

# CONCURRENCIA ENTRE CONVENIOS Y MODERNIZACIÓN DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

CARMEN SÁEZ LARA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*  
Universidad de Córdoba

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Convenios colectivos, prioridad aplicativa del convenio de empresa, convenio aplicable y empresa contratista

La reforma en la ordenación de la negociación colectiva de 2021 (RDL 32/2021) suprime la preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa, en el área que había resultado más relevante, la cuantía del salario base y de los complementos (art. 84.2 LET) y regula el convenio aplicable en supuestos de descentralización productiva (art. 42.6 LET). Ningún cambio o modificación ha experimentado la regulación estatutaria sobre la concurrencia afectante de los convenios colectivos autonómicos. Este trabajo, analiza la nueva regulación del art. 84.2 LET (y, en relación con la misma, los cambios introducidos por el nuevo apartado 6 del art. 42 LET) en el marco normativo vigente sobre concurrencia convencional del art. 84 LET. En primer lugar, partiendo del significado y efectos de las reformas de 1994 y de 2011/2012, se analiza el espacio de los convenios de comunidad autónoma para la regulación y la ordenación de la negociación colectiva. En segundo lugar, este trabajo aborda la preferencia aplicativa del convenio de empresa, indagando las causas de sus limitados efectos durante el tiempo que ha estado en vigor y valorando positivamente que la reforma de 2021 la sitúe, con buen criterio, como instrumento estructural para consolidar la unidad negocial empresarial con vocación de permanencia, y no como instrumento de flexibilidad ante coyunturas de crisis empresarial. En tercer lugar, se abordan las diversas reglas contenidas sobre el convenio aplicable en los supuestos de descentralización productiva, así como los problemas interpretativos que plantea el art. 42.6 LET, valorando críticamente, desde la perspectiva del principio de igual salario para trabajos de igual valor, la situación en la que quedan las personas trabajadoras en las empresas contratistas y, en particular, en los centros especiales de empleo.

## ABSTRACT

**Key words:** Collective agreements, priority application of the company agreement, applicable agreement and contractor

The reform in the organization of collective bargaining of 2021 (RDL 32/2021) suppresses the application preference of the company collective agreement, in the area that had been most relevant, the amount of the basic salary and supplements (art. 84.2 LET) and regulates the applicable agreement in cases of productive decentralization (art. 42.6 LET). No change or modification has undergone the statutory regulation on the affecting concurrence of regional collective agreements. This paper analyzes the new regulation of art. 84.2 LET (and, in relation to it, the changes introduced by the new section 6 of art. 42 LET) in the current regulatory framework on conventional concurrence of art. 84 LET. First, based on the meaning and effects of the reforms of 1994 and 2011/2012, the space of the autonomous community agreements for the regulation and organization of collective bargaining is analyzed.

## INDICE

1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS
2. PREFERENCIA APLICATIVA DE LOS CONVENIOS DE COMUNIDAD AUTÓNOMA
  - 2.1. Significado y efectos de la reforma de 1994
  - 2.2. Significado y efectos de la reforma 2011/2012
  - 2.3. Principio autonómico en la ordenación futura de la negociación colectiva
3. PREFERENCIA APLICATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA
  - 3.1. Significado de la reforma 2012
  - 3.2. Interpretación judicial de la prioridad aplicativa del convenio empresarial
  - 3.3. Los efectos de la prioridad aplicativa del convenio de empresa
  - 3.4. Aplicación preferente del convenio de empresa y descentralización productiva
4. SUPRESIÓN DE LA PREFERENCIA APLICATIVA DEL CONVENIO DE EMPRESA EN MATERIA SALARIAL EN LA REFORMA DE 2021
  - 4.1. La preferencia del convenio de empresa para la adaptación de la negociación sectorial
  - 4.2. La aplicación transitoria de la reforma del art. 84 LET
5. CONVENIO APLICABLE Y EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA
  - 5.1. El convenio aplicable de conformidad con el art. 42.6 LET
  - 5.2. Aplicación del convenio de la actividad contratada y exclusión del convenio de la actividad principal
  - 5.3. La inaplicación del art. 42. 6 LET a los centros especiales de empleo

## 1. CUESTIONES INTRODUCTORIAS

La reforma de la negociación colectiva, introducida por el RDL 32/2021<sup>1</sup>, suprime la preferencia aplicativa del convenio de empresa en materia salarial, en el art. 84.2 LET; identifica el convenio colectivo aplicable a las empresas contratistas, y subcontratistas, en el art. 42. 6 LET y recupera la ultraactividad indefinida de los convenios colectivos en el art. 86.3 LET. En este trabajo, que estará centrado en la reforma estatutaria relativa a la concurrencia entre convenios colectivos, hemos de realizar dos aclaraciones de partida.

En primer lugar, la concurrencia entre normas no es un tema específico del sistema de fuentes del derecho del trabajo, sino de la teoría general del derecho, que presenta, en este ámbito jurídico, perfiles propios de especial importancia e intensidad, por la temporalidad y naturaleza sectorial de los convenios colectivos. El art. 84 LET fija las reglas de solución de conflictos de concurrencia entre convenios colectivos que, junto con otras reglas de concurrencia (art. 3.3 LET), constituyen

<sup>1</sup> 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 que lleva a cabo una nueva reforma, ya anunciada como la octava reforma del Componente 23 (Nuevas políticas públicas para un mercado de trabajo dinámico, resiliente e inclusivo) del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (PRTR) de 27/4/2021.

una subespecie de las normas de ordenación del sistema de negociación colectiva, donde también se incardinan las reglas que previenen o evitan esta concurrencia, por ejemplo, las que establecen distribuciones de competencia, por razón de la materia, entre diversas unidades de negociación.

En segundo lugar, en el ámbito de la disciplina jurídica laboral, la concurrencia entre convenios colectivos se aborda frecuentemente en conexión y dentro del estudio más amplio y complejo de la estructura de la negociación colectiva. De esta forma, la valoración de las reglas que regulan la concurrencia entre las normas convencionales, así como las propuestas doctrinales, se formulan, frecuentemente, atendiendo a los efectos que estas determinan sobre la estructura negocial, por lo que están directamente condicionadas por la opinión que merezca la estructura vigente y el modelo de estructura al que se aspire.

En España, debe recordarse que, desde los años ochenta y noventa del siglo pasado, las propuestas doctrinales y la estrategia sindical estarían dirigidas a alcanzar un modelo de negociación centralizada y articulada<sup>2</sup>. Los cambios en el tejido productivo español y los cambios de contenidos y funciones de la negociación colectiva potenciaban el mayor dinamismo de la unidad empresarial y un reparto de las materias entre las diversas unidades de negociación colectiva. La falta de eficiencia del sistema de negociación colectiva, las ventajas que para la empresa y los trabajadores se derivan de la ordenación de la negociación colectiva, el ahorro de esfuerzos negociadores, y los citados cambios productivos y de funciones de la negociación, entre otras causas, irían progresivamente indicando la idoneidad de un cambio de la estructura convencional hacia un modelo centralizado y articulado de negociación colectiva. Con posterioridad, la crisis de 2008 potenciaría, en todo el mundo y no sólo para España, la tendencia descentralizadora y la promoción del convenio colectivo de empresa.

Pues bien, desde la LET de 1980, la ordenación de la negociación se basa en la libertad de las partes, la inexistencia de una relación jerárquica entre convenios y la prohibición general de afectación entre convenios durante la vigencia *prior in tempore*. Si, en el contexto regulador descrito, el legislador de 1980 encomendó a la autonomía colectiva la ordenación de la negociación colectiva y, en concreto, a los Acuerdos y Convenios previstos por el artículo 83.2 LET, el legislador de 1994 introdujo unas fórmulas de dirigismo estatal sobre la estructura de la negociación, que profundizó la reforma de 2012.

La reforma estatutaria de 1994, de una parte, ordenó la negociación sobre la base del criterio de reparto funcional, expresando su preferencia por la unidad

<sup>2</sup> Pretendiendo así un cambio en la estructura caracterizada tradicionalmente por su descentralización y desarticulación; sustentada sobre los convenios sectoriales provinciales y de empresa y en la que cada unidad de negociación asumía un papel de norma exclusiva y excluyente de regulación de las condiciones de trabajo.

sectorial estatal para la regulación de determinadas materias, de otra parte, fomentó la negociación de ámbito empresarial y, finalmente, introdujo una nueva redacción en el artículo 84 LET que admitiría la afectación por un convenio colectivo supraempresarial de otro de ámbito superior, salvo en determinadas materias. Una nueva redacción que, con el propósito de promoción del ámbito autonómico de negociación, terminaría restando operatividad a la estructuración de la negociación por la vía de los Acuerdos o Convenios, previstos por el artículo 83.2 LET. En este contexto normativo, se adoptarán los diferentes modelos de estructura contractual propuestos en los AINC's desde 1997, basados en el principio de especialización de cada unidad negocial y en la centralidad del convenio estatal de sector.

Con la aprobación de la reforma de 2012 (RDL 3/2012 y Ley 3/2012) uno de los cambios normativos de mayor calado fue, como se sabe, el reconocimiento de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, frente a cualquier otro convenio de ámbito superior. Este cambio se iniciaría en la reforma de 2011 (RDL 7/2011 y Ley 35/2010), alterando así el régimen jurídico de concurrencia de convenios vigente desde 1994, esto es, el régimen por el que se reconocía, como excepción al principio de no concurrencia, la posibilidad de aplicación preferente, únicamente, de los convenios sectoriales de ámbito inferior respecto de los de ámbito superior. En ambas reformas, según argumentarían las respectivas exposiciones de motivos, el objetivo sería una negociación de las condiciones laborales en el nivel “más cercano y adecuado” a la realidad de las empresas y de sus trabajadores, de forma que sea un instrumento “para adaptar” las condiciones laborales a las circunstancias de la empresa. Entre ambas reformas, la diferencia estribaría, en que en 2011 se optaría por el carácter dispositivo de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, respecto de los convenios negociados de acuerdo con el art. 83.2. LET; y en 2012 se configurará con carácter indisponible para la negociación colectiva de ámbito superior. En esta reforma 2011/2012 también se abordaría la prioridad aplicativa del convenio colectivo autonómico, corrigiendo las insuficiencias técnicas de la redacción de 1994.

Pues bien, en la nueva reforma de 2021 (RDL 32/2021) la ordenación de la negociación colectiva se profundiza con la distribución de competencias negociadoras entre convenios sectoriales y de empresa, en materia de contratación laboral, con una regulación sobre el convenio aplicable en supuestos de descentralización productiva, en el nuevo art. 42.6 LET y con la supresión de la preferencia aplicativa del convenio de empresa, en la fijación de la cuantía del salario base y de los complementos, en el nuevo art. 84.2 LET. Ninguna reforma ha experimentado la regulación estatutaria sobre la preferencia aplicativa de los convenios colectivos autonómicos.

Aunque, como hemos señalado, el objeto de este trabajo se centrará en la nueva regulación del art. 84.2 LET (y en relación con la misma, los cambios introducidos por el nuevo apartado 6 del art. 42 LET) no podemos dejar de analizar también el conjunto de reglas sobre concurrencia convencional del art. 84 LET y,

en concreto, el tema, que cada día cobra mayor interés, la prioridad aplicativa del convenio autonómico.

## 2. PREFERENCIA APLICATIVA DE LOS CONVENIOS DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

### 2.1. Significado y efectos de la reforma de 1994

La reforma de 1994 del art. 84 LET, dirigida a la promoción del marco autonómico de negociación colectiva, introdujo, en el entonces párrafo segundo, una excepción a la prohibición de concurrencia del art. 84.1 LET, que permitió a un convenio supraempresarial afectar a otro de ámbito superior.

Como es sabido, el citado art 84 LET, en su redacción de 1980, establecía una regulación (una regla general) ante los casos de concurrencia entre convenios que remitía, en primer lugar, a las reglas convencionales que se establecieran por los convenios o acuerdos regulados por el artículo 83.2 LET, y, en su defecto, a la regla legal de prohibición de concurrencia. La prohibición legal de concurrencia era así (y sigue siendo) una regulación supletoria de la regulación convencional sobre reglas de concurrencia de convenios y, más en general, sobre ordenación de la estructura de la negociación colectiva. De esta forma, el legislador de 1980, de un lado, recogía la regla clásica “*prior in tempore prior in iuris*”, en aras de la seguridad jurídica y de la paz social durante la vigencia del convenio, pero, de otra parte, confiaba a la autonomía colectiva la necesaria racionalización y ordenación de la estructura de la negociación colectiva, consciente del efecto de petrificación de aquella regla sobre la estructura negocial.

La reforma de 1994 introduce un supuesto excepcional a aquella regla general y que, además, lo fue tanto a las eventuales reglas convencionales fijadas ex artículo 83.2 LET, como a la regla legal de prohibición establecida por el artículo 84.1 LET. Así, se consiente la concurrencia entre convenios de ámbito supraempresarial, y más concretamente, que un convenio colectivo supraempresarial modifique lo pactado en otro convenio de ámbito superior, si bien sólo en relación con determinadas materias, que se definen en negativo por la propia norma (artículo 84.2 y 3, LET). Aunque el cambio normativo poseyó originariamente una explicación en clave autonomista, dado su contenido, tuvo un significado y un alcance más amplio, como ejemplo de intervención legal para la ordenación de la negociación ante la inactividad de los sujetos colectivos.

Como señalaría el Tribunal Supremo, la extensión y vigencia aplicativa del art. 83.2 LET quedaría sensiblemente mermada pues la regla especial del art. 84 LET se inserta en una norma de derecho necesario, por lo que carecen de virtualidad los pactos o acuerdos que la contradigan. Siendo claro, como se ha dicho, que

el mandato establecido en el entonces 84.2, no era disponible a través de los instrumentos contractuales ahí mencionados, las frases “en todo caso” y “a pesar de lo establecido en el artículo anterior”, dejan patente que esta disposición prevalece sobre el número 2 del artículo 83 LET<sup>3</sup>. En definitiva, tras la reforma de 1994, se admitiría que un convenio supraempresarial pudiera afectar a lo dispuesto en un convenio de ámbito superior, pero siempre que se trate de un convenio estatutario acordado además por una mayoría reforzada y siempre que esta afectación no se refiera a determinadas materias. Una preferencia que se consideraría indisponible para los acuerdos negociados ex art. 82.3 LET<sup>4</sup>.

En relación con los efectos de esta reforma, hemos de señalar que, con independencia de pretender el desarrollo de un marco autonómico de negociación colectiva, ésta norma determinaba efectos descentralizadores mucho más amplios. Con una deficiente formulación técnica permitiría realmente la afectación de un convenio estatal pero también de un convenio de comunidad autónoma por cualquier convenio supraempresarial, por ejemplo, provincial. Además, al configurarse esta excepción a la prohibición de concurrencia como prevalente respecto de la del 83.2 LET, las posibilidades de ordenación y estructuración de la negociación colectiva de este precepto quedaban mermadas; cualquier convenio colectivo supraempresarial podía afectar a otro de ámbito superior, tanto estatal como de comunidad autónoma, que pretendiera estructurar y ordenar la negociación colectiva.

## 2.2. Significado y efectos de la reforma 2011/2012

El legislador de 2011 continuaría el proyecto del legislador de 1994 favorable a la creación de espacios autonómicos de relaciones laborales, con una formulación técnica correcta y respetando la regla general sobre ordenación negociada ex art. 82.3 LET<sup>5</sup>. De una parte, la nueva redacción art. 84.3 LET, admitiría que solo y exclusivamente a nivel de Comunidad Autónoma puedan suscribirse acuerdos o convenios colectivos que afecten a lo dispuesto en acuerdos o convenios de ámbito estatal, y salvando también determinadas materias de esta afectación (período 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 y la movilidad geográfica). De otra parte, esta posibilidad se admite, “salvo pacto en contrario negociado según el art. 83.2”, que podría ser tanto de ámbito estatal como autonómico, pero cuya aplicación da protagonismo a la estructuración negocial fijada por los convenios estatales.

<sup>3</sup> Entre otras, SSTS 19 julio 2007; 7 noviembre 2005; 1 junio 2005; 26 de enero 2004.

<sup>4</sup> Por todas, STS 22 de septiembre de 1998 (RJ 1998, 7422).

<sup>5</sup> Sobre la redacción de 2011: Pérez de los Cobos Orihuel, F. La reforma de la negociación colectiva en España. Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 11/2012 (BIB 2012\294).

De conformidad con esta regulación, que no se modificó en 2012 ni lo ha sido en 2021, se permite, a través de la negociación colectiva, abrir un espacio de regulación laboral autonómico, pero un espacio que, de hecho, debe incardinarse y adecuarse a la regulación de la estructura de la negociación colectiva llevada a cabo a nivel estatal, pues la nueva norma ha configurado tal afectación como dispositiva frente a los acuerdos y convenios ex art. 82.3 LET. Por último, el convenio de Comunidad Autónoma afectante sigue siendo un convenio de mayoría reforzada que exige un acuerdo con el respaldo de las mayorías exigidas para constituir la comisión negociadora.

### 2.3. Principio autonómico en la ordenación futura de la negociación colectiva

En el contexto descrito, el RDL 31/2021 no ha afectado a los párrafos 3 y 4 del art. 84 LET, y tampoco su exposición de motivos permite augurar ningún avance hacia un modelo de ordenación de la negociación colectiva que privilegie o promueva el nivel autonómico frente al estatal. Las vigentes reglas de ordenación de la negociación colectiva han mantenido las reglas generales establecidas desde 1980, *prior in tempore prior in iuris* del art. 84.1 LET y de ordenación negocial a través de los acuerdos y convenios previstos por el art. 82.3 LET que, en la práctica, otorgan el protagonismo del gobierno de la negociación a los sindicatos y patronales más representativos a nivel estatal.

Sin embargo, comienza a ser relevante en nuestro país la presión de los sindicatos nacionalistas para fijar una estructura negocial propia, en su ámbito autonómico, a través del art. 83.2 LET. La cuestión radica en que el legislador, no establece una relación jerárquica entre acuerdos-marco o convenios estatales y de CCAA, aunque de hecho favorece a los primeros. Ante estos conflictos, la solución de los tribunales ha sido la aplicación de la regla general, es decir, la preferencia al convenio o acuerdo que primero entró en vigor (*principio prior in tempore*). Esta regla clásica estaría de momento pues impidiendo que los nuevos acuerdos-marco autonómicos puedan modificar la estructura negocial por sectores a nivel estatal<sup>6</sup>.

De otra parte, como ya hemos destacado, el convenio colectivo autonómico afectante es un convenio estatutario “reforzado”. La exigencia de mayoría cualificada para alcanzar un convenio derogatorio de otro convenio de superior ámbito sigue conservando un aspecto novedoso y clave de la regulación del supuesto legal de concurrencia convencional permitida. Lo relevante es que el efecto derogatorio se conecta con la exigencia de un plus de representatividad para su pacto, exigencia

<sup>6</sup> Navarro Nieto, F., Las políticas de descentralización del sistema negocial español. La negociación colectiva ante los retos del Siglo XXI. Libro en Memoria de la Profesora María José Rodríguez Crespo (coord. Sáez Lara, C., Navarro Nieto, F.), Bomarzo 2019, p. 15. La presión, como se sabe, proviene de ELA-STV en el País Vasco: STS 13-3-2018, (Rec. 54/2017); STSJ País Vasco 26-10-2017, (Rec. 2085/2017).

que se configura como el título que legitima a estos convenios para poder derogar el contenido de un convenio de ámbito superior<sup>7</sup>. De esta forma, se introduce una especie de diferencia jerárquica, entre convenios colectivos, en base a la mayoría cualificada que exige su acuerdo, similar a las exigencias de mayorías especiales que requieren las normas jerárquicamente superiores en el sistema estatal de fuentes. Por lo tanto, el art. 84.3 LET no sólo permite la concurrencia del convenio autonómico sobre el estatal, pues no cualquier convenio de CCAA posterior puede derogar lo regulado sobre ciertas materias por un convenio estatal, sino que define el convenio afectante, aquel que haya sido acordado por una mayoría reforzada. Tal vez desde esta perspectiva debamos seguir planteando el análisis de los espacios autonómicos de relaciones laborales, o, más concretamente, la ordenación de la negociación colectiva, también desde la perspectiva autonómica.

### **3. PREFERENCIA APLICATIVA DEL CONVENIO COLECTIVO DE EMPRESA**

#### **3.1. Significado de la reforma 2012**

Iniciada la regulación legal sobre la prioridad aplicativa del convenio de empresa en la reforma estatutaria de 2011, la reforma de 2012 intensificó la intervención o dirigismo estatal del modelo de ordenación de la negociación colectiva, favoreciendo la descentralización negocial, al establecer la indisponibilidad de la prioridad aplicativa del convenio de empresa sobre determinadas materias. Estas materias serían de carácter salarial (cuantía salario base y complementos, abono o compensación de horas extraordinarias y retribución de trabajo a turnos) de tiempo de trabajo (horario, distribución del tiempo, trabajo a turnos, vacaciones) de adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional, y de las modalidades de contratación, así como medidas de conciliación entre la vida laboral, familiar y personal. Finalmente, se preveía que estas materias de preferencia aplicativa del convenio colectivo de empresa pudieran verse ampliadas por los acuerdos y convenios colectivos previstos por el art. 83.2 LET.

Como se sabe, este dirigismo estatal fue avalado por el TC al declarar rotundamente que no existe un modelo constitucionalmente predeterminado de negociación colectiva, y que, dentro del extenso margen de libertad de configuración, resulta legítima tanto una política legislativa que dé prioridad al convenio sectorial como la que se decante por la preferencia del convenio de empresa. El modelo

<sup>7</sup> Sáez Lara, C., La concurrencia de convenios colectivos, en Crisis, Reforma y futuro del Derecho del Trabajo, Estudios ofrecidos en memoria del Profesor Ignacio Albiol Montesinos, Tirant lo blanch, 2010, pp. 593-605.

centralizado y descentralizado de negociación son ambos constitucionalmente legítimos<sup>8</sup>.

Ahora bien, pese a su importancia, en la reforma de 2012, como ocurrió con la anterior analizada de 1994, y en la última de 2021, no se alteraron las originarias reglas de ordenación de la negociación; la libertad de los negociadores, la inexistencia de una relación jerárquica entre convenios y la prohibición general de afectación entre convenios durante la vigencia *prior in tempore*<sup>9</sup>. En España la concurrencia de convenios colectivos no se rige por el principio de norma más favorable, a diferencia de otros países europeos, sino por el de *prior in tempore*, dado que se reconoce la igualdad de rango de todo convenio, con independencia de su mayor o menor ámbito subjetivo. Esta importante diferencia es compensada a su vez por la eficacia general o *erga omnes* de los convenios colectivos españoles. Por tanto, además de las reglas sobre concurrencia, no podemos ignorar, al analizar la ordenación de la negociación colectiva, que uno de los pilares de nuestro marco de negociación colectiva deriva de la eficacia *erga omnes* de los convenios colectivos. En este contexto, hemos de insertar la tendencia a la priorización de los convenios de empresa que, como medida para combatir la crisis del 2008, fue generalizada en toda Europa e incluso a nivel mundial. Una tendencia descentralizadora que se articularía, entre nosotros en 2012, a través de una prioridad aplicativa del convenio de empresa, indisponible para los Acuerdos y Convenios ex art. 82.3 LET.

El propósito declarado sería, como ya se dijo, la adaptación o el acercamiento a la realidad de la empresa de las condiciones laborales fijadas en los convenios sectoriales. Sin embargo, no puede dejar de señalarse que este declarado propósito de la preferencia aplicativa del convenio de empresa era difícilmente alcanzable y, por tanto, creíble para cualquiera que analizara mínimamente la estructura de la negociación colectiva y del propio sistema de empresas<sup>10</sup>. En definitiva, como se ha afirmado generalizadamente, esta preferencia aplicativa del convenio empresarial sería propiciada por el legislador español como vía esencial para salir de la crisis mediante una rebaja de los salarios.

<sup>8</sup> SSTC 119/2014, de 16 de julio y 8/2015, de 22 de enero y STS de 26/3/2014 (Rec. 129/2013).

<sup>9</sup> Además, es preciso señalar que esta prohibición de concurrencia no rige con un convenio en situación de ultraactividad (art. 86.3 ET) que puede, por tanto, ser afectado por otro convenio: STS de 5 de octubre de 2021 (Rec. 958/2021), según la cual la prohibición de concurrencia (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 ultra activa”.

<sup>10</sup> En 2012 solo al 8,1% de las personas trabajadoras españolas se les aplicaba un convenio de empresa frente al 92% cuyas condiciones se regían por convenios sectoriales. Y en la evolución de la estructura se aprecia, como después se verá, una pérdida de peso relativo de los convenios de empresa, a pesar de la potenciación de los convenios de este tipo que significa la reforma laboral de 2012.

Por lo que respecta a su impacto, el efecto inmediato de la reforma de 2012 sería el ajuste de los convenios sectoriales al art. 84.2 LET. Ya se destacó en aquel momento que buena parte de la litigiosidad, producida por la entrada en vigor de esta reforma, tuvo su origen en la fricción entre la regla de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa y las cláusulas ordenadoras de los convenios colectivos estatales en vigor<sup>11</sup>. A estos efectos, se desarrolló un importante control administrativo y judicial de los convenios colectivos sectoriales, que establecían reglas de ordenación de la negociación colectiva, desde la perspectiva del necesario respeto a la regla legal predisuelta por el art. 84.2 LET. De esta forma, muchas resoluciones judiciales tendrían su origen, como se recordará, en impugnaciones de oficio de la autoridad laboral, que desarrolló un papel muy activo en la aplicación inmediata de esta prioridad, con advertencias de no registrar o de demandar ante los tribunales por ilícitud los convenios cuyo articulado contradijera lo establecido en el art. 84.2 LET.

Finalmente, debe destacarse que, en algún caso, los tribunales realizarían interpretaciones favorables a la función ordenadora de los convenios sectoriales, siendo especialmente interesantes aquellos supuestos de cláusulas convencionales sectoriales que incidían indirectamente en la ordenación vinculante para el ámbito empresarial, en relación con materias donde la ley le otorgaba una indisponible prioridad aplicativa<sup>12</sup>. En términos más generales, como se han venido vinculando los efectos de la reforma normativa con la interpretación y aplicación judicial de la misma, nos referiremos a ella en el siguiente epígrafe<sup>13</sup>.

<sup>11</sup> Ojeda Avilés, A., La nueva negociación colectiva: concurrencia de convenios y ultractividad, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* 34/2013, p. 502. Un estudio de estos convenios y casos judiciales, al inicio de la aplicación de la reforma de 2012 en Mella Méndez, L., La nueva estructura de la negociación colectiva en la reforma laboral de 2012 y su reflejo en los convenios colectivos existentes y posteriores a su entrada en vigor, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 33/2013, pp. 28-49.

<sup>12</sup> STSJ de Navarra de 30/7/2014 (Rec.124/2014) en relación con una cláusula convencional que al regular la jornada laboral anual vinculaba la negociación salarial en la empresa. Un comentario en contra del criterio judicial: López Balaguer, M., Límites materiales a la prioridad aplicativa del convenio de empresa: A propósito de la STSJ Navarra 30/7/2014, *Revista Boliviana de Derecho*, 21/2016, pp. 294-305.

<sup>13</sup> Extensamente sobre la misma: García-Perrote Escartín, I., Mercader Uguina, J.R., Los restos de un naufragio: la devaluación de la prioridad aplicativa del convenio de empresa y la prevalencia del marco sectorial. *Revista de Información Laboral*, 9/2018 (BIB 2018\12696). Barrios Baudor, G.L., Prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa: cuestiones prácticas. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6/2018 (BIB 2018\9312).

### 3.2. Interpretación judicial de la prioridad aplicativa del convenio empresarial

De conformidad con la naturaleza excepcional de la prioridad aplicativa del convenio de empresa, la doctrina judicial, ha realizado una interpretación estricta del art. 84.2 LET, en los propios términos utilizados por el legislador<sup>14</sup>. En relación con el ámbito de aplicación, la aplicación jurisprudencial estableció que la regla de prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa no se extiende a los de ámbito inferior al de la empresa (por ejemplo, de centro de trabajo o de franja) respecto de los convenios colectivos sectoriales de ámbito superior al de la empresa<sup>15</sup>. Además, como se sabe, no gozarían de la prioridad aplicativa de los convenios colectivos de empresa los pactos o acuerdos de carácter extraestatutarios<sup>16</sup>.

En relación con las materias a las que se refiere la norma, los tribunales consideraron que era una lista cerrada de materias e hicieron una interpretación estricta de su alcance, evitando los efectos expansivos de la negociación de empresa. En materia salarial, el convenio de empresa sería prioritario para cuantificar el importe de la base y de los complementos retributivos, pero no podría modificar la estructura salarial, ni suprimir complementos salariales o extrasalariales, regulados en la norma convencional sectorial, ni alterar su definición ni fijar criterios distintos para su devengo o una cuantificación igual a cero<sup>17</sup>. La preferencia aplicativa del convenio de empresa no permite que las condiciones salariales que se pacten tengan efecto retroactivo ex art. 86.1 ET<sup>18</sup>, pues no cabe, en definitiva, la aplicación de la prioridad del convenio de empresa sobre salarios ya devengados<sup>19</sup>. En relación con la jornada, el convenio de empresa no puede fijar una jornada máxima anual, mayor que la prevista en el convenio sectorial pues la determinación de la jornada anual no se halla entre las materias del listado del art. 84.2 LET<sup>20</sup>. En cuanto a las vacaciones, la prioridad aplicativa afecta no a su duración, sino al régimen

<sup>14</sup> Entre otras muchas, SSTS 22/9/2016 (Rec. 248/2015) y 9/5/2017 (Rec. 115/2016).

<sup>15</sup> No existe prioridad aplicativa del convenio de centro de trabajo respecto de convenio de empresa. Entre otras, SSTS 22/9/2016 (Rec. 248/2015), 9/4/2017 (Rec. 115/2016), 13/7/2017 (Rec. 246/2016), 8/2/2018 (Rec. 56/2017).

<sup>16</sup> Entre otras, SSTS 15/6/2015 (Rec. 236/2014), 22/9/2016 (Rec. 248/2015), 9/4/2017 (Rec. 115/2016), 7 de marzo de 2018 (Rec. 267/2016).

<sup>17</sup> SSTS 7/3/2018 (Rec. 267/2016) 1/4/2016, (Rec.147/2015) STSJ Canarias 26/5/2017 (Rec. 2/2017).

<sup>18</sup> STS 18/2/ 2015 (Rec. 18/2014) y STS de 7/3/2018 (Rec. 267/2016).

<sup>19</sup> Es decir, la prohibición de normalizar el incumplimiento de convenios de sector negociando salarios inferiores a trabajos ya realizados: Taléns Visconti, E.E. Cuestiones en torno a la preferencia aplicativa del convenio de empresa en materia salarial, Revista Española de Derecho del Trabajo, 183/2016 (BIB 2016\317).

<sup>20</sup> STS 10/11/2016 (Rec. 290/2015).

de su disfrute. De este modo, el número mínimo de días de disfrute establecidos en el convenio sectorial es un mínimo que no podrá reducirse en un convenio de empresa<sup>21</sup>.

En todo caso, también los tribunales habían ya aclarado que, en las materias enumeradas en el art. 84.2 ET, la prioridad aplicativa se produce, aunque la norma no sea más favorable, puesto que no rige la norma más favorable, sino la determinada por la Ley para cada concreta materia<sup>22</sup>. El convenio colectivo de empresa puede, por tanto, establecer una regulación menos favorable para los trabajadores que la prevista en el convenio colectivo sectorial afectado, pero serían nulos los preceptos de convenio empresarial en relación con materias reservadas al convenio superior<sup>23</sup>. Por lo demás, y como se prevé expresamente desde la redacción de 2012 del art. 84.2 LET, la prioridad aplicativa no es dispositiva para los acuerdos y convenios colectivos sectoriales, previstos en el artículo 83.2 del ET. Por ello, jurisprudencialmente se ha entendido que no vulneraría esta prioridad aplicativa el convenio colectivo estatal que, al regular las materias, que tienen el carácter de mínimo necesario, respecto a convenios de ámbito inferior, deje a salvo expresamente lo dispuesto en el artículo 84.2 del ET<sup>24</sup>.

### 3.3. Los efectos de la prioridad aplicativa del convenio de empresa

Centrándonos ya en el debatido tema de los efectos de la reforma de 2012, los diagnósticos han sido dispares. Algunos estudios apuntarían un incremento considerable del número de convenios de empresa que, combinado con una reducción preocupante del número de trabajadores afectados por cada convenio, indicaría que la prioridad estaría facilitando una masiva imposición de reducciones salariales e incrementos de jornada, en empresas de reducidas dimensiones<sup>25</sup>. Otros estudios, sin embargo, han destacado su escaso impacto. Se ha afirmado la “sorprendente” ausencia de cambios significativos en la estructura de la negociación colectiva, comparando los datos de la Estadística de Convenios Colectivos de Trabajo para los años 2008 y 2019, pues no se observan diferencias significativas en variables como la tasa de cobertura de la negociación colectiva, el número de nuevas unidades de

<sup>21</sup> SAN 1/12/2014, (Proc. 259/2014) STSJ Madrid 18/5/2015, (Proc. 197/15).

<sup>22</sup> STS 1/4/2016 (Rec. 147/2015) y STS 7/3/ 2018 (Rec. 267/2016).

<sup>23</sup> STS 34/2019 de 21 de enero (RJ 2019, 645).

<sup>24</sup> No así en caso contrario: STS 13 de julio de 2017 (Rec. 246/2016). STS 7 de marzo de 2018 (Rec. 267/2016) admite que, por la extraordinaria complejidad de la materia tratada (nueva fórmula de cálculo del importe de las vacaciones), una cláusula del convenio sectorial con previsiones retributivas de carácter temporal y transitorio, atendiendo a las posibles prioridades aplicativas de convenios colectivos de empresa. Esta cláusula no se considera contaría al artículo 84.2 del ET.

<sup>25</sup> Sanguineti Raymond, W., “La contraproducente prioridad aplicativa del convenio de empresa”. Trabajo y Derecho, 21/2016, p. 5.

negociación o el peso de los convenios sectoriales<sup>26</sup>. En el mismo sentido, trabajos centrados en el análisis de los convenios no aprecian ni un aumento del grado de descentralización ni, consecuentemente, una reducción del estándar medio en el régimen laboral de los trabajadores cubiertos por convenios empresariales pues, en esencia, no ha cambiado el patrón de tipo de empresa cubierta por los mismos<sup>27</sup>.

Pues bien, en relación con estos limitados efectos de la prioridad aplicativa del convenio de empresa se vienen citando junto con la interpretación judicial, el apoyo legal al convenio sectorial por la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público<sup>28</sup> y el propio objetivo asumido por los convenios colectivos de sector en “defensa del marco sectorial”<sup>29</sup>. Sin embargo, al respecto es preciso señalar que, en primer lugar, como ya se ha comprobado, la doctrina judicial ha realizado, en términos generales, una interpretación acorde con la naturaleza excepcional de la preferencia aplicativa del convenio de empresa por lo que no habría limitado la aplicación de esta. En segundo lugar, la citada LCSP, no ha modificado o limitado la regla del art. 84.2 ET, solo ha introducido un incentivo externo al cumplimiento de la regulación salarial del convenio sectorial, para aquellas empresas, que deseen contratar con las instituciones del sector público. Y, en tercer lugar, los convenios sectoriales han venido respetando la preferencia aplicativa del convenio de empresa.

A mi juicio, no debe sorprender que la incidencia o impacto del modelo legal descentralizado haya sido escasa o nula. Además de que, desde una perspectiva histórica, los cambios de la estructura de la negociación colectiva no se aprecian por años sino por décadas, se trata por lo demás de una norma, el art. 84.2 LET que establece solo una excepción a las reglas clásicas de ordenación de la negociación colectiva que, como ya se sabe, están orientadas a la estabilidad o petrificación, según se quiera, del sistema de negociación colectiva. De otra parte, como antes se afirmó, el propósito del legislador de 2012 de que el convenio de empresa asumiera la adaptación de las condiciones salariales chocaba, además de con un sistema negocial, donde la mayor parte de las personas trabajadoras se rigen por

<sup>26</sup> Navarro Nieto, op. cit., p.18.; Marcel Jansen, M., Conde-Ruiz, J.I., Lahera, J., La modernización de la negociación colectiva, Fedea Policy Papers 2021/13 (noviembre de 2021), p. 5.

<sup>27</sup> Los regímenes laborales de los trabajadores cubiertos por convenios de tipo empresarial son considerablemente superiores a los que de los que lo son por convenios sectoriales, respondiendo ello a que, a su vez, el convenio empresarial prototípico es un convenio propio de una empresa de tamaño medio o, directamente, de gran tamaño: Gómez Rufián, L., Condiciones laborales y estructura de la negociación colectiva, Revista de Información Laboral num.5/2018 (BIB 2018\10123).

<sup>28</sup> 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 (en adelante, LCSP).

<sup>29</sup> Destacado por García-Perrote Escartín, I., y Mercader Uguina, J.R., op. cit..

convenios sectoriales, con un sistema empresarial en el que un número importante de unidades carecen, por su tamaño, de representaciones sindicales.

Ahora bien, en relación con el impacto del art. 84.2 LET, sí existe un diagnóstico compartido en relación con los efectos de la preferencia aplicativa del convenio de empresa, en los supuestos de descentralización productiva, y, más concretamente, sobre sus consecuencias adversas, focalizadas en los convenios de las empresas multiservicios. Por ello, la reforma 2021 abarca de forma diferenciada el tema de la precariedad en la externalización productiva, que es preciso abordar también en este trabajo, aunque solo desde la perspectiva del convenio aplicable.

### **3.4. Aplicación preferente del convenio de empresa y descentralización productiva**

La prioridad aplicativa otorgada por la reforma laboral de 2012 a los convenios de empresa determinaría, en algunos sectores de actividad, precariedad de condiciones laborales y *dumping* social. El crecimiento de los convenios de empresa con el objetivo de reducción de salarios ha estado conectado, en efecto, con los convenios empresariales de las “empresas multiservicios” (actividades de servicios de apoyo a empresas) que se intentan establecer en sectores, como la hostelería, la limpieza de edificios, o la logística, mediante convenios propios, cuya característica principal es la reducción de costes laborales (reducción de salarios e incremento de la duración de la jornada).

Como se sabe, un número significativo de convenios suscritos por estas empresas serían declarados nulos por los tribunales, dada la falta de legitimación de los sujetos negociadores del banco social, por vulneración del llamado “principio de correspondencia”<sup>30</sup> y, en alguna sentencia, también por la vulneración de las reglas del art. 84.2 LET<sup>31</sup>.

Pues bien, la cuestión debatida judicialmente ha sido el convenio colectivo aplicable a estas empresas. En este sentido se habían señalado como posibles convenios aplicables, el de la actividad principal, el de la actividad predominante de la empresa contratista<sup>32</sup> y el de la actividad desarrollada u objeto de la contrata<sup>33</sup>. Los diversos criterios seguidos por distintas sentencias planteaban

<sup>30</sup> Por todas, STS 135/2019, de 22 de febrero (Rec. 226/2017).

<sup>31</sup> STS de 18/4/2017 (Rec. 154/2016).

<sup>32</sup> STS de 17/3/2015, (Rec. 1464/2014) sobre la base del clásico principio de unidad de empresa y unidad de convenio.

<sup>33</sup> Este criterio pretende evitar el *dumping* social, a través de la aplicación homogéneo del convenio sectorial respecto a todos los trabajadores dedicados a estas actividades y determina que a la empresa multiservicios le serían aplicables diversos convenios colectivos sectoriales, atendiendo a la actividad objeto de la contrata.

dudas aplicativas, por ejemplo, cuando se trataba de actividades no reguladas por convenio alguno, y, sobre todo, a la luz de las variadas circunstancias concurrentes. Por ello, nuestra doctrina postulaba un haz de soluciones atendiendo a las diversas actividades contratadas<sup>34</sup>.

#### **4. SUPRESIÓN DE LA PREFERENCIA APLICATIVA DEL CONVENIO DE EMPRESA EN MATERIA SALARIAL EN LA REFORMA DE 2021**

En el nuevo art. 84.2 LET, la prioridad aplicativa del convenio de empresa desaparece en el área en que la misma había resultado más relevante, como se sabe, la salarial, es decir, en la cuantía del salario base y de los complementos salariales (incluidos los vinculados a la situación y resultados de la empresa).

En el marco de un fuerte debate sobre la “derogación” de la prioridad aplicativa del convenio de empresa (una de las medidas estrella de la reforma de 2012) el vigente RDL 32/2021 ha partido, en su preámbulo, de un acertado diagnóstico, la incorrecta equiparación o conceptualización del convenio de empresa como un mecanismo de flexibilidad interna. El objetivo declarado con la nueva regulación es que el necesario reforzamiento del convenio sectorial en retribuciones, como ya lo era en jornada de trabajo, sea compatible con un convenio de empresa regulador de aspectos organizativos, como los horarios o la adaptación del sistema de clasificación profesional. De esta forma, se pretende alcanzar un “equilibrio necesario”, una articulación negocial “proporcionada”, en la configuración de la negociación colectiva que garantice su eficacia para el cumplimiento de sus fines. Efectivamente, el RDL 32/2021 parte de un correcto diagnóstico; el error de concebir el convenio colectivo de empresa como un instrumento de flexibilidad interna, pues es necesario, ciertamente, diferenciar entre la exigencia estructural de un marco convencional adaptado a las necesidades organizativas empresariales y una necesidad coyuntural de ajuste del factor trabajo a los ciclos o situaciones de crisis de la empresa.

Ante este diagnóstico, se pretende ahora con la reforma del art. 84 LET, que la descentralización negocial no provoque un efecto devaluador de los costes retributivos o desventajas injustificadas entre las empresas y aporte flexibilidad “en la medida adecuada”. En efecto, los efectos de la prioridad aplicativa del convenio de empresa han dibujado, según hemos visto, un panorama reductor de los derechos laborales, en materia salarial y, de forma unánime, se denunciaría la focalización

<sup>34</sup> Un análisis de los diversos criterios, fijados por la Inspección de Trabajo, para determinar el convenio sectorial aplicable a las empresas multiservicios: Esteve-Segarra, A., La actuación de las Inspección de trabajo frente a la precariedad laboral en empresas multiservicios. Revista Española de Derecho del Trabajo, 221/2019 (BIB 2019\5804) p. 29.

de la reforma de 2012 sobre la rebaja salarial. En consecuencia, la supresión de la preferencia aplicativa en materia salarial ha sido una propuesta ampliamente compartida. Incluso aquellas posturas más favorables al mantenimiento de esta prioridad, que proponían fórmulas de extensión de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa a la organización del trabajo, la productividad y la flexibilidad laboral interna, lo hacían “a cambio” de una recuperación de salarios en unidades sectoriales, pues se reconocía que la reforma laboral de 2012 se centró en materias salariales y económicas<sup>35</sup>.

En definitiva, fuera del ámbito de salario y jornada, donde la prioridad aplicativa del convenio empresarial puede perseguir una reducción de costes laborales (a través de la reducción de salarios o el incremento de la duración de la jornada) la preferencia aplicativa del convenio de empresa no ha suscitado conflictos en otras materias. Así esta preferencia se mantiene en el abono o la compensación de las horas extraordinarias y la retribución específica del trabajo a turnos; horario y la distribución del tiempo de trabajo, el régimen de trabajo a turnos y la planificación anual de las vacaciones; adaptación al ámbito de la empresa del sistema de clasificación profesional de las personas trabajadoras; adaptación de los aspectos de las modalidades de contratación que se atribuyen por esta ley a los convenios colectivos de empresa<sup>36</sup> y en medidas para favorecer la corresponsabilidad y la conciliación entre la vida laboral, familiar y personal<sup>37</sup>.

#### **4.1. La preferencia del convenio de empresa para la adaptación de la negociación sectorial**

La reforma de 2021 sitúa correctamente la prioridad aplicativa del convenio empresarial ex art. 84.2 LET entre las reglas de ordenación de la negociación colectiva desvinculándola de los instrumentos de flexibilidad interna ante las crisis empresariales. Son así los acuerdos de descuelgue o de inaplicación de convenios colectivos regulados por el art. 82.3 LET los mecanismos de flexibilidad interna concebidos para afrontar situaciones coyunturales cambiantes. La reforma 2021 promociona la unidad empresarial para alcanzar instrumentos negociados con vocación de permanencia, promociona convenios empresariales que establezcan una regulación de aquellos aspectos organizativos, que no admiten otro nivel de negociación por su propia naturaleza, como los horarios, la adaptación de la clasificación profesional, adaptación contractual o medidas de corresponsabilidad.

<sup>35</sup> Marcel Jansen, M., Conde-Ruiz, J.I., Lahera, J., op. cit., p. 9.

<sup>36</sup> Modificado por el Artículo cuarto del Real Decreto-ley 1/2022, de 18 de enero.

<sup>37</sup> Una preferencia aplicativa que sigue siendo indisponible para los acuerdos y convenios ex art. 83.2 LET.

Se trata de ámbitos materiales donde el convenio de empresa podría efectivamente desarrollar el papel de instrumento normativo de adaptación y acercamiento de condiciones laborales a la realidad empresarial. Significativamente la empresa es el ámbito para la adopción de medidas sobre corresponsabilidad y conciliación de la vida familiar y personal con la vida laboral, paralelamente a la centralidad que el plan de igualdad empresarial asume, desde 2019, en la regulación de estas materias<sup>38</sup>. Esta prioridad aplicativa del convenio de empresa refuerza o se conecta con la relevancia de la empresa, como ámbito de negociación del plan de igualdad. Es destacable, por último, que el art. 84.2 LET, en línea con el RDL 6/2019, haya introducido la corresponsabilidad como principio y fin de las medidas de conciliación.

De otra parte, el convenio colectivo de empresa será prioritario para la adaptación de las modalidades de contratación que se atribuyen por la regulación estatutaria a los convenios colectivos de empresa. En materia de contratación, la reforma de 2021 ha sido muy incisiva y contiene numerosos llamamientos al convenio colectivo; la prioridad aplicativa del convenio empresarial quedaría limitada a las cuestiones donde la remisión se realice a los convenios empresariales. Podría surgir alguna duda en relación con incluir aquellos temas en los que la nueva regulación sobre contratación llama a los convenios colectivos (de cualquier ámbito) para establecer planes de reducción de la temporalidad, así como fijar criterios de composición de la plantilla y porcentajes máximos de temporalidad, y establecer criterios objetivos para la conversión de contratos temporales en fijos (art. 15.8). Tales dudas se resolverían, de conformidad con las reglas generales en materia de concurrencia, *prior in tempore prior in iuris* y la excepcionalidad de la prioridad aplicativa del convenio de empresa.

Por el contrario, fuera del ámbito de la preferencia ex art. 84.2 d) LET, quedan todas las materias sujetas a regulación por los convenios sectoriales, pues las llamadas al ámbito sectorial excluyen la regulación por el convenio de empresa. Estas llamadas son numerosas<sup>39</sup>, al introducir la reforma de 2021, como

<sup>38</sup> A la luz de la normativa de igualdad aplicable: art. 42.6 Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres tras su reforma por el Real Decreto-ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación.

<sup>39</sup> Por ejemplo, la concreción de la duración del contrato formativo para la obtención de la práctica profesional dentro de los límites legales, atendiendo a las características del sector y de las prácticas profesionales a realizar (art. 11.3.c) LET), determinar los puestos de trabajo, actividades, niveles o grupos profesionales que podrán desempeñarse por medio de contrato formativo (art.11.4 e) LET). Igualmente, la ampliación a un año de la duración máxima de seis meses del contrato por circunstancias de la producción; o la regulación de las bolsas sectoriales de empleo que podrán establecer los convenios sectoriales (y no los convenios de empresa) y en las que podrán integrarse los trabajadores fijos discontinuos durante los periodos de inactividad, “con el objeto de favorecer su contratación y su formación continua” (artículo 16.5). Esos mismos convenios sectoriales

ya destacamos, reglas de ordenación de la negociación colectiva, en contratación, basada en la distribución de materias por unidades de negociación.

#### **4.2. La aplicación transitoria de la reforma del art. 84 LET**

Finalmente, un tema que debe ser atendido (recordemos los conflictos judiciales surgidos tras la entrada en vigor de la reforma de 2012 por la falta de normas transitorias), es el régimen jurídico transitorio aplicable a los convenios colectivos suscritos con anterioridad a la entrada en vigor de esta reforma de 2021, es decir, la aplicación transitoria de las cláusulas sobre cuantía de salario base o complementos establecidas en convenios empresariales que afecten a la regulación del convenio sectorial<sup>40</sup>.

El RDL 32/2021 indica, en la disposición transitoria sexta primer punto, que la modificación normativa se “aplicará” a los convenios colectivos suscritos 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”, es decir, el 31 de diciembre de 2022. Desde esta fecha, los convenios deberán “adaptar” sus previsiones en materia salarial a la reforma, “en el plazo de seis meses desde que estas resulten de aplicación al ámbito convencional concreto”, de conformidad con el punto tercero de esta DT 6ª.

En definitiva, la cláusula de los convenios empresariales que contengan regulación salarial afectante de la regulación establecida en un convenio sectorial sigue aplicándose hasta la fecha final de vigencia expresada en el referido convenio empresarial, no durante su prórroga ni durante la fase de ultraactividad de este. En todo caso, las referidas cláusulas salariales pierden su vigencia el 31/12/2022. La fijación de esta fecha para la aplicación, en todo caso, de nuevo apartado 2 del art. 84 LET, que es en definitiva el objeto de cualquier disposición transitoria, no puede quedar afectada por la referencia a otro plazo para la adaptación de textos convencionales.

El supuesto de hecho más simple al que se refiere la citada DT6ª es el de un convenio empresarial firmado con posterioridad a un convenio sectorial de aplicación y que contiene una regulación salarial en cuantía (de salario base o

podrán acordar la celebración de contratos fijos discontinuos a tiempo parcial y la obligación de las empresas de elaborar un censo anual del personal fijo discontinuo. Los convenios sectoriales podrán también establecer un periodo mínimo de llamamiento anual y, lo que es más importante, una “cuantía” por fin de llamamiento a satisfacer a los trabajadores cuando coincida con la terminación de la actividad y no se produzca, sin solución de continuidad, un nuevo llamamiento (artículo 16.5, tercer párrafo).

<sup>40</sup> Ya que, obviamente, la eliminación de la prioridad del convenio des empresa en materia salarial entró en vigor el 31 diciembre 2021 rigiendo para todos los convenios que se registren a partir de esa fecha.

de complementos) inferior a la establecida en el convenio sectorial de aplicación. La regulación contenida en la citada DT 6ª distingue entre “aplicación” y “adaptación”. Ello significa que a partir de esa fecha de 31/12/2022 se aplicará la regulación salarial superior prevista en el convenio sectorial (o a partir de la fecha anterior que finalice la vigencia pactada en el convenio empresarial). Lo anterior, sin perjuicio de que a partir de esa fecha (así como a partir de una fecha anterior, si el convenio hubiera ya perdido su vigencia expresa) el convenio deba “adaptarse” a las modificaciones operadas en el art. 84 LET. Una adaptación que en su versión mínima significaría simplemente la supresión del contenido salarial del convenio empresarial.

Esta interpretación viene avalada con la cláusula de cierre de la DT6ª (aunque establecida en su segundo punto) según la cual, la reforma no puede tener consecuencias negativas sobre los trabajadores por la vía de “la compensación, absorción o desaparición de cualesquiera derechos o condiciones más beneficiosas”.

## 5. CONVENIO APLICABLE Y EXTERNALIZACIÓN PRODUCTIVA

En el diagnóstico desarrollado por la reforma de 2021 se destacan los efectos de precarización laboral de la preferencia aplicativa del convenio de empresa en los supuestos de descentralización productiva. La reforma del art. 42 LET ha pretendido la necesaria protección de las personas trabajadoras de la contrata o subcontrata, evitando una competencia empresarial, basada en la reducción de las condiciones laborales. El nuevo párrafo 6 del art. 42 establece así que el convenio colectivo de aplicación en las empresas contratistas y subcontratistas a las que se refiere este artículo será “el de la actividad desarrollada”, con independencia de su objeto social y forma jurídica, salvo que exista otro convenio sectorial “aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III”. No obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este “en los términos que resulten del artículo 84”.

Se trata de un precepto complejo con una serie de reglas cruzadas. En primer lugar, opta por el criterio de aplicar a la empresa contratista el convenio sectorial de la actividad desarrollada, es decir de la actividad objeto de la contrata, pero con la salvedad de que exista otro convenio sectorial aplicable de conformidad con el Título III. En segundo lugar, esta opción legal por el convenio de sector decae cuando la empresa contratista cuente con convenio propio, que se aplicará en los términos del art. 84 LET. En esta última “salvedad” la remisión es en bloque al art. 84 LET, por tanto, a la regla general *prior in tempore prior in iuris* y a la excepción de la prioridad aplicativa del convenio empresarial en determinadas materias, excluida ya, eso sí, la salarial.

Ha faltado en la reforma del art. 42 LET la obligación de informar del convenio colectivo que regula las condiciones de trabajo a las personas

trabajadoras, de conformidad con la Directiva en materia de transparencia en las condiciones de trabajo (art. 4.ª Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea). Se trata de una cuestión esencial, dada la importancia que ello tiene en la Ley de Contratos del Sector público (art. 130.6 LCSP) puesto que la identificación del convenio aplicable sea una tarea que dependerá de las circunstancias concurrentes en cada una de las contrataciones y subcontratas no puede ser argumento para excusar esta obligación de la empresa contratista en relación con las personas trabajadoras. Veamos este art. 42.6 LET con algo de detalle.

### **5.1. El convenio aplicable de conformidad con el art. 42.6 LET**

La primera regla contenida en el art. 42.6 LET, en relación con el convenio aplicable a los trabajadores de la empresa contratista que realicen obras o presten servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa principal, es la opción por el convenio sectorial de la actividad desarrollada<sup>41</sup>. El art. 42.6 LET afirma que el convenio colectivo de aplicación en las empresas contratistas y subcontratistas a las que se refiere el art. 42 LET será “el de la actividad desarrollada”, con independencia de su objeto social y forma jurídica. Una opción frente a otros dos criterios de elección. En primer lugar, el convenio sectorial aplicable será pues el de la actividad desarrollada y no el de la actividad principal. En segundo lugar, el convenio sectorial aplicable será el de la actividad desarrollada por las personas trabajadoras de la empresa contratista y no el de la actividad de la empresa contratista (cuando ambas no coincidan). Las empresas contratistas o subcontratistas de determinados servicios pueden ser empresas especializadas en los mismos o empresas multiservicios.

En primer lugar, el legislador opta por el convenio sectorial de la actividad desarrollada o contratada frente al criterio del convenio sectorial de la actividad de la empresa principal; una opción legal que hemos de situar en un panorama de intenso debate judicial sobre el convenio aplicable, donde en muchas ocasiones se venía solicitando la aplicación del convenio de la actividad principal. En esta opción está centrada la contestación social a la reforma, en estos momentos, y de ella nos ocuparemos de forma separada en el siguiente epígrafe.

En segundo lugar, el legislador opta por el convenio sectorial de la actividad desarrollada por las personas trabajadoras de la contrata frente al criterio del convenio sectorial de la actividad de la empresa contratista. La doctrina del Tribunal Supremo, en términos generales, había aclarado que si la empresa contratista es una

<sup>41</sup> Y no a cualquier tipo de contrataciones, pues la remisión a las empresas contratistas y subcontratistas a las que se refiere el art. 42 LET no permitiría otra interpretación, dado el significado tradicional de esta remisión.

empresa multiservicios que no tengan convenio propio, es aplicable el convenio que corresponda a la actividad preponderante de la misma<sup>42</sup>. Ahora bien, si la empresa contratista o subcontratista no es una empresa multiservicios y carece de convenio propio, deberá aplicarse el convenio colectivo de la actividad desarrollada por la contrata<sup>43</sup>.

El Tribunal Supremo distingue así si la empresa contratista es una empresa multiservicios, a quien se aplicará el convenio de empresa cuando lo tenga, o el que corresponda a su actividad dominante, cuando no tenga convenio propio. Pero en el caso de que la empresa contratista o subcontratista no sea una empresa multiservicios, se aplicará el convenio colectivo de la actividad desempeñada efectivamente, salvo que tenga convenio colectivo propio, en cuyo caso ese será el convenio aplicable<sup>44</sup>. Esta doctrina no obstante también tendría excepciones conectadas con la diversidad de las circunstancias concurrentes<sup>45</sup>.

La regla del legislador de 2021 es la aplicación del convenio de la actividad desarrollada con independencia del objeto social y la forma jurídica de la empresa contratista o subcontratista. Por tanto, también en el caso de que la empresa contratista desarrolle diversas actividades, en el supuesto de la empresa contratista sea una empresa multiservicios, el convenio aplicable será el de la actividad desarrollada por las personas trabajadoras. El criterio legal introduce seguridad jurídica y podría apartarse de la doctrina general del TS.

<sup>42</sup> STS 17/3/2015, (Rcud. 1464/2014) ha estudiado qué convenio es aplicable a una empresa multiservicios, cuya actividad dominante era la limpieza, concluyendo, con apoyo en múltiples sentencias de la Sala (STS 10/7/2000, (Rcud. 4315/99); 29/1/2002 (Rcud. 1068/01); 31/10/2003 (Rec. 17/2002) y 31/1/2008, (Rcud. 2604/2007), que el convenio aplicable a las empresas multiservicios, sería el de la actividad predominante.

<sup>43</sup> STS 22 de febrero 2019 (Rec. 237/2017), sobre si el convenio aplicable al personal de la contrata sería el Convenio Colectivo del sector de colectividades de Cataluña o el Convenio Colectivo estatal de servicios de atención a personas dependientes, que la empresa venía aplicando desde el año 2012. El TS afirma aplicable el convenio del sector de colectividades, puesto que esa era la actividad desplegada efectivamente en la contrata.

<sup>44</sup> Así se resume en su STS 12/3/2020 FJ 3º.

<sup>45</sup> STS de 11 junio de 2020, (Rec. 9/2019): criterio para determinar el convenio sectorial aplicable a las empresas multiservicios, cuyo objeto social es atender diferentes tipos de contratas, es el de la actividad contratada y realizada por los trabajadores, en contra de aplicar el convenio de actividad preponderante. En el supuesto de hecho de la STS de 17 de marzo de 2015 (Rcud. 1464/2014) la empresa multiservicios demandada tenía adjudicados en la empresa cliente la realización de diversos servicios que, materialmente, podrían incluirse en convenios distintos y de lo que se trataba era de delimitar el convenio aplicable a todos los trabajadores de la empresa multiservicios que prestaban servicios en la empresa cliente, motivo por el cual en aquella ocasión el TS desechó el criterio de la actividad realizada a favor del de la actividad real preponderante en la empresa.

Esta regla primera sobre la aplicación del convenio sectorial de la actividad desarrolla, se establece en el art. 42.6 LET, salvo que exista otro convenio sectorial “aplicable conforme a lo dispuesto en el Título III”. El legislador parece apelar ahora a una regla de concurrencia entre convenios sectoriales aplicables y que creo puede suscitar dudas interpretativas. Podría estar referida a recordar la aplicación del art. 83.2 LET y las posibilidades de ordenación de Acuerdos y Convenios de la estructura negocial. Podría estar referida a la posibilidad de aplicación del convenio sectorial de la actividad de la empresa contratista, de conformidad con la regla *prior in tempore*, por ejemplo. En todo caso, considero que representa una puerta abierta ante la compleja realidad organizativa y convencional que implica la determinación del convenio aplicable en los casos de descentralización productiva.

Finalmente, el art. 42.6 LET establece que, no obstante, cuando la empresa contratista o subcontratista cuente con un convenio propio, se aplicará este “en los términos que resulten del artículo 84”. En esta última “salvedad” implica la remisión en bloque a las reglas de concurrencia del art. 84 LET, por tanto, a la regla general *prior in tempore prior in iuris* y a la excepción de la prioridad aplicativa del convenio empresarial en determinadas materias, excluida ya, la salarial. Por lo tanto, también sería aplicable a la empresa contratista un convenio empresarial, siempre que sea estatutario, suscrito con anterioridad al convenio sectorial y sería prioritario el empresarial, suscrito con posterioridad, pero únicamente en las materias ahora previstas por el art. 84.2 LET. En este sentido, el nuevo art. 42.6 LET se ajusta a la doctrina del Tribunal Supremo, que había establecido sus reglas sobre el convenio sectorial aplicable siempre la empresa contratista no tuviera convenio propio.

## **5.2. Aplicación del convenio de la actividad contratada y exclusión del convenio de la actividad principal**

Como se comprueba de la lectura del art. 42.6 LET, la opción legal es en favor del convenio sectorial de la actividad desarrollada o contratada frente al criterio del convenio sectorial de la actividad de la empresa principal. Una opción legal que se inserta en un panorama de debate judicial sobre el convenio aplicable, ante pretensiones laborales de aplicación del convenio sectorial de la actividad principal y donde el TS había venido reiterando que las contratadas o subcontratadas no están obligadas legalmente a la aplicación mecánica del convenio de la empresa principal. Uno de los supuestos más conocido y con mayor trascendencia ha sido el de la aplicación del convenio de limpieza, frente al convenio de hostelería, a las trabajadoras de la limpieza de hoteles contratadas por empresas contratistas<sup>46</sup>. El legislador de 2021 ha avalado la tesis del TS. Una tesis, que ya habría sido

<sup>46</sup> STS 12/2/2021 (Rcud. 2839/2019) y STS 11/11/2021 (Rec. 3330/2019): la actividad de limpieza en hostelería se debe regir por el convenio sectorial de limpieza, sobre la base de que

criticada, por prescindir del dato de que es la organización empresarial la que determina las condiciones de trabajo y sobre todo de que externalizar no debería ser económicamente rentable<sup>47</sup>.

Como recordaba la citada STS de 11/11/2021, la legislación vigente no garantiza a los trabajadores de la empresa contratista las mismas condiciones retributivas que las percibidas por los trabajadores directos de una empresa hotelera que no haya externalizado la limpieza de las habitaciones. De ahí que haya sido la negociación colectiva la que haya establecido en ocasiones la equiparación de las condiciones salariales de los trabajadores de las empresas contratistas o subcontratistas para el supuesto de que la empresa principal decidiera proceder a subcontratar parte de su actividad, obligando a las empresas “principales”, incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo a ellas aplicables, a incorporar esa equiparación en los contratos mercantiles celebrados con las empresas contratistas o subcontratistas. Y así, hemos de destacar que el TS, tras recordar que la obligación de equiparación solo puede obligar a las empresas incluidas en el ámbito de aplicación del convenio colectivo, a las empresas “principales”, y no, naturalmente, a empresas “terceras” no incluidas en ese ámbito de aplicación, ha avalado estas concretas cláusulas, que tiene por objeto asegurar a los trabajadores de estas empresas, la percepción de las mismas retribuciones salariales del convenio, evitando, de este modo, cualquier discriminación salarial<sup>48</sup>.

El vigente art. 42 del ET sigue pues sin obligar a aplicar el convenio colectivo de la empresa principal, cuando se trate de actividades externalizadas que sean de la propia actividad de la empresa principal; consolidándose, con el criterio seguido por el art. 42.6 LET, la aplicación de condiciones laborales y convenios distintos a personas trabajadoras que, eventualmente, puedan realizar iguales trabajos, en función de que sean contratadas directamente o a través de una empresa auxiliar. La ventaja declarada de este criterio, que aplica el convenio sectorial de la actividad contratada, es evitar la competencia empresarial basada en la precariedad laboral y

la regulación laboral no prevé la aplicación del convenio colectivo de la empresa principal y la actividad de limpieza cuenta con un convenio sectorial específico.

<sup>47</sup> Esteve Segarra, A., La limpieza en subcontratas de hostelería ¿«no es» del convenio de hostelería? Trabajo y Derecho, 58/2021.

<sup>48</sup> STS 12 de marzo de 2020, (Rec. 209/2018) que declara la validez del art. 20 del Convenio de hostelería de Alicante, que establece el compromiso de introducir en los contratos mercantiles, en caso de contratas o subcontratas, el abono por los contratistas de las mismas retribuciones salariales del Convenio, cuando éste no les sea directamente aplicable. Por el contrario, la STS 11/11/2021 cuestiona su fuerza vinculante respecto a terceros, aunque no se pronuncie directamente sobre la validez de cláusulas como el artículo 3 del convenio colectivo de hostelería de Sevilla que afirma su aplicación “Al personal que desarrolle su trabajo, total o parcialmente, en las categorías de camareros de pisos, ayudantes de camareros, que sean o estén contratados por cualquier empresa que preste servicios a las empresas recogidas en los ámbitos funcional y personal del presente convenio...”.

salarial entre las diversas empresas contratistas. Pero, el nuevo criterio legal sigue siendo objetable, si el mismo determina una diferencia salarial entre personas que realicen trabajos de igual valor. En primer lugar, porque las diferencias salariales derivadas del convenio aplicable, si tienen impacto negativo sobre las mujeres, podría ser una discriminación salarial, de conformidad con la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>49</sup>, y, en todo caso, porque serían contrarias al principio general de igual trabajo para trabajos de igual valor, que nuestra jurisprudencia ya ha aplicado más allá de las diferencias salariales entre mujeres y hombres<sup>50</sup>.

### **5.3 La inaplicación del art. 42. 6 LET a los centros especiales de empleo**

Finalmente, hemos de tener en cuenta la inaplicación del art. 42.6 LET a los centros especiales de empleo establecida en la nueva disposición adicional vigesimoséptima de LET y dirigida a garantizar la aplicación de los convenios colectivos de los centros especiales de empleo. Esta disposición adicional señala que en los casos de contrata y subcontrata suscritas con los centros especiales de empleo<sup>51</sup>, no será de aplicación el artículo 42.6 LET.

La inaplicación del art. 42.6 LET, podría ser interpretada como una ventaja competitiva para estos centros especiales de empleo, en su adjudicación de contratos para prestar servicios en otras empresas. Un propósito que podría calificarse de acertado y acorde con medidas positivas, salvo que la ventaja competitiva se base en los menores costes salariales y por tanto en la precarización de condiciones laborales de las personas trabajadoras de los centros especiales de empleo.

En el pasado, la política retributiva de bajos salarios en los centros especiales de empleo sería parcialmente corregida, ante la ausencia de convenios colectivos propios, por una doctrina judicial que aplicaría el convenio sectorial de la actividad, para lograr un mayor grado de acercamiento al régimen jurídico de la relación laboral común y que expresamente declaró la inexistencia de justificación legal alguna para la retribución, en la cuantía del Salario Mínimo Interprofesional, que venían percibiendo los trabajadores de estos centros<sup>52</sup>.

<sup>49</sup> Sáez Lara C., Negociación Colectiva e igualdad salarial entre mujeres y hombres, en La negociación colectiva ante los retos sociolaborales, del Siglo XXI, cit., p. 99.

<sup>50</sup> STS de 24/6/2019 (Rec. 10/2018): El principio de igual salario para trabajos de igual valor prohíbe expresamente la existencia de una doble escala salarial, fundada en la fecha de ingreso en la empresa, en relación con el Convenio Colectivos Estatal de Entidades de Seguros, Reaseguros y MTAT.

<sup>51</sup> Regulados en el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre.

<sup>52</sup> SSTJ Galicia, de 2/11/2004 (Rec. 5573/2003) STSJ de Madrid de 10/1/2002 (AS 2002, 949); SSTSJ La Rioja, de 9/3/1999 (AS 1999, 5692) y 22/5/2001 (AS 2001, 2286).

En la actual situación jurídico laboral, con convenios propios aplicables a los centros especiales de empleo, el Tribunal Supremo, ha desestimado las pretensiones de asimilación salarial de las personas trabajadoras de los centros especiales de empleo<sup>53</sup>. En efecto, el TS ha considerado que la exclusión de los convenios sectoriales, correspondientes a la actividad desarrollada, estaría reforzada por el principio de especialidad en la elección de la norma sectorial aplicable<sup>54</sup>. Por lo tanto, los sujetos de esta relación laboral especial no se rigen por un convenio colectivo pactado para trabajadores con relación ordinaria, sin que la menor retribución resulte discriminatoria<sup>55</sup>. En definitiva, se han normalizado unos estándares salariales y laborales menores para las personas que prestan servicios en centros especiales de empleo; un tema que debe ser cuestionado y analizado, para su futura reforma<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> STS 6/2/2020 (Rcud.646/2017); STS de 2/2/2017 (Recud.2012/2015); 23/11/2014 (Rec. 50/2013); STS 24/11/ 2015 (Rec. 136/2014). Igualmente: TSJ C. Valenciana de 20/7/2021 (Rec. 2583/2020); STSJ Galicia 14/10/2020, (Rec.5950/2019).

<sup>54</sup> STS 24/11/ 2015 (Rec. 136/2014) respondió a una demanda colectiva en la se interesaba se les aplicase el Convenio Colectivo de Limpieza de Edificios y Locales, abonándoles las diferencias retributivas generadas, y no el XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad.

<sup>55</sup> Pues los términos a comparar en absoluto gozan de la exigible homogeneidad, en tanto que los trabajadores incluidos en el ámbito del Convenio de Empresas del Transporte de Mercancías por Carretera son sujetos de una relación ordinaria de trabajo, y los del Convenio General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad lo son de una relación laboral especial.

<sup>56</sup> Garrido Pérez, E., El trabajo de discapacitados en centros especiales de empleo: replanteamiento sobre la necesidad de una relación laboral especial, en Trabajo y protección social del discapacitado (coord. Romero Ródenas, M.J.,) Árbol académico, 2003, pp. 27-58.