

Las Reglas sobre Concurrencia entre Convenios en el Ordenamiento Español

Juan Gorelli Hernández *

En el ordenamiento español la entrada en vigencia del Real Decreto Ley 7/2011 ha modificado la negociación colectiva, y uno de esos cambios es respecto a la concurrencia entre los convenios colectivos. Dicho esto, el reconocido autor español expone la manera de como resolver los casos de concurrencia cuando en los distintos ámbitos y niveles entran en conflicto dos o más convenios colectivos. Así, explica la regla general por la cual se resuelven estas situaciones y sus excepciones, que justamente han sido introducidas por la modificatoria para crear nuevos ámbitos de negociación. El presente artículo, al mostrarnos una realidad donde la negociación colectiva juega un rol preponderante, nos invita a reflexionar sobre como perfeccionar nuestro ordenamiento.

1. Introducción: Nuevos Aires en la Regulación de Concurrencia entre Convenios

La regulación de concurrencia de convenios tiene la finalidad de determinar en un sistema como el español, donde hay libertad para establecer el ámbito de negociación¹, cuál es el convenio colectivo aplicable cuando existen dos o más de dos que pueden reclamar un determinado ámbito de las relaciones laborales al mismo tiempo: por ejemplo, pensemos en la existencia de dos convenios colectivos, uno de sector de la construcción a nivel nacional y un convenio colectivo de empresa que pertenece a la construcción; o un convenio de sector de la hostelería de la provincia de Sevilla y un convenio de la hostelería de la Comunidad Autónoma de Andalucía (región en la que se incluye la provincia de Sevilla). Además las reglas sobre concurrencia de convenios tienen otra importante virtualidad: inciden de manera esencial en la negociación colectiva a través de su estructura, pues la condicionan y alteran².

Nuestro ordenamiento sobre negociación colectiva ha sufrido una importante reforma hace poco, pues la Ley 7/2011 ha alterado de una u otra manera casi todos los preceptos del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET) dedicados a la negociación colectiva. Dicha reforma ha afectado a las reglas de concurrencia entre convenios colectivos. En líneas generales el trasfondo es el de intentar favorecer la negociación a nivel de empresa, permitiendo de esta manera la introducción

de nuevas dosis de flexibilidad laboral; de otro lado, se permite que los convenios colectivos de sector de nivel de Comunidad Autónoma puedan imponerse a los convenios nacionales del mismo sector, generando así un efecto de descentralización de la negociación colectiva. La lógica de esta regulación no es otra que la de facilitar vías de adaptación de la empresa a su concreta situación o realidad³ a pesar de la existencia de normas convencionales más generales y de ámbito superior. Es decir, lo que está en juego es lo que hemos venido denominando como flexibilidad laboral, que de esta manera alcanza también a la propia estructura de la negociación colectiva, limitando aún más las posibilidades de evitar las consecuencias de la misma.

Con ello el legislador pretende “favorecer una negociación más articulada”⁴, situada en los ámbitos territoriales superiores, pero permitiendo la afectación del convenio nacional en ciertas materias y sólo por los convenios de carácter autonómico. Permitir la afectación de un convenio por otro y especialmente en los niveles superiores de la negociación, supone sobre todo evitar la centralización de la negociación a nivel nacional para facilitar la existencia de niveles intermedios; es un fenómeno de desarticulación que permite romper con la estabilidad negocial para que haya una mayor pluralidad. Ciertamente ello enriquece la negociación, pues permite el florecimiento de nuevas ramas o niveles en el árbol de la negociación; el problema es si ello no va a suponer un crecimiento incontrolado y, por lo

* Doctor en Derecho por la Universidad de Sevilla, España. Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Huelva. Especialista en el estudio de instituciones jurídico-laborales como el despido, conciliación de la vida familiar y laboral y protección de la maternidad, negociación colectiva como fuente del derecho, Derecho Social de la Unión Europea y Seguridad Social. Es autor de diversas monografías, capítulos de libros colectivos, artículos publicados tanto en revistas de España como extranjeras, entre otros.

1 Ciertamente se trata de una libertad sujeta a ciertas limitaciones, como la exigencia de requisitos de capacidad y legitimación para negociar según el nivel; o el establecimiento por el legislador de preferencias por ciertos ámbitos negociales en concretos supuestos o situaciones. En este sentido vid. GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “La concurrencia de convenios colectivos en la jurisprudencia laboral”, *Temas Laborales* Nº 108, 2011, páginas 14 y 15.

2 Así MARTIN VALVERDE, A.: “Artículo 84. Concurrencia”, en AA.VV., dirigidos por E. Borrajo Dacruz, *Comentarios a las Leyes Laborales. El Estatuto de los Trabajadores. Tomo XII, Vol 2º. Los nuevos convenios colectivos de trabajo: puntos críticos*, EDERSA, Madrid 1995 página 7; también MOLINA NAVARRETE, C.: “La nueva dialéctica afectación/desafectación entre convenios y estructura renegociación tras las reformas laborales de 1994 y 1997”, *Relaciones Laborales* Tomo I de 1999, página 369.

3 Tal como afirma la propia exposición de motivos (Apartado IV), el primero de los objetivos de la reforma es el de propiciar “una negociación colectiva más cercana a la empresa y una negociación colectiva pectoral más adaptada a la situación de cada concreto sector de actividad económica (...) que se aumente su capacidad de adaptabilidad a los cambios en la situación económica y sociolaboral (...)”.

4 Exposición de motivos del Real Decreto-Ley 7/2011, de 10 de junio, de medidas urgentes para la reforma de la negociación colectiva, en su apartado V.

tanto, generar un fenómeno de desarticulación de la negociación.

Se ha actuado sobre la estructura de la negociación colectiva a través de las reglas de concurrencia, dando a las mismas una redacción que introduce algunas novedades especialmente interesantes que debemos destacar por la importante repercusión que va a suponer en las relaciones internas entre los diferentes niveles de negociación colectiva, al privilegiarse ahora ámbitos como el de empresa, o el autonómico. Ello a su vez obedece a la intención de introducir nuevos ámbitos de flexibilidad laboral (en su acepción de incrementar la adaptabilidad de las empresas a sus circunstancias concretas); pero además va a tener repercusiones en otros ámbitos, pensemos por ejemplo en las consecuencias que puede tener esta reforma al proyectarse sobre un escenario de pluralismo sindical y sobre grandes organizaciones sindicales estructuradas de manera bastante particular y como se va a repartir ahora algo tan sensible como es el poder interno derivado de la capacidad de negociar en ciertos niveles que se relacionan ahora en base a nuevas reglas (un buen ejemplo es la relación entre ámbito provincial y autonómico).

2. La Regla General de Prohibición de Concurrencia o *Prior in Tempore*

El art. 84 ET establece la regla general que debe regir los problemas de concurrencia entre convenios colectivos. Esta regla no ha sido modificada por la reforma (en realidad la reforma lo que ha hecho es establecer excepciones a esta regla general). A tenor de la misma, un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto. Dicha regla establece un principio de prioridad temporal, de manera que durante la vigencia de un convenio colectivo, que es el primero en el tiempo, dicho convenio no puede verse afectado por otro, posterior en el tiempo, de ámbito diferente.

La concurrencia es aquella situación en la que hay dos normas (en este caso convencionales) que coinciden, de manera que ambas pueden regular al mismo tiempo las relaciones jurídicas de un concreto colectivo de trabajadores. El problema estriba en decidir cuál de las dos normas es la aplicable. La concurrencia puede ser conflictiva o no: podemos encontrar fenómenos como la complementariedad, la suplementariedad o la supletoriedad entre convenios, en los que hay una situación de concurrencia no conflictiva, de manera que no hay que optar entre uno u otro convenio, dado que

ambos pueden coexistir pacíficamente y aplicarse al mismo ámbito y al mismo tiempo, pues no hay situación de contradicción entre ellos. Este no es el fenómeno regulado por el art. 84 ET. Este precepto se refiere tan sólo a aquellas situaciones en que ambas normas son opuestas, ofreciendo regulaciones contradictorias, de manera que sólo sea posible aplicar una de ellas, es la concurrencia conflictiva⁵.

A tenor del art. 84.1 ET, un convenio colectivo que está vigente, "no podrá ser afectado" por un convenio colectivo de distinto ámbito. ¿Qué es la afectación? La prohibición de afectación implica que lo regulado en ese convenio no puede ser sustituido por la regulación del convenio posterior⁶; es decir, que de los dos convenios colectivos el que tiene preferencia aplicativa es aquel que ha aparecido primero en el tiempo, de manera que aquél otro que entra en vigor en segundo lugar no podrá alterar lo dispuesto por el primero: "prior in tempore potior iure"⁷. Por lo tanto, la prohibición de concurrencia implica establecer un principio de prioridad temporal⁸(no confundir con modernidad, que es justamente lo contrario, de modo que se aplique el segundo en el tiempo o más moderno).

La concurrencia regulada en el art. 84.1 ET se refiere a convenios de distinto ámbito. Pues bien, esta norma no puede entenderse de manera literal, pues si los convenios tuviesen ámbitos totalmente diferentes, la concurrencia sería imposible y no habría conflicto alguno. Al contrario, debe existir una cierta coincidencia de ámbitos entre los convenios concurrentes. Para que estemos ante un verdadero supuesto de concurrencia entre convenios es necesario que se produzca una coincidencia parcial entre convenios: debe haber una coincidencia temporal de manera que ambos convenios se superpongan temporalmente en un momento determinado (no es necesario que tenga las mismas fechas de vigencia y finalización); en segundo lugar, es necesario una segunda coincidencia parcial en cuanto al ámbito de aplicación objetivo, subjetivo y territorial de los convenios colectivos⁹.

En cuanto a la coincidencia temporal se han planteado importantes problemas interpretativos en relación a cuando deja de tener vigencia un convenio colectivo. El art. 86.1 ET señala que la duración de los convenios es fijada por las partes, exigiéndose la denuncia del convenio para que pierda vigencia (art. 86.2 ET). Por lo tanto, parece sencillo determinar cuál es la vigencia del convenio. Sin embargo, nuestro ordenamiento ha consagrado la prórroga automática (salvo pacto en contrario) cuando no media denuncia expresa de las partes (art. 86.2 ET); a ello se añade el problema de la

5 Vid. CRUZ VILLALON, J.: "Estructura y concurrencia entre convenios colectivos", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* N° 68, página 92.

6 Así la STSJ de Castilla-La Mancha de 4 de octubre de 2006, AS 2007/830, señala que "La regla general del art. 84.1 ET es la no afectación del convenio anterior por los posteriores de ámbito distinto. El término «afectar» presenta un campo de significado relativamente amplio dentro del que pueden destacarse las acciones de «influir», «dañar» o «perjudicar». La idea de afectación como influencia negativa o perjudicial agrupa todas las formas de concurrencia conflictiva (...). En este sentido cualquier alteración del conjunto de derechos y obligaciones que se expresa en el convenio es susceptible de determinar en principio un supuesto de afectación (...) la regulación de una materia distinta por otro convenio puede «afectar» al convenio vigente si su introducción rompe el equilibrio contractual, aunque formalmente no altere lo pactado". Doctrinalmente vid. MARTIN VALVERDE, A.: Op. cit., páginas 26 y 27; DESDENTADO BONETE, A.: "Problemas de concurrencia y articulación de convenios colectivos", en AA.VV., *Los problemas actuales de la negociación colectiva. VI Jornada de estudio sobre la negociación colectiva*, MTSS, Madrid 1994, página 154; también CATALAN PELLON, A.: "La prohibición de no concurrencia de convenios colectivos", *Aranzadi Social* N° 15 (2009).

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

8 Recordemos al respecto lo señalado por MOLINA NAVARRETE, C.: Op. cit., página 385.

9 Sobre esta exigencia vid. MARTIN VALVERDE, A.: Op. cit., páginas 35 y ss.

ultraactividad del convenio colectivo (art. 86.3 ET)¹⁰. En ambos casos estamos ante ampliaciones de la vigencia inicial del convenio. La cuestión estriba en si la prohibición de concurrencia sigue aplicándose durante ambas ampliaciones de la duración original del convenio colectivo. Al respecto debemos señalar que la posición actual del Tribunal Supremo y la jurisprudencia menor es que la prohibición de concurrencia no rige durante los períodos de prórroga automática, ni en los períodos de ultra actividad¹¹. De la misma opinión se ha mostrado la doctrina laboral¹².

En cuanto a la coincidencia espacial, objetiva y subjetiva entre los dos convenios colectivos, implica la necesidad de que o bien un convenio esté incluido en el ámbito de otro (convenio de sector nacional y convenio de empresa del mismo sector), o bien que se produzca una zona de intersección entre los ámbitos subjetivo, funcional y territorial de dos convenios colectivos¹³; si bien insistimos en que la coincidencia debe ser parcial (por ejemplo convenio de educación no universitaria y convenio de centros de educación para niños discapacitados, regulando ambos las condiciones de los trabajadores del servicio de comedor). Si la coincidencia fuese total, el problema debería resolverse bien por el principio de sucesión de convenios colectivos (art. 86.4 ET), o por la inexistencia de obligación de negociar por tratarse de revisar un convenio que aún no ha vencido (89.1 ET).

La exigencia de estas coincidencias de ámbito hace que muchas demandas sobre concurrencia de convenios se resuelvan sin aplicar el art. 84 ET, pues no hay una verdadera situación de concurrencia, sino dudas sobre cuál es el convenio aplicable a un ámbito funcional concreto; es decir, se trata en realidad del encuadramiento de la empresa en el ámbito concreto de uno u otro convenio colectivo, cuestión que se plantea normalmente por entender los trabajadores que es más favorable para sus intereses concretos otro convenio colectivo distinto al que se está aplicando¹⁴: por ejemplo, convenio de gasolineras y convenio del pequeño comercio (en España casi todas las gasolineras tienen pequeñas tiendas donde se vende desde periódicos, hasta pan), convenio de empresas de aparcamientos (playas de estacionamiento) y convenio de regulación del establecimiento limitado de vehículos en la vía pública mediante control horario, convenio colectivo de actores y el convenio de telemárketing

telefónico (cuando los trabajadores trabajan para una línea telefónica pornográfica, cuyo cometido consiste en simular voces e interpretar personajes), etc.

Debe tenerse en cuenta que la aplicación del principio de prohibición de concurrencia se ha corregido por la propia lógica de la estructura de la negociación colectiva, de manera que se aplica de una manera asimétrica¹⁵, pues este principio no tiene los mismos efectos si el primer convenio es de sector o de empresa. Cuando estamos ante un convenio de sector, primero en el tiempo, la consecuencia práctica del art. 84.1 ET es la limitación a los convenios de ámbito inferior. Pero si tenemos un primer convenio de ámbito de empresa, su existencia no va a limitar en absoluto la aplicación de convenios de ámbito superior que sean posteriores, si bien en base al art. 84 ET, el convenio inferior no se verá afectado por el superior y posterior¹⁶. En este caso el efecto del principio de prohibición de concurrencia es más débil que en el supuesto anterior, donde los efectos son mucho más estrictos.

En cuanto a los efectos de la prohibición de concurrencia poco o nada nos dice el ordenamiento, pues el art. 84 ET se limita a establecer la prohibición de afectación. En buena lógica ello supone que el convenio que tiene prioridad será la norma que resulte de aplicación en el concreto ámbito donde se produzca el conflicto. El convenio que no tiene prioridad aplicativa y que resulta rechazado por el art. 84.1 ET no resulta anulado por entrar en situación de concurrencia con un convenio anterior, sino que se produce una mera inaplicación del mismo: el art. 84 ET se limita a dar preferencia aplicativa a uno de los convenios concurrentes, pero de este precepto no se deduce la nulidad del convenio posterior. Debe aplicarse, por tanto, la mera ineficacia o inaplicación al ámbito del convenio anterior¹⁷.

De otro lado, debemos señalar que el principio de prohibición de concurrencia regulado en el art. 84.1 ET sólo se aplica a las relaciones entre convenios estatutarios, pero no interviene en las relaciones entre estos y los convenios extraestatutarios; siendo esta una opinión defendida por doctrina¹⁸ y jurisprudencia¹⁹. Cuando se produce un conflicto entre convenio estatuario y extraestatuario, este se resuelve en base al principio de jerarquía normativa, prevaleciendo el estatuario sobre el extraestatuario²⁰.

10 La ultraactividad consiste en mantener la aplicación del convenio, una vez denunciado, mientras se negocia el nuevo convenio colectivo. Es un mecanismo de protección de los intereses de los trabajadores, para evitar que la simple denuncia de un convenio suponga la pérdida de la regulación convencional sobre condiciones de trabajo.

11 S5.TS de 23 de octubre de 1995, RJ 1995\7864; cuya literalidad se reitera por la posterior de 2 de febrero de 2004, RJ 2004\1069; 17 de mayo de 2004, RJ 2004\4969. De igual manera la doctrina de los STSJ, como por ejemplo, las SSTSJ de Madrid, de 21 de mayo de 2007, AS 2007\1984; Andalucía de 11 de enero de 2007, JUR 2008\253471; País Vasco de 7 de febrero de 2006, AS 2006\1651; STSJ de 25 de abril de 2006, JUR 2006\188535; País Vasco de 11 de octubre de 2005, JUR 2006\59597; País Vasco de 12 de julio de 2005, AS 2005\2756; Cantabria de 1 de junio de 2005, JUR 2005\137440; Cantabria de 6 de abril de 2005, AS 2005\672; País Vasco de 8 de marzo de 2005, JUR 2005\198696; País Vasco de 1 de octubre de 2002, JUR 2003\41502; Asturias de 26 de enero de 2001, AS 2001\29; País Vasco de 4 de abril de 2000, AS 2000\3152; Baleares de 25 de enero de 2000, AS 2000\1045; Asturias de 14 de enero de 2000, AS 1999\6861.

12 MARTIN VALVERDE, A.: Op. cit., página 71 y ss.; SALA FRANCO, T.: "Sucesión de convenios colectivos y cambio de unidad de negociación: el deber de negociar", en AA.VV., *IV Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva. La pluralidad y sucesión de convenios y control de su cumplimiento*, MTSS, Madrid 1992, página 36; BENAVENTE TORRES, I.: "Cambio de unidad de negociación", *Revista Española de Derecho del Trabajo* N° 142 (2009), página 432, y 444 a 447; también CATALA PELLÓN, A.: Op. cit., páginas 10 y 11.

13 En estos términos, LOPEZ ANIORTE, M.C.: *La concurrencia de convenios colectivos*, Tirant lo Blanch, Valencia 1999, página 42.

14 Sobre la jurisprudencia relativa a esta cuestión, vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: "La concurrencia de convenios (...)", op. cit., páginas 31 y ss.

15 Sobre la cuestión vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: "La concurrencia de convenios (...)", op. cit., páginas 21 a 23.

16 Sobre esta situación podemos recordar lo que señalaba MERCADER UGUINA, J.R.: "vigente un convenio colectivo en un determinado ámbito, no resultará posible negociar otro de ámbito más reducido, pudiendo en cambio, concluirse otro de ámbito superior, el cual no podrá, sin embargo, aplicarse a las relaciones jurídicas disciplinadas por el precedente". "Estructura de la negociación colectiva y relaciones entre convenios", Civitas, Madrid 1994, página 173. De igual opinión MARTINEZ MORENO, C.: "Sobre el alcance y significado de la prohibición de concurrencia de convenios colectivos contenido en el artículo 84 ET", *Revista Española de Derecho del Trabajo* N° 42 (19909), página 274.

17 MARTIN VALVERDE, A.: Op. cit., página 63; CATALA PELLÓN, A.: Op. cit., páginas 20 y 21.

18 MERCADER UGUINA, J.R.: Op. cit., página 141; así como páginas 346 y ss. En contra MARTIN VALVERDE, A.: Op. cit., páginas 100 a 102.

19 Vid. las S5.TS de 2 de marzo de 2007, RJ 2007\2381; 18 de febrero de 2003, RJ 2003\3372.

20 S5.TS de 2 de marzo de 2007, RJ 2007\2381; 18 de febrero de 2003, RJ 2003\3372; SAN de 11 de octubre de 2005, AS 2006\612; SAN de 25 de abril de 2003, AS 2003\2897.

3. Carácter Dispositivo de la Regla General de Prohibición de Concurrencia o *Prior in Tempore*

El art. 84 ET en su versión original establecía una excepción a la aplicación de la regla general de prioridad temporal, excepción que se ha mantenido en la actual redacción del art. 84.1 ET: la prohibición de concurrencia se aplica salvo pacto en contrario negociado conforme a lo dispuesto por el art. 83.2 ET. Es lo que se ha denominado como concurrencia convencional²¹. Ello supone la posibilidad de que no resulte de aplicación el principio de prohibición de concurrencia por disponerlo así expresamente la propia negociación colectiva. Para ello el legislador ha previsto remitirse a lo dispuesto por el art. 83.2 ET, norma que en la actualidad establece la posibilidad de que bien por acuerdo interprofesional o en su caso a través de convenios colectivos sectoriales, los sujetos legitimados para negociar en dichos ámbitos puedan establecer otras reglas diferentes a la legalmente prevista en el art. 84.1 ET.

Esta posibilidad supone dejar que la negociación colectiva de nivel superior (acuerdos interprofesionales o convenios sectoriales estatales o autonómicos) pueda estructurar la negociación colectiva en sentido diferente de la normativa legal; para lo cual será necesario establecer reglas de concurrencia distintas al art. 84.1 ET; es decir, se establece el carácter dispositivo de la regla general legal sobre concurrencia y la posibilidad de que sea la propia negociación colectiva la que establezca reglas al respecto²². En suma, la regla general de prohibición de concurrencia cede ante la negociación colectiva de nivel superior, de manera que la regulación legal pasa a ser supletoria respecto de lo que pueda disponerse por dicha negociación colectiva de alto nivel²³. Tal como señalaba LOPEZ ANIORTE, se está facultando a los interlocutores sociales para modificar la estructura negocial de cada momento y adaptarla a sus intereses así como a las transformaciones económicas, organizativas y productivas que se vayan produciendo²⁴. Con ello se evidencia que la prioridad temporal no es suficiente para resolver todos los posibles problemas de concurrencia conflictiva.

En la práctica la posibilidad de establecer reglas sobre concurrencia de convenios a través de la propia negociación colectiva implica facilitar el impulso a un sistema de negociación colectiva en el que la relevancia de las reglas legales se reduce, de manera que se privilegia un sistema autónomo de negociación colectiva, lo que implica una autorregulación de la cuestión²⁵. Se concede así a la negociación colectiva de nivel superior la posibilidad de mantener un papel preponderante en el diseño de cuál deba ser la estructura de la negociación colectiva, pues se permite que sea la propia negociación la que se modele así misma.

Cabe advertir, no obstante, que esta posibilidad no ha sido especialmente utilizada, de manera que se ha preferido un sistema basado en la prohibición de concurrencia (que implica una alta dosis de estabilidad en la estructura negocial y en la sucesión de convenios) a establecer reglas sobre concurrencia y estructura de la negociación colectiva de carácter autónoma²⁶.

Por otra parte hay que señalar que lo previsto por el juego de los arts. 83.2 y 84.1 ET no sólo es la inaplicación de la prohibición de concurrencia, sino que supone el establecimiento de otra solución diferente a la prioridad temporal a través de negociación colectiva: el ordenamiento legal ha previsto una solución al problema, por lo que no es suficiente establecer la inaplicación de esa solución, sino que se requiere un criterio o criterios alternativos y diferentes que resuelvan el problema de la concurrencia conflictiva entre convenios de otra manera distinta. Pero, ¿qué criterios pueden ser los que deben aplicarse en estos casos? Ciertamente estos acuerdos o convenios pueden ser muy diferentes en cuanto a las posibles reglas que establezcan²⁷. En algunos casos serán reglas que están simplemente dedicadas a reforzar ciertos niveles de negociación articulándola en base a uno de dichos niveles: desde repartos materiales entre niveles o mero reparto de papeles de manera que fijadas orquillas de negociación por convenios superiores, los inferiores determinen con precisión la condición dentro de dicho margen, el principio de norma más favorable, al principio de especialidad, jerarquía, competencia material, modernidad, o, como no, norma más favorable. En todo caso debe advertirse que el hecho de poder introducir reglas alternativas al principio general de prohibición de concurrencia no significa que la única posibilidad que tiene a su disposición el acuerdo o los convenios de nivel superior sea, necesariamente, facilitar una descentralización de la negociación productiva (la regla general favorece la estabilidad, luego la excepción favorece la descentralización y la dispersión de la negociación); al contrario, la libertad con la que las partes pueden afrontar el acuerdo o convenios y los criterios de selección del convenio aplicable, pueden por igual conducirnos a un panorama de negociación flexible, como a una situación de negociación más rígida y estable.

4. La Preeminencia del Nivel de Empresa como Excepción a la Regla General

4.1 La Excepción a la Regla General

Una importante novedad que ha introducido el RD-Ley 7/2011 es la introducción de una importante excepción a la regla general de *prior in tempore*: se establece que, salvo que los acuerdos interprofesionales o los convenios estatales y autonómico del art. 83.2 ET dispongan lo contrario, los convenios de empresa tendrán prioridad

21 CASAS BAAMONDE, M.E.: "La estructura de la negociación colectiva y las nuevas reglas sobre competencias y concurrencia de los convenios colectivos", en AA.VV., coordinados por F. Valdés Dal-Re y M. E. Casas Baamonde, *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*, La Ley, Madrid 1994, página 308.

22 MARTINEZ MORENO, C.: Op. cit., página 268.

23 DESDENTEDO BONETE, A.: "Problemas de concurrencia y articulación de convenios colectivos", en AA.VV., *Los problemas actuales de la negociación colectiva. VI Jornadas de Estudio sobre la negociación colectiva*, MTSS, Madrid 1994, página 156.

24 Op. cit., página 69.

25 MOLINA NAVARRETE, C.: Op. cit., página 390.

26 BAYLOS GRAU, A.: "Unidades de negociación y concurrencia de convenios (En torno a los artículos 83 y 84)", *Revista Española de Derecho del Trabajo* N° 100 (2000), página 1460.

27 Con carácter general, vid. OJEDA AVILES, A.: "La concurrencia de convenios colectivos", *Revista de Política Social* N° 89, páginas 47 y ss.

aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, si bien sólo en relación a un listado de materias concretas.

A tenor de la literalidad del precepto, se nos está diciendo que la regulación contenida en el convenio de empresa se impone (tiene prioridad aplicativa) a los convenios de sector, ya sean estos estatales, autonómicos o de ámbito inferior. De entrada debemos reinterpretar la literalidad: dado que es una excepción al principio general, estimamos que la interpretación adecuada pasa por aceptar que aquellos convenios colectivos de ámbito sectorial, que son los primeros en el tiempo, pese a lo previsto por el art. 84.1 ET pueden verse afectados durante su vigencia por un posterior convenio colectivo, siempre que sea de empresa y actúe dentro del ámbito geográfico, funcional y temporal del convenio sectorial (el convenio de empresa debe estar dentro del ámbito del convenio sectorial). Si, por el contrario, el convenio de empresa es el primero en el tiempo, no tiene sentido la aplicación de la excepción, pues el convenio de empresa ya tiene prioridad aplicativa.

“(...) la excepción del principio de prohibición de concurrencia es dispositiva, de modo que puede evitarse a través de la negociación colectiva de nivel más alto.”

Por otra parte hay que subrayar el hecho de que el convenio de empresa va a tener prioridad aplicativa frente a cualquier convenio colectivo de ámbito sectorial; es decir, frente a los convenios sectoriales de carácter provincial o convenios de ámbito sectorial de ámbito aún inferior al provincial. El sentido de esta excepción al principio general no sólo implica favorecer a un determinado ámbito de la negociación colectiva como es la de empresa, sino permitir que cada una de las concretas empresas en nuestro país tengan la posibilidad de adaptar las condiciones de trabajo a las concretas circunstancias que tiene la empresa, sin estar maniatadas por un convenio colectivo de ámbito superior. Evidentemente esto supone que se plantee un sistema de negociación colectiva a la baja: fijadas unas condiciones en convenio sectorial, la negociación de empresa podrá reducir ciertas condiciones de trabajo para ser más competitivas.

En realidad la prioridad del convenio de empresa no es precisamente una posibilidad ilimitada, al contrario, el legislador ha establecido diferentes límites a la misma. En primer lugar, tal como hemos señalado, es factible establecer la prioridad de los convenios de empresa, pero siempre que no se hayan establecido reglas de concurrencia diferentes a través de acuerdo interprofesional o convenios sectoriales estatales o autonómicos; pues como vamos a ver, la excepción del principio de prohibición de concurrencia es dispositiva, de modo que puede evitarse a través de la negociación colectiva de nivel más alto. Esto implica que si bien se admite legalmente la prioridad aplicativa de los

convenios de empresa, esta prioridad puede evitarse a través de la propia negociación colectiva de nivel superior.

De otro lado, existe un segundo límite de carácter material: a tenor del propio art. 84.2 ET esa prioridad aplicativa del convenio de empresa se refiere tan sólo a ciertas y concretas materias enumeradas por el propio precepto, de manera que la prioridad aplicativa sólo afecta a estas cuestiones (en principio). Desde mi punto de vista en la práctica esto supone una importante alternativa a otras instituciones que ya venían existiendo en nuestro ordenamiento con la misma finalidad de flexibilizar las condiciones de trabajo pactadas por convenio, como el descuelgue salarial o la modificación sustancial de condiciones de trabajo. Estas materias son las siguientes:

- 1º La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa.
- 2º El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos.
- 3º Horario y distribución del tiempo de trabajo, así como el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones.
- 4º Sistema de clasificación profesional.
- 5º Adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por el ET a los convenios de empresa.
- 6º Medidas para favorecer la conciliación entre la vida familiar, laboral y personal. Probablemente este es el aspecto más criticable del elenco de materias en las que se da prioridad aplicativa al convenio de empresa: teniendo en cuenta, tal como hemos señalado, que en la práctica esta posibilidad implica una negociación a la baja de los derechos reconocidos en convenio sectorial superior, el efecto va a ser una disminución de derechos efectivos de los derechos de conciliación establecidos negocialmente. Ciertamente es factible que los derechos concedidos por convenio superior deberían adaptarse a través del convenio de empresa y en función de las circunstancias de cada empresa; ahora bien, lo que se está permitiendo no es una mera y simple adaptación, sino la posibilidad de reducir los derechos de conciliación pactados en convenio superior.

Estamos ante un listado cerrado, sin embargo el propio art. 84.2 ET prevé expresamente la ampliación: cuando por acuerdo interprofesional o convenios colectivos sectoriales nacionales o autonómicos (art. 83.2 ET) así se haya previsto. Se contempla la posibilidad de que estos mecanismos amplíen expresamente las materias en las que se concede prioridad aplicativa al convenio de empresa. Desde esta perspectiva el acuerdo interprofesional o los convenios sectoriales superiores no sólo pueden disponer de la prioridad de aplicación

del convenio de empresa, pudiendo eliminar dicha prioridad; sino que también pueden ampliar el ámbito de aplicación de la misma. Esta ampliación no está sujeta a límite alguno, de manera que puede incluso reconocerse hasta una prioridad aplicativa general del convenio de empresa posterior en el tiempo sobre convenios sectoriales previos.

4.2 El Carácter Dispositivo de la Prioridad de los Convenios de Empresa

El art. 84.2 ET prevé la presencia de la negociación de empresa, "Salvo que un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma negociado según el artículo 83.2 estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios (...)". Se permite, por tanto, que la negociación de nivel superior pueda desactivar lo previsto por la regla legal de preferencia del convenio de empresa.

Cuando el legislador ha dispositivizado la regla por la que se da prioridad aplicativa a los convenios de empresa lo ha hecho en base a que los acuerdos o convenios superiores puedan establecer "reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia de convenios"; por lo tanto en este punto el legislador no ha precisado cuáles pueden ser las mismas, sino que se limita a señalar que han de ser "distintas". Con ello además se afirma que el carácter dispositivo no se limita simplemente a que pueda establecerse la regla contraria a la prioridad aplicativa del convenio de empresa, desactivando lo previsto por el art. 84.2 ET; sino que los acuerdos y convenios sectoriales estatales y autonómicos pueden establecer cualquier otra regla de solución de los problemas de concurrencia. En realidad ello está en consonancia con la primera excepción al principio de prohibición de concurrencia: se admite su carácter dispositivo a través de un acuerdo o convenio sectorial superior, que, en buena lógica debe o puede establecer una regulación alternativa a lo previsto por los diferentes apartados del art. 84 ET.

El apartado segundo del art. 84 ET es una excepción al apartado primero, de modo que, cumpliendo con los límites establecidos en el art. 84.2 ET, tiene prioridad aplicativa el convenio de empresa: la lógica de la excepción no es otra que imponerse a la regla general. Ahora bien, hemos de señalar la existencia de un elemento que distorsiona este análisis: tanto la regla general como su excepción son normas dispositivas. Esto supone, en la práctica, que el art. 84.1 ET contiene una excepción a la regla general, pues es dispositiva; y la excepción del art. 84.2 ET puede ser desarticulada por ser dispositiva.

Este hecho puede hacer que en base al art. 83.2 ET y en función de la propia remisión a dicha norma establecida por el art. 84.1 ET, los acuerdos interprofesionales o los convenios sectoriales estatales o autonómicos establezcan reglas sobre concurrencia, y estas resulten contrarias o simplemente distintas a

la preferencia aplicativa de los convenios de empresa prevista en el art. 84.2 ET. Si se plantea una situación de estas características, no cabe más remedio que admitir la preeminencia de lo dispuesto por el acuerdo interprofesional o los convenios sectoriales de ámbito estatal o autonómico.

Podría argumentarse en contra que la intención del legislador con la regla prevista en el art. 84.2 ET es favorecer la negociación colectiva a nivel de empresa, pero también hemos de tener en cuenta lo señalado literalmente por el propio precepto, que si bien favorece la negociación a nivel empresarial, comienza señalando que la regla se aplicará "Salvo que un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de Comunidad Autónoma negociado según el artículo 83.2 estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios (...)". En consecuencia con esta literalidad, hay que señalar que la excepción al principio de prohibición de concurrencia también es dispositiva para la propia negociación colectiva, de manera que un acuerdo interprofesional o un convenio nacional o autonómico pueden disponer de lo previsto por el art. 84.2 ET y negar la prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto de los sectoriales.

4.3 Extensión de la Prioridad Aplicativa a los Convenios de Grupo de Empresas

Para terminar con el análisis de este nuevo apartado debemos señalar que el legislador ha tenido en este caso en cuenta a los convenios de grupo de empresas, de manera que el nuevo art. 84.2 ET establece que la prioridad que se predica respecto los convenios de empresa, también resulta de aplicación a los convenios de grupo de empresa o convenios de una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominalmente identificadas. A tenor de la literalidad del precepto se está aplicando la misma ("igual") prioridad respecto de estos convenios; por lo que debemos entender que dicha prioridad se refiere en relación a los convenios sectoriales que sean primeros en el tiempo; de manera que aún cuando el convenio de grupo de empresa sea posterior, tenga prioridad respecto de las mismas materias antes señaladas. Entendemos que el resto de reglas que acompañan a este principio de prioridad de los convenios de empresa son también aplicables a los convenios de grupo, especialmente la posibilidad que tienen los acuerdos interprofesionales o convenios sectoriales autonómicos y estatales de disponer de este principio. De otro lado, también es claramente aplicable a los convenios de grupo la posibilidad de que por la misma vía de acuerdos y convenios autonómicos o estatales, pueda ampliarse el conjunto de materias en las que se admite la prioridad aplicativa del convenio de empresa (en este caso de grupo).

Lo que no aclara el precepto es la relación que puede establecerse entre un convenio de grupo y un convenio de una de las empresas que forma parte del grupo²⁸. En principio, de la literalidad del precepto

28 Sobre la cuestión y con anterioridad a la reforma laboral de este año, se analizaba esta cuestión en el trabajo de MARIN ALONSO, I. e IGARTUA MIRO, M.T.: "Reflexiones en torno a la negociación colectiva en los grupos de empresa: legitimación y concurrencia de convenios", *Relaciones Laborales* Tomo I de 2001, páginas 639 y ss.

parece que no resulta de aplicación la prioridad del convenio de empresa en este caso, pues la prioridad aplicativa sólo se predica respecto del convenio sectorial estatal autonómico o sectorial de ámbito inferior, sin que de la regulación se deduzca expresamente que esa misma prioridad pueda sostenerse frente a un convenio de grupo de empresa. En consecuencia debería ser de aplicación lo previsto en la regla general: la prioridad temporal como criterio que dilucida la situación de concurrencia de convenios colectivos; en buena medida esta era justamente la respuesta más seguro bajo la regulación anterior, rechazando la aplicación del principio de jerarquía y de norma más favorable y apostando por el *prior in tempore* y en su caso la suplementariedad²⁹.

5. La Concurrencia Descentralizadora como Excepción a la Regla General

5.1 Punto de Partida: El Fallido Intento de Potenciar la Negociación Autonómica

La regulación anterior a la reforma establecía una excepción al principio de prohibición de concurrencia similar a la vigente, que tenía como elementos fundamentales los siguientes: un convenio colectivo, que se aplica como primero en el tiempo y que tiene un ámbito superior a la empresa, puede verse afectado por un convenio posterior y cuyo ámbito si bien es superior al de empresa, resulta ser inferior al primer convenio. Lo que planteaba esta norma era la posibilidad de que los convenios superiores y anteriores pudieran resultar afectado por convenios inferiores y posteriores, siempre que éste último tenga un ámbito superior a la empresa. Tal como señaló la doctrina laboral, esta posibilidad suponía consagrar el principio de prioridad "lex posterior et inferior"³⁰. Lo que pretendía el legislador con esta regulación era facilitar un ámbito de negociación colectiva a nivel de Comunidad Autónoma³¹; se pensaba así no sólo favorecer a dicho ámbito y obtener como resultado un ámbito autonómico de relaciones laborales. Sin embargo, la redacción del precepto no había sido precisamente la más adecuada para conseguir dicha finalidad, pues permitía que cualquier convenio de ámbito superior a la empresa y posterior, pudiese afectar a un convenio todavía superior y anterior en el tiempo: con ello se vigorizaba el papel del nivel más discutido y denostado de la estructura de la negociación colectiva, el provincial. Tal como ya tuve ocasión de afirmar con anterioridad, resultaba "más fácil que un convenio provincial afecte a un autonómico, que un autonómico pueda afectar a un convenio nacional"³². Por lo tanto, si la intención del legislador había sido la de favorecer el juego de los convenios autonómicos frente a los nacionales, en la práctica se estaba facilitando el predominio de los provinciales sobre los autonómicos y nacionales.

De otro lado, la exigencia de una mayoría especialmente cualificada para la aprobación del

convenio concurrente también dificultaba la puesta en práctica de esta posibilidad: tal como señalaba el antiguo apartado segundo del art. 84 ET se exigía "el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora", lo cual supone una mayoría superior a la ordinaria exigida por el ordenamiento a la hora de aprobar el convenio colectivo. En la práctica esto suponía involucrar en estos convenios afectantes no sólo a los sindicatos más representativos a nivel de Comunidad Autónoma, sino también a los nacionales, siendo evidente que éstos últimos podrían tener importantes recelos ante una derogación parcial de lo que ellos mismos habían acordado a nivel nacional.

5.2 Las Modificaciones de la Regulación Legal de la Concurrencia Descentralizadora

Con la nueva redacción del art. 84.3 y 4 ET se insiste en la idea originaria de flexibilizar la negociación colectiva por la vía de potenciar un ámbito autonómico de negociación colectiva, pero corrigiendo en buena medida los errores de la redacción anterior. Se mantiene así otra excepción al principio de prioridad temporal a la hora de resolver los conflictos de concurrencia, favoreciendo en este caso a otro ámbito concreto de la negociación colectiva, en este caso la negociación a nivel de Comunidad Autónoma.

La redacción actual de precepto (art. 84.3 ET) señala que aquellos sujetos con legitimación para negociar de conformidad a los arts. 87 y 88 ET, podrán "en el ámbito de una Comunidad Autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal". Se plantea, por lo tanto, la posibilidad de que los acuerdos o convenios de un concreto ámbito, el autonómico, puedan afectar a lo dispuesto por acuerdos o convenios de otro ámbito concreto, el nacional. Con ello se suprime la difícil y compleja literalidad procedente de la reforma de 1994 y que tantos quebraderos de cabeza había generado al impulsar en la práctica a la negociación a nivel provincial.

Dado que estamos ante una excepción al principio general de prohibición de concurrencia, el art. 84.3 ET debe ser entendido en el siguiente sentido: un convenio nacional, primero en el tiempo, puede ser afectado por un convenio autonómico que es posterior. La situación contraria no requiere de una norma especial, pues se resolvería a través del *prior in tempore*.

El legislador ha mantenido en la redacción actual las mismas limitaciones al juego de este principio que ya existían bajo la regulación anterior: la exigencia de una mayoría cualificada a la hora de aprobarse el convenio concurrente y un conjunto de límites materiales.

En cuanto a la primera de las exigencias, se requiere obtener un respaldo equivalente a la mayoría exigida para constituir la comisión negociadora. La literalidad del art. 84.3 ET en este punto es idéntica a la de la

29 Vid. MARIN ALONSO, I. e IGARTUA MIRO, M.T.: Op. cit., páginas 639 y 640.

30 CASAS BAAMONDE, María Emilia: "La estructura de la negociación ...", op. cit., página 313.

31 BAYLOS GRAU, A.: Op. cit., página 1471.

32 GORELLI HERNÁNDEZ, J.: Op. cit., página 40.

anterior redacción del art. 84 en su segundo párrafo. Por lo tanto, se mantiene el régimen jurídico anterior y se exige que el convenio sea aprobado por una mayoría igual a la exigida para constituir la comisión negociadora (regulada en la actualidad por el art. 88.2 ET³³) y no la mayoría simple de cada una de las dos representaciones (regulada en el art. 89.3 ET³⁴). Con esta redacción se mantiene una dificultad interpretativa procedente de la normativa anterior, pues no se habla de exigencia de voto favorable al convenio, sino de obtener “el respaldo”; ahora bien, tal como señaló la doctrina laboral, parece adecuado entender que con esa expresión el legislador se refiere a la aprobación del convenio pactado, de manera que el respaldo se plasma en una mayoría cualificada de aprobación³⁵. Por lo tanto, se requiere para que el convenio autonómico posterior pueda concurrir y afectar al nacional anterior en el tiempo, que aquél sea aprobado por sindicatos que representen como mínimo a la mayoría absoluta de los miembros de comité de empresa y delegados de personal; así como que sea aprobada por asociaciones empresariales que representen a la mayoría de los afectados por el convenio y además den ocupación a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio.

De otro lado, se establece una segunda exigencia de carácter material, pues en los supuestos de concurrencia descentralizadora el propio art. 84.4 ET ha establecido una reserva material a favor del previo convenio colectivo nacional, de manera que el convenio colectivo autonómico posterior no tendrá prioridad sobre los mismos, así el art. 84.4 ET señala que en los supuestos de concurrencia descentralizadora, ciertas materias no son negociables por el convenio autonómico posterior. Resalta el carácter prohibitivo de la norma, que se proyecta sobre cuáles pueden ser los efectos de la regulación autonómica que infringe lo previsto por el art. 84.4 ET: no podemos hablar de simple ineficacia de la regulación, tal como señalábamos al analizar la regla general de prohibición de concurrencia, sino de nulidad de aquellos preceptos del convenio que entran a regular una materia que le corresponde a un convenio de nivel estatal y anterior en el tiempo³⁶. Téngase en cuenta que la técnica utilizada por el legislador es la inversa a la del art. 84.2 ET: en este último precepto se establecían materias que se declaraban abiertas a la concurrencia del posterior convenio de empresa; ahora el art. 84.4 ET lo que hace es lo contrario: declarar que hay materias en las que no es posible la afectación.

Con el establecimiento de una reserva material el legislador, pese a admitir la concurrencia descentralizadora, viene a manifestar la necesidad de que se reserve un conjunto de materias que deben regularse de una manera unitaria

u homogénea para todo el sector. Es decir, de un lado se está reconociendo legalmente la posibilidad de flexibilizar la estructura de la negociación, pero de otro lado se admite la necesidad de establecer para ciertas materias una regulación estándar y homogénea para todo el sector³⁷.

En cuanto a las materias sobre las que no se admite, en principio, la concurrencia descentralizadora, son las siguientes: el período de prueba, las modalidades de la contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas sobre prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica.

“(…) se admiten dos importantes excepciones (…): la preferencia por la negociación colectiva de empresa (…) y la prioridad de los convenios autonómicos posteriores sobre los nacionales previos(…)”

En todo caso hay que advertir que aún cuando se ha establecido un listado de materias concretas y determinadas reguladas por el convenio nacional, a las que no podría afectar la regulación establecida por un posterior convenio autonómico, puede inactivarse la prohibición a través de acuerdo o convenio colectivo regulado según lo previsto por el art. 83.2 ET: tal como literalmente señala el art. 84.4 ET, se establece una reserva material a favor del convenio nacional y primero en el tiempo, “salvo que resultare de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal negociado según el art. 83.2”. Es decir, de nuevo la regulación legal sobre reglas de concurrencia resulta tener carácter dispositivo, al igual que el resto de reglas contenidas en el art. 84 ET. Si acaso hay una importante diferencia respecto de las otras situaciones de disponibilidad: que la norma legal es dispositiva para acuerdos interprofesionales o convenios nacionales, excluyéndose (y ello parece absolutamente lógico y justificado) al convenio autonómico como vía para activar el carácter dispositivo de la norma legal.

5.3 Carácter Dispositivo de la Concurrencia Descentralizadora y las Relaciones Internas con otras Reglas sobre Concurrencia

Al igual que ocurre con el resto de reglas legales sobre concurrencia entre convenios, esta regla tiene carácter dispositivo: tal como señalar el art. 84.3 ET, cabe la concurrencia descentralizadora, “Salvo pacto en contrario negociado según el artículo 83.2”. Teniendo en cuenta esta regulación podemos decir que el legislador ha

33 A tenor de esta nueva redacción la comisión negociadora quedará válidamente constituida cuando los sindicatos, federaciones o confederaciones y asociaciones empresariales representen como mínimo, respectivamente, a la mayoría absoluta de los miembros de comités de empresa y delegados de personal, y a empresarios que ocupen a la mayoría de los trabajadores afectados por el convenio.

34 El art. 89.3 ET al regular la mayoría ordinaria de aprobación de un convenio se refiere al voto favorable de la mayoría de cada una de las dos representaciones que integran la comisión negociadora del convenio.

35 En este sentido MOLINA NAVARRETE, C.: Op. cit., página 401.

36 En este sentido las SS.TS de 19 de julio de 2007, RJ 2008\293; 7 de noviembre de 2005, RJ 2006\1302. También las SS.TSJ de Andalucía de 16 de julio de 2009, AS 2009\1937; Castilla-La Mancha de 15 de junio de 2006, AS 2006\2121. Doctrinalmente vid. BENAVENTE TORRES, I.: Op. cit., página 443.

37 CASAS BAAMONDE, María Emilia: “La estructura de la negociación ...”, op. cit., página 314.

fijado una normativa de carácter legal perfectamente suficiente para resolver los conflictos de concurrencia entre convenios. Establece un principio general de prioridad temporal, pero se admiten dos importantes excepciones establecidas también con carácter legal: la preferencia por la negociación colectiva de empresa (al menos para determinadas materias) que pese a ser posterior puede imponerse a los convenios sectoriales; y la prioridad de los convenios autonómicos posteriores sobre los nacionales previos (como veremos, también sólo respecto determinadas materias). Pero todas estas reglas legales son dispositivas para la negociación colectiva de nivel superior, para los acuerdos interprofesionales y convenios nacionales y autonómicos; de esta manera el legislador, pese a incidir sobre la estructura de la negociación colectiva a través de las reglas sobre concurrencia, permite que sean los interlocutores sociales los que puedan regular tanto la estructura como la concurrencia, cediendo de esta manera a la propia negociación colectiva de nivel superior la capacidad para regular tan relevante cuestión.

Desde este punto de vista el legislador ha impulsado la negociación de carácter autonómica, favoreciendo que pueda imponerse a los convenios nacionales cuando estos han sido los primeros en establecer condiciones de trabajo. Además, el carácter privilegiado que alcanzan los convenios autonómicos no sólo deriva de que puedan tener esta prioridad aplicativa sobre los estatales, sino que esta posición se refuerza al impedir que los convenios provinciales o interprovinciales puedan invadir el ámbito de aplicación de los autonómicos. No obstante, al tener la excepción carácter dispositivo, es perfectamente posible que a través de la vía establecida en el art. 83.2 ET se obvie esta prioridad del convenio autonómico.

Debemos resaltar el hecho de que el art. 83.2 ET prevea que los acuerdos interprofesionales establezcan la estructura de la negociación o reglas sobre concurrencia de conflictos; pero también admite que estas reglas sean establecidas por convenios de ámbito estatal o autonómico; con lo cual se puede presentar una situación en la que el convenio autonómico aprobado con los requisitos exigidos por el art. 84.3 ET establezca una situación de concurrencia descentralizada respecto del convenio nacional; pero el convenio nacional, a su vez, establezca reglas de concurrencia (ex art. 83.2 ET) contrarias a la prioridad de los convenios autonómicos. En este caso, ¿cuál de las dos regulaciones sobre concurrencia debe aplicarse? Bajo la regulación anterior la cuestión se había resuelto jurisprudencialmente

a favor de la prevalencia de lo previsto en el art. 84 apartado 2º y 3º³⁸.

¿Debemos mantener la anterior opinión? Entiendo que no, pues la nueva regulación supone en este punto (relación entre la posibilidad de acudir al art. 83.2 ET para regular reglas de concurrencia y la existencia de la concurrencia descentralizada como excepción al principio general de prohibición de concurrencia) un cambio radical: la posición jurisprudencial que acabamos de señalar se basaba en la propia redacción del art. 84 ET en su párrafo segundo, donde se establecía una fórmula de la que podía deducirse que esta regla tenía prioridad sobre la regulada en el art. 83.2 ET: "En todo caso, a pesar de lo establecido en el artículo anterior (...)". Sin embargo, la nueva redacción plantea justamente lo contrario: que a pesar de lo previsto en el art. 84.3 ET que regula la concurrencia descentralizadora, es factible que la negociación impida la aplicación de este principio: "Salvo pacto en contrario según el art. 83.2 (...) podrán, en el ámbito de una Comunidad Autónoma, negociar acuerdos o convenios que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal (...)". Por lo tanto, el cambio de literalidad supone una alteración en la interpretación de las relaciones entre ambos preceptos. De otro lado, hemos de señalar también a cuál es la pretensión perseguida por el legislador con el cambio de regulación: ciertamente se ha previsto una serie de reglas que ponen de manifiesto una preferencia del legislador por ciertos niveles de negociación: pero al mismo tiempo se han dispositivizado la regulación legal a favor de la negociación de nivel superior, favoreciendo el propio legislador la posibilidad de que sean los interlocutores sociales los que regulen finalmente esta cuestión. Finalmente no tiene el más mínimo sentido haber establecido una regla de dispositivización de la normativa legal a favor de la negocial, para acabar entendiendo que la regulación legal se impone a la negocial. Por lo tanto, para que pueda actuar la concurrencia descentralizadora no puede estar exceptuada en base a lo previsto por el art. 83.2 ET.

Por otra parte, en el ámbito de las relaciones internas entre las diferentes reglas del art. 84 ET debemos señalar también las existentes entre la concurrencia descentralizadora (art. 84.3 y 4 ET) y la preferencia por la negociación de empresa (art. 84.2 ET). A tenor de ambos preceptos, resulta que la concurrencia descentralizadora permite la afectación del convenio sectorial estatal por los autonómicos, y a su vez, ambos pueden verse afectados (con las limitaciones antes señaladas) por el convenio de empresa.

38 Vid. en este sentido lo señalado por la STS de 17 de octubre de 2001, RJ 2002\3075: "No cabe duda que los mandatos que recogía y recoge el referido art. 83.2 han resultado afectados por la nueva redacción del art. 84, párrafo segundo, pues éste ha reducido y limitado el alcance y extensión de aquellas disposiciones. Puede sostenerse que este nuevo párrafo segundo del art. 84 ha venido a implantar fórmulas de dirigismo contractual que ponen de manifiesto la preferencia hacia ciertos niveles de negociación de ámbito reducido. Este art. 84, párrafo segundo, ha estatuido, por razones de carácter político un sistema de descentralización contractual que restringe las facultades que el art. 83.2 ha venido concediendo a los convenios colectivos y a los acuerdos interprofesionales (...) el párrafo segundo del art. 84 concede una preferencia aplicativa al convenio inferior posterior, siempre que sea de ámbito superior a la empresa y en cuanto a las materias que no sean las que se exponen en el párrafo tercero de este art. 84. Siendo claro, como se ha dicho, que el mandato establecido en la norma comentada (párrafo segundo del art. 84) «no es disponible a través de los instrumentos contractuales ahí mencionados, siendo ineficaces los pactos en contrario, sea cuales fueren sus ámbitos territorial y funcional». La redacción y expresiones de este párrafo segundo del art. 84, sobre todo las frases «en todo caso» y «a pesar de lo establecido en el art. anterior», dejan patente que, en primer lugar, esta disposición prevalece sobre el número 2 del art. 83; y, en segundo lugar, que se trata de un precepto de derecho necesario que obligatoriamente ha de ser respetado, no pudiendo ser rectificado mediante convenios colectivos o acuerdos interprofesionales». En idénticos términos las SS.TS de 16 de febrero de 2010, 19 de julio de 2007, RJ 2008\293; 1 de junio de 2005, RJ 2005\7320; 26 de enero de 2004, RJ 2004\1373; 27 de marzo de 2003, RJ 2003\5163; 3 de noviembre de 2000, RJ 2000\9631; también en la jurisprudencia de la Audiencia Nacional, podemos ver las SS.AN de 5 de diciembre de 2004, JUR 2004\205567; 20 de noviembre de 2003, AS 2003\501; o la SAN de 24 de abril de 2002, AS 2002\2698. De igual manera los Tribunales Superiores de Justicia, SS.TSJ de Andalucía de 30 de septiembre de 2009, JUR 2009\460275; Canarias de 28 de marzo de 2008, AS 2008\1646; Andalucía de 17 de mayo de 2006, AS 2007\1845; Cataluña de 14 de febrero de 2006, JUR 2006\213402; Cataluña de 8 de febrero de 2006, AS 2006\1909; Andalucía de 10 de abril de 2003, AS 2003\2371; Galicia de 30 de mayo de 2002, AS 2002\1645; País Vasco de 27 de febrero de 2001, AS 2001\1279; Galicia de 31 de octubre de 2000, AS 2000\3745. Un amplio comentario sobre esta línea jurisprudencial puede verse en CABEZA PEREIRO, J.: "Sobre la concurrencia descentralizadora de convenios y sus efectos en el convenio o acuerdo afectados. A propósito de la STS de 22 de septiembre de 1998", *Aranzadi Social* N° 6 de 1999, página 569 y ss.

6. Conclusiones

El primer dato que emana de la reforma en materia de concurrencia, es que ha supuesto ante todo un mantenimiento del criterio general de prohibición de concurrencia, del *prior in tempore*. Ahora bien, su papel como principio general que resuelve las situaciones y conflictos de concurrencia conflictiva de convenios (dejamos fuera de esta conclusión la existencia de principios aplicativos como la complementariedad, supletoriedad o suplementariedad que se aplican en situaciones de concurrencia no conflictiva) se encuentra cada vez más cuestionado por el propio ordenamiento.

En este sentido se han potenciado nuevos ámbitos de negociación que salen reforzados a través de nuevas reglas de concurrencia conflictiva, que funcionan como excepciones a la aplicación del principio general: de un lado se impulsa la negociación colectiva a nivel de empresa con lo establecido en el art. 84.2 ET. Es evidente que una de las pretensiones del legislador es favorecer la mejor y más fácil adaptación de la negociación a las concretas circunstancias y situaciones de la empresa y para conseguirlo se da prioridad aplicativa a los convenios de empresa sobre los previos convenios sectoriales, al menos sobre determinadas materias. A esta regla sobre concurrencia debemos unir el hecho de que se ha mantenido tanto la regulación del descuelgue como de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo, instrumentos introducidos por la reforma de 1994 y que se facilitaron aún más con la reforma laboral flexibilizadora introducida el año pasado por la Ley 35/2010. De hecho, en estos momentos el empresario tiene dos vías de negociación diferente a las que acudir para conseguir esa adaptación a la situación de la empresa: negociar un convenio de empresa o negociar un acuerdo de empresa. Hay, por lo tanto, un florecimiento de instituciones dirigidas a favorecer esa adaptabilidad que es uno de los objetivos más importantes de la reforma.

Por otra parte, el legislador ha favorecido expresamente al ámbito de negociación colectiva autonómica, de nuevo a través de otra regla sobre concurrencia de convenios que altera lo previsto por la norma general. Con ello se consigue uno de los objetivos que ya estaban en la reforma de 1994, pero que (debido a la pésima calidad técnica del precepto), no se había alcanzado e incluso se había obtenido el efecto contrario. Con la redacción actual se ha depurado el art. 84 ET para facilitar la creación de ese ámbito autonómico de relaciones laborales, permitiendo que el convenio de Comunidad Autónoma pueda afectar al previo convenio estatal, si bien exigiendo una mayoría específica de aprobación y creando una reserva material en la que no puede entrar el convenio autonómico.

No obstante, aún cuando se hayan establecido nuevas reglas legales sobre concurrencia, debemos tener en

cuenta que el propio legislador ha previsto de manera expresa que todas esas reglas legales del art. 84 ET son dispositivas: se aplican salvo pacto en contrario negociado conforme al art. 83.2 ET. Es decir, pese a la intención legal de favorecer la negociación de empresa y la autonómica frente al principio de conservación de la estructura negocial preexistente que deriva de la aplicación del “*prior in tempore*”, se concede a la propia autonomía colectiva (a través de acuerdos interprofesionales o convenios de ámbito superior) inaplicar las reglas legales para establecer las propias normas sobre concurrencia y articulación de convenios colectivos.

En realidad el carácter dispositivo puede tener efectos muy diferentes sobre la regulación de la concurrencia entre convenios:

- En primer lugar, ese carácter dispositivo afecta también a la regla general, a la prohibición de concurrencia de convenios o *prior in tempore*, de manera que el art. 83.2 ET puede también funcionar en la dirección de flexibilizar la estructura de la negociación colectiva, disminuyendo los efectos de ese objetivo de estabilidad que se busca con el art. 84.1 ET³⁹.
- En segundo lugar, el carácter dispositivo supone que a través del art. 83.2 ET se puede evitar tanto la descentralización a nivel de empresa como a nivel autonómico, manteniendo la prohibición de concurrencia como criterio único para resolver los conflictos.
- De otro lado este carácter dispositivo también significa que la autonomía colectiva puede establecer reglas totalmente diferentes a las previstas legalmente obviando tanto el “*prior in tempore*” como la descentralización.
- Más aún, la nueva regulación del art. 84 ET permite profundizar en el efecto descentralizador buscado por el legislador, pues tanto el art. 84.2 in fine como en el art. 84.4 ET permiten que a través de los acuerdos interprofesionales o convenios sectoriales se incrementen las materias que pueden ser objeto de afectación por el convenio de empresa y por el convenio autonómico.

Si a todo ello le unimos que hay diferentes preceptos del ET que otorgan al convenio sectorial nacional la preferencia para regular diferentes cuestiones relativas a ciertas modalidades contractuales, llegaremos, en definitiva, a la conclusión de que la regulación actual sobre concurrencia está bastante más diversificada, permitiendo el juego de principios de ordenación de la estructura convencional diferentes, lo que favorece la existencia de un sistema de relación entre los distintos niveles de negociación que puede llegar a ser tremendamente abierto e incluso mutable 