

LA SUPRESIÓN DE LA PRIORIDAD APLICATIVA DEL CONVENIO DE EMPRESA EN MATERIA SALARIAL

Juan Bautista Vivero Serrano

Profesor titular (acreditado para CU) de Derecho del trabajo
Universidad de Salamanca (servicios especiales)
Asesor del Defensor del Pueblo

Es de sobra sabido que una de las apuestas más rupturistas y controvertidas de la reforma laboral de 2012, yendo más allá de donde ya había llegado la reforma de la negociación colectiva de 2011, fue el debilitamiento de la negociación colectiva sectorial de la mano de la prioridad aplicativa *ex lege* del convenio colectivo de empresa en un conjunto de materias muy relevantes, con protagonismo destacado de la cuantía salarial por los diferentes conceptos posibles. Se trataba, evidentemente, de fomentar a través de una normativa legal imperativa y absoluta un nuevo tipo de negociación colectiva empresarial, ajena a la clásica negociación empresarial de mejora o *in melius*, la negociación *in peius* o *low cost*, muy en particular, se insiste, en el ámbito salarial.

Aunque la inmensa mayoría de las empresas no han aprovechado esta oportunidad legal y han continuado rigiéndose por la negociación sectorial o por la negociación empresarial de mejora, no han faltado empresas abonadas a la negociación de bajo coste, con la connivencia (o la resignación) de unos representantes unitarios de las personas trabajadoras más formales que materiales. Paradigmáticas, a este respecto, las empresas multiservicios, con un crecimiento exponencial aupado por la prioridad aplicativa *ex lege* del convenio empresarial en materia de cuantía salarial.

Declarada constitucional por partida doble (SSTC 119/2014 y 8/2015) esta parte fundamental de la reforma laboral de 2012 y agotado y cumplido el margen jurisprudencial para la interpretación restrictiva de la prioridad aplicativa del 84.2.a) ET (SSTS, 4ª, 1-4-2016, rec. 147/2015 y 22-9-2016, rec. 248/2015), no quedaba otra alternativa que esperar, aunque no como quien espera a Godot, a que se produjese un cambio legal, lógicamente una vez que democráticamente se conformara una nueva mayoría favorable al cambio legal, por lo demás demandado sin descanso por los sindicatos más representativos desde el año 2012 (y por buena parte de la academia de laboristas).

Nada más alcanzarse esa nueva mayoría política, y en el acuerdo fundacional del gobierno de coalición progresista, se estableció sin ambages el compromiso político de íntegra derogación de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, luego sin ceñirse al ámbito salarial. Pero como una cosa es predicar y otra dar trigo, la negociación interna dentro de la coalición progresista y el diálogo social con los sindicatos y las patronales difícilmente podían concluir exitosamente con un punto de llegada igual al punto de partida, el del acuerdo fundacional de la coalición de gobierno de finales de diciembre de 2019, sin servidumbres por medio y sin dejarse pelos en la gatera, como ha dicho ya el

profesor Palomeque (Opinión de *Trabajo y Derecho*, 2022, núm. 86, bajo el sugerente título “Derogar la reforma laboral o dejar de hacerlo: ¿Cuál era la cuestión?”).

De ahí que el resultado final se haya traducido no en la íntegra derogación de la prioridad aplicativa del convenio empresarial, regresando a la situación anterior a la reforma de 2012 (y, en su caso, a la reforma de 2011), sino en la más limitada supresión de la preferencia aplicativa en el campo salarial, el más preocupante (y “precarizante”) de la negociación empresarial *low cost* crecida al calor de la reforma de 2012, y el que ha venido ejerciendo una mayor presión a la baja en la negociación colectiva de los sectores con salarios tradicionalmente más bajos, próximos al SMI. Otros cambios menores en el artículo 84.2 ET introducidos por la reforma laboral de 2021 no guardan relación con la temática de este breve comentario y además han sido ya tratados en el *brief* de la compañera Crespí Ferriol.

Vaya por delante la valoración muy positiva que a quien esto escribe le suscita el resultado finalmente alcanzado, pues al tiempo que elimina uno de los aspectos más polémicos y contestados de la reforma de 2012, contribuye a prestigiar una forma de legislar en la que tanto vale lo que se cambia como lo que permanece y de alguna manera hace suyo el nuevo legislador. Así, y por poner solo un ejemplo cercano a la materia objeto de este *brief*, el descuelgue (salarial, sobre todo) del artículo 82.3 ET, arbitraje obligatorio incluido. Un resultado así conecta mucho mejor con las señas de identidad estructurales del Derecho del trabajo, que es un ordenamiento de tutela o protección de las personas trabajadoras, pero sin dejar de contribuir a la sostenibilidad económica de las empresas. Al fin y al cabo, la prioridad aplicativa *ex lege* del convenio de empresa en materias distintas de la salarial, normativa ahora vigente, ni es una excentricidad en el panorama europeo ni resulta indiferente para la legítima demanda empresarial de gestión flexible de los recursos humanos ni parece que pueda debilitar en exceso a la negociación colectiva sectorial.

Se llega, de esta manera, a la versión del artículo 84.2 ET producto del artículo 1.9 del Real Decreto-ley 32/2021, en la que desaparece la prioridad aplicativa *ex lege* del convenio empresarial en materia de cuantía salarial por cualesquiera conceptos. En consecuencia, se vuelve en este punto al marco jurídico anterior a las reformas de 2012 y 2011, con la consiguiente selección del convenio aplicable (en el ámbito salarial, claro está) de entre los varios en situación de concurrencia, incluido uno de tipo empresarial, en atención a la eventual articulación de la negociación colectiva por el convenio sectorial estatal o por el convenio sectorial autonómico (art. 83.2 ET). Y en defecto de reglas de articulación, en atención al criterio puramente cronológico del artículo 84.1 ET, aclarado por la jurisprudencia del Supremo (STS, 4^a, 5-10-2021, rec. 4815/2018).

Vuelve a estar la pelota en el tejado de los titulares de la autonomía colectiva en la cumbre (inéditos en este espinoso asunto) y de la autonomía colectiva sectorial estatal y autonómica, quienes, en ejercicio de las prerrogativas del artículo 83.2 ET, habrán de decidir, de no haberlo hecho ya con anterioridad, la completa exclusión o no de la negociación empresarial *low cost*, evitando los riesgos del juego cronológico del 84.1 ET. Adviértase que hay todavía sectores que solo cuentan con negociación provincial, un anacronismo que más pronto que tarde debería pasar a la historia, entre otras razones por el riesgo de pervivencia en dichos sectores de convenios empresariales con salarios *in peius*.

Exclusión definitiva de la negociación empresarial a la baja vía prerrogativas del 83.2 ET particularmente necesaria en los sectores donde abundan las contratas mercantiles y los contratos administrativos, con empresas multiservicios por medio o no. Así parece desprenderse del artículo 42.6 ET, en la redacción dada por el artículo 1.5 del Real Decreto-ley 32/2021. En cualquier caso, las dudas suscitadas por ese nuevo y enigmático precepto legal escapan del ámbito de este *briefing*, y a buen seguro pronto serán objeto de un *briefing* específico a cargo de algún compañero más versado.

La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia de cuantía salarial viene acompañada, en el Real Decreto-ley 32/2021, de algunas normas concordantes de carácter transitorio. En primer lugar, la continuidad del régimen anterior para los convenios empresariales previos a la entrada en vigor de la norma de urgencia, el 31 de diciembre de 2021, que seguirán beneficiándose transitoriamente de la prioridad aplicativa en el campo salarial. Ahora bien, continuidad con el tope máximo de un año desde la citada entrada en vigor, esto es, el 31 de diciembre de 2022. A menos que en una fecha anterior el convenio empresarial alcanzase el término de vigencia expresa (d. t. 6ª.1 RDL 32/2021).

En segundo lugar, la obligación de los negociadores del convenio empresarial a la baja previo al 31 de diciembre de 2021 de acomodar o ajustar la cuantía salarial inferior a la resultante de la aplicación del correspondiente convenio sectorial con un régimen salarial más favorable, una vez concluido el periodo transitorio descrito en el párrafo anterior y dentro del plazo máximo de seis meses (d. t. 6ª.3 RDL 32/2021). Una norma poco común y dirigida exclusivamente a los negociadores del convenio empresarial, debiendo por tanto el empresario aplicar el marco salarial más favorable del convenio sectorial una vez concluido el régimen transitorio descrito en el párrafo anterior, sin poder esperar, en mi modesta opinión y a diferencia de las dudas mostradas por algunos compañeros de la academia, a la acomodación o ajuste dentro del plazo máximo de seis meses, cuyo cumplimiento o incumplimiento sería así inocuo para las personas trabajadoras. Una interpretación distinta otorgaría al empleador un inexplicable plazo de gracia de seis meses para seguir aplicando el régimen salarial menos favorable del convenio empresarial, bastando a este respecto con demorar el acuerdo con la representación de las personas trabajadoras en la empresa.

En tercer y último lugar, la prohibición, a resultas del cambio legal del 84.2 ET, de perjuicio a las personas trabajadoras vía compensación, absorción y desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas que vinieran disfrutando antes del cambio legal (d. t. 6ª.2 RDL 32/2021). Una norma prohibitiva aparentemente dirigida tanto a los negociadores del convenio empresarial a la baja como al empresario, de no fácil interpretación, fuente segura de litigiosidad y, salvo mejor opinión, portadora de unas reglas especiales radicalmente contrarias a las correspondientes reglas generales: la facultad empresarial de compensación y absorción salarial del 26.5 ET, la libertad de las partes para determinar el contenido del convenio del 85.1 ET, la libertad de las partes para revisar *ante tempus* el convenio del 86.1 ET y la plena disponibilidad de los derechos producto de la norma convencional anterior por parte de la norma convencional posterior del 82.4 ET. Sirva lo dicho como mero aperitivo, mereciendo una norma tan heterodoxa, oscura y controvertida un *briefing* específico.

Por último, no toca la reforma de 2021 la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia de abono o compensación de las horas extraordinarias y en lo que

atañe a la retribución específica del trabajo a turnos (art. 84.2.a] ET, en la versión ya reformada). Más allá de las dudas interpretativas que plantea desde el año 2011 ese precepto, salvo error u omisión no resueltas por la jurisprudencia del Supremo, no parece que esas partidas salariales menores puedan debilitar a la negociación colectiva sectorial. Quizá por esa razón o quizá por un simple olvido del legislador de urgencia ese precepto legal no se haya visto afectado por la reforma de 2021.