoptar por los empresarios individuales, que ven de este modo restringida su capacidad de decisión no ya en el «cómo» ejercitar sus poderes de organización y contratación —al cabo, éste el ámbito normal de desarrollo de la función normativa del Convenio— sino en el «sí» y en el «cuánto» ejercerlos, que son ya aspectos que no son de conformación del poder, sino condiciones de ejercicio del mismo⁵¹. Hasta cierto punto, coinciden en la misma perspectiva intervencionista sobre el ejer-

dación de los haberes y partes proporcionales de gratificaciones que le pudieran corresponder. El mecanismo de subrogación, definido en el presente artículo operará automáticamente con independencia del tipo de personalidad de la empresa de que se trate, ya sea física, jurídica o de cualquier clase. La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes que vincula: empresa o entidad pública cesante y nueva adjudicataria».

Y es sobre todo el caso del II Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de la Hostelería (BOE 21 julio 2002), arts. 43 y 48: «Art. 43. Introducción (en el apartado «Subrogación convencional de colectividades o Restauración social. Garantías por cambio de empresario»).—El presente capítulo del ALEH tiene por objeto garantizar la subrogación empresarial, con sus efectos, en supuestos de sucesión o sustitución de empresa de colectividades, en las que no concurre el requisito de la transmisión patrimonial. La absorción del personal entre quienes se sucedan mediante cualquier título en las actividades que se relacionan en el presente capítulo, se llevará a cabo en los términos y condiciones aquí indicados, de acuerdo con lo siguiente: ... Art. 48. Contenido de la protección.—1. Las disposiciones aquí contempladas son imperativas para las partes a las que afecta, empresa principal, cedente, cesionaria y trabajador, sin que sea válida ninguna renuncia de derechos. No desaparecerá dicho carácter imperativo en el caso de que la empresa cesionaria suspendiese total o parcialmente el servicio».

⁵¹ Las llamadas cláusulas de empleo presentan una variedad sensible, pero nos interesan ahora casos como el del CC de Residencias Privadas de la Tercera Edad (BOE 30 julio 2003), art. 13, que impone a las empresas comprendidas en su ámbito de aplicación obligaciones porcentuales de mantenimiento de plantilla de trabajadores fijos (art. 13. Empleo.—(Uno de sus apartados, no numerado) Estabilidad en el empleo. Con el objetivo de fomentar la contratación indefinida y de dotar de mayor estabilidad a los contratos vigentes, se acuerda que todas las empresas afectadas por el presente convenio deberán tener un 45% de personal con contratos indefinidos a 31 de diciembre de 2003, un 60% a 31 de diciembre de 2004 y un 70% a 31 de diciembre de 2005. En consecuencia, los porcentajes máximos de contratación temporal, en cualquiera de las modalidades previstas en el presente convenio, serán los que resulten de restar al 100% de la plantilla los compromisos de contratación indefinida establecidos en el párrafo anterior para cada uno de los años de vigencia del presente convenio, con excepción de los contratos en prácticas y formativos. Para la aplicación de los compromisos adquiridos sobre el empleo estable, las empresas podrán acceder a los programas de las Administraciones Públicas que fomentan la transformación de contratos temporales en indefinidos. Para dar efectividad al cumplimiento de los porcentajes acordados en este apartado, las empresas que no los cumplan transformarán los contratos temporales necesarios en indefinidos hasta completar el porcentaje acordado, por orden de mayor antigüedad, excluyendo los contratos interinos para sustitución de personal. Para calcular los porcentajes acordados en este apartado, se tomará como referencia el número de puestos de trabajo ocupados de forma continua en el año inmediatamente anterior. Los porcentajes de contratación contemplados en este artículo, deberán ser cumplidos en el ámbito del centro de trabajo y de la empresa a nivel provincial. Se establece una moratoria de dieciocho meses para aquellos centros o servicios de nueva apertura desde el momento del inicio de la actividad. No se considerará inicio de la actividad la continuación del servicio por aplicación del artículo 59 sobre subrogación») En la misma línea se pronuncia, con las lógicas diferencias propias de la rama de actividad el CC DE Grandes Almacenes (BOE 10 agosto de 2001), Disposición Transitoria Octava: «Compromiso de contratación indefinida.—Las organizaciones firmantes del Convenio Colectivo de Grandes y Medianas Empresas de Distribución para los años 2001-2005, conscientes de la situación de inestabilidad en el empleo por la que atraviesa el país, y en la línea de asunción de los criterios recogidos en la Introducción del Acuerdo Interconfederal para la Estabilidad en el Empleo, suscrito por las organizaciones empresariales CEOE-CEPYME y los sindicatos CC OO y UGT, ven conveniente y necesari-

ria su contribución para potenciar la contratación indefinida, favorecer la inserción laboral y la formación teórico práctica de los jóvenes y, en definitiva, contribuir a la estabilidad en el empleo a través de la transformación de los contratos de trabajo temporales en contratos estables, de conformidad con los siguientes compromisos: 1.º Compromiso de contratación indefinida: 1. Nomenclatura. A fin de clarificar el contenido de los presentes Acuerdos de Empleo, y a estos exclusivos efectos, se establece la siguiente nomenclatura: A) Contratos temporales. Se entienden por contratos temporales aquellos que, no habiéndose concertado bajo la modalidad de interinidad, tengan más de cinco meses de duración (incluida prórroga) y correspondan a centros de trabajo de más de dos años de existencia. B) Contratos a tiempo completo. Se entiende por tales (a estos exclusivos efectos) los celebrados para realizar una jornada igual o superior al 75 por 100 de la máxima establecida en el convenio colectivo. C) Relación Empleo Temporal/Empleo Estable. Es el porcentaje que supone el número de contratos temporales —calculado según criterio a)— sobre la suma del mismo con los contratos indefinidos existentes en cada empresa (base 100). 2. Compromiso de contratación indefinida: A) A lo largo de la vigencia del convenio colectivo, las empresas contratarán/transformarán en indefinidos anualmente el número de contratos resultantes de aplicar sobre el número de contratos temporales el porcentaje previsto en la siguiente escala y en función de la relación entre empleo temporal y empleo fijo existente en cada empresa al 31 de diciembre del año anterior: 70 Por 100 O mas = 20 por 100. 60 Por 100 A 69 Por 100 = 17 Por 100. 50 Por 100 A 59 Por 100 = 14 Por 100. 40 POR 100 A 49 POR 100 = 11 POR 100. 30 Por 100 a 39 Por 100 = 8 Por 100. 20 Por 100 a 30 Por 100 = 2 Por 100. Las empresas que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 45rcl 2001\2087, jubilen obligatoriamente a trabajadores en tales circunstancias, deberán transformar en contratos indefinidos tantos temporales como trabajadores jubilados durante los cinco años de vigencia del compromiso de empleo. Al finalizar el primer año, y dentro del segundo, desde la apertura de un nuevo centro, el 40 por 100 de los trabajadores de la plantilla del mismo deberán estar contratados como fijos. B) La contratación/transformación se efectuará en términos homogéneos entre contratos a tiempo completo y a tiempo parcial, en función de la relación empleo temporal/empleo estable en cada una de estas modalidades. A efectos del cumplimiento del compromiso de empleo estable sí computarán los contratos temporales transformados en contratos indefinidos de aquellos centros de trabajo de menos de dos años. Igualmente computarán para el cumplimiento del compromiso las contrataciones indefinidas que efectúen las empresas en cada uno de los períodos. El compromiso anual se entiende a lo largo de la vigencia del convenio, por lo que las contrataciones/transformaciones anuales de contratos temporales en indefinidos por encima del número correspondiente con carácter anual y en función de la tabla anterior, computarán para el cumplimiento del compromiso en años sucesivos. La contratación/transformación en indefinida de un contrato a tiempo completo podrá computarse a efectos del cumplimiento del compromiso de transformación de contratos temporales a tiempo parcial, pero no a la inversa. El compromiso se asume a nivel de empresa, dando cuenta la dirección de su cumplimiento por centro de trabajo o unidad productiva anualmente, a la representación de los trabajadores del centro de trabajo. Las contrataciones/transformaciones pactadas se adecuarán, en lo posible, a la modalidad del contrato para el fomento de la contratación a cuyo efecto podrán transformar contratos de duración determinada en indefinida a lo largo de la vigencia del convenio. C) Los compromisos de contratación indefinida, contenidos en el apartado a) anterior, se entienden de manera global en el ámbito de la empresa, y sin que puedan acumularse al mismo otros compromisos contenidos en el texto del convenio, como la transformación de contratos formativos en contratos fijos o la sustitución de trabajadores jubilados. 2.º Seguimiento e información.—A fin de facilitar el seguimiento del compromiso adquirido en estos acuerdos y verificar su ejecución práctica, las empresas deberán: A) Dar información previa al Comité Intercentros y a la Comisión Sindical constituida al amparo de lo previsto en el artículo 63 del convenio colectivo, del número de trabajadores a tiempo completo y a tiempo parcial existentes al 31 de diciembre de cada año, especificando el número de temporales y de indefinidos calculados todos ellos de acuerdo con los criterios establecidos en estos acuerdos. Esta información se facilitará en el término de treinta días, a partir de la publicación del convenio en el BOE, o a partir de la incorporación al mismo, para el primer año de vigencia, y dentro del primer trimestre, para cada uno de los siguientes años de vigencia del convenio colectivo, concretándose, en la reunión celebrada al efecto, el compromiso de contratación. B) En el primer trimestre de cada año se informará al Comité Intercentros y a la Comisión sindical, sobre el grado de cumplimiento del compromiso asumido para el año en cuestión por la empresa, especificando por centro de trabajo o unidad productiva el cumplimiento de los presentes acuerdos. C) Con carácter anual y en la reunión prevista en el apartado a), la dirección de la empresa dará cuenta al Comité Intercentros Y A La Comisión Sindical del cumplimiento de contratación indefinida del año anterior, debiendo constar el conocimiento de las contrataciones/transformaciones efectuadas nominalmente por la representación legal de los trabajadores en el ámbito del centro o unidad productiva donde el contratado de manera estable preste sus servicios. D) Quedan exceptuadas del compromiso anterior las empresas afectadas por graves situaciones de crisis, puesta de manifies-

to a través de la presentación del consiguiente expediente administrativo. E) El incumplimiento de los presentes compromisos de empleo dará lugar a que la empresa de que se trate no pueda utilizar, hasta el cumplimiento del compromiso, la modalidad de Contratación Temporal por Obra o Servicio que se establece en el artículo 12.b.2 del presente convenio colectivo. F) La Comisión mixta velará por el estricto cumplimiento de los deberes de información precisos para el señalamiento de los compromisos aquí adquiridos y el grado de ejecución de los mismos en materia de empleo, teniendo facultades para recabar de las empresas la información necesaria y decidir, en caso de incumplimiento, la imposición de la penalización a que se refiere la letra anterior»; Empresas Organizadoras del Juego del Bingo (BOE 11 diciembre 2003) Art. 12. Modalidades de contratación... Dada la actual situación de paro existente en el Estado español y como medida de fomento del empleo, a partir de la entrada en vigor del Convenio quedará prohibida la contratación de personal en régimen de pluriempleo. Se exceptúa de la prohibición total de pluriempleo al trabajador fijo de carácter discontinuo y tiempo parcial.

TÍTULO III

Del contenido de derecho mínimo necesario

CAPÍTULO I

Empleo

Artículo 48. *Trabajadores vinculados con contratos por tiempo indefinido en las salas de bingo.*—Las partes conscientes de la necesidad no sólo de mantener sino de incrementar el trabajo estable como garantía de calidad en el servicio que se presta a los clientes en las Salas de Juego, acuerdan, establecer para todas las Salas de Juego afectadas por el presente Convenio, un número mínimo y obligatorio de trabajadores fijos, es decir, vinculados a la empresa mediante contrato laboral de carácter indefinido, según el aforo de jugadores de la Sala en los siguientes términos: Aforo de las salas Número de trabajadores fijos en salas cuyo horario de apertura sea de 13 horas o inferior Hasta 100 jugadores 4 trabajadores: 2 Técnicos de Juego y 2 Técnicos de Sala. De 101 a 250 jugadores 6 trabajadores: 2 Técnicos de Juego y 4 Técnicos de Sala. De 251 a 400 jugadores 10 trabajadores: 3 Técnicos de Juego y 7 Técnicos de Sala. De 401 a 700 jugadores 14 trabajadores: 3 Técnicos de Juego y 11 Técnicos de Sala. Más de 700 jugadores 23 trabajadores: 5 Técnicos de Juego y 18 Técnicos de Sala. En las Salas de Juego cuyo horario de apertura al público sea superior a 13 horas, el número de trabajadores fijos con carácter indefinido establecidos en el cuadro anterior se incrementará proporcionalmente al aumento del tiempo de apertura de la Sala con respecto del horario de apertura «tipo», establecido en 13 horas. De forma que, el cálculo del número de trabajadores fijos según el aforo de la Sala será el resultante del siguiente cálculo: Número de trabajadores fijos para salas de más de 13 horas de apertura = (Tiempo de apertura de la sala _ Número de trabajadores fijos establecidos en la tabla anterior para la categoría de la sala en cuestión)/13 Núm. de trabajadores fijos para salas de más de 13 horas de apertura igual al cociente entre el tiempo de apertura de la sala multiplicado por el número de trabajadores fijos establecidos en la tabla anterior para la categoría de la Sala en cuestión, dividido por 13. El incremento de trabajadores que resulte de la aplicación del cálculo anterior con respecto de la tabla general se cubrirá con trabajadores de las Categorías Profesionales encuadradas en el Grupo de Técnicos de Sala. No será preceptiva la presencia física en la sala de toda ella en su conjunto y de forma continuada durante todo el horario de apertura de la Sala al público, salvo en aquellas Comunidades Autónomas o Provincias donde lo tengan regulado a nivel normativo, reglamentario o convencional.

Artículo 49. *Empresas de trabajo temporal (ETT).*—La contratación a través de estas empresas se ajustará a los siguientes criterios o requisitos: 1. Sólo podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria, organizadora del juego de bingo, en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria, organizadora del juego de bingo, podría celebrar un contrato de duración determinada, conforme a lo dispuesto en el Estatuto de los Trabajadores y en el presente Convenio Colectivo»; Comercio de herboristerías... (BOE 28 noviembre 2000).

Artículo 10. *Empleo.*—Las partes conscientes de la necesidad no sólo de mantener sino de incrementar el trabajo estable, acuerdan establecer para todas las empresas afectadas por el presente Convenio y que tengan una plantilla con diez o más trabajadores la obligatoriedad de tener un 75 por 100 de trabajadores con contrato indefinido. A efectos del seguimiento y control del compromiso adquirido las empresas facilitarán a la representación legal de los trabajadores trimestral relación de altas y bajas así como la copia de los contratos suscritos durante ese período. El criterio de transformación de contratos temporales a indefinidos será el siguiente: Mayor antigüedad total en la empresa. Contrato de mayor duración».

cicio concreto de los poderes empresariales de organización y selección de sus colaboradores las cláusulas convencionales que restringen las posibilidades de acceso a fórmulas de cooperación empresarial consolidadas, como las Empresas de Trabajo Temporal (ETT), o las llamadas empresas de servicios⁵².

⁵² En el apartado 3 de la Disposición Transitoria 8.ª del CC de Grandes Almacenes citado en la nota anterior se establecen restricciones —sobre todo formales— a la contratación de ETTs y Empresas de Servicios. También establecen restricciones a estas formas de contratación los Convenios de Comercio del Papel y Artes Gráficas (BOE 25 octubre 2000).

«Artículo 16. *Empresas de Trabajo Temporal*.—Las empresas afectadas por este Convenio no podrán tener un volumen de trabajadores provenientes de Empresas de Trabajo Temporal (ETT) superior al 15 por 100 de la plantilla habitual habida el año anterior (tanto fijos como eventuales). Sólo se podrán contratar los servicios de Empresas de Trabajo Temporal que apliquen a sus trabajadores el Convenio Estatal de Empresas de Trabajo Temporal vigente en cada momento. Las empresas darán a conocer a los representantes de los trabajadores los contratos de puesta a disposición y los contratos laborales de los trabajadores afectados, en un plazo máximo de diez días, a fin de que aquéllos puedan realizar las funciones de tutela de las condiciones de trabajo, formación y salud laboral de los trabajadores de las ETT, entendiéndose por tutela el derecho a presentar a través de los representantes de los trabajadores de la empresa usuaria reclamaciones en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral. No podrán utilizarse empresas de trabajo temporal en el supuesto de proceso de selección del personal. No podrá hacerse uso de empresas de trabajo temporal para la cobertura de un puesto de trabajo que haya estado ocupado anteriormente por un contrato en la empresa usuaria mediante la modalidad contractual de eventual por circunstancias de la producción cuando ya se hubiera agotado el plazo máximo de los trece meses en un período de dieciocho, asimismo tampoco se podrá hacer uso de empresas de trabajo temporal, en el mismo supuesto anterior, cuando este puesto de trabajo hubiera sido ocupado, cualquiera que sea su modalidad contractual, por un período de nueve meses por una o varias ETTs de forma continua o discontinua. No se podrá utilizar ETT para cubrir un puesto de trabajo, en el cual se haya producido previamente un despido improcedente. Los trabajadores de ETT percibirán la retribución total establecida en el presente Convenio para el puesto de trabajo a desarrollar». Comercio de Herboristerías (BOE 28 noviembre de 2000).

Artículo 12. *Empresas de trabajo temporal*.—No podrá hacerse uso de empresas de trabajo temporal para la cobertura de un puesto de trabajo que haya estado ocupado anteriormente por un contrato en la empresa usuaria mediante la modalidad contractual de eventual por circunstancias de la producción cuando ya se hubiera agotado el plazo máximo de los nueve meses en un período de dieciséis, así mismo tampoco se podrá hacer uso de empresas de trabajo temporal, en el mismo supuesto anterior, cuando este puesto de trabajo hubiera sido ocupado, cualquiera que sea su modalidad contractual, por un período de nueve meses por una o varias ETTs de forma continua o discontinua. En el supuesto que las empresas usuarias no alcancen el porcentaje de empleo fijo establecido en este Convenio, mientras persista esta situación, no podrán hacer uso de empresas de trabajo temporal. En el supuesto que las empresas incumplieran este precepto los trabajadores puestos a disposición tendrán el derecho a ser fijos en plantilla de la empresa usuaria. Los trabajadores de ETT percibirán la retribución total establecida en el presente Convenio para el puesto de trabajo a desarrollar. Las empresas afectadas por este Convenio no podrán tener un volumen de trabajadores provenientes de ETT superior al 5 por 100 de la plantilla habitual habida el año anterior (tanto fijos como eventuales). Sólo se podrán contratar los servicios de ETT que apliquen a sus trabajadores el Convenio Estatal de ETT vigente en cada momento»; Curtidos, Correas y cueros (BOE 23 julio 2001).

Artículo 64. *Empresas de trabajo temporal*.—Los contratos de puesta a disposición con empresas de trabajo temporal se utilizarán únicamente para cubrir necesidades productivas ocasionales y excepcionales de las empresas por acumulación de tareas, exceso de pedidos, preselección o interinidad, sin que se pueda hacer uso de esta modalidad de contratación para cubrir vacantes que se hubieran producido en los doce meses últimos por despido improcedente o finalización de contrato de duración determinada, y tampoco para la realización de actividades o trabajos especialmente peligrosos. A los trabajadores contratados a través de contratos de puesta a disposición se les aplicará la legislación laboral correspondiente y la normativa convencional propia, asumiendo la empresa usuaria las responsabilidades en materia laboral y de Seguridad Social que le impone la ley en este tipo de contratos, efectuando los trabajadores contratados bajo esta modalidad su trabajo en las mismas condiciones

Resulta difícil hacer valoraciones generales de reglas convencionales que indiscutiblemente se han elaborado en contemplación de las peculiaridades de cada sector productivo, y que reflejan compromisos adquiridos por las partes firmantes en los máximos niveles confederales (los sucesivos Acuerdos Interconfederales dan fe de la creciente preocupación de los negociadores por estas materias). La primera es que, como vemos, no es nada infrecuente que estos compromisos se articulen en Convenios de sector, y no en los de empresa, con lo que el problema de legitimación para disponer de facultades concretas de los empresarios incluidos en su ámbito de aplicación se plantea con toda su dureza. Así las cosas ¿puede un Convenio de sector establecer porcentajes de plantilla fija y temporal con carácter general e incondicionado? ¿Puede establecer supuestos de subrogación adicionales respecto de los previstos en el art. 44 ET que afecten a empresarios que eran parte del Convenio en el momento en que se establecieron esos compromisos? ¿Puede el Convenio de sector prohibir pura y simplemente el recurso a ETTs o empresas de servicios, tratándose de actividades legalmente reconocidas en nuestro sistema?

Como hemos visto, algunos de estos interrogantes han sido respondidos ya por nuestra jurisprudencia en sentido negativo —los casos de subrogación contractual al margen de lo dispuesto en el art. 44 ET, que son casos de cesión de contrato que requieren el consentimiento de las partes del contrato de trabajo en los términos de la jurisprudencia Eurohandling—. En otros casos, aunque no por el TS, se han pronunciado nuestros Tribunales a favor de la licitud de los recortes convencionales a las posibilidades de recurso a las ETTs⁵³. Y queda por zanjar la polémica que puede abrirse en torno a la variedad de cláusulas de compromisos de empleo. De todas las formas, pueden adelantarse algunas ideas:

- la primera, que obviamente no es la misma la capacidad de incidencia que posee un Convenio de empresa si comparado con uno de sector. En el primer caso, es el propio titular de los poderes organizativos el que los compromete y limita, siendo por tanto mayor el grado de particularismo que pueden poseer los compromisos adquiridos en el ámbito del empleo, hasta llegarse a un punto en que probablemente los acuerdos ya no sean tanto manifestaciones del derecho de negociación colectiva como manifestación de compromisos bilaterales en el ejercicio de poderes empresariales, a los que tan reiteradamente se ha referido el ET a partir de la reforma de 1994. En ese sentido, el «cuerpo» de Convenio no puede ocultar del todo el «alma» contractual estricta de los compromisos adquiridos por el empresario, y su directa exigibilidad por parte de los trabajadores concernidos.
- los Convenios de sector pueden, obviamente, condicionar y limitar el ejercicio de los poderes empresariales, en cumplimiento de su más básica función institucional. Pero la decisión de ejecución es obviamente una decisión propia del empresario, que no es ni puede ser sustituido por sus representantes. Esta sustitución no pare-

que los trabajadores propios de la empresa usuaria. Para poder recurrir a este tipo de contratación la empresa previamente tendrán que haber agotado las posibilidades de contratación a través de las modalidades de fijos discontinuos, eventuales y obra o servicio determinado, quedando limitada su duración a un mes si no hay acuerdo con la representación legal de los trabajadores, en caso de acuerdo, las partes fijarán la duración máxima de este tipo de contratos, de conformidad con la legislación vigente. Esta limitación a la duración de los contratos de puesta a disposición entrará en vigor a partir del 1 de diciembre del 2002».

⁵³ STSJ Andalucía, Granada 10 julio 2001 (2002/880).

- ce que quede amparada por el juego de la «representación institucional» propia de las organizaciones asociativas de representación empresarial. Por esa razón, con todo acierto, los Convenios buscan modalidades intermedias de coerción al cumplimiento por los empresarios singulares de los compromisos adquiridos: unas veces se trata de modalidades de control colectivo; otras, estableciendo fórmulas más originales, como es el condicionamiento de la aplicación de uno de los preceptos del Convenio al cumplimiento por el empresario de las reglas establecidas respecto de la estructura de las plantillas. Fuera de estos casos de coerción indirecta, parece dudoso que nazca a favor de los trabajadores potencialmente concernidos derecho alguno en relación con la estabilidad de su contrato o la subrogación empresarial —recuérdense las limitaciones de la jurisprudencia Eurohandling—, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda asumir la asociación empresarial por el incumplimiento del Convenio; y el propio empresario individual en el ámbito de la LISOS, por incumplimiento de una cláusula normativa del Convenio Colectivo (art. 5.1).
- finalmente, aunque no parece ser ésa la primera reacción de nuestros Tribunales, parece discutible la posibilidad de que un Convenio de sector establezca prohibiciones de recurrir a fórmulas de cooperación empresarial legalmente establecidas en nuestro ordenamiento (nuevamente, la posibilidad de que el titular de los derechos de organización y contratación, el empresario individual, asuma ese compromiso en Convenios de empresa no parece cuestionable). Una restricción de estos derechos incondicionada y general puede suponer una restricción excesiva de la libertad de organización empresarial íntimamente vinculada a la libertad de empresa regulada en el art. 38 CE, para el empresario comprendido en el ámbito de aplicación del Convenio de sector, por supuesto, pero también para las empresas de trabajo temporal y de servicios, que son, ya se ha dicho, perfectamente lícitas en nuestro ordenamiento y que ven de este modo restringida su acción, por no decir que alterado en su perjuicio el funcionamiento del mercado y la práctica competencia que se garantiza por las leyes mercantiles estatales y comunitarias⁵⁴. Por todo ello parecen prácticas más realistas y menos cuestionables legalmente las que muestra también nuestra experiencia negociadora orientadas a acentuar la intervención de la representación de los trabajadores y los derechos de información y de participación de éstos en las decisiones empresariales inherentes a la concertación con agentes externos, en la línea que han abierto en campos muy próximos las recientes reformas del art. 42 ET.

En suma, son las anteriores pautas interpretativas que no pueden agotar la múltiple variedad en que la autonomía colectiva se relaciona con la individual en una dialéctica que no puede ignorarse y que todavía entre nosotros se encuentra necesitada de estudio y profundización porque, como dijese Giugni hace tiempo «se puede afirmar que nunca es definitiva una doctrina sobre el contrato colectivo, precisamente porque la realidad a la que se refiere está en movimiento continuo y cualquier construcción sólo es idónea para fijar un momento evolutivo de la misma»⁵⁵.

⁵⁴ *Vid.*, especialmente art. 1.1 ley 16/89, de 19 de julio, de defensa de la competencia.

⁵⁵ GIUGNI, G., «La funzione giuridica del contratto collettivo di lavoro», en *Lavoro, legge, contratti*, Il Mulino, Bolonia 1989, pág. 151.