

PRIORIDAD APLICATIVA DE CONVENIOS Y REGLAS TRANSITORIAS

JAIME CABEZA PEREIRO

NET₂₁ NÚMERO 8, ENERO 2022

Todas las normas que regulan la concurrencia conflictiva de convenios tienen un trasfondo político, sea cual sea el que se persiga. Sin duda, la prioridad aplicativa del convenio anterior en el tiempo, que ha sido la regla básica del art. 84 ET a partir de 1980, también lo tenía. Se trataba, en particular, 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. A lo cual se unía la regla adicional -que suscitó alguna duda mayor de índole jurisprudencial- conforme a la cual no era obligatorio negociar en los ámbitos carentes de tradición de versiones anteriores de convenios. La regla ordenancista de la estructura de la negociación colectiva del art. 83.2 nacía con la incertidumbre evidente de cuál sería su encaje en la realidad española.

Sería, por lo tanto, necio negarle asimismo trasfondo político a la versión del art. 84 procedente del RD-Ley 32/2021. En realidad, todas las reformas de este precepto han sido reactivas: la de 1994 se contrapuso a un sistema anterior que se entendía como muy ordenancista desde arriba. La de 2011 trató de contrarrestar el "desorden" que había producido la de 1994, mediante una imperatividad absoluta de los instrumentos de articulación de la negociación colectiva, por hipótesis estatales, pero dotando de primacía aplicativa subsidiaria a los convenios de empresa. La de 2012 erosionó la capacidad de estructurar la negociación colectiva a través de los referidos instrumentos mediante una prioridad inderogable de los convenios de empresa, en particular -aunque no solo- en materia de cuantía retributiva. Precisamente, la de 2021 sale al paso de tal prioridad en esta materia.

Ahora bien, más allá de constatar la reacción frente a la reforma de 2012, parece necesario preguntarse qué modelo de estructura plantea la actual reforma y cuáles son las finalidades implícitas de la nueva regla de concurrencia. Por supuesto, es una obviedad expresar que persigue eliminar la preferencia aplicativa incondicionada del convenio de empresa en cuanto al monto salarial. Sin duda, ahí se centra la intencionalidad obvia e importante, pero la respuesta, a partir de tal evidencia, debe expresarse tomando en

consideración una serie de reglas explícitas e implícitas. Entre las explícitas, las normas transitorias resultan particularmente reveladoras.

La hipótesis que quiere defenderse en estos párrafos consiste en que estamos ante una reforma no menos política que las anteriores, pero sí más abierta a diferentes alternativas de aplicación, en todo caso confiadas a la autonomía de las partes sociales. O, si se prefiere, está dotada de perfiles menos dirigistas que las anteriores reformas. Eso sí, su técnica para contrarrestar la prioridad aplicativa del convenio de empresa en la fundamental materia retributiva merece considerarse como eficaz y técnicamente adecuada.

Solo la cuantía retributiva se sustrae a la prioridad incondicionada e indisponible del convenio de empresa. Las demás materias sobre las que la reforma de 2012 otorgó tal suerte de prioridad se mantienen incólumes. Puede decirse, pues, que se está diseñando una especie de "especialidad sustantiva" del ámbito empresarial sobre un ramillete de contenidos.

Sobre todas las demás materias, incluida la referida cuantía retributiva, se asienta la regla de la prioridad aplicativa del convenio anterior en el tiempo, pero disponible por los convenios o acuerdos interprofesionales o sectoriales del art. 83.2. Ahora bien, esta regla, por lo demás muy tradicional y consolidada en nuestro sistema a partir de 1980, no se proyecta sobre una realidad igual o parecida a la de hace cuarenta años. Tampoco a una situación idéntica a la que existía en 2011. La mezcla entre opción por la estabilidad y continuidad de los ámbitos por un lado y ordenación "desde arriba" de la negociación colectiva por otro se enfrenta a circunstancias distintas.

Se trata, por una parte, de seguir el rastro a la evolución de los convenios a lo largo de los últimos lustros. Sin duda, se incrementó sensiblemente el número de convenios de empresa, en particular a partir de 2014, pero sin que ese incremento supusiese una transformación intensa en términos de trasvase masivo de personas trabajadoras regidas por convenio sectorial al ámbito empresarial. Debe reconocerse, en síntesis, que la prioridad aplicativa del convenio de empresa en materia retributiva afectó de una forma muy sensible a nuestra realidad, pero sería excesivo decir que el paradigma de regulación retributiva en España haya sido la que procede del convenio de empresa. Lo cual no es óbice para añadir que, sin ningún género de dudas, las personas con menos capacidad negociadora y vinculaciones laborales más precarias resultaron especialmente perjudicadas por esta regla de prioridad aplicativa que conducía, en la práctica, a la espiral de pérdida de poder adquisitivo propia del período 2011-2018.

Pero -y ya entrando en reglas transitorias- la reforma del art. 84.2 de 2012 se introdujo sin ningún amortiguador. A la brava. Es decir, no se incluyó salvedad o período de adaptación alguno. Las regulaciones imperativas de la cuantía retributiva de los convenios de sector negociadas al amparo del art. 83.2 devinieron ineficaces de la noche a la mañana, a la vez que el “Ministerio de Empleo” orquestaba una campaña de impugnación de las mismas por las autoridades laborales, que fue secundada por el TS, por cierto, bastante miope a la diferencia entre prioridad aplicativa e invalidez de la cláusula estructuradora. El resultado fue obvio: los convenios de sector dejaron masivamente de reservarse para sí mismos o para ámbitos intermedios las materias a las que se refería el art. 84.2, en particular la cuantía de las retribuciones.

Dicho en otros términos, no es que los convenios de sector recobren ahora automáticamente prioridad aplicativa sobre esta materia, sino que deben volver a negociarse, sector por sector, “partido a partido”, siguiendo las reglas de concurrencia actualmente establecidas. Y, por supuesto, en esta negociación deben ser decisivos los criterios que se aprueben en el largamente esperado V Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva. Sin duda que las organizaciones más representativas de ámbito estatal tienen vocación de hacerlo, y precisamente en el ámbito estatal. Pero está por ver cuáles son los acuerdos y las soluciones que alcanzan.

En esta realidad impacta la regla transitoria -la disposición transitoria sexta-, propia de una reforma desde luego mucho más sutil que la de 2012. Los convenios de empresa vigentes mantienen su preferencia aplicativa también por lo que respecta a la cuantía de los salarios. Por decirlo con más precisión, la mantienen los convenios suscritos y presentados a registro, hayan sido o no publicados en el diario oficial correspondiente. Pero se trata de un mantenimiento temporal que se limita a la vigencia expresa del convenio y, como máximo, hasta el 31 diciembre 2022. Es decir, en esa fecha las tablas salariales de los convenios de empresa dejan de estar amparadas por una preferencia aplicativa específica y pasan a regirse por las reglas ordinarias de concurrencia.

A partir de entonces, si nada se regula a través de los instrumentos del art. 83.2 ET, regiría la norma de concurrencia clásica de preferencia del convenio *prior in tempore*. Lo cual, sin duda, arrastraría a un complicado casuismo de situaciones diversas, pero que desde luego está mediatizado por la evolución que ha sufrido la negociación colectiva a partir de 2012 bajo la égida de las

reglas derivadas de la reforma de ese año. Es decir, el mandato del art. 84, apartado primero, surtirá unos efectos diferentes a los que podría haber surtido años atrás. Y, si se me permite el añadido, bastante más imprevisibles. La disposición transitoria sexta no ha sido ciega a esta perspectiva. Incluye, en su apartado segundo, una regla de gran valor pedagógico y de evitación de cierta conflictividad innecesaria: por más que desaparezca la prioridad aplicativa de las cuantías retributivas del convenio de empresa y goce de preferencia un convenio de sector, no se compensarían, ni se absorberían o desaparecerían los derechos o condiciones más beneficiosas que viniesen disfrutando las personas trabajadoras. Dicho con mayor rigor técnico, el convenio de empresa de aplicación no preferente se aplicaría como norma más favorable, en su dimensión de pacto extraestatutario.

Pero la regla de interés se contiene en el apartado tercero. Expresa que los "textos convencionales" deberán adaptarse a la nueva regulación del art. 84.2 en seis meses desde que la misma les fuera aplicable en cada ámbito concreto. Es decir, cuando los convenios de empresa pierdan la preferencia aplicativa que dicho precepto les brindaba en materia salarial, la oportuna adaptación habrá de producirse en ese plazo. No necesariamente en el propio convenio postergado, sino en cualquier ámbito de negociación apropiado que, de conformidad con el art. 84.1, resulte de aplicación, ya sea por prioridad temporal o por mandato de un acuerdo o convenio regulado al amparo del art. 83.2.

Lo cual debe contextualizarse en relación con la disposición derogatoria. No hay *vacatio legis* para el art. 84.2 reformado, ha entrado en vigor el 31 diciembre 2021. Por consiguiente, rige para todos los convenios que se registren a partir de esa fecha. Del mismo modo, los instrumentos convencionales que se negocien al amparo del art. 83.2 gozan de absoluto carácter imperativo en materia de "cuantía del salario base y de los complementos salariales, incluidos los vinculados a la situación y resultados de a empresa". Por supuesto, estos pueden afectar a los convenios de empresa que mantienen prioridad aplicativa en la misma desde el día siguiente a aquel en que venzan su vigencia expresamente pactada y, en todo caso, a partir del 31 diciembre 2022.

Debe enfatizarse esta idea para salir al paso de alguna doctrina ligeramente "constructiva" del Tribunal Supremo: no cabe que las cláusulas sobre cuantías retributivas de los convenios de empresa no incluidos en esta disposición transitoria sigan prevaleciendo, una vez que sobre ellas se proyecte un convenio de sector negociado al amparo del art. 83.2 que opte por otras reglas de preferencia aplicativa. Aunque el convenio de empresa sea anterior

en el tiempo al convenio que articula sectorialmente la negociación, prevalece este, pues la capacidad articuladora no es solo *ad futurum*, sino también *ab initio*. En efecto, la voluntad articuladora de las partes que negocian el convenio estatal o autonómico no puede estar mediatizada por unos hechos consumados que simplemente dinamitarían dicha voluntad. Siempre me ha parecido ilegal esa jurisprudencia, por contradictoria con el tenor literal del art. 84.1 y más claramente antijurídica resulta ahora, aunque solo sea a la vista de la disposición transitoria sexta y por aplicación del aforismo *inclusionis unius exclusionis alterius*: si mantienen la preferencia aplicativa las cláusulas de los convenios de empresa ya registrados durante su vigencia expresa y por un máximo de doce meses, es que ningún convenio más la mantiene.

Pero hace bien la transitoria, en un ejercicio de realismo, en prever esa adaptación a plazo a la nueva situación. Ha habido cambios profundos en la estructura de la negociación en los últimos años. Muy en concreto, se han debilitado los ámbitos intermedios, en muchos casos a causa de una desaparición *de facto* de las entidades representativas, en particular de la parte empresarial. La lentitud en la renovación de los convenios en los mismos pone de manifiesto un problema estructural que puede lastrar la efectiva aplicación de la nueva regla de concurrencia. Es decir, no puede darse por descontada su automática absorción en el actual contexto, sino que hay que prever ciertos esfuerzos adaptativos.

Por lo demás, es evidente que las propias partes que han acordado los pilares de la reforma se embarcarán, en los niveles sectoriales correspondientes, en la suscripción de cláusulas de estructura de cada rama de actividad. Los resultados de este proceso están por ver, pero no sería de esperar, ni seguramente adecuado, un proceso de centralización en el establecimiento de las cuantías retributivas. La práctica habitual, antes de la disrupción producida por la reforma de 2012, consistía en confiar esa materia a los niveles intermedios de negociación colectiva. Sin duda, ha habido muchas paradojas e inconsistencias con esa tradición, que han producido diferencias retributivas injustificadas y perjudiciales en ámbitos territoriales muy próximos entre ellos. Pero precisamente ese es el reto que se les plantea a las partes sociales: remitir cada materia concreta al ámbito de negociación adecuado, que no tiene que ser el mismo para cada asunto concreto, ni siquiera por lo que afecta a la cuantía salarial.

Hay otro aspecto de las reglas transitorias que no es menor: una vez denunciados los convenios de empresa, aunque hubieran mantenido la prioridad aplicativa en los anteriores términos del art. 84.2 ET, y alcanzado el fin de la vigencia expresamente pactada, dejará de aplicarse su tabla salarial,

a menos que se trate de un convenio de aplicación preferente por *prior in tempore*. Lo cual, sin duda, será un cambio interesante en el marco de la nueva vigencia ultraactiva del convenio, de acuerdo con la regla de la disposición transitoria séptima. 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.

En resumen, la reforma del art. 84.2 tiene un innegable trasfondo político, pero es, de largo, menos dirigista que las de 1994, 2011 y 2012. Las partes tienen que empeñarse en una labor de adaptación, para la que sería poco realista negarles cierta posición de mayor poder a las entidades sindicales y patronales a nivel estatal, siempre a salvo de mayorías alternativas excepcionalmente existentes en alguna parte del territorio del Estado. Pero no es de esperar de la prudencia de aquellas que nos veamos abocados a una ola de centralización y uniformización de las cuantías salariales. Bastante razonable es que, en los territorios, se produzca una adecuada competencia entre las empresas no basada en la devaluación de los salarios.

Finalmente, en toda esta ecuación debe desempeñar un papel no menor la evolución del SMI, ahora postergado en cuanto a su revisión para 2022, aunque cabe esperar que solo por un breve lapso de tiempo. Su influencia en la dinámica retributiva de los convenios ha sido muy evidente en los tres últimos años, y a buen seguro que lo seguirá siendo, al menos hasta que se alcance el puerto de destino de acomodo de su montante a los mandatos de la Carta Social Europea. La negociación colectiva se va a beneficiar de su empuje, y a buen seguro que permitirá una adecuada evolución de las tablas salariales, también en los ámbitos sectoriales provinciales.

Y, por insistir en una idea que me parece clave: es adecuado el juego combinado de la disposición transitoria sexta con la negociación del V AINC. Permite que este se acuerde, con cierta pausa, e incluya unas recomendaciones orientadas a la realidad en la que incide la nueva regla de concurrencia. Porque los convenios de entonces ya no son los de ahora.