

El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?

The end of the prevalence of the company agreement in salary matters: point of arrival or departure?

Jesús R. Mercader Uguina

Universidad Carlos III de Madrid

ORCID ID: 0000-0001-6301-6788

doi: DOI: <https://doi.org/10.20318/labos.2022.6643>

Resumen: La reciente reforma laboral ha suprimido la prioridad aplicativa del convenio de empresa respecto del convenio colectivo sectorial, aunque únicamente en lo que se refiere a las condiciones retributivas. En el resto de condiciones laborales, para las que se preveía dicha prioridad, entre otras la distribución del tiempo de trabajo o la adaptación de la clasificación profesional, seguirá siendo de aplicación preferente el convenio colectivo de empresa. La efectos que la referida supresión en la negociación preexistente ha recomendado la incorporación de una norma transitoria para facilitar su progresiva y gradual aplicación. Todas estas cuestiones así como también los efectos de la conservación de los elementos esenciales de la regla de concurrencia de convenios que establece el art. 84 ET, son objeto de un análisis detenido en el presente estudio.

Palabras clave: Prioridad aplicativa del convenio de empresa, convenios sectoriales, concurrencia de convenios, salario, estructura de la negociación colectiva.

Abstract: Recent labour reform has ended the prevalence of the company agreement in salary respecto the sectoral agreement. In the rest of labour conditions (among others, distribution of working time or the professional classification system), the company's collective agreement will continue to be applied preferentially. The effects of the aforementioned suppression in the pre-existing negotiation have recommended the incorporation of a transitory rule to facilitate its progressive and gradual application. All these questions as well as the effects of the conservation of the essential elements of the rule of concurrence of agreements established by art. 84 ET, are the subject of a detailed analysis in this study.

Keywords: Application priority of the company agreement, sectoral agreements, concurrence of agreements, salary, structure of collective bargaining.

jesus.mercader@uc3m.es

I. Razones para una reforma: El uso desviado de la regla de preferencia aplicativa del convenio de empresa: Unidades de negociación oportunistas y representaciones sospechosas

Constituye la regla de solución de conflictos de concurrencia de convenios, consagrada por el art. 84 desde la primera redacción del Estatuto de los Trabajadores, una pieza vertebradora esencial del entero modelo de negociación colectiva y, por qué no decirlo, un instrumento de notabilísima importancia a la hora de orientar la conformación centralizada o descentralizada de la estructura convencional de nuestro país. Es por ello más que evidente que, por mucho que desde algún sector doctrinal se defendiera la exquisita neutralidad de la intervención legal en esta materia, lo cierto es que la conquista de este enclave estratégico en el vasto territorio de lo convencional haya sido, desde su inicial redacción, el ansiado objetivo de las numerosas reformas legales que se han producido a lo largo de sus años de vida. Dominar esta posición suponía y supone, por extensión, establecer las reglas que regulan el tráfico convencional y fijar los términos en los que debería resolverse la preferencia de paso en caso de conflicto en los complejos y frecuentes cruces de caminos que abarcan la amplia extensión de la negociación colectiva estatutaria.

Como se puso de manifiesto con motivo de la reforma laboral del 2012, en el debate sobre preferencia de la negociación sectorial o empresarial entran en juego visiones plurales en las que lo económico, lo sindical y lo social en su conjunto se mezclan, en ocasiones, con no muy definidos contornos¹. Por ello, probablemente uno de los contenidos de aquella reforma que ha sido blanco de las más aceradas críticas ha sido, precisamente, el art. 84.2 Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET). Dicho precepto, como es de sobra conocido, venía a establecer la posibilidad de que los convenios de empresa, aún durante la vigencia de un convenio sectorial de cualquier nivel, fijasen ciertas condiciones de trabajo con prioridad aplicativa respecto de otros convenios sectoriales.

En este punto era taxativa la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, Ley 3/2012) en su Exposición de Motivos: “*La anterior reforma del mercado trabajo también pretendió incidir en la estructura de la negociación colectiva, otorgando prioridad aplicativa al convenio de ámbito empresarial sobre otros convenios en una serie de materias que se entienden primordiales para una gestión flexible de las condiciones de trabajo. (...) La novedad que ahora se incorpora va encaminada, precisamente, a garantizar dicha descentralización convencional en aras a facilitar una negociación de las condiciones laborales en el nivel más cercano y adecuado a la realidad de las empresas y de sus trabajadores*”.

La citada regla no suponía, conviene recordarlo, una atribución de preferencia absoluta e incondicionada de los convenios de empresa en relación con lo establecido en los convenios de ámbito superior sino, únicamente, una preferencia limitada o condicionada en las concretas materias que expresamente le atribuye la Ley siempre que la concurrencia se produzca durante el tiempo de vigencia del convenio de ámbito superior. La regla legal de prioridad aplicativa del Convenio de empresa en determinadas materias fue validada constitucionalmente por las SSTC 119/2014 y

¹ Para un análisis de las distintas fases de la evolución normativa del art. 84.1 ET, me permito remitir a J. R. MERCADER UGUINA, *Concurrencia de convenios colectivos y transformaciones en la estructura de la negociación colectiva*, en SANGUINETTI RAYMOND, W. CABERO MORÁN, E. (Coords.), *Sindicalismo y democracia. El Derecho Sindical Español del Profesor Manuel Carlos Palomeque treinta años después*, Granada, Comares, 2017, pp. 741-757. En particular, sobre el alcance de la reforma del 2012, *La empresa como nuevo centro de gravedad de la estructura de la negociación colectiva: La reforma de la Ley 3/2012*, en GARCÍA-PERROTE, I., MERCADER UGUINA, J.R., *La regulación del Mercado Laboral. Un análisis de la Ley 3/2012 y de los aspectos laborales del Real Decreto Ley 20/2012*, Valladolid, Lex Nova, 2012, pp. 419 a 455. Más recientemente, me he ocupado de esta cuestión en “*El incierto futuro de la preferencia aplicativa del convenio de empresa en tiempo de reformas*”, en A. DE LA PUEBLA PINILLA y J. R. MERCADER UGUINA (Dir.), *Tiempo de reformas. En busca de la competitividad empresarial y de la cohesión social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, pp. 449-469.

8/2015. En ellas el Tribunal Constitucional subraya la inexistencia de un modelo constitucional predeterminado de negociación colectiva, reconociendo que el 37.1 CE encomienda al legislador su garantía limitándose a señalarse quienes son los titulares del derecho, y establece la eficacia del resultado de la actividad negocial. En este extenso margen de libertad de configuración, resulta legítima tanto una política legislativa que se decante por la prioridad del convenio colectivo sectorial o supraempresarial, como aquella que opte por la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, pues unos y otros son producto de la negociación colectiva entre sujetos legitimados para ello. La Constitución no impone ni una negociación colectiva “centralizada” (de carácter general o sectorial) ni tampoco una negociación colectiva “descentralizada” (de empresa). Ambos modelos resultan constitucionalmente legítimos. La anterior conclusión también fue subrayada por el Tribunal Supremo en su STS de 26 de marzo de 2014 (R^o 129/2013).

Pero la realidad y el uso desviado de la regla de prioridad aplicativa del convenio de empresa han contribuido a devaluar aún más, si cabe, la deteriorada imagen del art. 84.2 ET, por cuanto la misma ha servido para desarrollar huidas estratégicas del marco sectorial a través de la creación tanto de unidades de negociación “oportunistas”² como por la intervención de sujetos “sospechosos”³ en la conclusión de convenios en este ámbito.

En efecto, un primer argumento que se utilizó habitualmente para fundamentar y defender la desaparición de la regla que dota de preferencia aplicativa al convenio de empresa era que los convenios nacidos tras la reforma del 2012 habían contribuido a fijar salarios más bajos que los preexistentes. Tal afirmación tiene consistentes fundamentos pero exige, como todo en la vida, matices.

Como ha señalado Gimeno⁴, “el promedio salarial de las unidades de negociación que ya existían en el momento de aprobación del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, resultan muy similares a las que había antes de dicho cambio legislativo. Por el contrario, el salario medio pactado en los convenios colectivos firmados después de 2012 correspondientes a empresas o grupos de empresas que firman su primer acuerdo de esta clase, es claramente inferior al que se venía estableciendo en los años anteriores. De esta forma, parece que efectivamente, tal y como se advirtió desde diversos ámbitos (sindicales, académicos, políticos) la reforma laboral no ha servido tanto para dinamizar la negociación colectiva que ya existía, sino para que se generen nuevos acuerdos en empresas para competir por medio de salarios más bajos”. Y añade, “esos datos demuestran que la reforma laboral ha generado una nueva oleada de convenios colectivos de ámbito empresarial o de grupo de empresas que, aprovechando las posibilidades de prioridad aplicativa que concede la redacción dada al art. 84.2 ET por la reforma de 2012, han fijado salarios en niveles claramente inferiores a lo que venía haciéndose”. Sin embargo, concluye, “no puede afirmarse a la vista de los datos obtenidos en este estudio que dicha reforma haya debilitado con carácter general la negociación colectiva de empresa en materia de salarios, pues el comportamiento post-reforma de las unidades que existían con carácter previo a la modificación legislativa es muy similar antes y después de la misma”.

No puede, por tanto, afirmarse con la rotundidad que la reforma llevara consigo una devaluación salarial a nivel de empresa con carácter general. Si bien miramos, son las unidades nacidas al calor de la reforma del 2012 las que han deformado sus fines. Por el contrario, las empresas y

² Concepto que tomo de P. GIMENO DIAZ DE ATAURI, *Determinación del salario y estructura de la negociación*, en GOERLICH PESET, J.M. (Dir.), *Evolución de los contenidos económicos de la negociación colectiva en España*, Madrid, CCNCC, 2018, pp. 163, aunque él habla de forma más genérica de la aparición de “empresas oportunistas”.

³ C. ALFONSO MELLADO (Coord.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Madrid, Lefebvre El Derecho, 2016

⁴ P. GIMENO DIAZ DE ATAURI, *Determinación del salario y estructura de la negociación*, cit., pp. 164-165 y 169. Conviene subrayar que esas conclusiones se alcanzan tras un estudio en el que se evalúa, entre otras cosas, el salario efectivo de trabajadores de tres niveles (técnico cualificado, cualificado no técnico, no cualificado) en casi 2.000 convenios colectivos de muy diversos sectores de la economía.

sectores que poseían convenios de empresa y centro de trabajo desde hace largo tiempo no han intervenido en dicho proceso sino que han mantenido los niveles retributivos preexistentes.

Un segundo argumento que sirvió para apoyar las propuestas de reforma y, en algunos casos, de supresión de la regla del art. 84.2 ET, se fundamentaba en el efecto de la creación de unidades artificiales de negociación en la medida en que detectaron numerosos convenios en centros de trabajo que difícilmente justifican un convenio propio, concretamente en centros de unos 10 o menos trabajadores, incluso de 6 o 7 trabajadores. Como ha destacado Alfonso Mellado, cabría hablar así de gran número de convenios “sospechosos”, firmados por un solo representante de los trabajadores, generalmente no afiliado. En muchos casos, continúa, “el firmante es un delegado no afiliado, es más, esto es lo predominante en estos casos. Existen algunos problemas de legitimación pero el problema esencial es la falta de garantía de que las representaciones laborales firmantes, aunque formalmente se ajusten a la legalidad, realmente hayan actuado como genuinos representantes de los trabajadores, hayan seguido un procedimiento de negociación suficiente y hayan tenido capacidad en él de resistirse a las imposiciones empresariales”⁵, los Tribunales han realizado una importante tarea de depuración de estos convenios, aplicando el principio de correspondencia, entre otros argumentos.

Aunque es constante y reiterada la afirmación de que los convenios de empresa han producido un incremento de la tradicional atomización existente en nuestro país, lo cierto es que los datos no refrendan esa conclusión. Aunque se ha producido una reducción del tamaño medio de empresa con convenio propio lo cierto es que, en este momento, la dimensión media ronda los 200 trabajadores, cifra que habla por sí misma de los matices que requiere la anterior conclusión. Bien es cierto, sin embargo, que las unidades de negociación nacidas al calor de la reforma laboral muestran una tendencia a definir entornos de negociación de más reducida dimensión. Los convenios de nuevas unidades de negociación son de empresas notablemente más pequeñas que las preexistentes.

II. Antecedentes reformadores y núcleos del debate durante el proceso de diálogo social

Las anteriores razones animaron sucesivas propuestas de reforma normativa del art. 84.2 ET a lo largo de los últimos años. Las mismas respondieron a diversas también líneas de pensamiento, pero todas ellas tuvieron un común denominador: la eliminación o el establecimiento de severas restricciones en la definición de los contenidos de los convenios de empresa.

Un primer ejemplo de esta realidad se puso de manifiesto en la Proposición de Ley 125/000020 por la que se deroga la reforma laboral aprobada mediante Ley 3/2012, de 6 de julio, presentada por el Parlamento de Navarra. La misma proponía una redacción alternativa de los apartados 1 y 2 del artículo 84. Según la redacción que se propone el apartado 1 quedaría redactado del siguiente modo: “Un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en convenios de ámbito distinto, salvo pacto en contrario negociado conforme a lo dispuesto en el art. 83.2”. Mientras que el apartado 2 obtendría esta nueva redacción: “Salvo que un acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal o de comunidad autónoma, negociado según el art. 83.2, estableciera reglas distintas sobre estructura de la negociación colectiva o concurrencia entre convenios, la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias (...)”, reproduciéndose, seguidamente, el listado que contempla la vigente regulación.

Una segunda línea de reforma del art. 84.2 ET vino de la mano de la Proposición de Ley 122/000225 de modificación del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se

⁵ C. ALFONSO MELLADO (Coord.), *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, cit.

aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, al objeto de fortalecer la negociación colectiva en la regulación de las relaciones laborales, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. Era la redacción del apartado 2 del art. 84 ET, como decimos, la que encontraba una modificación más intensa al proponerse su redacción en los siguientes términos: “La regulación de las condiciones de trabajo contenidas en un convenio colectivo de ámbito supraempresarial vigente, establecerá derechos mínimos para los trabajadores bajo su ámbito de aplicación sobre las siguientes materias:

Por otro lado, en las Propuestas del PSOE 8 de febrero de 2016, “Medidas urgentes de derogación de la reforma laboral” y, más en concreto, “Medidas para recuperar el equilibrio en las relaciones laborales reformando la regulación de la negociación colectiva en la reforma laboral de 2012”, la propuesta era la: “Supresión de la prioridad absoluta del convenio de empresa sobre los convenios de ámbito superior que solo se mantendrá cuando no exista pacto en contrario en convenios sectoriales de ámbito superior”. Pero desde aquellas afirmaciones, los términos del debate se fueron matizando y, como seguidamente veremos, se pasó de la supresión absoluta a la introducción de matices hasta, en fin, la práctica conservación del esquema regulador.

Con los referidos antecedentes se abrió el periodo de diálogo social que ha desembocado en la reforma del art. 84.2 ET en la que se centra el presente estudio. Y es que, como señala la Exposición de Motivos III del Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo (en adelante, RDL 32/2021), la “negociación en la Mesa de Diálogo Social” ha sido el instrumento fundamental que ha permitido el debate y, finalmente, el consenso necesario “para hacer efectivo el necesario paquete de reformas, con vocación de permanencia y asentada en una clara voluntad colectiva”. Desde de marzo de 2021 se vinieron sucediendo numerosas reuniones entre Gobierno, UGT, CC.OO y CEOE-CEPYME para dar forma al contenido de esta reforma. La evolución de los distintos documentos que desde ese inicial momento se vinieron sucediendo da buena cuenta, en esta y en todas las materias, de las líneas de reflexión que se siguieron. En esta materia desde el primer momento se observaron varios frentes de posible reforma: (i) El mantenimiento de la estructura y contenidos del art. 84 ET. (ii) La delimitación de los concretos contenidos sobre los que debía proyectarse el principio de prioridad aplicativa de los convenios de empresa. (iii) La disponibilidad por los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 ET de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa. (iv) La imperatividad de las materias no negociables en el ámbito de una comunidad autónoma cuando juega la regla del art. 84.3 ET.

Tal y como señalamos, la lógica general del art. 84 ET no fue objeto de textos que afectaran a la misma y el núcleo fundamental de sus posibles cambios se centró en el contenido y en el alcance de la regla de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa. Por un lado, en lo que se refiere a sus contenidos, la materia salarial se situó, desde el principio, en un primer término. En esta materia, los textos fueron fluctuando desde la conservación matizada de la preferencia aplicativa (“La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa. En ningún caso, estos podrán ser inferiores a los establecidos los convenios sectoriales que resultasen de aplicación”), hasta la desaparición de la preferencia en esta materia, como finalmente ha sucedido.

Igualmente, durante el proceso de diálogo social el listado de materias sobre los que se proyectaba la preferencia aplicativa buscó ser modulado. De este modo, en algún momento se propuso que la redacción de la preferencia en relación con el abono o la compensación de las horas extraordinarias contemplaba el apartado b) del art. 84.2, fuera matizada (“La elección entre abono o la compensación de las horas extraordinarias. No se entenderán incluidas en esta prioridad aplicativa la retribución ni la duración del tiempo de descanso compensatorio por hora extraordinaria”) o que se establecieran precisiones en relación con el horario y la distribución del tiempo de trabajo,

proponiéndose que se añadiera a la referida preferencia que en la misma “no se entendiera incluida “la duración de la jornada”. Igualmente, en el terreno de las precisiones también se propuso que el apartado correspondiente a las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal incluyese la “corresponsabilidad” y que se precisase que tales objetivos debieran alcanzarse “a través de los correspondientes planes de igualdad, de carácter obligatorio o voluntario. En todo caso, estas medidas deberán respetar lo previsto, en su caso, en el ámbito sectorial de referencia”. Por último, a lo largo de este proceso se proponía hacer desaparecer las referencias a “la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa” y a “aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2”.

La imperatividad de la preferencia del convenio de empresa sobre los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET fue cuestionada en numerosas sesiones del proceso de diálogo que ha dado a luz el RDL 32/2021. De ello queda constancia en diversos documentos en los que se incorporaban redacciones en las que se apostaba por incorporar una regla de alcance dispositivo: “Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado”. Los riesgos de una regla de este alcance eran significados y ello porque el convenio de empresa se situaba en una posición precaria y dependiente de las orientaciones que a nivel centralizado se decidían en cada momento, estableciendo por esta vía la ley una relación de jerarquía implícita entre los distintos convenios colectivos y dado que las, en la práctica, grandes organizaciones sindicales y empresariales monopolizan los niveles superiores de negociación, el efecto será probablemente que estas organizaciones se reserven en exclusiva la determinación de la estructura y organización de la negociación, dejando a niveles inferiores la capacidad de negociar solo lo que aquéllas le permitan⁶.

En algún momento del debate se propuso también eliminar del texto vigente del art. 84.4 ET la expresión “y salvo que resultare de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo de ámbito estatal negociado según el art. 83.2”, en relación con las materias no negociables en el ámbito de una comunidad autónoma.

Una vez puesto en marcha el proceso negociador y desde el momento en que empezaron a tomar forma las distintas alternativas, los distintos documentos fueron contemplando una regla específica para la aplicación transitoria de la modificación del art. 84 ET prevista en esta norma, cuya redacción se ha mantenido estable hasta el punto de no sufrir variación alguna desde que la misma se incorporó a los debates y hasta que la misma ha terminado por convertirse en la DT 6ª del RDL 32/2021.

III. El resultado de la reforma: La eliminación de la primacía del convenio de empresa en el ámbito salarial

1. Los importantes efectos de la conservación de las reglas generales sobre concurrencia de convenios

1.1. La conservación de la regla general de concurrencia del artículo 84.1 ET

El art. 84.1 ET regula el principio de no concurrencia entre convenios colectivos en los siguientes términos: “un convenio colectivo, durante su vigencia, no podrá ser afectado por lo dispuesto en

⁶ Riesgos que apunté en su momento, J. R. MERCADER UGUINA, *Estructura de la negociación colectiva y concurrencia de convenios en el RDL 7/2011*, en I. GARCÍA-PERROTE y J.R. MERCADER, *La reforma de la negociación colectiva. Real Decreto Ley 7/2011, de 10 de junio*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 98

convenios de ámbito distinto salvo pacto en contrario”. Este criterio de prioridad temporal deriva del principio “pacta sunt servanda”, puesto que el convenio es, antes que norma, un contrato y si existe un contrato vigente y válido entre dos partes, el mismo ha de ser cumplido y respetado por el término pactado.

El citado precepto se basa en un criterio de prioridad temporal y conlleva la prioridad aplicativa del convenio colectivo anterior en el tiempo frente al convenio colectivo posterior concurrente. No obstante, la citada regla cuenta con excepciones, como la indisponible prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa en una serie de materias sobre el convenio colectivo sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tal y como establece el art. 84.2 ET. Además de lo anterior, el principio de no concurrencia es dispositivo para los acuerdos interprofesionales, los convenios colectivos sectoriales estatales y autonómicos previstos en el art. 83.2 ET.

Tras la reforma de 2021 se mantiene vigente el papel ordenador de la negociación de ámbito sectorial con los importantes matices que incorpora el art. 84.2 ET. La figura del acuerdo marco interprofesional y, por extensión, de los “convenios o acuerdos colectivos sectoriales, de ámbito estatal o autonómicos”, regulados en el art. 83.2 ET, es el instrumento elegido por el legislador para efectuar tareas de coordinación centralizada de la negociación colectiva en nuestro país. Tal opción no deja lugar a dudas, si se analiza el contenido del art. 84 ET, precepto que se encuentra transversalmente recorrido por las permanentes referencias al art. 83.2 ET: “*salvo pacto en contrario negociado conforme a lo dispuesto en el art. 83.2*” (art. 84.1), “*salvo pacto en contrario negociado según el art. 83.2 ET*” (art. 84.3 ET), o, en fin, “*y salvo que resultare de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo de ámbito estatal negociado según el art. 83.2*” (art. 84.4 ET).

No obstante, es importante precisar, por las razones que posteriormente apuntaremos, que las reglas de ordenación y articulación de la negociación colectiva no afectan, como no podía ser de otra manera, a la subsistencia de las unidades de negociación sobre las que la referida regla de ordenación negocial se proyecta. A tal fin, el Tribunal Supremo ha venido exceptuado de la regla general de concurrencia las unidades de empresa ganadas cuando entran en situación de ultraactividad, precisamente, para proteger esas unidades de negociación preexistentes frente a su absorción por las de ámbito superior (entre otras, STS de 17 de mayo de 2004, R^o 101/2003). La tesis jurisprudencial sobre la impermeabilización de la unidad de negociación fundamenta la protección de la unidad de negociación preexistente frente a su absorción por las de ámbito superior cuando la negociación de sustitución está activa o, por expresarlo de otro modo, existe una “expectativa de negociación”. En palabras de las STS de 30 de diciembre de 2015 (R^o 225/2014), “la protección legal de la unidad de negociación no se refiere a un convenio aislado, sino a la unidad de negociación delimitada históricamente por la sucesión temporal de diversos convenios”

1.2. La conservación del régimen de articulación de los convenios estatales con los autonómicos y provinciales (art. 84.3 y 4 ET)

Aunque parece que esta cuestión ha estado presente a lo largo de los debates que se han desarrollado a lo largo de los últimos meses y que a tenor de las noticias de prensa parece que siguen estando sobre la mesa⁷, el RDL 32/2021 conserva, igualmente, la redacción del art. 84.3 ET que permi-

⁷ Como ponen de manifiesto, por ejemplo, diversos artículos publicados en el diario “El País” como *el gobierno plantea dar más peso a los convenios autonómicos frente a los estatales*, 15 de diciembre de 2021, en el que se afirma que: “partidos nacionalistas como el PNV o ERC podrían plantear que solo apoyan la reforma laboral en el congreso si se relanzan los convenios autonómicos sus votos podrían resultar decisivos para la aprobación de la reforma”. más claramente, se subraya en el artículo de publicado el 3 de enero de 2022, *ERC*

te excepcionar la regla de concurrencia exclusivamente a los convenios colectivos de Comunidad Autónoma que afecten a lo dispuesto en los de ámbito estatal siempre, salvo pacto en contrario negociado según el art. 83.2 ET, que haya sido acordado por sujetos legitimados (art. 87 ET) y que cumplan los requisitos de mayoría exigidos por el art. 88 ET para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación.

No es esta, en todo caso, una cuestión nueva. Conviene recordar que ya desde el propio debate parlamentario en el que se dio a luz el Estatuto de los Trabajadores en 1980, se puso de manifiesto la importancia estratégica de esta pieza normativa. Dicho debate se centró, de forma además muy virulenta, en la preferencia de lo estatal sobre los marcos autonómicos de relaciones laborales. Estado y Comunidades Autónomas eran en suma los ejes de un duro enfrentamiento entre los partidarios de un modelo de negociación colectiva centralizada de base estatal y los opositores a lo que en aquél calificaban la “dictadura de los acuerdos marco”, al imponerse imperativamente desde los niveles estatales condiciones a los convenios autonómicos.

De igual modo, y aunque también fuera objeto de discusión la imperatividad de las materias no negociables en el ámbito de una comunidad autónoma cuando juega la regla del art. 84.3 ET, el art. 84.4 ET sigue reservando a la negociación sectorial estatal materias tales como: el periodo de prueba, modalidades de contratación, clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, régimen disciplinario, normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y movilidad geográfica. Con anterioridad, las materias del acuerdo o convenio colectivo de ámbito superior no negociables en el acuerdo o convenio colectivo de ámbito superior al de empresa no incluían la jornada máxima anual y, aunque se excluían las modalidades de contratación, se permitía negociar los “aspectos de adaptación al ámbito de la empresa”. Finalmente, la referencia se hacía únicamente a los “grupos profesionales” y no al conjunto de la “clasificación profesional”.

Como se observa en algunas de ellas, se produce una articulación distributiva por la propia Ley, tal es el caso de la reserva de las “modalidades de contratación” al ámbito estatal y su concreción en el ámbito de la empresa a través de la “adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por la presente Ley a los convenios de empresa”. Lo mismo ocurre con la “jornada máxima anual de trabajo” y su adaptación en el ámbito de la empresa a través del “horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones” y de las “medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal”. O, en fin, la “clasificación profesional” remitiendo al nivel empresarial “la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores”.

La integración de ambos sistemas debería haber permitido obtener un modelo bastante bien perfilado de articulación de la negociación colectiva de base, como venimos señalando, bipolar, una vez la Ley ha dejado campo abierto a la negociación de empresa. Pero lo cierto es que la referida regulación “no ha tenido prácticamente ningún impacto, sin que ello haya alterado las unidades negociables existentes en el conjunto de los sectores productivos, que haya impulsado la emergencia de nuevos ámbitos autonómicos, ni haya provocado efectos de menor protagonismo de los convenios estatales frente a los tradicionalmente existentes en el ámbito autonómico”⁸.

No faltan, sin embargo, ejemplos en los que la articulación se ha dirigido desde los niveles estatales de negociación como es el caso del I Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva (BOE de 22 de marzo de 2016) y sus sucesores, en concreto el II Convenio colectivo estatal

exige que primen los convenios autonómicos para apoyar la reforma laboral del gobierno o en el de 20 de enero de 2022, *el PNV se aleja del acuerdo sobre la reforma laboral y complica las opciones del gobierno para sacarla adelante*, en el que se afirma que: “el PNV, se niega en redondo a dar su apoyo si no se incorpora al acuerdo su principal exigencia: la prevalencia del convenio autonómico sobre el estatal”.

⁸ Como pone de manifiesto J. CRUZ VILLALON, *Los convenios colectivos autonómicos en su relación de concurrencia con el resto de los ámbitos negociables*, NET21, 2022, nº 8.

del sector laboral de restauración colectiva (BOE de 18 de junio de 2019) y el III Convenio colectivo estatal del sector laboral de restauración colectiva para los años 2020 y 2021 (BOE de 14 de mayo de 2021), que han mantenido su misma lógica. En este caso, el Convenio sectorial estatal, en uso de los poderes reguladores para la ordenación de la negociación colectiva establecidos en los artículos 83.2 y 84 ET, procedió a vertebrar la estructura convencional del sector y, para ello, establece un programa para sincronizar su vigencia con el de aquellos convenios de ámbitos territoriales autonómicos o inferiores preexistentes. Unas facultades que quedaron confirmadas primero por la STS 13 de marzo de 2018 (R^o 54/2017) y, más tarde, por la STS 13 de enero de 2021 (R^o 191/2019).

Otro ejemplo de este debate lo encontramos en caso del I Acuerdo Marco autonómico vasco en el ámbito de la hostelería por concurrir irregularmente con el V Acuerdo Laboral Estatal de Hostelería. Al ser éste de vigencia previa en su negociación y publicación, deviene el Acuerdo Marco autonómico inaplicable por concurrencia prohibida de conformidad con lo establecido en el art. 84.1 ET, al no existir la excepción asumible prevista en los puntos 3 y 4 del mismo art. 84 ET. Entiende la STSJ País Vasco 26 de octubre de 2017 (R^o 19/17), que procede la ineficacia aplicativa o inaplicación, pero que no queda anulado, pues si ha sido válidamente negociado, por mucho que afecte o invada a un convenio colectivo o acuerdo marco previo, deberá tener un sentido y realidad no prohibidos. Una doctrina que fue confirmada posteriormente por la STS 25 de abril de 2019 (R^o 40/2018), si bien, entre las alegaciones de los recurrentes, se pretendía introducir en el debate procesal el Acuerdo Interprofesional en relación con la estructura de la negociación colectiva en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco.

2. El fin de la preferencia aplicativa del convenio de empresa en materia salarial

2.1. La dimensión material del artículo 84.2 ET: Lo que deja, lo que añade y lo que elimina la reforma laboral

La reforma laboral no solo no pone fin a la prioridad aplicativa del convenio de empresa sino que, por las razones antedichas, viene a confirmar el marco jurídico regulador diseñado por el legislador del 2012 al conservar su esencia y lógica. Una esencia y una lógica que parte del carácter de norma de derecho necesario absoluto del art. 84.2 ET y del hecho de que la prioridad aplicativa se produce aunque las condiciones del convenio de empresa no sean más favorables que las del convenio de sector ante el que se antepone.

Sobre las anteriores bases, el ET mantiene la referida prioridad en materias tan significadas como las referidas en los apartados a), b) y c) del art. 84.3 ET: “el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos”; “el horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones” y “la adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de los trabajadores”.

Conserva, igualmente, prioridad aplicativa “la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa” si bien, en este caso, tras el inicial “desliz” que la redacción del RDL 32/2021 daba al art. 84.2 d) ET y que venía, probablemente de manera inadvertida, a extender su ámbito de actuación a “la adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios colectivos”. Dada la sustantividad del error, el mismo no pudo ser subsanado por la vía de corrección de errores y ha tenido que ser corregido por el artículo cuatro del Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero, por el que se modifican la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito; la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y

empresas de servicios de inversión; y el Real Decreto 1559/2012, de 15 de noviembre, por el que se establece el régimen jurídico de las sociedades de gestión de activos, en relación con el régimen jurídico de la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, que viene a conservar su inicial redacción limitando su radio de acción a las competencias de adaptación atribuidas, exclusivamente, a los “convenios de empresa”. Una modificación que, aunque razonablemente justificada, encuentra en la norma que la acoge un nuevo episodio de camuflaje normativo.

Dado que, como puede observarse, las adiciones normativas son escasas, merece destacarse la incorporación del concepto “corresponsabilidad” al contenido de la preferencia que, hasta el momento, quedaba referida, genéricamente, a las medidas para favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. De este modo, la preferencia del art. 84.2 e) ET se extiende ahora a “las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal”. Una anexión que no está huérfana de significado en la medida que la corresponsabilidad supone dotar de un plus a la finalidad que persiguen todas las medidas de conciliación. No se trata ya únicamente de favorecer que las personas trabajadoras, cualquiera que sea su sexo, puedan conciliar su vida laboral con las exigencias y necesidades de carácter familiar, objetivo que por sí mismo merece la tutela del ordenamiento. Se trata, más allá de esa finalidad, de conseguir que las responsabilidades familiares sean asumidas de forma equilibrada por los trabajadores de ambos sexos, de forma que los instrumentos laborales de conciliación se utilicen de forma indistinta por trabajadores y trabajadoras. Con esa finalidad, las normas laborales pueden incentivar, promover y fomentar que los hombres utilicen los instrumentos de conciliación. Pero, sobre todo, se trata de evitar que la conciliación suponga una consolidación del papel de la mujer como cuidadora y principal responsable de las necesidades familiares.

Finalmente, el apartado g) del art. 84.2 ET sigue conservando la posible extensión de contenidos que gocen de prioridad y que pueda proceder de los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el art. 83.2 ET. De este modo, se abre la puerta a que los niveles centralizados de negociación amplíen el listado de materias para los que se conserva la referida preferencia de los convenios de empresa. Una puerta que, aunque presumimos no será abierta con regularidad, sí posibilita el desarrollo de una descentralización centralmente coordinada o, si se prefiere, una descentralización organizada que permita, de este modo, un reajuste de la estructura de la negociación colectiva, orientada desde los niveles superiores, a través del reparto de tareas y en función de las capacidades negociadoras.

Con todo, aunque, como venimos señalando, es más lo que se conserva que lo que se pierde, la reforma brilla por una significativa desaparición de listado de materias que define la prevalencia incondicionada de los convenios de empresa y que, por otra parte, sirve para dotar de contenido a la reforma en esta materia: la desaparición de la preferencia en relación con la “cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa”. Tal y como hemos analizado en páginas anteriores, fue este un contenido que se mantuvo permanentemente en cuestión a lo largo del proceso de diálogo social y que, aunque buscó conservarse a través de finos equilibrios, al final ha quedado borrado del texto de la reforma.

La razón de ello puede encontrarse en la Exposición de Motivos y no es otro que evitar que la “descentralización de los convenios colectivos no provoque un efecto devaluador de costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas, y aporte flexibilidad en la medida adecuada”. En suma, a través de la limitación de la preferencia en esta materia se busca conseguir un equilibrio entre la flexibilidad que otorga el convenio de empresa y las garantías del convenio sectorial que, como hemos señalado, viene a configurarse como el referente en materia salarial. Una solución que conecta con la reforma del art. 42.6 ET en materia de contratas y subcontratas y, en última instancia, con un signo orientador global de la reforma que mira los ámbitos sectoriales de negociación como espacios más garantistas de regulación.

Es importante tener presente que los Tribunales ya habían venido considerado que el convenio de empresa pese a tener atribuida preferencia en materia de “cuantía” no podía modificar la “estructura salarial”. Tal afirmación se materializaba en que no podría ampararse en la referida preferencia⁹ la alteración por un convenio colectivo de empresa de la estructura salarial del convenio colectivo sectorial –cuáles son los complementos salariales y extrasalariales, el número de pagas anuales, etc.–, ni la supresión de complementos salariales o extrasalariales regulados en la norma convencional sectorial. Tampoco se permitía la alteración de la definición del complemento en cuestión o la fijación de criterios para su devengo distintos de los establecidos en el convenio sectorial ni, en fin, una cuantificación de los referidos complementos igual a cero.

La eliminación de la prioridad aplicativa en materia salarial es ahora, tras la eliminación de la preferencia en materia de cuantía salarial, completa. Ello pone fin también a algunos episodios que habían buscado ese mismo resultado por otras vías. Tal es el caso del enjuiciado por la STSJ de Navarra de 30 de julio de 2014 (R^o 124/2014). La sentencia se refería a la regulación contenida en el convenio de Comercio de Alimentación de Navarra que vino a establecer una jornada laboral de 1734 horas de trabajo efectivo, reducida a 1.540 horas para toda la plantilla de aquellas empresas que, por aplicación de un Convenio de diferente ámbito (esto es, también uno de ámbito empresarial), abonaren a sus trabajadores una retribución inferior a la establecida en las tablas salariales del Convenio Sectorial. Pues bien, en este supuesto una interpretación estricta permitió al Tribunal negar que el convenio sectorial tratara de modificar la prioridad aplicativa, con apoyo en una literalidad legal que no parece impedir la posibilidad de utilizar la cuantía salarial como referente para regular la jornada efectiva, como hizo el convenio sectorial impugnado.

Es evidente que con esta fórmula se cierra la vía a los convenios “oportunistas” que busquen crear estratégicamente unidades empresariales de negociación para establecer salarios a la baja. No obstante, los ajustes salariales a nivel de empresa siguen pudiendo encontrar técnicas específicas de adaptación a través de los descuelgues del art. 82.3 ET mediante acuerdo colectivo con solución arbitral final que conserva su regulación sin modificación o cambio alguno, al igual que por vía de las modificaciones sustanciales ex art. 41 ET que, aunque estuvo sobre la mesa de diálogo social su posible reforma, se ha mantenido, igualmente, incólume tras la reforma laboral de 2021.

Para concluir este apartado es preciso recordar que el listado de materias del art. 84.2 ET ha sido interpretado restrictivamente por nuestros Tribunales. Como recordó inicialmente la Audiencia Nacional en la SAN 1 de diciembre de 2014 (sentencia 90/2014)¹⁰ y, posteriormente, confirmó la STS 1 de abril de 2016 (R^o 147/2015), la tarea fundamental que resulta del art. 84.2 ET es la de precisar qué preceptos convencionales de un concreto convenio de empresa encajan en los conceptos que sucesivamente utiliza el propio apartado en las letras a) a f), para a continuación afirmar la prioridad aplicativa de los que encajen y rechazarla respecto de los que no encajen. Esta enumeración de materias que, como ha recordado la STS 2 de diciembre de 2020 (R^o 86/2019) “no se configura con carácter absoluto”, lleva a nuestros Tribunales a sostener que la determinación de la norma convencional aplicable en cada una de ellas no resulta de una comparación de convenios a fin de decidir cuál es más favorable, ni de modo global ni por bloques temáticos, sino que resulta de la designación que la ley hace para cada materia concreta.

⁹ STS 1 de abril de 2016 (R^o 147/2015).

¹⁰ Al respecto, F.J. GOMEZ ABELLEIRA, *Comentario a la Sentencia de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 2014: la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial*, Trabajo y Derecho, 2015, n^o 3, p. 127. Un repaso de gran interés a la jurisprudencia resultante tras la reforma de 2012 del artículo 84 ET puede encontrarse en E. LOPEZ TERRADA, *Nuevos puntos críticos sobre la prohibición de concurrencia de convenios colectivos, su término final y sus excepciones*, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 48 (2018).

2.2. El artículo 84.2 ET como norma de ordenación de la estructura de la negociación colectiva: Consecuencias de la nueva regulación

La regla del art. 84.2 ET continúa estableciendo que: “*la regulación de las condiciones establecidas en un convenio de empresa, que podrá negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior, tendrá prioridad aplicativa respecto del convenio sectorial estatal, autonómico o de ámbito inferior en las siguientes materias (...)*”.

La imperatividad de la preferencia del convenio de empresa sobre los acuerdos y convenios del art. 83.2 ET en las materias concernidas fue, como hemos señalado anteriormente, cuestionada en numerosas sesiones del proceso de diálogo que ha dado a luz el RDL 32/2021. De ello queda constancia en diversos documentos en los que se incorporaban redacciones en las que se apostaba por incorporar una regla de alcance dispositivo: “*Los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2 podrán disponer de la prioridad aplicativa prevista en este apartado*”. Lo cierto es que durante los debates que se produjeron en esta materia dicha posibilidad quedó finalmente excluida.

Intacta, por tanto, la regulación legal preexistente, el art. 84.2 ET sigue configurándose como una excepción a la regulación general de la prohibición de concurrencia, excepción que, en la normativa hoy vigente, es un pilar fundamental para la comprensión de la estructura de la negociación colectiva, cual es el de la prioridad aplicativa del convenio de ámbito empresarial o de grupo de empresas o pluralidad de empresas identificadas y vinculadas organizativamente sobre los convenios sectoriales estatales, autonómicos o de ámbito inferior. Se trata de una norma de derecho necesario absoluto¹¹, de modo que esta prioridad aplicativa se produce en todo caso, aunque sólo en determinadas materias que hayan sido pactadas en norma convencional de ámbito empresarial y sin que los convenios sectoriales estatales, autonómicos o de ámbito inferior puedan disponer de la citada regla.

La norma establece con claridad que la preferencia del convenio de empresa en las materias que seguidamente lista se produce “durante el período de vigencia de un convenio de ámbito superior”. De este modo, cabe interpretar que la reserva de negociación que la ley otorga al convenio de empresa queda limitada durante dicho período, exclusivamente, a las citadas materias, sin que pueda extenderse a otras no listadas so pena de incurrir en la concurrencia prohibida. Es evidente que la prohibición de concurrencia no rige con un convenio en situación de ultraactividad (art. 86.3 ET) lo que significa que un convenio colectivo en esta situación no está protegido por la prohibición de concurrencia y puede, por tanto, ser afectado por otro convenio en cualesquiera materias.

La anterior interpretación viene avalada por la importante STS de 5 de octubre de 2021 (Rº 958/2021). En ella el Tribunal Supremo reitera que la prohibición de concurrencia establecida como regla general en el art. 84.1 ET se extiende durante “*la vigencia inicial prevista en el convenio o prorrogada expresamente por las partes, pero no al periodo posterior a tal vigencia, una vez el convenio ha sido denunciado, conocido como de vigencia ultraactiva*”. Una conclusión distinta, dice la propia sentencia, supondría la “petrificación” de la estructura de la negociación colectiva y sería contraria a un sistema de libre negociación, en tanto que quedarían predeterminadas externamente las unidades correspondientes¹² que reiteró que la garantía del art. 84.1 ET no resulta aplicable en esa situación de ultraactividad del Convenio Colectivo.

¹¹ Tal y como la califica la STSJ País Vasco 26 de octubre de 2017, Rº 19/17 con cita de pronunciamientos anteriores en la misma línea.

¹² STS de 2 de febrero de 2004, Rº 3069/2002 y 17 de mayo de 2004, Rº 101/2003

2.3. La Disposición Transitoria 6ª del RDL 32/2021: Una norma abierta a diferentes alternativas de aplicación confiadas a la autonomía de las partes sociales.

2.3.1. Transitoriedad de la reforma de 2021 frente a la ausencia en las reformas de 1994, 2011 y 2012

Las reformas que antecedieron a la actual (1994, 2011 y 2012) se han venido encontrando huérfanas de reglas transitorias que ordenasen, en sus distintas acepciones, la forma de entrada en vigor de los cambios por ellas producidos en las reglas de estructura de la negociación colectiva y, muy en particular, en relación con los que fueron integrando el contenido del art. 84 ET. Ejemplo de ello fue la última de todas ellas, que integraba la regla de prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa en las concretas materias que enumera el art. 84.2 ET en los términos que ahora son objeto de reforma. En consecuencia, la entrada en vigor de aquella nueva redacción del precepto se produjo de manera inmediata y, por tanto, desde el mismo momento de su entrada en vigor, el 12 de febrero de 2012 sin que produjera efecto retroactivo alguno. Así lo vino a subrayar la STS 26 de marzo de 2014 (Rº 129/2013), que afirmó la irretroactividad de la norma lo que suponía que, a partir de su entrada en vigor, los convenios colectivos que se suscriban han de respetar lo dispuesto en la misma, es decir, la prioridad aplicativa del convenio de empresa para las concretas cuestiones que enumera el art. 84.2 ET manteniendo plena vigencia aquellas cláusulas de los convenios que, aun no respetando la prioridad aplicativa del convenio de empresa, se suscribieron con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la referida reforma.

Rompiendo con la anterior tradición, la del 2021 establece una regla transitoria para permitir una progresiva adaptación de la nueva regla, creada por omisión, esto es, la eliminación de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa en materia salarial. Esta formulación en negativo, tan incómoda siempre para el jurista, viene a dotar de un nuevo espacio de competencia reguladora a los convenios colectivos sectoriales estatales, autonómicos o de ámbito inferior que, hasta el momento, tenían imperativamente proscrita la referida materia por lo que su entrada en vigor está llamada a producir importantes efectos en la regulación de esta materia en los niveles centralizados de negociación al recuperarse para ese espacio una materia que, como la cuantía salarial, había estado hasta ahora proscrita por mandato legal.

La eliminación de la prioridad del convenio de empresa en materia salarial entró en vigor el 31 diciembre 2021 y, por tanto, rige para todos los convenios que se registren a partir de esa fecha. Del mismo modo, los instrumentos convencionales que se negocien al amparo del art. 83.2 ET gozan de carácter imperativo en materia de “cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa”, si bien su plena efectividad queda condicionada a lo establecido en la Disposición transitoria sexta del RDL 32/2021 (*Aplicación transitoria de la modificación del artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores prevista en esta norma*), que prevé un plazo de adaptación amplio para que el referido proceso de reordenación negocial se lleve a cabo.

De acuerdo con la misma:

- 1. Sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el artículo 84.1, la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto por el presente real decreto-ley resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley.*
- 2. Las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores no podrán tener como consecuencia la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando las personas trabajadoras.*

3. *Los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores por la presente norma en el plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición.*

Para proceder a su adecuada interpretación resulta interesante desgajar su contenido.

2.3.2. ¿Qué convenios se ven afectados por la regla transitoria?

La regla transitoria parte de una premisa de enorme importancia: “Sin perjuicio de la preferencia aplicativa dispuesta en el art. 84.1 (...)”. Aunque la expresión “sin perjuicio” utilizada en una norma legal aterra al jurista, lo cierto es que atendiendo exclusivamente a su sentido gramatical dicha expresión debe ser entendida, según el Diccionario de la Lengua Española, como “dejando a salvo”, Esto es, la regulación que a partir de esa afirmación contiene el apartado 1º de la DT 6ª no puede ir contra de esa concreta regla que queda, de este modo, salvaguardada.

Ello supone que las unidades de negociación que hubieran nacido al amparo de la regulación precedente mantienen plena autonomía y carácter soberano siempre que lo hubieran hecho en aplicación de la regla *prior in tempore*, esto es, de acuerdo con lo establecido en el art. 84.1 ET. Y es que, como doctrinalmente se ha señalado, “una vez denunciados los convenios de empresa, aunque hubieran mantenido la prioridad aplicativa en los anteriores términos del art. 84.2 ET, y alcanzado el fin de la vigencia expresamente pactada, dejará de aplicarse su tabla salarial, a menos que se trate de un convenio de aplicación preferente por *prior in tempore*”¹³. De este modo, como también se ha recordado, “los convenios de empresa que hubieran sido negociados sin que estuviera vigente un convenio sectorial habrán constituido una unidad de negociación propia con la que no podrá concurrir otro convenio posterior, sea del ámbito que sea, incluido el sectorial. En consecuencia, dichos convenios de empresa serán de aplicación en su integridad, en todas sus materias, incluida la salarial sobre el convenio sectorial a cuyo ámbito funcional pertenezca la empresa en cuestión. Y lo será durante toda su vigencia pactada, aunque esta exceda del año establecido en el régimen transitorio de la reforma, puesto que no estamos ante un supuesto de prioridad aplicativa sino de prohibición de concurrencia”¹⁴.

Igualmente, y por las razones antes apuntadas, habrán ganado un espacio propio los convenios de empresa negociados encontrándose en situación de ultraactividad el convenio colectivo sectorial aplicable. Pues, como hemos venido reiterando y ha recordado la ya citada STS de 5 de octubre de 2021, la prohibición de concurrencia no rige con un convenio en situación de ultraactividad (art. 86.3 ET) lo que significa que, un convenio colectivo en situación de prórroga no está protegido por la prohibición de concurrencia y puede, por tanto, ser afectado por otro convenio en cualesquiera materias. Y es que, en el referido pronunciamiento, el Tribunal Supremo permite que el convenio de empresa establezca una jornada superior a la del convenio sectorial, materia que, como se ocupó de recordar la STS de 10 de noviembre de 2016 (Rº 290/2015), no se halla entre las materias del listado del art. 84.2 ET.

El territorio definido por la norma transitoria tampoco alcanza a todos aquellos espacios negociales en los que no exista o no haya existido un convenio de sector de referencia. Una cuestión

¹³ J. CABEZA PEREIRO, *Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias*, NET21, 2022, nº 8, p. 5.

¹⁴ A. GODINO DE FRUTOS, *Impacto real de la nueva reforma laboral sobre la aplicación de los convenios de empresa*, Tribuna FORELAB, 18 de enero de 2022.

que puede exigir matices es el de las empresas multiservicios, sector hasta el momento huérfano de tales niveles superiores de negociación en sentido propio pero que, precisamente, por su peculiar naturaleza proyectan su marco regulador sobre una pluralidad de convenios de sector afectantes a las distintas actividades. Aunque se trata de unidades propias al nacer al margen de la vigencia o no de un convenio de sector que les pudiera resultar concurrente, no está de más preguntarnos, si a la luz de la doctrina del Tribunal Supremo sobre este tipo de empresas, las mismas vendrían de algún modo obligadas a adaptar sus textos convencionales a los convenios sectoriales de la actividad que desarrollase cada una de sus divisiones.

O, en fin, también quedan extramuros de la referida regulación los acuerdos o pactos colectivos no sometidos a la regla de concurrencia establecida en el art. 84 ET. La literalidad y ubicación sistemática del precepto, junto a la asentada jurisprudencia sobre la inaplicabilidad del art. 84.1, del que la prioridad del convenio de empresa es excepción, ha llevado a afirmar al Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de mayo de 2017 (R^o 115/2016), que la regla de la prioridad aplicativa debe entenderse referida exclusivamente a los convenios colectivos negociados de conformidad con las reglas del Título III ET por lo que no alcanza los pactos de valor extraestatutario, de modo que “si la concurrencia se produce con otro instrumento negocial (convenio extra estatutarios o pacto o acuerdo de empresa), no existirá tal preferencia aplicativa”.

Fuera de las anteriores situaciones, los convenios colectivos de empresa que han recurrido a la prioridad aplicativa que proporciona el art. 84.2 ET y que nacieron vigentes convenios colectivos de sector se verán afectados de manera plena por la nueva disposición transitoria. En estos casos, “no podrá aplicarse a esta situación la doctrina de la “impermeabilización de los ámbitos”, sino que el empresarial quedará “inundado” por el instrumento de sector negociado al amparo del art. 83.2 en sus remisiones relativas a las cuantías salariales”¹⁵. Categórica se mostró en este punto la STS 1 de abril de 2016 (R^o 147/2015) que señaló que: “una vez así determinado para cada concreto punto de cada regulación cuál es aplicable, tal situación perdurará en tanto sigan vigentes simultáneamente ambos convenios, puesto que finalizada la vigencia de uno u otro el que reste vigente ocupará el completo ámbito aplicativo y pasará a ser el único convenio de aplicación”. Una reabsorción total de la unidad negociadora que puede, con todo, resultar cuestionable ex art. 84.1 ET pero que, en todo caso, exigirá la adaptación del texto convencional a las condiciones salariales establecidas por el convenio de sector aplicable en los términos que seguidamente se analizarán.

2.3.3. Alcance temporal de la regla transitoria

Sobre la base anterior, la regla que contiene la DT 6^a RDL 32/2021 precisa que “*la modificación operada en el apartado 2 de dicho precepto por el presente real decreto-ley resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley*”.

El establecimiento de la DT 6 RDL 32/2021 parece querer salir al paso de alguna interpretación jurisprudencial que podría permitir conservar la preferencia aplicativa del convenio de empresa cuando la articulación de la negociación colectiva del convenio de sector es posterior en el tiempo, creándose una suerte de “imperabilización material” durante el entero tiempo de vigencia del convenio de empresa. En este sentido se había pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de julio de 2017 (R^o 246/2016) que entendió que el convenio marco sectorial no puede afectar a

¹⁵ J. CABEZA PEREIRO, *Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias*, NET21, 2022, n^o 8, p. 6.

un convenio de empresa anterior que considera en vigor, pese a tratarse de un convenio de empresa ultraactivo. Según indica el Tribunal: “Cabe discutir hasta qué punto pudiere afectar este convenio sectorial a los sucesivos convenios de empresa que de futuro se pacten a partir de esta última fecha (la de la publicación del convenio de sector) –teniendo en cuenta que se trata de unidades de negociación distintas que operan en ámbitos diferentes–, pero no puede hacerse extensivo al que se había concertado con anterioridad en el seno de la empresa y que continua vigente, que fue acordado en base a unas reglas sobre la estructura de la negociación colectiva a las que no les resultaban de aplicación las previsiones del posterior convenio sectorial en esta materia, y por otra diferente unidad de negociación legitimada para ello conforme al art. 83 ET”.

La norma transitoria somete, de este modo, a un plazo la entrada en vigor de la eliminación de la preferencia aplicativa de la cuantía salarial que conservaban los convenios de empresa y la condiciona a un doble término: de modo que la misma resultará de aplicación a aquellos convenios colectivos suscritos y presentados a registro o publicados con anterioridad a su entrada en vigor una vez que estos pierdan su vigencia expresa y, como máximo, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de este real decreto-ley (el 31 de diciembre de 2021).

El concepto “vigencia expresa” aparece en texto de la transitoria pero no tiene traslación al contenido del Estatuto de los Trabajadores donde no queda definida la referida noción por lo que se abre la duda razonable de su alcance y contenido. Bien es verdad que en alguno de los textos preliminares se modificaba, paralelamente, el contenido del art. 85. 3 c) ET para incorporar como contenido mínimo del convenio la referencia al: “Ámbito temporal y vigencia, así como los efectos del cumplimiento de la vigencia expresa, sin perjuicio de lo previsto en el art. 86”. Pero la referida propuesta no terminó viendo la luz.

No obstante, el concepto “vigencia expresa” puede ser razonablemente identificado con la vigencia del convenio colectivo anudada a su duración inicial pactada (art. 86.1 ET) o con aquella que se establece por acuerdo expreso de prórroga antes del vencimiento del plazo inicial de vigencia y que operan como fecha límite de duración del convenio. Más dudoso puede resultar que la misma se proyecte sobre la situación de “tácita reconducción” del art. 86.2 ET. En este supuesto, la norma legal favorece la continuación de la vigencia, plena e incondicionada, del acuerdo, “como si se hubiera negociado uno nuevo, en los casos en que no hubiera denuncia de las partes; esto es, cuando ni una ni otra, o ambas de común acuerdo, de las partes legitimadas para negociar el nuevo posible acuerdo de sustitución, hubieran adoptado iniciativa alguna orientada a la finalidad de provocar que la vigencia del convenio se agote justamente en el momento en el que se hubiera previsto”¹⁶.

La noción de “vigencia expresa” tampoco alcanzaría al período posterior a dicho momento, una vez el convenio ha sido denunciado, esto es, durante la vigencia ultraactiva, ya sea prevista en el propio convenio o, en su defecto, la establecida en el art. 86.3 ET. En suma, al provenir la prioridad aplicativa de una norma excepcional, tiene sentido que tal aplicación finalice con la vigencia efectiva del convenio recuperándose a partir de este momento la preferencia material establecida por la regulación del convenio sectorial de existir la misma.

2.3.4. Periodo de adaptación de los textos convencionales y límites a su contenido

Definido el período de conservación de la preferencia aplicativa en los términos antes señalados, el apartado 3 de la DT 6 RDL 32/2021 precisa que “*los textos convencionales deberán adaptarse a las modificaciones operadas en el artículo 84 del Estatuto de los Trabajadores por la presente norma en el*

¹⁶ S. GONZÁLEZ ORTEGA, *Vigencia y ultraactividad de los convenios colectivos*, Temas Laborales, 2004, nº 76, p. 157

plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición”.

La citada regla no supone, como acertadamente se ha dicho, que “los convenios de sector recobren ahora automáticamente prioridad aplicativa sobre esta materia”¹⁷ pero sí abre la posibilidad de que los referidos convenios recuperen progresivamente ese espacio y que, cuando lo hagan, gocen de preferencia aplicativa, si así lo establecen, sobre los convenios de empresa imponiendo sus contenidos de regulación a éstos.

De este modo, el 31 diciembre 2022, como término final, las tablas salariales de los convenios de empresa establecidas durante la vigencia de un convenio colectivo de sector dejarán de estar amparadas por una preferencia aplicativa específica y pasan a regirse por las reglas ordinarias de concurrencia. A partir de ese momento los convenios colectivos de sector recobrarán su prioridad aplicativa cuando regulen contenidos específicos en materia salarial. Una transición ordenada y un adecuado equilibrio de intereses recomiendan que este cambio sea pilotado desde las instancias interconfederales de negociación.

En todo caso, los convenios que se concluyan a nivel de empresa podrán quedar sometidos o condicionados por las reglas de articulación de la estructura de la negociación colectiva establecidas en el Convenio colectivo de sector y, en particular, a su carácter de norma exclusiva y excluyente en aquellas materias en que así se establezca expresamente y en los términos que los mismos determinen. De modo que la inobservancia por las unidades contractuales de ámbito empresarial de las prescripciones contenidas en los convenios de sector ex art. 83.2 ET abrirá la situación de concurrencia conflictiva que sanciona el art. 84 ET y que debería resolverse con la anulación del precepto o preceptos que han procedido a regular una materia que está vedada. Y ello porque lo relevante en un sistema de negociación colectiva articulada es la limitación que experimenta la libertad de contratación de los convenios de ámbito inferior, que no pueden invadir la esfera de competencias de los de ámbito superior. El efecto derivado del exceso material será el que naturalmente deriva de la prohibición de afectación del art. 84.1 ET, esto es, la ineficacia aplicativa, si se prefiere, la mera inaplicabilidad del contenido prohibido.

La regla anterior se complementa con otra que trata de evitar que en ese proceso de adaptación de produzca una pérdida de los derechos adquiridos por los trabajadores al amparo del régimen jurídico preexistente. A tal efecto se establece una disposición “cautelosa y más bien retórica”¹⁸ en el apartado 2 de la DT 6 que: “*No se compensarían, ni se absorberían o desaparecerían los derechos o condiciones más beneficiosas que viniesen disfrutando las personas trabajadoras*”. De este modo se estaría ponderando la idea de que el régimen establecido en el convenio de empresa fuese superior al establecido por el de sector de modo que “la adaptación del convenio de empresa al sectorial se debe articular como una mejora directa a la persona trabajadora en materia salarial, si es que el convenio colectivo de empresa estaba por debajo en esa materia”¹⁹. Pero no todos los convenios de empresa necesariamente incorporan peores condiciones que los de sector por lo que una aplicación estricta de la regla contenida en el apartado 2 de la DT 6 pudiera producir consecuencias indeseables.

Y es que la regulación que ahora se presenta ofrece numerosos flancos de duda derivados de la limitación al recurso a la compensación y la absorción en estos casos. Tal limitación, como se ha señalado por la doctrina, podría llegar a suponer que, en caso de pérdida de aplicación de la preferencia aplicativa empresarial, se debería “proceder en esta fase transitoria a una técnica de espiguelo,

¹⁷ J. CABEZA PEREIRO, *Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias*, NET21, 2022, nº 8, p. 6.

¹⁸ B. GARCIA RODRIGUEZ, *Novedades en la negociación colectiva*, en AA.VV., *Reformas laborales y de Seguridad Social (RDL 32/2021, L 20/2021, l. 21/2021 y L 22/2021)*, Madrid, Francis Lefebvre, 2022, p. 218.

¹⁹ Servicio de estudios de UGT, *Análisis del Real Decreto-Ley 32/2021, de 28 de diciembre. Una nueva perspectiva en la negociación colectiva: la reforma laboral de diciembre del 2021*, Apuntes, 2022, nº 40, p. 10.

de modo que el trabajador percibiría todos los complementos establecidos en ambos convenios colectivos aunque estén presentes en uno y no en otro, al mismo tiempo que si está en ambos el trabajador lo percibiría en la cuantía más elevada de ambos”²⁰.

Tal técnica no resulta admisible porque, como a título de mero ejemplo señaló la STS 14 de julio de 2006 (R^o 196/2005), lo que se pretende de utilizarse esa vía es realmente una aplicación acumulada de las dos normas, escogiendo de cada una de ellas lo que resulta más favorable a una de las partes. Esta fórmula no respeta la unidad de cada regulación y produce una combinación de elementos dispares a través de la superposición de fragmentos de normas y no de normas completas. La aplicación del criterio de la norma más favorable ha de hacerse, si se utiliza rectamente, respetando la unidad de regulación de la materia. Por ello, el espiguelo normativo debe ser lógicamente rechazado por lo que, “una interpretación finalista y sistemática”, debería llevar a concluir que lo pretendido por el legislador es alcanzar “el respeto a las condiciones más beneficiosas adquiridas pero a través del método tradicional la compensación y absorción”²¹.

Aunque se ha afirmado que, en estos casos, “el convenio de empresa de aplicación no preferente se aplicaría como norma más favorable, en su dimensión de pacto extraestatutario”²², esta degradación sobrevinida de un convenio dotado de eficacia normativa en una suerte de condición más beneficiosa ofrece, a nuestro juicio, numerosos frentes de duda. Y ello porque los convenios colectivos estatutarios están dotados de la eficacia propia de las normas jurídicas y, en consecuencia, actúan desde el exterior de las relaciones laborales, creando derecho objetivo o, lo que es igual, sin generar derechos adquiridos. Las condiciones más beneficiosas no podrán surgir ni de las normas legales ni de las convencionales, pues, de lo contrario se estaría colisionando frontalmente contra el principio de modernidad que recoge el art. 2.2 del Código Civil, tal y como ha reiterado la doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo.

El intento resucitar una contractualización de nuevo cuño en estos casos no creemos que sea el mejor camino máxime si tenemos en cuenta los nada positivos resultados de otros intentos que se han orientado en la misma dirección y cuyo ejemplo más representativo es el de la atormentada existencia que ha venido viviendo esa técnica en relación con la regla de la ultraactividad hasta ahora existente.²³

²⁰ J. CRUZ VILLALÓN, J., El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva, *Labos Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 2022, nº 7 [de próxima publicación].

²¹ J. CRUZ VILLALÓN, *El impacto de la reforma laboral de 2021 sobre la negociación colectiva*, cit.

²² J. CABEZA PEREIRO, *Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias*, cit., p. 4.

²³ Para lo que nos remitimos al siguiente capítulo de esta obra, L. GORDO GONZALEZ, *El retorno de la ultraactividad ilimitada: una verdadera derogación de la reforma laboral del año 2012*, Labos, 2022, monográfico.