

**UN INTENTO MÁS PARA ACLARAR LA  
CONCURRENCIA DE CONVENIOS COLECTIVOS:  
LA REFORMA DE LA PRIORIDAD DEL CONVENIO  
DE EMPRESA**

**HENAR ÁLVAREZ CUESTA**

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.  
Universidad de León*

E-mail: [halvc@unileon.es](mailto:halvc@unileon.es)

**RESUMEN:** La última reforma laboral llevada a cabo por el RD-Ley 32/2021 vuelve a intentar ordenar la estructura de la negociación colectiva mediante la modificación “quirúrgica” de la concurrencia de convenios colectivos en una cuestión tan sensible como es la cuantía salarial. Revierte así una de las medidas estrella de la reforma laboral de 2012, negando la prioridad aplicativa al convenio de empresa posterior en esta materia. Al tiempo, establece unos plazos de adaptación a la nueva configuración convencional y trata de aclarar el acuerdo que debe regir las condiciones laborales en contratas y subcontratas, incluidas, claro está, las empresas multiservicios.

**Palabras clave:** concurrencia, convenio colectivo, prioridad, salario, contrata.

**ABSTRACT:** The latest labour reform carried out by RD-Law 32/2021 once again attempts to organise the structure of collective bargaining by means of a “surgical” modification of the concurrence of collective agreements on such a sensitive issue as the amount of wages. Therefore reverses one of the star measures of the 2012 labour reform, denying priority of application to the subsequent company agreement in this matter. At the same time, it establishes deadlines for adapting to the new collective configuration and attempts to clarify the agreement that should govern working conditions in outsourcing, including, of course, multiservice companies.

**Key words:** concurrence, collective bargaining agreement, priority, wage, outsourcing.

**SUMARIO:** *I. ORIGEN Y SENTIDO DE LA REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA. II. LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS EN EL REFORMADO ART. 84 ET. 2.1. La prohibición general de concurrencia entre convenios en vigor. 2.2. La prioridad aplicativa del convenio de sector en materia salarial. 2.3. Cambios menos sustanciales en el art. 84.2 ET. 2.4. Ausencia de cambios en la concurrencia de los convenios autonómicos. III. LA APLICACIÓN TRANSITORIA DE LAS REFORMAS EN MATERIA DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS. IV. LA BÚSQUEDA DEL CONVENIO APLICABLE EN CONTRATAS Y SUBCONTRATAS. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.*

## **I. ORIGEN Y SENTIDO DE LA REFORMA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA**

El Componente 23 del Plan de Recuperación, Renovación y Resiliencia del Gobierno Español de junio de 2021, titulado “Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo”, reconocía que “el mercado laboral español arrastra desde hace décadas importantes desequilibrios que agravan los ciclos económicos, lastran los aumentos de productividad, aumentan la precariedad y profundizan las brechas sociales, territoriales y de género”. Con el fin de promover un crecimiento inclusivo y sostenible desde el punto de vista económico y social y garantizar la seguridad jurídica, señalaba como materias a reformar a través del diálogo social un paquete equilibrado y coherente que permita reducir el desempleo estructural y el paro juvenil, reducir la temporalidad y corregir la dualidad del mercado laboral, aumentar la inversión en capital humano, aumentar la eficacia y eficiencia de las políticas públicas de empleo y, por cuanto aquí importa “modernizar los instrumentos de negociación colectiva”.

Como respuesta, y específicamente el referido a la negociación colectiva, el RD-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, comienza reconociendo en su preámbulo las debilidades y distorsiones de las que adolece:

En primer lugar, apunta a la utilización de la negociación y las posibilidades brindadas por las previsiones más tarde examinadas del art. 84.2 como herramienta de flexibilización y descuelgue de las condiciones: “así, las empresas, en lugar de utilizar los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes, han utilizado los convenios colectivos, instrumentos negociados con una determinada vocación de permanencia, como convenios empresariales de descuelgue que más que crear una unidad de negociación nueva se han comportado como un sucedáneo de la citada inaplicación o descuelgue”.

En segundo término, las reformas sucesivas y parciales del Título III del ET y una jurisprudencia oscilante han acabado arrastrando a la incertidumbre sobre el convenio colectivo de aplicación, “que se traduce en un incremento de la inseguridad jurídica para empresas y personas trabajadoras por sus efectos sobre la transparencia competitiva, el normal desarrollo de las relaciones contractuales entre las empresas, incluida la descentralización, y los derechos de información sobre condiciones esenciales de trabajo”.

Por último, incide en las reglas de concurrencia, las cuales considera que deben “equilibrar la fuerza vinculante de los convenios de sector con la necesaria flexibilidad de los convenios colectivos en ámbitos inferiores, previendo los necesarios contrapesos y cautelas que no distorsionen la capacidad competitiva de las empresas ni reduzcan las condiciones laborales de las personas trabajadoras”.

A este respecto, la reforma laboral llevada a cabo por la norma analizada refuerza el protagonismo del convenio de sector como eje vertebrador de la estructura negocial<sup>1</sup>. Tal decisión constituye una apuesta legítima y acorde a las exigencias constitucionales, que no imponen ni una negociación colectiva “centralizada” (de carácter general o sectorial)

1. MERCADER UGUINA, J.R.: “La arquitectura de la negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021”, en AA.VV.: *La reforma laboral de 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 240.

ni tampoco una negociación colectiva “descentralizada” (de empresa)<sup>2</sup>. Ambos modelos resultan legítimos, solo procede tener en cuenta cómo cualquier cambio o transformación en las piezas que integran su delicada arquitectura tiene importantes consecuencias<sup>3</sup> y, desde luego, un trasfondo político, sea cual sea el que se persiga. Por todo ello, y pese a que ha sido calificada como muy suave<sup>4</sup>, se trata de una reforma de indudable calado político, como las anteriores, más abierta a diferentes alternativas de aplicación, confía más en la autonomía de las partes sociales; y aparece dotada de perfiles menos dirigistas<sup>5</sup>.

La normativa comunitaria parece orientarse también en esta dirección, a la vista de lo dispuesto en el art. 3.8 de la Directiva 2018/957, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, con el fin de garantizar la igualdad de trato, el cual impone la aplicación de las condiciones de trabajo enumeradas en el art 3 y reguladas, además de en leyes y reglamentos, en convenios colectivos declarados de aplicación universal; y cuyo apartado 8 del mismo precepto indica cómo, “a falta de, o además de, un sistema de declaración de aplicación universal de convenios colectivos o laudos arbitrales en el sentido de lo dispuesto en el párrafo primero, los Estados miembros podrán basarse, si así lo deciden, en: los convenios colectivos o laudos arbitrales que sean de aplicación universal en todas las empresas similares pertenecientes a la profesión o al sector de que se trate y correspondientes al ámbito de aplicación territorial de estos, o los convenios colectivos celebrados por las organizaciones de los interlocutores sociales más representativas a escala nacional y que sean ampliamente aplicados en el conjunto del territorio nacional”.

También la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre salarios mínimos adecuados en la Unión Europea considera cómo “en los Estados miembros en los que la protección del salario mínimo se garantiza exclusivamente a través de convenios colectivos, su adecuación y la proporción de trabajadores protegidos están directamente determinadas por las características y el funcionamiento del sistema de negociación colectiva”.

El “centro de gravedad de la reforma”<sup>6</sup>, la defensa del convenio sectorial, potencia una verdadera articulación de los contenidos de los distintos ámbitos de negociación, y especialmente un reparto de materias entre los niveles sectoriales y empresariales, partiendo de la prevalencia de los convenios de sector como instrumento básico que debe materializar el referido programa racionalizador<sup>7</sup>. Cabe buscar esta prioridad del convenio sectorial en el propio diseño de la legitimación, fundada en la representatividad sindical y en su eficacia general. Desde 1980 los sujetos negociadores tuvieron desde el primer momento incentivos a negociar en este ámbito, pues se iba a aplicar de manera automática a todas las personas trabajadoras y empresarias del sector productivo correspondiente; y las reglas de concurrencia cooperaron en este diseño<sup>8</sup>. Se trataba, en estos

2. STCo 8/2015, de 22 de enero.

3. MERCADER UGUINA, J.R.: “La arquitectura de la negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021”, cit., p. 239.

4. VILA TIerno, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022, p. 98.

5. CABEZA PEREIRO, J.: “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, *NET21*, núm. 8, 2022.

6. *Ibidem*.

7. *Ibidem*.

8. LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 29.

primeros momentos, “de dotar de estabilidad y continuidad a los ámbitos convencionales o, dicho desde otra perspectiva, de privilegiar los más tradicionales en detrimento de los más modernos”<sup>9</sup>.

La reforma llevada a cabo en 2011 trató de contrarrestar el “desorden” que había producido la anterior de 1994, mediante una imperatividad absoluta de los instrumentos de articulación de la negociación colectiva, y dotando, a tiempo, de primacía aplicativa subsidiaria a los convenios de empresa<sup>10</sup>.

Por su parte, el RD-Ley 3/2012 y la Ley 3/2012 cambiaron las reglas de concurrencia y alteraron la estructura de la negociación colectiva, al suprimir en gran medida la dispositividad de los sujetos negociadores y las posibilidades de articulación por parte de los acuerdos interprofesionales, y erosionaron la propia estructura al otorgar una prioridad inderogable de los convenios de empresa, en particular --aunque no solo-- en materia de cuantía retributiva<sup>11</sup>. La reforma laboral de 2012 rompió el equilibrio tradicionalmente existente entre la ley y el convenio en la fijación de la estructura negocial en favor de la ley, que optó por una estructura descentralizada y atomizada, capaz de provocar, en determinadas empresas, una intensa devaluación salarial<sup>12</sup>.

En este sentido, el cambio más importante realizado resultó la prohibición de alterar la prioridad absoluta del convenio de empresa respecto a las materias listadas en el art. 84.2 ET (y las adjudicadas a través de la negociación en la cumbre) por acuerdos interprofesionales o por convenios sectoriales. Así, un convenio de empresa que “podía negociarse en cualquier momento de la vigencia de convenios colectivos de ámbito superior” tenía prioridad en todo caso en las materias contenidas en el citado apartado segundo y aquellas ampliadas por los acuerdos interprofesionales. Supuestamente, esta regulación perseguía mejorar la adaptabilidad de las empresas a las circunstancias económicas adversas y reducir, en hipótesis, los despidos, cuando se plantearan tales coyunturas. Desde este planteamiento, ante caídas bruscas de la actividad empresarial, los convenios empresariales podrían introducir modificaciones en materia salarial (o en otras condiciones laborales) permitiendo que los ajustes se produjeran prioritariamente mediante rebajas salariales y, en menor medida, sobre el empleo. Sin embargo, las altas cifras de paro que se alcanzaron en los años posteriores a la reforma permiten dudar del éxito de la medida<sup>13</sup>.

La pretendida flexibilidad y adaptabilidad del convenio de empresa fruto de la reforma de 2012 se acabó convirtiendo en una posibilidad de negociar salarios a la baja en la empresa merced al pacto con la representación unitaria, en tanto el juego conjunto de arts. 42 y 84 ET permitió que aquellas empresas que contaban con sujetos legitimados para negociar convenios propios *ex arts.* 87 y 88 ET, pero que carecían de una sólida implantación sindical, pudieran devaluar, mediante la negociación de convenios empresariales, las condiciones laborales previstas en el convenio de sector, sin necesidad de alegar las conocidas causas económicas, técnicas, organizativas y de producción<sup>14</sup>.

9. CABEZA PEREIRO, J.: “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias” cit.

10. CABEZA PEREIRO, J.: “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, cit.

11. *Ibidem*.

12. LÓPEZ ANIORTE, C.: “El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral”, *Briefs AEDTSS*, 2022.

13. *Ibidem*.

14. *Ibidem*.



Al tiempo, el sistema así diseñado se ha saldado con desequilibrios en la fuerza vinculante de los convenios sectoriales, sin garantizar procesos lo suficientemente flexibles y articulados y favorecer que los elementos organizativos se trasladen a los niveles de negociación más adecuados<sup>15</sup>.

Esta regularización suponía atribuir al convenio colectivo de empresa el carácter de herramienta de la flexibilización de las condiciones de trabajo, en particular, el coste salarial con el fin de mejorar la productividad, el rendimiento y la competitividad, y acabó transformándose en la práctica con dos fórmulas distintas de descuelgue<sup>16</sup>: una causal y otra acausal y negociada, muchas veces con representación unitaria elegida *ad hoc*.

Es verdad que el impacto real de esta reforma descentralizadora ha sido muy relativo, porque, al cabo de diez años, las tasas de cobertura de la negociación colectiva sectorial continúan siendo abrumadoras<sup>17</sup>. Pero también es cierto que las cifras de convenios de empresa se dispararon el 95% con una cobertura de trabajadores cada vez menor, incluso, hasta 2015 cabe observar una proliferación de convenios en unidades cada vez más pequeñas que huyen de las condiciones del convenio colectivo sectorial<sup>18</sup>. Entre 2012 y 2017 cabe observar un ascenso del número de convenios de empresa, que no se corresponde con un incremento similar en el número de personas afectadas, lo que significa que la subida del número de acuerdos se debía al incremento de convenios de empresas más pequeñas, consecuencia directa del cambio introducido por la reforma laboral del 2012 en relación a la prioridad aplicativa del convenio de empresa frente al sectorial. En 2018 y 2019, sin embargo, pese a que el número de convenios de empresa que han registrado efectos económicos desciende con respecto al año anterior, el número de persona por ellos afectadas se incrementa cada uno de los años, lo que parece apuntar a un posible cambio de tendencia<sup>19</sup>.

De atender a los salarios, los cambios propiciados fueron dispares: de un lado, el promedio salarial de las unidades de negociación que ya existían en el momento de la aprobación de la reforma laboral de 2012 resulta muy similares a las que había antes de dicho cambio legislativo; de otro, el salario medio pactado en los convenios colectivos firmados después de 2012 correspondientes a empresas o grupos que firman su primer acuerdo es “claramente inferior”. Por tanto, no ha servido tanto para dinamizar la estructura de la negociación colectiva, sino para que se generen nuevos acuerdos en empresas para competir por medio de salarios más bajos<sup>20</sup>.

En este último sentido, cabría hallar un gran número de convenios “sospechosos” firmados por un solo representante de los trabajadores, sin apenas garantías de que haya habido un procedimiento de negociación suficiente y haya tenido capacidad de resistirse

15. MERINO SEGOVIA, A.: “El sistema legal de negociación colectiva tras el RD-L 32/2021. Nuevas orientaciones en la estructura negocial, determinación del convenio colectivo aplicable y restitución de su vigencia ultraactiva”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 152, 2022, p. 137.
16. VILA TIERNO, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva*, cit., p. 107.
17. CRUZ VILLALÓN, J.: “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de convenios colectivos”, en AA.VV.: *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid (Cinca), 2017.
18. VILA TIERNO, F.: *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva*, cit., p. 100.
19. CC.OO.: *Balance de la negociación colectiva*, 2021, <https://www.ccoo.es/c7e991b7bebddd6184cb6d61c46ad5b4000001.pdf>.
20. GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P.: “Determinación del salario y estructura de la negociación”, en AA.VV.: *Evolución de los contenidos económicos en la negociación colectiva en España*, Madrid, CCNCC, 2018, pp. 163 y ss.

a las imposiciones empresariales<sup>21</sup>. Esta situación provocó incluso las críticas de los propios empresarios que les era de aplicación el salario sectorial por la competencia salarial a la baja que suponía<sup>22</sup>. Frente a tal panorama, el principio de correspondencia ha operado con un eficaz dique de contención a las insuficiencias de representación negociadora que pudieran partir de la representación legal de los trabajadores, reconduciendo a las representaciones sindicales, en caso de existir, la conclusión de estos convenios<sup>23</sup>.

A día de hoy, durante el año 2021 se registraron un total de 908 nuevos convenios colectivos en España, que dieron cobertura a un total de 3.510.106 personas trabajadoras. Del total, ciertamente 685 fueron convenios colectivos de empresa y 223 de ámbito superior a la empresa. No obstante, mientras que los 685 nuevos convenios de empresa dieron cobertura a un total de 201.537 personas trabajadoras, los nuevos convenios sectoriales han dado cobertura a un total de 3.308.569<sup>24</sup>. En porcentaje, durante el año 2021, los convenios sectoriales han dado cobertura a un total del 94,25% de las personas trabajadoras, mientras que los de empresa solo han dado cobertura al 5,75% restante. A la vista de las cifras obtenidas, es difícil imaginar “un escenario de desplazamiento radical del convenio colectivo sectorial por el convenio de empresa, dado el protagonismo productivo de pequeñas y medianas empresas que no tienen sujetos legitimados para negociar un convenio colectivo propio”: un total de 14.967.399 personas asalariadas en diciembre de 2021, las PYMES emplearon a 9.032.841 (un 60,35% del total) frente a los 5.934.558 empleados por las grandes empresas<sup>25</sup>.

## **II. LA CONCURRENCIA DE CONVENIOS EN EL REFORMADO ART. 84 ET**

### **2.1. La prohibición general de concurrencia entre convenios en vigor**

El apartado primero del art. 84 ET no ha sufrido modificación alguna y sigue sentando como regla general la prohibición de la concurrencia entre un convenio colectivo en vigor y lo dispuesto en convenios de ámbito distinto. Esta norma favorece un efecto de estabilización del proceso de la negociación colectiva y refuerza el sistema en su conjunto, en cuanto consolida la confianza de los sujetos negociadores en el mantenimiento de las regulaciones establecidas en un convenio frente a la posible invasión de otras unidades de negociación<sup>26</sup>. No obstante, no impide negociar en esos otros ámbitos, ni implica la nuli-

21. ALFONSO MELLADO, C. *et alii*: *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Observatorio de la Negociación Colectiva CC.OO., 2016.

22. LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 32.

23. MERCADER UGUINA, J.R.: “La arquitectura de la negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021”, cit., p. 256.

24. Gobierno de España. Ministerio de Trabajo y Economía Social. Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo. Avance mensual diciembre 2021.

25. DÍAZ GARCÍA, C.: “Nuevos márgenes para la recuperación de la esfera colectiva de las relaciones laborales y la intervención pública a raíz de la reforma laboral”, *Iuslabor*, núm. 1, 2022, pp. 102-103.

26. MARTÍN VALVERDE, A.: “Concurrencia de convenios colectivos de trabajo”, en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1995, p. 127.

dad de los convenios posteriores afectantes, solo supone una mera postergación aplicativa de esos otros convenios en el ámbito ocupado por el convenio anterior<sup>27</sup>.

En todo caso, cabe advertir que su aplicación está delimitada a concurrencias conflictivas de cláusulas convencionales, siendo posible conjugar de manera complementaria el convenio de empresa y el sectorial si no caen en contradicción<sup>28</sup>; y tampoco rige esta prohibición a la relación entre convenios estatutarios y extra estatutarios<sup>29</sup>.

Esta prohibición contempla dos excepciones: la primera, en tanto que posee carácter dispositivo en este caso<sup>30</sup>: el pacto en contrario negociado en un acuerdo interprofesional del art. 83.2 ET, capaz de “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”<sup>31</sup>; y la segunda, las previsiones contenidas en el art. 84.2 respecto al convenio de empresa, analizadas en el apartado siguiente.

La siguiente cuestión controvertida viene dada por el término “en vigor”. En la situación jurídica de ultraactividad, la jurisprudencia admite, a la luz del art. 84.1 ET, la afectación del convenio colectivo de distinta unidad para situarse como primero en el tiempo<sup>32</sup>. Desde esta perspectiva, ampara la afectación del convenio inferior a superior en ultraactividad, de empresa a sector, de forma ascendente<sup>33</sup>; o de convenio superior a inferior en ultraactividad, de sector a empresa, en vía descendente<sup>34</sup>. En supuestos de afectación de convenio superior a inferior, habitualmente sector a empresa, existe una jurisprudencia más matizada que intenta preservar la unidad negocial si se constata una negociación con voluntad de alcanzar acuerdo, que sería entonces prevalente frente al superior. Esta doctrina de la impermeabilización de la unidad convencional durante periodos de ultraactividad es incluso aplicada con carácter más general entre el sector y subsector en un mismo ámbito funcional, donde los Tribunales confirman que la prohibición de afectación se aplica también en ultraactividad si se mantiene la expectativa de renegociar nuevo convenio colectivo<sup>35</sup>. Distinto quizá es el trato de los supuestos ascendentes, donde la voluntad de mantener la unidad sectorial no debería impedir que el convenio de empresa que lo afecta apareciera como primero en el tiempo. Se trata así de evitar una petrificación de la estructura de negociación colectiva y a la vez proteger unidades convencionales con expectativas de negociación<sup>36</sup>.

Sin embargo, recientes pronunciamientos judiciales previos a la reforma parecen decantarse por una pérdida de dicho espacio negocial en ultraactividad, en tanto ha considerado que “la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos se extiende durante toda la vigencia del convenio preexistente, expresión legal que hay que entender como

27. MARTÍNEZ MORENO, C.: *Reforma laboral*, Madrid, Francis Lefebvre, 2022, p. 73.

28. LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 38.

29. GARCÍA VIÑA, J.: *La nueva regulación laboral*, Barcelona, Atelier, 2022, pp. 209-210.

30. STS 17 octubre 2001 (Rec. 4637/2000).

31. MERCADER UGUINA, J.R.: “El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?”, *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario, 2022, p. 112.

32. STS 20 junio 2012 (Rec. 31/2011).

33. STS 5 octubre 2021 (Rec. 4815/2018).

34. STS 17 abril 2000 (Rec 1833/1999).

35. STS 30 diciembre 2015 (Rec. 225/2014).

36. LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 40.

la referida a 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, ya sea prevista en el propio convenio o en su defecto la establecida por el ET<sup>37</sup>. A partir de la reforma laboral examinada, se ha apuntado que el plazo de un año en ultraactividad opera como un tiempo de impermeabilización, pero que su finalización sin acuerdo abre la posibilidad ya de una afectación de convenio distinto, que se situaría como primero en el tiempo<sup>38</sup>.

Dicha interpretación menoscaba la tesis de la “impermeabilización de la unidad de negociación”<sup>39</sup>, la cual trata de ofrecer una mayor protección, no para un convenio aislado, sino a la unidad delimitada históricamente por la sucesión temporal de diversos convenios<sup>40</sup>.

Con todo, a la luz de la expresión utilizada en el último párrafo del art. 86.4 ET, “sin perjuicio del desarrollo y solución final de los citados procedimientos de mediación y arbitraje, en defecto de pacto, cuando hubiere transcurrido el proceso de negociación sin alcanzarse un acuerdo, se mantendrá la vigencia del convenio colectivo”, cabe interpretar dicha expresión como un refuerzo legal para el mantenimiento de la prohibición general de concurrencia incluso durante el período de ultraactividad, sea este cual fuera.

## 2.2. La prioridad aplicativa del convenio de sector en materia salarial

Este apartado 2 constituye una de las excepciones a la prohibición general de concurrencia. El precepto analizado establece la prioridad aplicativa del convenio de empresa o de grupo de empresas --en ningún caso de unidades de negociación inferiores<sup>41</sup>-- sobre lo previsto en el convenio sectorial de ámbito superior en una serie de materias: a) El abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos. b) El horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones. c) La adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de las personas trabajadoras. d) La adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios de empresa. e) Las medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. f) Aquellas otras que dispongan los acuerdos y convenios colectivos a que se refiere el artículo 83.2.

Esta preferencia resulta indisponible, de conformidad con la interpretación realizada por el Tribunal Supremo, por los sujetos negociadores, incluso en acuerdos interprofesionales, los cuales no podrán suprimir lo dispuesto en el art. 84.2 ET<sup>42</sup>. Así, asegura la imposible neutralización de la descentralización de la negociación colectiva en la empresa en estas materias concretas a través de acuerdos sectoriales estatales o autonómicos<sup>43</sup>.

37. STS 5 octubre 2021 (Rec. 4815/2018).

38. LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 42.

39. SALA FRANCO, T. y GOERLICH PESEST, J.M.: “La problemática jurídica de las unidades de negociación colectiva, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 35, 1988, p. 334.

40. STS 30 diciembre 2015 (Rec. 225/2014).

41. STS 22 septiembre 2016 (Rec. 248/2015).

42. STS 26 marzo 2014 (Rec. 129/2013).

43. LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 34.



De la enumeración anterior, el artículo primero.9 del RD-Ley 3/2021 elimina, mediante una técnica calificada “como eficaz y adecuada”<sup>44</sup> el antiguo apartado “a) La cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa”. Mediante su supresión, se contrarresta la prioridad aplicativa del convenio de empresa en la fundamental materia retributiva, de tal modo que, vigente y aplicable un convenio supraempresarial, un acuerdo de empresa posterior no puede modificar a la baja la retribución.

La finalidad, de acuerdo con el propio Preámbulo de la norma, no es otra que “reforzar el convenio sectorial”, como ya se ha indicado *supra*. Por tanto, “los convenios de empresa deben comportarse como instrumentos de regulación de aquellos aspectos organizativos que no admiten otro nivel de negociación por su propia naturaleza, como los horarios o la adaptación de la clasificación profesional, correspondiendo la negociación colectiva sectorial los aspectos salariales, retribuciones y jornada”. Ciertamente es que los Tribunales habían venido considerando que la posibilidad emanada de la reforma de 2012 no permitiría la supresión de complementos salariales o extrasalariales regulados en el convenio sectorial, la alteración de la definición del complemento en cuestión, ni la fijación de criterios para su devengo distintos de los establecidos en el convenio sectorial<sup>45</sup>, pero sí propiciaba la mera reducción salarial al margen de la situación en la que se encontrara la unidad productiva y, al tiempo, creaba una llamada al resto de empresas para estimular la misma respuesta, devaluando así el valor del trabajo<sup>46</sup>.

Esta reforma veta, se insiste, el “descuelgue” del posterior acuerdo empresarial que rebaje (no cuando las mejore<sup>47</sup>) las condiciones salariales previstas en el sectorial anterior aplicable. Viene a dotar de un nuevo espacio de competencia reguladora de los convenios colectivos sectoriales estatales autonómicos o de ámbito inferior que hasta el momento tenían imperativamente prescrita la referida materia<sup>48</sup>. No obstante, queda abierta la puerta de que un convenio colectivo de empresa anterior en el tiempo al convenio sectorial de aplicación establezca un salario inferior al establecido en el sectorial superior y posterior en el tiempo, por jugar en toda su amplitud la regla *prior in tempore* unida a la prohibición de concurrencia entre convenios colectivos<sup>49</sup> (y con las dudas ya examinadas cuando el anterior sectorial está en ultraactividad<sup>50</sup>).

También se ha subrayado por la doctrina que la reforma de 2021 no incide en 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), si bien “no parece que esas partidas salariales menores puedan debilitar a la negociación colectiva sectorial y, quizá por esa razón, o

44. CABEZA PEREIRO, J.: “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, cit.

45. STS 1 abril 2016 (Rec. 147/2015).

46. AA.VV. (GUALDA ALCALÁ, F.J., Coord.): *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, Albacete, Bomarzo, 2022, p. 234.

47. MERINO SEGOVIA, A.: “El sistema legal de negociación colectiva tras el RD-L 32/2021. Nuevas orientaciones en la estructura negocial, determinación del convenio colectivo aplicable y restitución de su vigencia ultraactiva”, cit., p. 145.

48. MERCADER UGUINA, J.R.: “La arquitectura de la negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021”, cit., p. 275.

49. SALA FRANCO, T.: *La reforma laboral: la contratación temporal y la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 82.

50. LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 41.

quizá por un simple olvido del legislador de urgencia ese precepto legal no se haya visto afectado por la reforma de 2021”<sup>51</sup>.

Es necesario tener en cuenta que el listado de materias no se configura con carácter absoluto<sup>52</sup>, en tanto el último apartado prevé la posibilidad de que acuerdos interprofesionales amplíen el elenco de materias (incluyendo la cuantía salarial derogada) cuya regulación en convenio de empresa posterior resulta de aplicación preferente. Abre así una puerta (en manos de los agentes sociales), que quizá no sea de uso frecuente, para 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 orientado desde niveles superiores a través del reparto de tareas y en función de las capacidades negociadoras”<sup>53</sup>.

Vuelve, entonces, 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 habrán de decidir la completa exclusión o no de la negociación empresarial *low cost*, evitando los riesgos del juego cronológico del 84.1 ET, en particular, respecto a los convenios provinciales en ciertos sectores con salarios *in peius*<sup>54</sup>. Entre ambos acuerdos interprofesionales (estatales y autonómicos) la norma no establece una jerarquía, de modo que no puede interpretarse que los de carácter estatal si sitúen en una situación de superioridad respecto de los de carácter autonómico<sup>55</sup>. El Tribunal Supremo considera al respecto que todos los acuerdos interprofesionales se encuentran en la misma posición y ostentan idéntica capacidad jurídica de marcar las reglas sobre concurrencia convencional, de modo que, en la hipótesis de que se produzca una regulación simultánea, pero de diverso signo de la concurrencia convencional entre un acuerdo interprofesional estatal y autonómico, resulta de aplicación el principio de prioridad temporal<sup>56</sup>.

En teoría, podría recuperarse por esta vía la prioridad aplicativa del convenio empresarial respecto a la cuantía salarial<sup>57</sup>, si bien no parece probable (ni deseable). Este laberinto, en cualquier caso, vuelve a incentivar con más razón la firma de acuerdos sectoriales estatales y autonómicos que regulen de manera clara la concurrencia convencional entre sector y empresa<sup>58</sup>.

En el marco normativo descrito se abren dos escenarios de relación entre convenio sectorial y de empresa: de un lado, si el convenio de empresa es primero en el tiempo, es aplicable la regla general de no concurrencia, salvo que exista un acuerdo interprofesional que ordene la estructura convencional en ese ámbito. De otro, si el convenio de empresa es posterior en el tiempo al convenio sectorial, es aplicable el sectorial en materia retri-

51. VIVERO SERRANO, J.: “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, *Briefs AEDTSS*, 2022.

52. STS 2 diciembre 2020 (Rec. 86/2019).

53. MERCADER UGUINA, J.R.: “La arquitectura de la negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021”, cit., p. 270.

54. VIVERO SERRANO, J.: “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, cit., 2022.

55. CRUZ VILLALÓN, J.: “Los convenios colectivos autonómicos en su relación de concurrencia con el resto de los ámbitos negociales”, *NET21*, núm. 8, 2022.

56. STS 25 abril 2019 (Rec. 40/2018).

57. LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 35.

58. *Ibidem*.

butiva, salvo que un acuerdo sectorial del art. 83.2 amplíe esta condición y establezca de aplicación preferente el acuerdo de empresa<sup>59</sup>.

Todavía sigue generando dudas si cabe aplicar la prohibición de concurrencia cuando el convenio empresarial posterior mejore el salario sectorial. La respuesta sindical en este caso interpreta como un “suelo” convencional, mejorable siempre por desarrollo posterior<sup>60</sup>. Por parte de otros autores, se considera que cabría aceptar que la empresa tenga que pagar salarios superiores pactados en su propio convenio empresarial, teniendo naturaleza contractual la mejora respecto a los sectoriales. Esta interpretación tendría consecuencias en relación con su posible modificación causal, que podría efectuarse a través del art. 41 ET, aunque choca con el criterio jurisprudencial que niega la capacidad de los pactos colectivos de crear condiciones más beneficiosas de naturaleza contractual<sup>61</sup>.

Al final, el efecto de la reforma de 2021 no conduce a un mínimo salarial sectorial en todos los supuestos, solo a evitar salarios inferiores al sectorial en convenios colectivos de empresa que se celebren estando vigente un convenio colectivo sectorial aplicable a los trabajadores<sup>62</sup> --específicamente parece dirigirse a evitar negociaciones salariales en empresas con déficit de representación independiente--. La esperanza parece estar puesta en la puerta abierta dejada a la ordenación de la estructura negocial por los acuerdos interprofesionales, capaces de cercenar la posibilidad de que cualquier convenio de empresas de cualquier sector modifique a la baja las cuantías salariales<sup>63</sup>.

El orden de prioridad de los convenios según la materia regulada arrojaba el siguiente resultado: el convenio de empresa (o grupo) ostentaba prioridad absoluta en el elenco de contenidos mínimos (ampliables); el estatal (salvo pacto en contrario en acuerdo estatal) para las materias no negociables en el ámbito autonómico, esto es, período de prueba, modalidades de contratación, clasificación profesional, jornada máxima anual, régimen disciplinario, normas mínimas en prevención de riesgos y movilidad geográfica, con el matiz de que algunas pueden ser adaptadas a la empresa con prioridad aplicativa del convenio de este nivel, como las modalidades de contratación y clasificación profesional; el convenio autonómico para todas las materias, salvo las reservadas al ámbito estatal y las priorizadas al de empresa; por último, convenios sectoriales para los demás condiciones<sup>64</sup>. Por tanto, se pueden hablar de tres posibles descuelgues: el descuelgue del estatal por parte de una Comunidad Autónoma, la prioridad aplicativa del convenio de empresa en dichas materias y el descuelgue de cualquier convenio cuando concurren las causas y se siga el procedimiento del art. 82.3 ET.

### **2.3. Cambios menos sustanciales en el art. 84.2 ET**

La eliminación de la cuantía salarial como materia prioritaria atribuida al convenio de empresa ha sido la reforma “estrella” en materia de negociación colectiva (junto con la

59. *Ibidem*, p. 38.

60. AA.VV. (GUALDA ALCALÁ, F.J., Coord.): *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, cit., p. 237.

61. LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 45.

62. *Ibidem*, p. 38.

63. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contrataciones y subcontratas”, en AA.VV.: *La reforma laboral de 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 148.

64. AA.VV.: *Memento experto reforma laboral 2012*, Madrid (Francis Lefebvre), 2012, pág. 105.

determinación del convenio aplicable en contratas), pero el art. 84 ET ha sido también modificado en otros dos aspectos.

De un lado, el RD-Ley 32/2021 añade, a la enumeración de las materias de aplicación en las cuales el convenio de empresa posterior es de aplicación preferente, la expresión “corresponsabilidad” a la letra e): “favorecer la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal”. Mediante esta alteración, se refuerza la prioridad del referente empresarial en este ámbito, si bien su trascendencia es sustancialmente menor a la eliminación de la cuantía salarial<sup>65</sup>. Por tanto, el convenio de empresa posterior será aplicable cuando establezca previsiones al respecto que favorezcan dicha corresponsabilidad y conciliación, al conocer mejor las posibilidades existentes y viables en la concreta organización productiva.

De otro, el art. 4 del RD-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 RD 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 Bancario, modifica el apartado 9 del artículo primero del RD-Ley 32/2021 por el que se da nueva redacción al art. 84.2 ET. En concreto, añade al apartado d) “de empresa”, a la preferencia aplicativa del convenio empresarial referida a “a adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación” que se atribuyen por el ET a este ámbito negocial.

El texto original de la reforma incluido en el RD-Ley 32/2021 había eliminado<sup>66</sup>, parece que, por error, esta especificación, que ahora vuelve a recuperarse. Esta preferencia, por tanto, no opera sobre la ordenación de las modalidades de contratación que se atribuyen a la negociación colectiva, sino a las que específicamente se encomiendan al convenio de empresa, en cuyo caso opera una capacidad reforzada de intervención frente a los convenios de ámbito superior. Los cambios llevados a cabo por la última reforma laboral en relación a la contratación temporal no mencionan expresamente el convenio de empresa y, en consecuencia, parecen no ampliar su radio de actuación<sup>67</sup>.

#### **2.4. Ausencia de cambios en la concurrencia de los convenios autonómicos**

Los dos últimos apartados del art. 84 ET permite la concurrencia de los convenios de ámbito autonómico respecto a los superiores de ámbito estatal, siempre y cuando los sindicatos y las asociaciones empresariales reúnan los requisitos de legitimación previstos en los arts. 87 y 88 ET, dicha decisión obtenga el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora en la correspondiente unidad de negociación y no lo impida un acuerdo interprofesional que regule la estructura de la negociación colectiva.

65. CRESPI FERRIOL, M.M.: “La concurrencia de convenios en la reforma laboral de 2021”, *Briefs AEDTSS*, 2022.

66. *Ibidem*.

67. AA.VV. (GUALDA ALCALÁ, F.J., Coord.): *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, cit., p. 238.



Estos convenios autonómicos posteriores concurrentes con un sectorial estatal no podrán negociar el periodo de prueba, las modalidades de contratación, la clasificación profesional, la jornada máxima anual de trabajo, el régimen disciplinario, las normas mínimas en materia de prevención de riesgos laborales y la movilidad geográfica, salvo que resultare de aplicación un régimen distinto establecido mediante acuerdo o convenio colectivo interprofesional de ámbito estatal. De nuevo, el acuerdo interprofesional, en esta ocasión de ámbito estatal, puede estructurar la negociación y establecer una concurrencia distinta, en orden a respetar la autonomía negocial y adaptar las previsiones convencionales a las concretas características del sector en razón del territorio.

Estos dos apartados no han sido modificados por el RD-Ley 32/2021, si bien fueron objeto de prolongadas discusiones políticas reflejadas en las mayorías de convalidación de la reforma, en tanto los partidos nacionalistas parecían pretender regular una preferencia absoluta de los convenios autonómicos.

Hasta el momento, las oportunidades abiertas en el art. 84.3. y 4 ET, si bien limitadas, no han alterado las unidades de negociación existentes ni han impulsado la emergencia nuevos ámbitos autonómicos convencionales que orillen a los estatales. No cabe duda que el ámbito autonómico sindical y empresarial ha cobrado importancia en el nivel interprofesional a los efectos de constituirse como instancia de interlocución con el poder autonómico, pero en la estructura sectorial o profesional, que es la decisiva a efectos de desarrollar la negociación colectiva, sigue primando el nivel provincial<sup>68</sup>.

Tradicionalmente, la negociación colectiva sectorial en España ha funcionado sobre el binomio convenios estatales *versus* provinciales, sin que ninguno de estos dos últimos ámbitos se haya visto significativamente sustituido ni complementado por un posible convenio autonómico. La afirmación anterior no significa la absoluta ausencia de convenios autonómicos, si bien esas experiencias se pueden reconducir a tres fenómenos: el primero, negociaciones en el ámbito de empresas públicas o de entidades de Derecho Público de carácter autonómico y que toman como referente a la correspondiente Administración; el segundo, y ciertamente interesante aunque reducido en número, procesos de sustitución de convenios provinciales por la creación de una unidad negocial de ámbito autonómico; y el tercero, conformación de unidades autonómicas en sectores productivos emergentes de cierta reciente aparición que no tenían convenio sectorial estatal<sup>69</sup>.

La no concesión “política” de una prioridad jerárquica del ámbito autonómico frente al estatal, en el fondo, permite una adecuada coordinación en materia salarial en todo el territorio español respetuosa con la unidad de mercado y sin riesgo de fragmentación territorial y sin perjuicio de la posibilidad de estructurar autonómicamente la negociación en dicho ámbito; la solución contraria pudiera tener consecuencias económicas inciertas y probablemente no deseadas<sup>70</sup>.

68. CRUZ VILLALÓN, J.: “Los convenios colectivos autonómicos en su relación de concurrencia con el resto de los ámbitos negociales”, cit.

69. CRUZ VILLALÓN, J.: “Los convenios colectivos autonómicos en su relación de concurrencia con el resto de los ámbitos negociales”, cit.

70. LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., pp. 48-49.

### **III. LA APLICACIÓN TRANSITORIA DE LAS REFORMAS EN MATERIA DE CONCURRENCIA DE CONVENIOS**

La disposición transitoria 6ª del RD-Ley 32/2021 establece una aplicación transitoria de las reformas llevadas a cabo en el art. 84 ET. Para ello, establece en su primer apartado que “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” del RD-Ley 32/2021.

El término “vigencia expresa” parece referirse al plazo establecido en el correspondiente convenio, y no las posibilidades de prórroga que las partes pudieran alcanzar o la ultraactividad del mismo<sup>71</sup>. Y en todo caso, a partir del 31 de diciembre de 2022 ningún convenio de empresa tendrá prioridad en materia salarial salvo previsión al efecto contenida en acuerdo interprofesional.

En su apartado 2 especifica claramente que “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”. Esta cautela evita reducir las mejoras salariales contractuales pactadas con la persona trabajadora o en acuerdos colectivos por encima del convenio de empresa aplicable, que no pueden ser compensadas o absorbidas en el proceso de reenganche al mínimo sectorial. El criterio razonable para aplicar este apartado es acudir a la cuantía global de la masa salarial para aplicar esta regla de no reducción, en lugar de utilizar un espiguelo por complemento salarial, en tanto la norma pretende no causar perjuicio económico a las personas empleadas incluidas en el ámbito de aplicación del sectorial<sup>72</sup>.

Su apartado 3 establece un plazo de seis meses para que los convenios se adapten a los cambios llevados a cabo. Dicho plazo comenzará a contar desde que estas modificaciones “resulten de aplicación al ámbito convencional concreto, de conformidad con lo previsto en el apartado primero de esta disposición”, esto es, desde el cumplimiento del plazo de vigencia expresa o, si no se ha producido antes, desde el 31 de diciembre de 2022.

La obligación de adaptación no es una condición para la aplicación de la preferencia salarial del convenio sectorial, pues se trata de un efecto legal directo a partir del momento temporal anteriormente especificado, sino de una obligación de los negociadores para evitar que se siga perpetuando una regulación convencional obsoleta. Este deber ha de ser llevado a cabo bien por la comisión negociadora, o bien por la comisión paritaria de interpretación y aplicación si la actuación consiste en adaptar el texto del convenio mediante el mero reconocimiento de la preferencia del sectorial<sup>73</sup>.

En el caso de los convenios cuyo plazo de vigencia pactado vence entre el 31 de diciembre de 2021 y el 31 de diciembre de 2022, el nuevo acuerdo que tengan que ne-

71. AA.VV. (GUALDA ALCALÁ, F.J., Coord.): *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, cit., p. 241.

72. LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 44.

73. AA.VV. (GUALDA ALCALÁ, F.J., Coord.): *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, cit., p. 243.

gociar los sujetos legitimados tendrá que ajustarse a la nueva regla, pero puede que no se suscriba en el plazo de seis meses y el anterior se encuentre en fase de prórroga o en ultraactividad; en ambos casos, sí sería necesario que los negociadores lleven a cabo la adaptación del convenio<sup>74</sup>. Esta posibilidad abierta será un cambio interesante en el marco de la nueva vigencia ultraactiva del convenio, y 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<sup>75</sup>.

La mención expresa al apartado uno desmiente que se amplíe seis meses más la prioridad de los salarios pactados a nivel empresarial, sino que se trata de un plazo añadido de mera adaptación de los propios convenios de empresa, que tendrán en su caso que acompañar las cuantías de los salarios hasta el mínimo sectorial exigido dentro de la estructura salarial diseñada por dicho convenio de sector<sup>76</sup>. Este plazo de seis meses resulta una norma “poco común” y dirigida exclusivamente a los negociadores del convenio, pero durante ese tiempo (una vez decaída la vigencia expresa o llegado el 31 de diciembre de 2022), se insiste, la persona empresaria ha aplicar el marco salarial más favorable del convenio sectorial, sin poder esperar a la acomodación o ajuste dentro del referente temporal dado, 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”<sup>77</sup>.

Tampoco cabe olvidar que es necesario adaptar los convenios sectoriales que reconocieran expresamente la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial en virtud de una mera reproducción del tenor legal fruto de la reforma de 2012. En tales casos no cabe considerar que este convenio tiene la voluntad de preservar o mantener la prioridad<sup>78</sup>. Se plantean, en este caso, dudas razonables respecto a una “recuperación automática de su prioridad aplicativa”, sino que deben volver a negociarse, sector por sector, “partido a partido”, siguiendo las reglas de concurrencia actualmente establecidas<sup>79</sup>.

Desde luego, los convenios que se suscriban y/o presenten al registro a partir de la entrada en vigor de la reforma laboral, es decir el 31 diciembre 2021, les es de aplicación directa la nueva regulación, incluida la norma de concurrencia clásica de preferencia del convenio *prior in tempore*, arrastrando a un complicado casuismo de situaciones diversas<sup>80</sup>. Pese a la regla anteriormente mencionada de prioridad en el tiempo, la inercia convencional y la necesaria ayuda de los acuerdos interprofesionales expulsarán del orde-

74. AA.VV. (GUALDA ALCALÁ, F.J., Coord.): *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, cit., p. 243.

75. CABEZA PEREIRO, J.: “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, cit.

76. LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 43.

77. VIVERO SERRANO, J.: “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, cit.

78. AA.VV. (GUALDA ALCALÁ, F.J., Coord.): *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, cit., p. 244.

79. CABEZA PEREIRO, J.: “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, cit.

80. *Ibidem*.

namiento jurídico toda regulación convencional que colisione a la baja en materia salarial con el marco convencional sectorial de referencia<sup>81</sup>.

#### **IV. LA BÚSQUEDA DEL CONVENIO APLICABLE EN CONTRATAS Y SUBCONTRATAS**

La comentada reforma laboral de 2021 incide también en la concurrencia conflictiva de convenios en el marco jurídico de contratas y subcontratas, y lo hace en orden a cumplir lo previsto en el componente 23 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, que habla de “la modernización de la contratación y subcontratación de las actividades empresariales” para evitar “un posible debilitamiento de las condiciones laborales de las personas trabajadoras a través de la externalización... [utilizada] como mecanismo de reducción de los estándares laborales de las personas que trabajan para las empresas subcontratistas”, con el objetivo de “avanzar hacia la equiparación de las condiciones de las personas trabajadoras contratadas y subcontratadas y reforzar la responsabilidad de las empresas contratistas o subcontratistas”. El objetivo no es otro que garantizar “el equilibrio entre agilidad y flexibilidad (en trabajos especializados, asociados a un proyecto determinado, etc.) y un nivel adecuado de protección a las personas trabajadoras... en relación con los trabajos que desarrollan” (Preámbulo del RD-Ley 32/2021).

De acuerdo con el mencionado Preámbulo, “con el precedente legal de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, o de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, recientemente modificada para incorporar las previsiones de la Directiva (UE) 2018/957 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de junio de 2018, que modifica la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, el objetivo de la modificación es procurar la necesaria protección a las personas trabajadoras de la contrata o subcontrata, evitando una competencia empresarial basada de manera exclusiva en peores condiciones laborales”, pero el cumplimiento de dicha finalidad ha acabado por originar un “rompecabezas” a la hora de interpretar la nueva redacción<sup>82</sup>.

El artículo primero.5 del RD-Ley 32/2021 modifica el art. 42 ET y, a los efectos estudiados, su apartado 6, y regula el convenio aplicable a la contrata o subcontrata, con independencia si la contrata o subcontrata es o no de propia actividad de la principal<sup>83</sup>.

81. DÍAZ GARCÍA, C.: “Nuevos márgenes para la recuperación de la esfera colectiva de las relaciones laborales y la intervención pública a raíz de la reforma laboral”, cit., p. 104.

82. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”, cit., p. 131.

83. AA.VV. (GUALDA ALCALÁ, F.J., Coord.): *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, cit., p. 247 y BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “Nueva reforma laboral 2021: impacto en contratas y subcontratas”, 29 diciembre 2021, <https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primeras-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/>.



Así, la regla general (que resulta al final desplazada por los otros criterios y se convierte, al final, en subsidiaria<sup>84</sup>) es la aplicación del convenio sectorial correspondiente a la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social (muchas veces ampliado hasta el infinito en las multiservicios) o su forma jurídica. La misma solución la había establecido ya el art. 122.2 de la Ley 9/2017 para las empresas adjudicatarias en contratos del sector público y superando el debate en torno a la aplicación del convenio aplicado en la empresa principal<sup>85</sup>. Prescinde así la norma de otra de las opciones barajadas (y semejante a la aplicada para las Empresas de Trabajo Temporal, al menos para fijar un suelo de condicione), como pudiera haber sido el convenio de aplicación a la empresa principal<sup>86</sup>.

La norma, ante la potencial concurrencia de convenios sectoriales (los correspondientes a la actividad de la empresa principal y la correspondiente a la contrata cuando no sean coincidentes), apuesta por este último, quizá pensando “en la necesidad de que prevalezca en esos casos las condiciones laborales que mejor se adaptan a las tareas efectivamente desarrolladas por el trabajador”<sup>87</sup>. Sigue así aquella interpretación del Tribunal Supremo que considera cómo “ante la ausencia de un convenio colectivo propio de la empresa multiservicios, las relaciones laborales quedarán reguladas por el convenio colectivo sectorial cuyo ámbito funcional comprenda la actividad que llevan a cabo los trabajadores en el marco de la contrata..., que es el parámetro más adecuado y objetivo frente al alternativo de la actividad preponderante de la empresa multiservicios” (si bien en el caso analizado el convenio aplicable a la actividad principal no se conoce y nada tendría que ver con la actividad realmente desempeñada por los trabajadores)<sup>88</sup>; y no aquella otra que apostaba por la actividad preponderante<sup>89</sup>. La Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos también se ha decantado por esta solución, tanto si la empresa multiservicios desempeña una pluralidad de actividades en las dependencias de un determinado cliente<sup>90</sup>, como si las desarrolla en distintos centros por cuenta de diferentes usuarios<sup>91</sup>.

Esta selección resulta especialmente compleja cuando “las actividades que realiza la persona trabajadora son susceptibles de quedar encuadradas en diversos convenios o su encuadramiento resulta dudoso”<sup>92</sup>; también si se trata de una multiservicios que presta servicios integrales, pues en tal caso procedería la aplicación de los acuerdos de cada sector respectivo, situación que en la práctica, plantea alguna dificultad de delimitación<sup>93</sup>.

A continuación, el precepto analizado establece dos excepciones: la primera, que exista otro convenio sectorial aplicable conforme a lo dispuesto en el título III; y la se-

84. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”, cit., pp. 131 y 136.

85. LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 54.

86. Rechazando esta idea, STS 12 febrero 2021 (Rec. 2839/2019).

87. MERCADER UGUINA, J.R.: “La arquitectura de la negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021”, cit., p. 249.

88. STS 11 junio 2020 (Rec.1546/2916).

89. STS 17 marzo 2015 (Rec. 1464/2014).

90. Dictámenes de 22 de noviembre de 2006; de 17 de diciembre de 2009 y de 15 de abril de 2011.

91. Informes de 24 de febrero de 2009; 8 de septiembre de 2011; 27 de junio de 2013 y 24 de marzo de 2015.

92. VICENTE PALACIO, A.: “Empresas multiservicios: negociación colectiva y subcontratación”, en AA.VV.: *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2018, p. 245.

93. BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “Nueva reforma laboral 2021: impacto en contratas y subcontratas”, cit.

gunda, “cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este, en los términos que resulten del artículo 84”.

Respecto a la primera, algún sector doctrinal vincula esta previsión al supuesto específico (aunque puede darse en otros ámbitos) de las camareras de piso (“kellys”)<sup>94</sup>. Así, se considera referida la regla al supuesto de que la actividad desarrollada por las personas trabajadoras en la contrata tenga especialidades, condiciones o contenidos específicos definidos en el convenio sectorial aplicable a la empresa principal, en cuyo caso este último resultará de aplicación a la contrata, y más aún cuando el acuerdo en cuestión haya extendido su ámbito funcional a dichas actividades<sup>95</sup>. Este tipo de cláusulas convencionales inclusivas y extensivas de empresas contratistas va a formar parte de las estrategias sindicales el desarrollo de la reforma<sup>96</sup>, precisamente para ampararse en esta excepción. De hecho, ya son cada vez más numerosos los convenios colectivos que, a través de regulaciones indirectas, reformulan su ámbito funcional, especificando que se aplicará a las empresas que realicen actividades propias de dicho sector, aunque no constituya su objetivo social principal y se realicen parcialmente<sup>97</sup>. Desde luego, esta “salvedad” hace también referencia a la aplicación de un convenio sectorial o subsectorial específico de empresas multiservicios, que desplazaría al referido a la actividad que realice la contrata<sup>98</sup>.

Por cuanto hace a la segunda, ha generado más dudas que certezas, las cuales tratan tanto de evitar el “efecto bumerán de su interpretación literal”<sup>99</sup>; como poner fin al “fenómeno de diáspora convencional que ha provocado un vaciamiento del ámbito de aplicación de muchos convenios sectoriales”<sup>100</sup>. Así, por un lado, y acudiendo a la finalidad expuesta en el propio Preámbulo, no faltan opiniones doctrinales que consideran solo aplicable el convenio de la empresa contratista cuando no exista convenio de sector y, de existir convenio de sector en los términos ya examinados, solo entraría en juego el referente empresarial en aquellas materias enumeradas en el art. 84.2 ET (dejando fuera, se recuerda, la cuantía salarial)<sup>101</sup>. De esta manera ciertamente alambicada el RD-Ley establecería un salario mínimo estándar en los distintos sectores de actividad de una empresa contratista de imposible reducción por el convenio de empresa<sup>102</sup>.

94. No obstante, el Tribunal Supremo optó por la aplicación del Convenio sectorial de limpieza y no de hostelería en la STS 12 febrero 2021 (Rec. 2839/2019).

95. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”, cit., p. 137.

96. LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 57.

97. ESTEVE SEGARRA, A.: *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Valencia, Tirant lo blanch, 2016, p. 150.

98. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”, cit., p. 143 y LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 55.

99. *Ibidem*, p. 146.

100. ESTEVE SEGARRA, A.: “Criterios para la determinación de actividades desarrolladas por empresas multiservicios que contarían con un convenio sectorial de referencia”, en AA.VV.: *Congreso Nacional de la AEDTSS*, Madrid, Iustel, 2018.

101. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contratas y subcontratas”, cit., pp. 146-147. De la misma opinión, AA.VV. (GUALDA ALCALÁ, F.J., Coord.): *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, cit., p. 247 y ROJO TORRECILLA, E.: “La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 467, 2022, p. 96.

102. SALA FRANCO, T.: *La reforma laboral: la contratación temporal y la negociación colectiva*, cit., p. 86.

Desde otra interpretación, se defiende la aplicación del convenio de la empresa contratista cuando sea primero en el tiempo, incluidas, en ese caso, sus tablas salariales; de no ser así, operará las previsiones del art. 84.2 ET en relación con el sectorial<sup>103</sup>, al entender que, si se pretendía corregir una devaluación salarial en empresas multiservicios con convenio propio, este objetivo solo se consigue si el convenio sectorial es anterior y el de empresa posterior en el tiempo<sup>104</sup>. Al final, el progresivo juego de los arts. 42.6 y 84.2 ET, las previsiones en materia de contratos públicos, junto con la esperable estructuración realizada por los acuerdos interprofesionales impedirán la competencia salarial a la baja en las contrata.

Como cláusula de cierre, el artículo primero.15 del RD-Ley 32/2021 introduce la disposición adicional 27ª en el ET que excepciona la aplicación del art. 42.6 ET a las contrata y subcontrata suscritas con los centros especiales de empleo. Recoge así la doctrina judicial que excepcionaba la aplicación del convenio sectorial por razón de actividad a este tipo de organizaciones, y lo hacía acudiendo a la especialidad de la relación laboral existente y en aras a las singularidades que se prevén en sus propios pactos<sup>105</sup>.

## V. CONCLUSIONES

La reforma llevada a cabo en la negociación colectiva por la Ley 32/2021 supone un intento (otro más) de reestructuración y articulación del laberinto del sistema de negociación colectiva. La reforma analizada no cabe duda que refuerza el protagonismo del convenio de sector como eje vertebrador de la estructura negociadora con el fin de lograr una verdadera articulación de los contenidos de los distintos ámbitos de negociación, y especialmente un reparto de materias entre los niveles sectoriales y empresariales. Para ello, parte de la prevalencia de los convenios de sector como instrumento básico en una materia tan sensible como resulta la cuantía salarial, En este sentido, elimina el antiguo apartado a) del art. 84.2 ET y contrarresta la prioridad aplicativa del convenio de empresa en esta fundamental materia, de tal modo que, vigente y aplicable un convenio supraempresarial, un acuerdo de empresa posterior no puede modificar a la baja la retribución. No obstante, queda abierta la puerta de que un convenio colectivo de empresa anterior en el tiempo al convenio sectorial de aplicación establezca un salario inferior al establecido en el sectorial superior y posterior en el tiempo.

El respeto a la autonomía colectiva y a su autodeterminación queda patente en el último apartado del citado precepto, el cual prevé la posibilidad de que acuerdos interprofesionales amplíen el elenco de materias (incluyendo la cuantía salarial derogada) cuya regulación en convenio de empresa posterior resulte de aplicación preferente. Abre así una puerta (en manos de los agentes sociales), que quizá no sea de uso frecuente, para el desarrollo de una descentralización centralmente coordinada. Este laberinto, en cualquier caso, vuelve a incentivar con más razón la firma de acuerdos sectoriales estatales y autonómicos que regulen de manera clara la concurrencia convencional entre sector y empresa.

103. BELTRÁN DE HEREDIA, I.: “Nueva reforma laboral 2021: impacto en contrata y subcontratas”, cit.

104. LAHERA FORTEZA, J.: *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, cit., p. 55.

105. DE LA PUEBLA PINILLA, A.: “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contrata y subcontratas”, cit., pp. 148-149. En la jurisprudencia, SSTs 23 septiembre 2014 (Rec. 50/2013) y 2 febrero 2017 (Rec. 2012/2015).

La comentada reforma laboral de 2021 incide también en la concurrencia conflictiva de convenios en el marco jurídico de contrata y subcontratas, imponiendo una regla general convertida, por mor de las excepciones, en subsidiaria, cual es la aplicación del convenio sectorial correspondiente a la actividad desarrollada en la contrata o subcontrata, con independencia de su objeto social o su forma jurídica. Prescinde así la norma de otra de las opciones como pudiera haber sido la elección del convenio de aplicación a la empresa principal.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (GUALDA ALCALÁ, F.J., Coord.). *El nuevo marco de relaciones laborales tras la reforma laboral*, Albacete, Bomarzo, 2022.
- ALFONSO MELLADO, C. et alii. *Los convenios de empresa de nueva creación tras la reforma laboral de 2012*, Observatorio de la Negociación Colectiva CC.OO., 2016.
- BELTRÁN DE HEREDIA, I.. “Nueva reforma laboral 2021: impacto en contrata y subcontratas”, 29 diciembre 2021, <https://ignasibeltran.com/2021/12/29/la-nueva-reforma-laboral-2021-rdley-32-2021-impacto-en-contratas-y-subcontratas-y-el-trabajo-externalizado-primeras-valoraciones-sobre-los-nuevos-arts-42-6-84-2-15-y-16-et/>.
- CABEZA PEREIRO, J. “Prioridad aplicativa de convenios y reglas transitorias”, *NET21*, núm. 8, 2022.
- CC.OO. Balance de la negociación colectiva, 2021, <https://www.ccoo.es/c7e991b7bebddd6184cb6d-61c46ad5b4000001.pdf>.
- CRESPI FERRIOL, M.M. “La concurrencia de convenios en la reforma laboral de 2021”, *Briefs AEDTSS*, 2022.
- CRUZ VILLALÓN, J. “Incidencia de la norma laboral sobre la estructura y concurrencia de convenios colectivos”, en AA.VV.: *La negociación colectiva como instrumento de gestión del cambio*, Madrid (Cinca), 2017.
- CRUZ VILLALÓN, J. “Los convenios colectivos autonómicos en su relación de concurrencia con el resto de los ámbitos negociales”, *NET21*, núm. 8, 2022.
- DE LA PUEBLA PINILLA, A. “Convenio colectivo aplicable al trabajo prestado en el marco de contrata y subcontratas”, en AA.VV.: *La reforma laboral de 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- DÍAZ GARCÍA, C. “Nuevos márgenes para la recuperación de la esfera colectiva de las relaciones laborales y la intervención pública a raíz de la reforma laboral”, *Iuslabor*, núm. 1, 2022.
- ESTEVE SEGARRA, A. *Externalización laboral en empresas multiservicios y redes de empresas de servicios auxiliares*, Valencia, Tirant lo blanch, 2016.
- ESTEVE SEGARRA, A. “Criterios para la determinación de actividades desarrolladas por empresas multiservicios que contarían con un convenio sectorial de referencia”, en AA.VV.: *Congreso Nacional de la AEDTSS*, Madrid, Iustel, 2018.
- GARCÍA VIÑA, J. *La nueva regulación laboral*, Barcelona, Atelier, 2022.
- GIMENO DÍAZ DE ATAURI, P. “Determinación del salario y estructura de la negociación”, en AA.VV.: *Evolución de los contenidos económicos en la negociación colectiva en España*, Madrid, CCNCC, 2018.
- LAHERA FORTEZA, J. *La negociación colectiva tras la reforma de 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- LÓPEZ ANIORTE, C. “El papel de la negociación colectiva en la reforma laboral”, *Briefs AEDTSS*, 2022.
- MARTÍN VALVERDE, A. “Concurrencia de convenios colectivos de trabajo”, en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Edersa, 1995.
- MARTÍNEZ MORENO, C. *Reforma laboral*, Madrid, Francis Lefebvre, 2022.
- MERCADER UGUINA, J.R. “La arquitectura de la negociación colectiva en la Reforma Laboral de 2021”, en AA.VV.: *La reforma laboral de 2021*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.



- MERCADER UGUINA, J.R. “El fin de la prevalencia del convenio de empresa en materia salarial: ¿punto de llegada o de partida?”, *Labos*, Vol. 3, Número extraordinario, 2022.
- MERINO SEGOVIA, A. “El sistema legal de negociación colectiva tras el RD-L 32/2021. Nuevas orientaciones en la estructura negocial, determinación del convenio colectivo aplicable y restitución de su vigencia ultraactiva”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, núm. 152, 2022.
- ROJO TORRECILLA, E. “La reforma laboral de 2021. Negociación colectiva, flexibilidad interna y subcontratación”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, núm. 467, 2022.
- SALA FRANCO, T. *La reforma laboral: la contratación temporal y la negociación colectiva*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.
- SALA FRANCO, T. Y GOERLICH PESEST, J.M. “La problemática jurídica de las unidades de negociación colectiva, con especial referencia a los supuestos de cambio de unidad”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 35, 1988.
- VICENTE PALACIO, A. “Empresas multiservicios: negociación colectiva y subcontratación”, en AA.VV.: *La externalización productiva a través de la subcontratación empresarial*, Granada, Comares, 2018.
- VILA TIERNO, F. *Cuestiones actuales en materia de negociación colectiva*, Cizur Menor, Thomson Reuters/Aranzadi, 2022.
- VIVERO SERRANO, J. “La supresión de la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia salarial”, *Briefs AEDTSS*, 2022.